ISSN 1995-6134 (ONLINE)

ЕЛЕКТРОННЕ НАУКОВЕ ФАХОВЕ ВИДАННЯ

ФОРУМ ПРАВА

2018
№ 1

ЯКІСНО НОВИЙ РІВЕНЬ ПОВНОТИ Й ОПЕРАТИВНОСТІ ЗАДОВОЛЕННЯ ІНФОРМАЦІЙНИХ ПОТРЕБ СУСПІЛЬСТВА В СУЧАСНИХ ЗНАННЯХ У ГАЛУЗІ ПРАВА

journals@meta.ua
forumprava.pp.ua
nbuv.gov.ua/j-tit/FP_index.htm

«Форум права» – рецензоване електронне наукове фахове видання з вільним доступом, що засноване та видається Харківським національним університетом внутрішніх справ з 2005 року.

Рекомендовано Вченою радою Харківського національного університету внутрішніх справ до публікації та до поширення через мережу Інтернет, **протокол № 2 від 27.02.2018 р.**

Підписано до публікації та до поширення через мережу Інтернет **27.02.2018 р.**

CC BY

OPEN ACCESS

УДК 34+35 **DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1214411**

Мета журналу:	досягнення якісно нового рівня повноти й оперативності задоволення інформаційних потреб суспільства в сучасних знаннях в галузі права.
Тематика:	згідно з галуззю науки ***«12.00.00 – Юридичні науки»*** відповідно до чинного переліку галузей наук МОН України.
Періодичність видання:	5 разів на рік.
ISSN	***1995-6134 (Online)***
Має статус видання категорії «В»	Переліку наукових фахових видань України відповідно до п.3 Наказу Міністерства освіти і науки України від 15.01.2018 р. № 32.
Внесено	до Переліку наукових фахових юридичних видань постановою президії ВАК України від 18.01.2007 р., № 3-05/1 (Бюлетень ВАК України. 2007. № 2. С. 5), **перереєстровано** відповідно до наказу Міністерства освіти і науки України від 04.07.2013 р., № 893 (Додаток 6)
Відповідає	Національному стандарту України ДСТУ 7157:2010 «Інформація та документація. Видання електронні. Основні види та вихідні відомості»
Включено	до міжнародної наукометричної бази ***Index Copernicus International***, індексується у 2012–2015, 2017 роках.
Включено	до міжнародної наукометричної бази ***Scientific Indexing Services (SIS)***, індексується з 2014 року.
Включено	до міжнародної наукометричної бази ***InfoBase Index***, індексується з 2016 року (IBI Factor 2016).
Включено	до міжнародної депозитарної бази даних ***Open Access Infrastructure for Research in urope (OpenAIRE)***, індексується з 2017 року.
Індексується	пошуковою системою ***Google Scholar***
Науковим публікаціям	присвоюється міжнародний ідентифікатор цифрового об'єкта ***DOI (digital object identifier)***, з 2017 року.

Редакційна колегія

Головний редактор:
Музичук О.М. д-р юрид. наук, проф.

Відповідальний секретар:
Зозуля І.В. д-р юрид. наук, проф.

Члени редколегії:
Головко О.М. д-р юрид. наук, проф.
Комзюк А.Т. д-р юрид. наук, проф.
Литвинов О.М. д-р юрид. наук, проф.
Мічурін Є.О. д-р юрид. наук, проф.
Слінько С.В. д-р юрид. наук, проф.
Старілов Ю.М. д-р юрид. наук, проф. (Російська Федерація)

Розглядаються концептуально-методологічні засади, теорія і практика права

Технічна група

Технічний редактор: **І.В. Зозуля**
Коректор: **О.І. Довгань**
Комп'ютерна верстка та оформлення: **А.О. Зозуля**

Мінімальні системні вимоги: операційна система MS Windows 98/2000/XP/2003, браузер MS Internet Explorer версії 5 та вище, Adobe Acrobat (Adobe Reader).

Адреса редколегії журналу

61080, м. Харків, пр. Л. Ландау, 27. ХНУВС. Редакція наукового журналу «Форум права»

Тел. **+38-050-30-39-118**
E-mail: **Journals@meta.ua**
Веб-сайт журналу**: forumprava.pp.ua**
Режим доступу до публікацій журналу: **http://nbuv.gov.ua/j-tit/FP_index.htm**

Автори статей несуть усю відповідальність за зміст статей і за сам факт їх публікації. Редакція журналу не несе ніякої відповідальності перед авторами і/або третіми особами й організаціями за можливий збиток, викликаний публікацією статей.

«Forum prava» – peer-reviewed electronic scientific professional edition with open access, founded and issued by Kharkiv National University of Internal Affairs since 2005.

Recommended by the Academic Council of the Kharkiv National University of Internal Affairs for publication and dissemination through the Internet,
protocol number 2 dated February 27, 2018

Signed for publication and distribution to the Internet **27.02.2018**

OPEN ACCESS

UDC 34+35 DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1214411

Purpose:	achievement of a qualitatively new level of completeness and efficiency of meeting the information needs of society in modern knowledge in the field of law.
Subject:	according to the branch of science ***«12.00.00 – Legal Sciences»*** in accordance to the current list of branches of science of the Ministry of Education and Science of Ukraine.
Frequency of publication:	5 times a year.
ISSN	***1995-6134 (Online)***
Has the status of the category "B"	in List of scientific professional editions of Ukraine in accordance p.3 of the Ministry of Education and Science of Ukraine order of 01.15.2018 No 32
Added	to the List of scientific professional legal editions by the resolution of the Presidium of the Higher Attestation Commission of Ukraine from 18.01.2007, No 3-05/1 (Bulletin of the HAC of Ukraine. 2007. No 2. P. 5), **re-registered** to the List of scientific professional editions of Ukraine by the order of the Ministry of Education and Science of Ukraine from 04.07.2013, No 893 (Annex 6)
Corresponds	with the National Standard of Ukraine DSTU 7157:2010 «Information and documentation. Electronic edition. Basic Types and Output Details»
Included	to the international scientometric database ***Index Copernicus International***, is indexed in 2012–2015, 2017.
Included	to the international scientometric database ***Scientific Indexing Services (SIS)***, is indexed from 2014.
Included	to the international scientometric database ***InfoBase Index***, is indexed from (IBI Factor 2016).
Included	to the international depository database ***Open Access Infrastructure for Research in Europe (OpenAIRE)***, is indexed from 2017.
Indexed	by the search engine ***Google Scholar***
Scientific publications	are assigned the international identifier of the digital object ***DOI (digital object identifier)***, from 2017.

Editorial

Chief Editor:
Oleksandr Muzychuk L.L.D., Professor

Executive Secretary:
Igor Zozulia L.L.D., Professor

Members of the Editorial Board:
Oleksandr Golovko L.L.D., Professor
Anatoly Komzyuk L.L.D., Professor
Olexey Litvinov L.L.D., Professor
Yevhen Michurin L.L.D., Professor
Serhiy Slinko L.L.D., Professor
Yuriy Starilov L.L.D., Professor
(Russian Federation)

Considered conceptual and methodological principles, theory and practice of law

Technical group

Technical editor: **Igor Zozulia**
Corrector: **Olena Dovhan**
Layout and design on Computer: **Antonina Zozulia**

Minimum system requirements: MS Windows 98/2000/XP/2003 operating system, MS Internet Explorer version 5 and above, Adobe Acrobat (Adobe Reader).

Address editorial board

61080, Kharkiv, ave. L. Landau, 27. Kharkiv National University of Internal Affairs. Editorial Board of the Journal "Forum Prava"

Tel. **+38-050-30-39-118**
E-mail: **Journals@meta.ua**
Journal website**: forumprava.pp.ua**
Access mode to journal publications:
http://nbuv.gov.ua/j-tit/FP_index.htm

Authors bear full responsibility for the content of the articles and the fact of their publication.
The editorial staff is not liable to the authors and / or third parties and organizations for possible damage caused by the publication of articles.

ISSN 1995-6134

ЗМІСТ

Зозуля І.В.
Щодо нової редакційної політики та видавничих стандартів журналу "Форум права" 6
Бахаєва А.С.
Правочин, який вчинено під впливом помилки, обману (шахрайства) 8
Білан О.П.
Моральні засади суспільства як цивільно-правова категорія 16
Волошенюк О.В.
Засоби конкретизації норм права 23
Воропай Т.С.
Вирішення конфліктів у традиційному суспільстві: єднання моралі і права 32
Гладкий С.О.
Формування української юридичної еліти: понятійний і методологічний виміри 36
Джафарова О.В.
Дослідження органів публічної адміністрації в системі суб'єктів дозвільної діяльності в УкраїнІ 42
Zamorska L.I., Karvatska S.B.
Social Determinants of Legal Interpretation 50
Зозуля О.І.
Розробка та попередній розгляд законопроектів у комітетах Верховної Ради України 57
Комарова Т.В.
Проблема захисту прав приватних осіб у Суді справедливості Європейського Союзу 66
Маринів А.В.
Конституційно-правові принципи статусу територіальних колективів у Франції 73
Мічурін Є.О.
Абсолютні та відносні цивільні права 81
Тягло А.В.
О стандартах доказательства 88
Фоміна Т.Г.
Обставини, що враховуються при обранні запобіжного заходу 95
Христинченко Н.П.
Деякі особливості нової судової системи в забезпеченні правосуддя в державі 105
Шевчук Т.І.
Віктимологічна профілактика як складова системи ефективної протидії сексуальній злочинності .. 110
Лоскутов Т.О.
Рецензія на монографію С.О. Ковальчука "Вчення про речові докази у кримінальному процесі: теоретико-правові та практичні основи" 119

Форум права форум права форум права

CONTENT

Zozulia I.V.
Regarding the New Editorial Policy and Publishing Standards of the Journal "Forum Prava" 6
Bakhaeva A.S.
Transactions Concluded under the Influence of Ignorance, Fraud (False Pretences) 8
Bilan A.P.
Moral Foundations of Society as Civil Law Category 16
Voloshenyuk O.V.
Means of Concretization the Rules of Law 23
Voropay T.S.
Conflict Resolution in Traditional Society: Synthesis of Moral and Law 32
Gladky S.A.
Formation of the Ukrainian Legal Elite: Conceptual and Methodological Dimensions 36
Dzhafarova O.V.
Study of Public Administration Bodies in the System of Subjects of Licensing Activity in Ukraine 42
Zamorska L.I., Karvatska S.B.
Social Determinants of Legal Interpretation 50
Zozulia O.I.
Drafting and Preliminary Consideration of Bills in the Committees of the Verkhovna Rada of Ukraine 57
Komarova T.V.
The Problem of Private Persons Protection in the Court of Justice of the European Union 66
Maryniv A.V.
Constitutional Legal Principles of the Status of Territorial Collectives in France 73
Michurin I.O.
Absolute and Relative Civil Rights 81
Tiaglo A.V.
About Standards of Proof 88
Fomina T.H.
Circumstances Considered in Choosing a Preventive Measure 95
Khrystinchenko N.P.
Some Features of the New Judicial System in Providing Justice in the State 105
Shevchuk T.I.
Victimological Prevention as a System Component of Effective Counteraction to Sexual Criminality 110
Loskutov T.O.
Review of Monograph by S.O. Kovalchuk "The Doctrine of Material Evidences in Criminal Proceedings: Theoretical, Legal and Practical Basis" 119

Форум права форум права форум права

ISSN 1995-6134
ФП 2018-1

DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.2088069

І.В. ЗОЗУЛЯ,
відповідальний секретар журналу "Форум права",
професор кафедри загальноправових дисциплін
Харківського національного університету внутрішніх справ,
доктор юридичних наук, професор, м. Харків, Україна; e-mail: journals@meta.ua;
ORCID: http://orcid.org/0000-0002-3507-0012

ЩОДО НОВОЇ РЕДАКЦІЙНОЇ ПОЛІТИКИ ТА ВИДАВНИЧИХ СТАНДАРТІВ ЖУРНАЛУ "ФОРУМ ПРАВА"

I.V. ZOZULIA,
Executive Secretary of the Journal "Forum Prava",
Professor, Chair of General Law Disciplines, Kharkiv National University of Internal Affairs,
Doctor of Law, (Full) Professor, Kharkiv, Ukraine; e-mail: journals@meta.ua;
ORCID: http://orcid.org/0000-0002-3507-0012

REGARDING THE NEW EDITORIAL POLICY AND PUBLISHING STANDARDS OF THE JOURNAL "FORUM PRAVA"

Відповідно до наказу Міністерства освіти і науки України від 15.01.2018 р. № 32, у журналі "Форум права" запроваджується нова редакційна політика та видавничі стандарти, пов'язані з *концепцією інтеграції статей та видання в цілому у світову наукову та видавничу сферу,* орієнтована на найбільш прогресивні закордонні та вітчизняні наукометричні бази.

Зміна правил оформлення статей в журналі викликана необхідністю підвищення ефективності даних про публікуємость і цитованість розміщених у ньому статей шляхом відповідності вимогам зарубіжних баз даних, таких як Web of Science компанії Thomson Scientific і Scopus компанії Elsevier та ін.

1. *Новими в політиці журналу є:*

– оновлена концепція ідентифікації журналу (і статей) в науковій та видавничій сферах, орієнтована на зарубіжні бази даних;

– блочне структурування статей;

– розширений блок метаданих (привласнення статтям цифрового ідентифікатора об'єкта DOI; вказівка цифрових наукових ідентифікаторів авторів – Scopus Author ID, ORCID, GSCID, ResearcherID та ін.; аффіляція авторів – посаду та місце роботи, місто, країну, адресу електронної пошти);

– блок транслітерованого пристатейного списку використаних джерел (з перекладом заголовків джерел на англійську мову; в стандарті APA);

– розширена англомовна анотація статті (2000–2500 знаків, включаючи ключові слова);

– розширені вимоги редакційної етики, включаючи базові принципи академічної доброчесності;

– дата відправки статті до редколегії та дата прийняття статті до редколегії; заява автора про джерела фінансування досліджень, поданих у науковій статті або виникнення наукової статті; види статей, що публікуються в журналі – дослідницька стаття, дослідницький матеріал, резюме, рефлексії, описові висновки, редакційні матеріали, оглядові статті, звіти; наявність або відсутність конфлікту інтересів;

– "сліпе" рецензування статей рецензентами та ін.

2. Крім того, у зв'язку з набуттям з 25.05.2018 року чинності в Європейському Союзі Загального Європейського Регламенту Захисту персональних Даних GDPR (General Data Protection Regulation), Редколегія рецензованого електронного наукового фахового видання з вільним доступом "Форум права" *оновлює політику конфіденційності.*

Повідомляємо, що Редколегія не є оператором персональних даних, і не збирає їх, а тільки відповідно до загальноприйнятої міжнародної наукової практики за наданим (на принципах індивідуального управління та самоконтролю) письмовим дозволом авторів щодо самих себе публікує в наукових статтях ті пристатейні дані щодо них, що вже оприлюднені в наукових профілях авторів, таких як ORCID, ResearcherID, GSCID, SSRN тощо.

3. Із метою поширення демократичних засад діяльності Редколегії та підвищення її професіоналізму *заплановано оголошення відкритих конкурсів на оновлення складу редакційної колегії журналу та незалежних рецензентів статей журналу "Форум права".* Термін дії конкурсу – до заповнення вакансій. Умови – висока професій-

ISSN 1995-6134

ність та ініціативність кандидатів, можливість і бажання плідно працювати в складі редколегії та з редколегією.

Передбачено, що *претенденти на посади членів Редколегії повинні:*

– мати науковий ступінь в галузі "юридичні науки" за однією із наукових спеціальностей (12.00.01–12.00.12, 19.00.06, 21.07.01–21.07.03, 21.07.05);

– мати не менше трьох публікацій за останні п'ять років або не менше семи публікацій (статті, монографії, розділи монографій, що відповідають науковому профілю видання) за останні п'ятнадцять років, у тому числі не менше однієї за останні три роки, опублікованих щонайменше у двох різних виданнях, включених до Web of Science Core Collection та/або Scopus, або мати монографії чи розділи монографій, видані міжнародними видавництвами, що належать до категорій «A», «B» або «C» за класифікацією Research School for Socio-Economic and Natural Sciences of the Environment (SENSE);

– входити до складу не більш як ще двох інших редакційних колегій видань, включених до Переліку наукових фахових видань України;

– надати особисту письмову згоду на включення до складу редакційної колегії.

До участі у конкурсі запрошуються також іноземні або українські науковці, що працюють за основним місцем роботи в закордонній науковій установі або закладі вищої освіти.

При включенні до складу Редакційної колегії журналу "Форум права" пріоритет буде віддаватися вченим, що мають значні наукові досягнення за спеціальністю, якість та інтенсивність яких підтверджена особистими науковими публікаціями в провідних наукових виданнях України та світу, є знаними фахівцями в науковому світі та вільно володіють іноземними мовами.

При включенні до бази *незалежних рецензентів* журналу "Форум права" пріоритет буде віддаватися вченим, що мають наукові досягнення за спеціальністю, якість та інтенсивність яких підтверджена особистими науковими публікаціями в провідних наукових виданнях України та світу, мають досвід рецензування наукових праць (у тому числі, опубліковані рецензії), зареєстрували особистий профіль на платформі Publons та його використовують, а також вільно володіють іноземними мовами.

4. Станом на сьогодні нова *концепція редакційної політики та видавничих стандартів журналу "Форум права"* становить наступне:

– мета діяльності журналу – досягнення якісно нового рівня повноти й оперативності задоволення інформаційних потреб суспільства в сучасних знаннях в галузі права;

– тематика – згідно з галуззю "юридичні науки" за науковими спеціальностями (12.00.01–12.00.12, 19.00.06, 21.07.01–21.07.03, 21.07.05) відповідно до чинного переліку галузей наук МОН України зі спеціальностей 081 Право, 262 Правоохоронна діяльність, 293 Міжнародне право, 053 Психологія, 251 Державна безпека;

– періодичність видання – 5 та більше разів на рік;

– ISSN – 1995-6134 (Online);

– має статус видання категорії "B" – Переліку наукових фахових видань України відповідно до п.3 Наказу Міністерства освіти і науки України від 15.01.2018 р. № 32;

– відповідає – Національному стандарту України ДСТУ 7157:2010 "Інформація та документація. Видання електронні. Основні види та вихідні відомості";

– журнал подається на індексацію та вже індексується в наступних міжнародних і вітчизняних наукометричних базах, репозиторіях, бібліотеках, каталогах та пошукових системах – Academic Resource Index (ResearchBib) Bielefeld Academic Search Engine (BASE) Directory of Open Access Scholarly Resources (ROAD) Directory of Research Journal Indexing (DRJI) Index Copernicus International International Citation Index Of Journal Impact Factor & Indexing (iCi) Open Access Infrastructure for Research in Europe (OpenAIRE) Google Scholar Eurasian Scientific Journal Index (ESJI) Scientific Indexing Services (SIS) Національна бібліотека України імені В.І. Вернадського; Харківський національний університет внутрішніх справ;

– науковим публікаціям присвоюється міжнародний ідентифікатор цифрового об'єкта DOI (digital object identifier), з 2017 року.

Надійшла 25.02.2018

РЕКОМЕНДОВАНЕ ЦИТУВАННЯ (RECOMMENDED CITATION), АНОТАЦІЇ (ANNOTATIONS)

Зозуля І. В. Щодо нової редакційної політики та видавничих стандартів журналу "Форум права". Форум права: електрон. наук. фахове вид. 2018. № 1. С. 6–7. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2018_1_19.pdf

DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.2088069

***

Зозуля И.В. О новой редакционной политике и издательских стандартах журнала "Форум права"

***

Zozulia I.V. Regarding the New Editorial Policy and Publishing Standards of the Journal "Forum Prava"

ФП 2018-1
ISSN 1995-6134

УДК 347.132.6
DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1211101

А.С. БАХАЄВА,
здобувач кафедри цивільно-правових дисциплін
Харківського національного університету внутрішніх справ,
м. Харків, Україна; e-mail: alyonabahaeva@gmail.com;
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6498-2213

ПРАВОЧИН, ЯКИЙ ВЧИНЕНО ПІД ВПЛИВОМ ПОМИЛКИ, ОБМАНУ (ШАХРАЙСТВА)

A.S. BAKHAIEVA,
Applicant of a Ph.D., Chair of Civil Law Disciplines,
Kharkiv National University of Internal Affairs, Kharkiv, Ukraine;
e-mail: alyonabahaeva@gmail.com;
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6498-2213

A TRANSACTION MADE UNDER THE INFLUENCE OF DELUSION, DECEPTION (FRAUD)

Постановка проблеми. Незважаючи на значний обсяг досліджень недійсних правочинів, у цивілістичній доктрині немає єдиної думки щодо правової класифікації вад волі та волевиявлення при здійсненні правочинів як умови дійсності правочину та їх місця в системі юридичних фактів. У цього є декілька факторів. По-перше, обман (шахрайство) найбільш ґрунтовно розглядався низкою авторів з публічно-правовою направленістю досліджень. Так, І.М. Салімонова, дослідивши кримінальну відповідальність за обман покупців та замовників, помилково звузила об'єкт відносин лише до «споживчих відносин», не врахувавши немайнову складову правочинів [1]. П.М. Коваленко в роботі «Запобігання шахрайству на фінансових ринках у біржовій торгівлі» недостатньо обґрунтував введення для запобігання шахрайству в біржовій торгівлі нового суб'єкта – спеціального підрозділу фінансової міліції при Міністерстві фінансів України [2]. Ю.Л. Шуляк, провівши порівняльно-правове дослідження кримінальної відповідальності за шахрайство, всупереч цивілістичній логіці шахрайству майновому протиставив шахрайство фінансове, податкове, комп'ютерне, телемаркетингове [3]. В свою чергу, О.В. Кравченко в роботі «Психологічні особливості шахрайства» запропонував поняття шахрайства, як умілого маніпулювання поведінкою людини для отримання від неї швидкої та максимальної користі, що розкривається виключно через оцінююче судження [4]. По-друге, автори цивільно-правової спрямованості, серед яких І.В. Давидова, в роботі «Недійсність правочинів, укладених внаслідок помилки та обману» дійшла суперечливого висновку про визначення обману як «кваліфікованої помилки» [5]; В.І. Крат у статті «Недійсність правочинів, учинених під впливом обману» помилково вважає, що тільки особа, яка вчинила правочин, може ставити під сумнів неправильне формування власної волі [6].

Взагалі, слід зазначити, що проблематика шахрайства в достатній мірі досліджена в світовій практиці, наприклад, в роботах Г. Джек Болонью (G. Jack Bologna), Роберт Дж. Линдквист (Robert J. Lindquist), Аарон Дж. Синглетон (Aaron J. Singleton), Томми У. Синглетон (Tommie W. Singleton) [7], Дидьє Лавьон (Didier Lavion) [8] та ін., але її законодавче сприйняття та судове супроводження, в тому числі, й для України, потребує подальшої розвідки.

Тим більш, що у судовій практиці нашої держави справи про визнання правочинів недійсними і, зокрема, спори про визнання недійсними правочинів, які вчинені під впливом помилки, обману (шахрайства), є достатньо розповсюдженим. На момент написання статті Єдиний державний реєстр судових рішень містить в собі 4117 рішень з означеного предмету позову.

Стан законодавчого та наукового супроводження недійсних правочинів. Кримінальний кодекс України статтями 192 «Заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою», 190 «Шахрайство» прямо конкурує з нормами діючого Цивільного кодексу України (надалі – ЦК України) та поточним законодавством,

© Бахаєва А.С., 2018

ISSN 1995-6134

породжуючи недосконаліть правозастосування. Вказане сприяє лише збільшенню кількості цивільних справ про визнання правочинів недійсними. Проаналізувавши судову практику, автор констатує про тенденцію недобросовісного використання способу захисту цивільних прав та інтересів судом, передбаченого ст.16 ЦК України, як визнання правочину недійсним та відновлення становища, яке існувало до порушення (двостороння реституція). Ефективному вирішенню такого роду спорів сприятиме наукове дослідження сутності та форм прояву помилки та обману в умовах сьогодення.

Науковий та практичний інтерес дослідження недійсних правочинів (на рос. мові «сделок, соделок») почався ще з часів перебування України у складі Російської імперії. Наукові праці того часу гуртувалися на наукових розробках, викладених у монографії Н. Растєряєва «Недействительность юридических сделок по русскому праву». Продовжувала та посилила розвиток досліджень недійних правочинів Н.В. Рабінович в роботі «Недействительность сделок и ее последствия». За радянських часів проблемами недійсних правочинів переймалися Ф.С. Хейфец «Недействительность сделок по советскому гражданскому праву» та К.Л. Разумов «Пороки воли как основание недействительности сделок: сравнительно-правовой анализ и международная унификация», В.П. Шахматов «Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия», однак їх наукові положення ґрунтувалися на ЦК УРСР 1963 року і на наш час остаточно застаріли, оскільки ст.57 ЦК УРСР об'єднувала воєдино наслідки недійсних угод, укладених внаслідок обману, насильства, погрози, зловмисної угоди представника однієї сторони з другою стороною або збігу тяжких обставин, що є невірним.

До сьогодні не зменшується науковий потенціал дослідження проблем недійсних правочинів взагалі та правочинів, які вчинено під впливом помилки, обману (шахрайства) зокрема. За часів незалежності Україні було успішно захищено низку дисертаційних досліджень, серед яких за даною тематикою можна виділити кандидатські дисертації Н.С. Хатнюк «Заперечні угоди та їх правові наслідки» (2003 р.), В.О. Кучер «Нікчемні правочини» (2004 р.), В.І. Жеков «Правочини, які порушують публічний порядок за цивільним законодавством України» (2006 р.), О.В. Перова «Недійсність правочину, який порушує публічний порядок» (2010 р.). Чималою емпіричною базою є й кількість наукових публікацій із відповідної проблематики. Тому мета цієї статті – визначити юридичні факти, на підставі яких можна диференціювати правочин, який вчинено внаслідок помилки від таких, які вчинені під впливом обману (шахрайства). Її новизна полягає в формуванні додаткових підстав для розмежування помилки та обману (шахрайства) як підстави для визнання правочинів недійсним, оновленні класифікації помилки та обману в правочинах.

Підстави для розмежування помилки та обману (шахрайства) у визнанні правочинів недійсними. Використовуючи метод дихотомії, окремі елементи вад волі та волевиявлення при укладенні правочинів більшістю науковців традиційно поділялися на дві групи: правочини, в яких відсутня внутрішня воля суб'єкту на їх здійснення, та в яких внутрішня воля суб'єкту сформувалась невірно по відношенню до мети правочину. До першої групи законодавець відносить правочини, вчинені дієздатною фізичною особою, яка у момент його вчинення не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними. Відповідно, до другої групи відносяться правочини, зроблені під впливом помилки, обману, насильства, зловмисної домовленості представника однієї сторони з іншою стороною, під впливом тяжких обставин, (ст.225, 229–233 ЦК України). Головний критерій, що об'єднує зазначені недійсні правочини – це факт невідповідності зовнішнього волевиявлення, яке було належно сприйнято іншими суб'єктами, для яких правочин породжував правовий наслідок, при повній зовнішній відповідності правочину вимогам нормативних акті. При цьому справжня воля особи відсутня (деформована), оскільки вона сформувалася поза її дійсним бажанням вчинити правочин. У таких правочинах воля сторони правочину, яка діє правомірно, підмінюється (подавляється) волею сторонньої особи, яка здійснює протиправний вплив на волю контрагента [9, с.297].

ЦК УРСР у ст.56 містив достатньо примітивне та недосконале правило, відповідно до якого угода, укладена внаслідок помилки, що має істотне значення, може бути визнана недійсною за позовом сторони, яка діяла під впливом помилки. Частина 1 ст.229 ЦК України значно не поліпшила стан правовідносин, передбачивши норму, за якою особа, яка вчинила правочин, помилилася щодо обставин, які мають істотне значення, такий правочин може бути визнаний судом недійсним. Помилка особи, яка вчиняє правочин в науці, традиційно іменується оманою.

ISSN 1995-6134

Зміст омани передбачає хибне сприйняття дійсності, зумовлене неправильним, викривленим відображенням її органами чуття; уявний образ, що помилково сприймається як дійсний [10]. Здійснюючи недійсний правочину внаслідок омани, воля суб'єкту деформується в результаті невірних уявлень про реальні обставини правочину або про обставини зовнішнього світу, однак без протиправного наміру або дій іншої сторони (третіх осіб) щодо спонукання здійснити правочин. Ми приєднуємось до думки, що головна відмінність помилки від омани полягає в тому, що помилка формується без протиправного наміру контрагента, а в більшості випадків виникає з необачності, самовпевненості, непоінформованості, переоцінки власного досвіду [11, с.364–369]. Але пропонуємо доповнити наведений перелік помилок неправильністю у підрахунках, написанні слів, складань креслень.

Аналізуючи ступінь помилки, пропонуємо законодавцю чітко регламентувати та вести до поточного законодавства поняття «формальної (несуттєві) помилки». На нашу думку, формальними (несуттєвими) вважаються помилки, що пов'язані з оформленням правочину та не впливають на зміст та мету правочину, а саме – недбальство у вигляді технічної помилки чи описки.

Тому для визнання правочину недійсним повинна братися не будь-яка омана, а лише та, що має істотне значення для наслідків правочину. Так, у справі № 522/27392/13-ц, скасовуючи рішення суду першої інстанції та відмовляючи у задоволенні позову, суд апеляційної інстанції, з висновками якого погодився суд касаційної інстанції, виходив з того, що помилка щодо суті укладених договорів купівлі-продажу часток у статутному капіталі ТОВ «Б.С.Термінал» допущена ними внаслідок власного недбальства і не може бути підставою для визнання правочинів недійсними.

Класифікація істотних помилок в недійсних правочинах відповідно до помилок учасників правочину. Узагальнюючи позиції вчених та судову практику, ми пропонуємо класифікувати істотні помилки в недійсних правочинах відповідно до того, в чому саме помилявся учасник правочину наступним чином:

1) *правова помилка* – випадок, коли особа в наслідок недостатньої правової досвідченості перебуває в омані щодо поточного нормативного регулювання правочину. Наприклад, сторони уклали договір під час дії мораторію на здійснення правовідносин. Так, у справі № 6-25376св10 апеляційний суд не врахував змісту п.5 Прикінцевих положень Закону України «Про внесення змін до деяких законів України з метою подолання негативних наслідків фінансової кризи», за яким на 2009–2010 роки введено мораторій на примусове виселення із житла, в якому зареєстрована фізична особа іпотекодавець, і це житло є єдиним житлом іпотекодавця. У випадках, якщо відсотки за іпотечним житловим кредитним договором сплачується своєчасно або з максимальною затримкою до двох місяців, а також документально врегульовано питання реструктуризації боргу на узгоджених з банком умовах, виселення є неможливим.

Інший приклад. При порівнянні постанов Верховного Суду України від 27.01.2016 року, 02.09.2015 року та 27.01.2016 року можна зробити висновок, що відповідно до п.14 ч.1 ст.6 Закону України «Про третейські суди», третейські суди можуть розглядати будь-які справи, що виникають із цивільних та господарських правовідносин, за винятком, зокрема, справ у спорах щодо захисту прав споживачів, у тому числі споживачів послуг банку (кредитної спілки). Рішення третейського суду, за скасуванням якого звертались заявники, ухвалено після внесення зазначених змін до Закону. Суди, розглядаючи заяву про скасування рішення третейського суду, на вказану обставину не звернули уваги та відмовили в її задоволенні, помилково пославшись на те, що спір, який виник між сторонами, не є спором щодо захисту прав споживачів. Оскільки заявник був споживачем послуг банку, спір виник щодо заборгованості за кредитом, третейському суду в силу положень пункту 14 частини 1 статті 6 Закону України «Про третейські суди» така справа повинна бути підвідомча;

2) *помилка у характері правочину* – випадок, коли обидві сторони добросовісно помиляються у визначенні (назві) правочину, наприклад, укладають договір оренди майнового паю, спадковій договір плутають с договором довічного утримання, при наданні речі на зберігання застосовують правила договору безоплатного користування річчю і т.п. Так, у справі № 723/26/14-ц суд касаційної інстанції, залишаючи без змін рішення апеляційного суду, яким визнано недійсним договір дарування житлового будинку, виходив із того, що укладаючи оспорюваний договір дарування, позивач помилився щодо фактичних обставин правочину та його природи, що вплинуло на його волевиявлення під час укладення договору дарування замість договору довічного утримання [12];

У справах № 6-151цс13 та № 6-91цс14 викладено правову позицію, відповідно до якої до

ISSN 1995-6134

правовідносин щодо набуття грошових коштів без достатньої правової підстави, якщо ці кошти є пенсійною виплатою, яка проведена іншою особою добровільно, за відсутності рахункової помилки з її боку і недобросовісності з боку набувача, застосуванню підлягають положення статті 1215 ЦК України, за якою зазначені грошові кошти поверненню не підлягають. При цьому правильність виконаних розрахунків, за якими була проведена виплата, а також добросовісність набувача презюмуються, отже, зазначене у статті 1215 ЦК України майно підлягає поверненню;

3) *помилка в предметі правочину* – випадок, коли учасники правочину під час укладання правочину помилково мають на увазі різні предмети правочину (речі, об'єкти, дії). При визначенні поняття предмета правочину існує проблема протиріччя між сферами «належного», «сущого» і «знань про суще та належне». Ця помилка, як правило, з'ясовується лише при виконанні договору (передачі речі, коли, покупець бажав придбати взуття з натуральної шкіри, а йому передають зі штучної, оскільки продавець не знав про наміри покупця). Так, у справі № 6-372цс16 суд встановив, що наявність чи відсутність помилки – неправильне сприйняття позивачем фактичних обставин правочину, що вплинуло на волевиявлення особи під час укладення договору дарування замість договору довічного утримання. Суд визначає не тільки за фактом прочитання сторонами тексту оспорюваного договору дарування та роз'яснення нотаріусом суті договору, а й за такими обставинами, як: вік позивача, його стан здоров'я та потреба у зв'язку з цим у догляді й сторонній допомозі; наявність у позивача спірного житла як єдиного; відсутність фактичної передачі спірного нерухомого майна за оспорюваним договором дарувальником обдаровуваному та продовження позивачем проживати в спірній квартирі після укладення договору дарування. Тобто, досліджуються питання належного та сущого.

В свою чергу, не є помилкою щодо якості речі неможливість її використання або виникнення труднощів у її використанні, що сталося після виконання хоча б однією зі сторін зобов'язань, які виникли з правочину, і не пов'язане з поведінкою іншої сторони правочину. Не має правового значення помилка щодо розрахунку одержання користі від вчиненого правочину [13].

Підтверджує зазначену позицію й рішення по справі № 361/6799/14-ц: відповідно до якого акт обстеження земельної ділянки, у якому зазначено, що під час обстеження та геодезичного обміру земельної ділянки з цільовим призначенням для будівництва та обслуговування житлового будинку та господарських споруд було виявлено, що фактична межа цієї земельної ділянки не відповідає державному акту, а саме: частина її земельної ділянки, на якій розташовано сарай, перебуває у власності іншої особи. В акті також зазначено, що державні акти на право власності на землю виготовлені неправильно, а саме допущено помилку при визначенні координат та конфігурації суміжних земельних ділянок. Зрозуміло, що укладання правочину з такими правовстановлюючими документами – типова помилка у предмету правочину;

4) *помилка в особі учасника правочину* – випадок, коли учасника правочину помилково приймають за іншу особу, однофамільця, або учасник правочину вдруге звертається для надання послуг на підприємство, коли з'ясовується, що робітник, який останнього разу був виконавцем послуги, в ній вже не працює. Так, у справі № 522/2038/14, ухвалюючи рішення про задоволення позовних вимог, суд першої інстанції, з висновками якого погодились суди апеляційної та касаційної інстанцій, дійшов висновку про те, що позивачка, надаючи нотаріально посвідчену згоду на укладення договору купівлі-продажу квартири, помилялась стосовно істотних умов оспорюваного договору, а саме ціни квартири та особи-покупця [14].

Автору імпонує позиція, запропонована В.І. Кратом, відповідно до якої необхідним є, передусім, і встановлення виду правочинів, що можуть бути оскаржені як вчинені під впливом обману. У науково-практичній літературі з цього приводу вказується, що обман вчиняється однією стороною щодо іншої, і ст.230 ЦК України поширюється тільки на дво- та багатосторонні правочини, тобто договори.

Подібний висновок про те, що законодавець допускає оспорювання на цій підставі тільки дво- та багатосторонніх правочинів, дає змогу вдатися й до аналізу ст.230 ЦК України в контексті наявності в ній таких формулювань, як, зокрема, «одна зі сторін правочину», «друга сторона».

У свою чергу, в практиці Верховного Суду України відсутня єдина позиція щодо розповсюдження положень ст. 230 ЦК на певні різновиди правочинів. Це ілюструється такими прикладами. В абз.5 п.25 Постанови Пленуму ВСУ від 30.03.2008 р. № 7 «Про судову практику у справах про спадкування» зазначається, що відмова спадкоємця від прийняття спадщини може бути

ISSN 1995-6134

визнана судом недійсною з підстав, передбачених ст.225, 229–231, 233 ЦК України. Суди припускають можливість оспорювання також і односторонніх правочинів, так як відмова від прийняття спадщини традиційно вважається одностороннім правочином. Логічно припустити, що таке оспорювання можливе тільки на підставі обману спадкоємця, який відмовилася від прийняття спадщини, стосовно природи такої відмови. З протилежної позиції абз.3 п.20 Постанови Пленуму ВСУ від 06.11.2009 р. № 9 «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» містить положення, що ст.230 ЦК України не застосовуються щодо односторонніх правочинів [6, с.189–190].

Форми класифікації обману. З узагальнення позицій науковців та судової практики щодо навмисного введення особи в оману стосовно істотних умов правочину, наслідком якого одна зі сторін укладає невигідний для себе договір, випливає, що такий недійсний правочин іменуються «вчиненим під впливом обману». Обман, це завжди протиправні вчинки (дії), які мають на меті створити хибне сприйняття дійсності, зумовлене неправильним, викривленим її відображенням. Традиційно обман класифікують у двох наступних формах:

1) у формі активних дій – це випадки, коли контрагентом стверджуються неправдиві факти про правочин, його елементи (правовий режим, характер, предмет, сторони правочину); запереречуються недоліки; вказуються перебільшення; здійснюються підробки і т. п. Так, у справі № 668/13508/14-ц і подібних до неї, суд дійшов висновку, що неправдиве повідомлення батьками, які є одночасно законними представниками неповнолітньої або малолітньої особи, про відсутність прав дитини на майно, що передається в іпотеку, не може бути підставою для визнання іпотеки недійсною за позовом батьків, які зловживали своїми правами законних представників дитини, а може спричинити інші наслідки, передбаченні законодавством, які застосовуються органами опіки та піклування [15]. Як вже зазначалось, обман в активній формі межує з відповідним злочином, тому Верховний Суд України вказав, коли службова особа має умисел на заволодіння чужим майном шляхом обману і для цього вчиняє дії, які за зовнішнім проявом лише схожі до тих, що належать до кола її службових повноважень, а для переконання потерпілих у достовірності обману виносить завідомо неправдиві (такі, що не породжують жодних правових наслідків) документи, то такі дії самі по собі, незважаючи на їх схожість із протиправним використанням службових повноважень, не утворюють злочину в сфері службової діяльності (постанова № 5-28кс13 від 05.09.2013 року), але, на нашу думку, є підставою для цивільно-правових наслідків;

2) у формі пасивних дій – це випадки, коли контрагент навмисно не сповіщає про дійсні факти, які йому відомі: ненадання повної документації; приховання інформації, замовчування про істотні умови правочину. Так, у справі № 6-7184св08 позивачем та відповідачами був укладений та нотаріально посвідчений договір купівлі-продажу 70/100 частин будівель автобази. Відповідачі навмисно замовчували наявність обставин, що можуть перешкодити вчиненню правочину, а саме відсутність у них наміру сплачувати за придбання майна. Унаслідок дій відповідачів позивач навмисно був введений в оману щодо вартості майна, яку мали намір сплатити за його придбання відповідачі, замовчуючи існування обставин, які могли перешкодити вчиненню правочину з боку позивача. В іншому прикладі у справі № 299/1505/16-ц суд касаційної інстанції погодився з висновками судів про наявність правових підстав для визнання недійсним кредитного договору, оскільки на порушення положень Закону України «Про захист прав споживачів» у діях відповідача (банку) наявний умисел, який полягає в замовчуванні реальної ціни пропонованої фінансової послуги, зокрема, формування волі позичальника щодо укладення спірного правочину відбувалось під впливом інформації, яка не відповідала дійсності, виконання спірного правочину було направлено на отримання кредитором прихованого прибутку та виникнення непередбачених втрат у боржника.

Об'єднує ці недійсні правочини – протиправний прямий намір контрагента або третіх осіб, які діють в інтересах контрагента, на введення сторони правочину в оману. За думкою більшості науковців, обман може стосуватися не тільки істотних умов правочину, але й знаходитися за межами істотних умов правочину та стосуватися мотивів або мети правочину [16, с.305].

Висновки. Таким чином, встановлено наступне:

1) необхідно чітко розмежовувати помилку та обман (шахрайство) як підстави для визнання правочинів недійсним, оскільки обман – це завжди результат навмисних дій однієї зі сторін;

2) запропоновано класифікувати помилку в правочинах наступним чином: помилка у характері правочину; помилка в предметі правочину

ISSN 1995-6134

(помилка в якості предмету); помилка в особі контрагента; помилка в праві.

3) запропонована теза, що обман може полягати: в активних діях сторони правочину; у пасивних діях недобросовісної сторони правочину, що утримується від дій, які він повинен був зробити.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Салімонов І. М. Кримінальна відповідальність за обман покупців та замовників: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Х., 2004. 18 с.
2. Коваленко П. М. Запобігання шахрайству на фінансових ринках у біржовій торгівлі: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. К., 2005. 20 с
3. Шуляк Ю. Л. Кримінальна відповідальність за шахрайство: порівняльно-правове дослідження: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. К., 2011. 20 с.
4. Кравченко О. В. Психологічні особливості шахрайства: автореф. дис. ... канд. психол. наук : 19.00.06. Х., 2005. 21 с.
5. Давидова І. В. Недійсність правочинів, укладених внаслідок помилки та обману: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. О., 2011. 20 с.
6. Крат В. І. Недійсність правочинів, учинених під впливом обману. *Часопис Київського університету.* 2012. № 3. С. 189–192.
7. Fraud auditing and forensic accounting. 3rd ed. / Tommie W. Singleton, Aaron J. Singleton, G. Jack Bologna, Robert J. Lindquist. Wiley, John & Sons, Incorporated, 2006. 272 p.
8. Didier Lavion et al. Pulling fraud out of the shadows. PwC's: Global Economic Crime and Fraud Survey, 2018. 30 p. Retrieved from: https://www.pwc.com/gx/en/forensics/global-economic-crime-and-fraud-survey-2018.pdf
9. Цивільне право України. У двох частинах. Частина перша: підручник / за заг. ред. д-ра юрид. наук Шишки Р. Б. та канд. юрид. наук В. А. Кройтора. Х. : ХНУВС, 2008. 516 с.
10. Макарчик В. С. Основи римського приватного права : навчальний посібник. 2-е вид., доп. К. : Атіка, 2003. 255с.
11. Зайцев О. Л. Правочини з вадами волі. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ.* 2007. Вип. 36. С. 364–369.
12. Ухвала Колегії суддів Судової палати у цивільних справах по справі № 723/26/14-ц. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62058375.
13. Постанова Пленуму ВСУ «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними». URL: http://pravo.ligazakon.ua/document/view/VS090583?edition=2009_11_06.
14. Рішення Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України по справі № 522/2038/14. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62226476.
15. Постанова Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України по справі 668/13508/14-ц. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63392986
16. Гражданское право: учебник. Т. 1. 6-е изд., перераб. и доп. / под ред. А. С. Сергеева, Ю. К. Толстого. М. : Велби, 2002. 765 с.

REFERENCES

1. Salimonov, I. M. (2004). *Kryminal'na vidpovidal'nist' za obman pokuptsiv ta zamovnykiv* [Criminal liability for cheating buyers and customers]. Kandydats'ka dysertatsiya thesis (12.00.08). Kharkiv (in Ukr.).
2. Kovalenko, P. M. (2005). *Zapobihannya shakhraystvu na finansovykh rynkakh u birzhoviy torhivli* [Preventing fraud in the financial markets in stock trading]. Kandydats'ka dysertatsiya thesis (12.00.08). Kyiv (in Ukr.).
3. Shulyak, YU. L. (2011). *Kryminal'na vidpovidal'nist' za shakhraystvo: porivnyal'no-pravove doslidzhennya* [Criminal liability for fraud: comparative legal study]. Kandydats'ka dysertatsiya thesis (12.00.08). Kyiv (in Ukr.).
4. Kravchenko, O. V. (2005). *Psykholohichni osoblyvosti shakhraystva* [Psychological features of fraud]. Kandydats'ka dysertatsiya thesis (19.00.06). Kharkiv (in Ukr.).
5. Davydova, I. V. (2011). *Nediysnist' pravochyniv, ukladenykh vnaslidok pomylky ta obmanu* [Invalidity of transactions concluded as a result of mistake and deception]. Kandydats'ka dysertatsiya thesis (12.00.03). Odesa (in Ukr.).
6. Krat, V. I. (2012). Nediysnist' pravochyniv, vchynenykh pid vplyvom obmanu [Invalidity of transactions committed under the influence of deceit]. *Chasopys Kyyivs'koho universytetu,* (3). 189–192 (in Ukr.).

ISSN 1995-6134

7. Singleton, Tommie W., Singleton, Aaron J., Bologna, G. Jack, & Lindquist, Robert J. (2006). *Fraud auditing and forensic accounting.* 3rd ed. Wiley, John & Sons, Incorporated (in En.).
8. Lavion, Didier et al. (2018). *Pulling fraud out of the shadows.* PwC's: Global Economic Crime and Fraud Survey. Retrieved from: https://www.pwc.com/gx/en/forensics/global-economic-crime-and-fraud-survey-2018.pdf (in En.).
9. Shyshka, R. B., & Kroytor, V. A. (Reds.). (2008). *Tsyvil'ne pravo Ukrayiny* [Civil law of Ukraine]. U dvokh chastynakh. Chastyna persha: pidruchnyk. Kharkiv: KHNUVS (in Ukr.).
10. Makarchyk, V. S. (2003). *Osnovy ryms'koho pryvatnoho prava: navchal'nyy posibnyk* [Fundamentals of Roman private law: tutorial]. 2d ed. Kyiv: Atika (in Ukr.).
11. Zaytsev, O. L. (2007). Pravochyny z vadamy voli [Orthodoxy with defects of will]. *Visnyk Kharkivs'koho natsional'noho universytetu vnutrishnikh sprav,* (360). 364–369 (in Ukr.).
12. *Ukhvala Kolehiyi suddiv Sudovoyi palaty u tsyvil'nykh spravakh po spravi No 723/26/14-tc* [The ruling of the College of Judges of the Chamber of Civil Cases in the case]. Retrieved from http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62058375 (in Ukr.).
13. *Pro sudovu praktyku roz·hlyadu tsyvil'nykh sprav pro vyznannya pravochyniv nediysnymy* [On the judicial practice of consideration of civil cases on the recognition of transactions invalid]. Postanova Plenumu VSU. Retrieved from: http://pravo.ligazakon.ua/document/view/VS090583?edition=2009_11_06 (in Ukr.).
14. *Rishennya Sudovoyi palaty u tsyvil'nykh spravakh Verkhovnoho Sudu Ukrayiny po spravi No 522/2038/14* [Decision of the Chamber of Criminal Cases of the Supreme Court of Ukraine on the case]. Retrieved from: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62226476 (in Ukr.).
15. *Rishennya Sudovoyi palaty u tsyvil'nykh spravakh Verkhovnoho Sudu Ukrayiny po spravi No 668/13508/14-tc* [Decision of the Chamber of Criminal Cases of the Supreme Court of Ukraine on the case]. Retrieved from http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63392986 (in Ukr.).
16. Sergeyev, A. S., & Tolstoy, YU. K. (2002). *Grazhdanskoye pravo: uchebnik* [Civil law: a textbook]. T. 1. 6 ed. Moskva: Velbi (in Russ.).

Надійшла 24.02.2018

РЕКОМЕНДОВАНЕ ЦИТУВАННЯ (RECOMMENDED CITATION), АНОТАЦІЇ (ANNOTATIONS)

Бахаєва А. С. Правочин, який вчинено під впливом помилки, обману (шахрайства). Форум права: електрон. наук. фахове вид. 2018. № 1. С. 8–15. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2018_1_3.pdf

DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1211101

Відбивається дискусійність дослідження питання щодо визначення юридичної природи волі та волевиявлення як умови дійсності правочину та їх місця в системі юридичних фактів. Автором проаналізовано кілька основних підходів до класифікації правочинів, які вчинено під впливом помилки, обману (шахрайства). Робиться висновок про необхідність чіткого розмежовувати помилки та обману (шахрайство) оскільки обман – це завжди результат навмисних дій однієї зі сторін. Запропоновано класифікувати помилку в правочинах наступним чином: помилка у характері правочину; помилка в предметі правочину (помилка в якості предмету); помилка в особі контрагента; помилка в праві. Запропоновано вважати, що обман може полягати: в активних діях сторони правочину; у пасивних діях недобросовісної сторони правочину, що утримується від дій, які він повинен був зробити.

Ключові слова: *воля, волевиявлення, правочин, недійсний правочин, помилка, обман*

***

Бахаева А.С. Сделка, совершенная под влиянием заблуждения, обмана (мошенничества)

Отражается дискуссионность исследования вопроса об определении юридической природы воли и волеизъявления как условия действительности сделки и их места в системе юридических фактов. Автором проанализированы несколько основных подходов к классификации сделок, совершенной под влиянием заблуждения, обмана (мошенничества). Делается вывод о необходимости четкого разграничивать ошибки и обмана (мошенничество), поскольку обман – это всегда результат преднамеренных действий одной из сторон. Предложено классифицировать ошибку в сделках следующим образом: ошибка в характере сделки; ошибка в предмете сделки (ошибка в качестве предмета); ошибка в лице контрагента; ошибка в праве. Предложено, что обман может заключаться: в активных действиях одной из сторон сделки; в пассивных действиях недобросовестной стороны сделки, если она воздерживается от действий, которые должна была совершить.

Ключевые слова: *свобода, волеизъявления, сделка, недействительная сделка, ошибка, обман*

***

Bakhaeva A.S. Transactions Concluded under the Influence of Ignorance, Fraud (False Pretences)

Despite the considerable range of research on invalid transactions, there is no consensus in the civilized doctrine in regard to the legal classification of the blemish of will and expression of will in the implementation of transactions as a condition of the transaction's validity and their place in the system of legal facts.

Therefore, the cases on the admission of transactions as invalid in court practice and, in particular, disputes regarding the invalidation of transactions that are executed under the influence of an error, fraud (swindling) is quite widespread. The Unified State Register of Judgments at the moment of writing the article contains 4,117 decisions regarding the subject matter of the claim.

The Criminal Code of Ukraine, in particular, the Art. 192 «Incitement of Property Damage by Fraud or Abuse of Trust», the Art. 190 «Swindling», directly competes with the norms of the current Civil Code of Ukraine (hereinafter – the CC of Ukraine) and the current legislation, causing imperfection of legal enforcement. The indicated contributes only to an increase in the number of civil cases regarding the admission of transactions as invalid. Having analyzed the judicial practice, the author notes the tendency of unfair use of the method of protection of civil rights and interests by the court under the Art. 16 of the CC of Ukraine, as admission of the invalidity of a transaction and restoration of the situation that existed prior to the violation (bilateral restitution). The scientific study of the essence and forms of the manifestation of an error and fraud in terms of the present day will facilitate the effective resolution of such disputes.

The novelty of the article is to form additional grounds for the delimitation of an error and fraud (swindling) as the basis for the admission transactions as invalid, updating the classification of an error and fraud in the transactions.

Analyzing the degree of an error, the author offers the legislator to clearly regulate and implement the concept of «formal (non-essential) error» into the current legislation. In our opinion, the formal (non-essential) errors are considered those to be related to the execution of a transaction and those that do not affect the content and purpose of a transaction, namely, negligence in the form of a technical error or a typing error.

The author of the article comes to the following conclusions:

1) it is necessary to clearly delimitate an error and fraud (swindling) as a basis for the admission of transactions as invalid, since a fraud is always the result of deliberate actions of one of the parties;

2) it is offered to classify an error in the transactions as follows: an error in the nature of a transaction; an error in the subject matter of a transaction (an error as an object); an error acting by the contracting party; an error in the law;

3) it is suggested that a fraud may consist be: in the active actions of the party to a transaction; in the passive actions of an unconscientiously party of a transaction, that abstaining from the actions that ought to be done.

Key words: *freedom, expression of will, transaction, invalid transaction, error, fraud*

ФП 2018-1
ISSN 1995-6134

УДК *347.441*
DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1213727

О.П. БІЛАН,
аспірант Інституту держави і права ім. В.М. Корецького, м. Київ, Україна,
e-mail: o.bilan1974@gmail.com;
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1507-1499

МОРАЛЬНІ ЗАСАДИ СУСПІЛЬСТВА ЯК ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА КАТЕГОРІЯ

A.P. BILAN,
Postgraduate student of a Ph.D., Koretsky Institute of State
and Law of National Academy of Sciences of Ukraine,
Kiev, Ukraine, e-mail: o.bilan1974@gmail.com;
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1507-1499

MORAL FOUNDATIONS OF SOCIETY AS CIVIL CATEGORY

Постановка проблеми. Новий Цивільний кодекс України вперше закріпив у вітчизняній цивілістиці категорію «моральні засади суспільства». Таке нововведення викликало численні дискусії серед науковців, зокрема, постало питання, що розуміти під поняттям «моральні засади суспільства». Питання виникло у зв'язку з тим, що правозастосовна практика категорії «моральні засади суспільства» можлива лише за умови її однакового тлумачення суб'єктами цивільних правовідносин та судом. Останнє викликає певні труднощі, оскільки категорія «моральні засади суспільства» є оціночною і наповнюється змістом в залежності від того, як її розуміють учасники цивільних правовідносин.

В юридичній літературі вищезазначеному питанню були присвячені публікації вітчизняних та російських науковців: С.І. Шимон, А.І. Дришлюка, С.С. Алексєєва, Є.С. Кушнерука, Л.В. Щенникової, А.В. Єгорова, І.М. Хужокової та ін. Проте, незважаючи на окремі дослідження, доктринальне визначення категорії «моральні засади суспільства» в цивільному праві фактично відсутнє. Наявна судова практика також не дає відповіді на поставлене питання та обмежується позицією, що правочин, який суперечить інтересам держави і суспільства, водночас суперечить моральним засадам суспільства. Таким чином, сучасний стан цивільного законодавства України вказує на те, що дослідження категорії «моральні засади суспільства» є досить актуальним для української юриспруденції, оскільки становитиме певний науковий інтерес та буде корисним для правозастосовної практики, що і є метою статті.

Слід зауважити, що вищезазначене законодавче нововведення не є чимось новим для цивільного права, оскільки фактично все континентальне цивільне законодавство містить юридичні конструкції, які побудовані за допомогою таких універсальних соціальних регуляторів як мораль, моральні засади, основи моралі, добрі наміри, добра совість тощо. Зокрема, відповідні норми містить Цивільний кодекс Франції (ст.900, 1131, 1133, 1172, 1387), Цивільний кодекс Німеччини (§ 138), Цивільний кодекс Російської Федерації (ст.169).

Етимологія та особливості розуміння категорії «моральні засади суспільства». Право і мораль мають багато спільного, зокрема етимологічний аналіз слова «право» (лат. jus – право, значення цього слова виводять з jubeo, jussi, jussum – «наказувати», «приписувати», «веліти») вказує на те, що останнє можна визначити як систему загальнообов'язкових на певній території та формально визначених правил поведінки, що встановлюються і санкціонуються державою. Норми права реалізуються в суспільстві у формі виконання приписів (активна форма) та дотримання заборон (пасивна форма). У свою чергу, етимологічний аналіз слова «мораль» (лат. moralis – моральний, значення цього слова виводять з mores – звичаї, поведінка) вказує на те, що «мораль» можна визначити одним із способів врегулювання поведінки у суспільстві за допомогою усталених приписів, що склались відповідно до його уявлень про добро, зло, справедливість. Виконання зазначених приписів забезпечується внутрішніми (духовними) переконаннями, засобами громадського впливу.

© Білан О.П., 2018

ISSN 1995-6134

Так, Ганс Кельзен, досліджуючи соціальні норми регулювання поведінки людей звертав увагу на те, що поряд із правовими нормами існують також інші соціальні норми, які регулюють взаємини людей. Ці інші соціальні норми він об'єднував під назвою «мораль», а дисципліну, яка їх вивчає, називав «етикою». На його думку право і мораль не відрізняються суттєво одне від одного у виробленні та застосуванні своїх норм. Різниця між ними полягає не в тому, що диктують чи забороняють обидва соціальних порядки, а лише в тому, як вони диктують чи забороняють людську поведінку. Відповідно, право суттєво відрізняється від моралі лише тим, що передбачає санкції як наслідок порушення. На противагу цьому мораль є суспільним порядком, що не запроваджує жодних подібних санкцій. Її санкції полягають у схваленні поведінки, що відповідає нормам, і в несхваленні поведінки, яка таким нормам не відповідає [1].

С.І. Шимон при дослідженні питання відповідності змісту правочину моральним засадам суспільства, звертає увагу на те, що останні не визначають конкретного правила поведінки, їх приписи виявляються у більш загальній формі, проте вони формують тип поведінки, що має відповідати найвищим людським чеснотам, ідеалам людської свідомості, а отже вимога про відповідність змісту правочину моральним засадам суспільства постає як відповідність змісту правочину ідеї добра і справедливості, спрямованість його на досягнення всього позитивного в житті людей, що відповідає їх інтересам, бажанням, мріям [2].

А.І. Дрішлюк, досліджуючи норми моралі, звертає увагу на те, що мораль (моральні засади) є додатковим регулятором суспільних відносин та водночас оціночним механізмом юридично вагомих дій [3]. О.В. Грицак під категорією моральні засади суспільства розуміє певну сукупність імперативів, які можна охарактеризувати як динамічні, що мають неписаний характер, виражають ступінь усвідомлення суб'єктами цивільних правовідносин цінностей, суттєвих у процесі реалізації ними майнових та пов'язаних з ними особистих немайнових прав. Наприклад, неприпустимість зловживання правом, дотримання майнової самостійності та юридичної рівності тощо [4].

У свою чергу, Конституційний Суд України в рішенні від 02.11.2004 р. у справі № 1-33/2004 за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст. 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) вказав, що одним з проявів верховенства права є необмеженість права лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством та зумовлені історично досягнутим культурним рівнем. Всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України.

З вищезазначеного вбачається, що норми права та моралі підтримують одне одного у впорядкуванні одних і тих же суспільних відносин, їх вимоги багато у чому співпадають. Разом із тим, існують певні проблеми щодо правозастосування категорії «моральні засади суспільства», які, насамперед, виникають у зв'язку з її оціночністю. Відповідно вбачається за доцільне з'ясувати, що законодавець розуміє під категорією «моральні засади суспільства» та з якою практичною метою остання була закріплена у чинному цивільному законодавстві України.

Ознаки та правозастосування категорії «моральні засади суспільства». Статтею 13 ЦК України закріплено, що особа при здійсненні цивільних прав особа повинна дотримуватись моральних засад суспільства, а приписами ст.203 ЦК України встановлено, що зміст правочину не може суперечити цивільному кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам.

З аналізу перелічених положень вбачається, що по-перше, законодавець закріпив у цивільному законодавстві «моральні засади суспільства» як категорію обмеження здійснення цивільних прав, зокрема, встановленого у ст.3 ЦК України принципу свободи договору. По-друге, ч.1 ст.203 ЦК України вказує на те, що законодавець розуміє моральні засади суспільства як щось окреме від приписів цивільного кодексу, інших актів цивільного законодавства (перелічені у ст.4 ЦК України) та інтересів держави і суспільства. Така законодавча позиція виглядає логічною, оскільки моральні засади, закріплені у позитивному законодавстві, втрачають свій статус та, в залежності від ситуації, перетворюються на положення цивільного кодексу або інших актів цивільного законодавства. На нашу думку, така трансформація може свідчити про те, що суспільна мораль впливає на формування цивільно-правових норм, але при цьому, не може

ISSN 1995-6134

переноситись у чистому вигляді в позитивне право. В зазначеному контексті необхідні додаткові наукові дослідження моральних засад суспільства як соціального джерела цивільного права.

Підсумовуючи, можна дійти висновку про відсутність законодавчих підстав для ототожнення категорії «моральні засади суспільства» із приписами позитивного права. На нашу думку під «моральними засадами суспільства», у контексті статей 13, 203 ЦК України, необхідно розуміти ті моральні норми, які не закріплені у цивільному законодавстві України. У зв'язку з чим постає питання щодо надання законодавчого визначення категорії «моральні засади суспільства».

Неможливо не помітити той факт, що з моменту свого першого законодавчого закріплення у цивільному кодексі Наполеона (1804 рік) та до цього часу такі тотожні категорії як добрі наміри, мораль, моральні засади суспільства так і не знайшли свого законодавчого визначення. У переважній більшості сучасних досліджень прослідковується одна тенденція, автори схвалюють включення у цивільний кодекс категорії «моральні засади суспільства», але не дають їй визначення. Можна допустити, що така ситуація пов'язана, перш за все, з оціночністю вказаних цивільно-правових категорій. Зокрема, намагання надати категорії «моральні засади суспільства» конкретизоване правове визначення, на нашу думку, позбавлене правового сенсу. Адже, як відомо, законодавець обмежує здійснення цивільних прав двома шляхами (механізмами), за допомогою імперативних та оціночних норм. Зазначене пов'язане з неможливістю на законодавчому рівні передбачити всі можливі ситуації та врегулювати їх за допомогою імперативних норм, саме з цих причин у законодавстві закріплюються оціночні положення. Правова цінність останніх полягає в їх оціночності та, відповідно, переведення їх в статус імперативних норм шляхом конкретизації позбавлене правового сенсу. З точки зору практики доцільно лише визначити їх основні (кваліфікуючі) ознаки. Слід розуміти, що оціночні норми перестануть бути такими у разі, якщо їм надати конкретизоване визначення. З цього приводу С.І. Шимон звертає увагу на те, що вимога про відповідність змісту правочину моральним засадам суспільства не встановлює конкретного правила, але формує тип поведінки; її слід розглядати як принцип, за допомогою якого законодавець конкретизує моральні ідеї в категоріях прав та обов'язків, тобто формулює конкретні моделі цивільно-правових норм, а суб'єкти цивільного права – координують свої вчинки з уявленнями про найвищі людські чесноти, ідеали людської свідомості, ідеєю добра і справедливості [2, с.29]. Аналогічну позицію підтримує К.Ю. Валігура, на думку якої моральність як найширше поняття, як ідея відповідності добру і справедливості не визначає конкретного правила поведінки, її приписи виражені у більш загальній формі, але вона формує тип поведінки, що має відповідати найвищим людським чеснотам, ідеалам людської свідомості, а отже, стає принципом цивільного права [5].

На нашу думку під моральними засадами суспільства необхідно розуміти принципи права, які підтримуються базовими моральними цінностями суспільства. Фактично мова може йти про неохоплені правом, але загальновизнані суспільством базові принципи моралі. Такі принципи неконкретизовані в позитивному праві у вигляді заборон та повинні визначатися в кожному окремому випадку судом з урахуванням фактичних обставин справи. Таким чином, слід погодитись з думкою, висловленою в літературі, про те, що мораль як принцип є вектором для правотворчості, основою для правильного розуміння й застосування норм цивільного законодавства [6].

Незважаючи на неодноразове звернення законодавця до категорії «моральні засади суспільства», аналіз наявної в Єдиному судовому реєстрі судових рішень України судової практики правозастосування зазначеної категорії вказує на її фактично повну відсутність. На нашу думку, така ситуація пояснюється декількома причинами. По-перше, це оціночність моральних засад суспільства, внаслідок якої вони наповнюється змістом в залежності від того, як їх розуміють учасники цивільних правовідносин та суд. Як правильно зазначає К.Ю. Валігура, у судовій практиці найскладнішою проблемою залишається встановлення ступеня «неморальності поведінки», оскільки оцінка такого поняття багато в чому матиме суб'єктивний характер [7]. По-друге, це неадекватні вчиненому правопорушенню наслідки (конфіскація), що змушує суди застосовувати положення ст.228 ЦК України у крайніх випадках (в т. ч. щодо моральних засад суспільства). Слід зазначити, що наявність у цивільному праві кримінально-правової санкції у вигляді конфіскації завжди критикувалось правниками, зокрема, вбачається за доцільне відмовитись від такої публічної санкції в приватному праві. По-третє, це складність доведення умислу

ISSN 1995-6134

у сторін або однієї сторони на укладання правочину, який порушує моральні засади суспільства (ст.228 ЦК України).

На нашу думку перелічені вище складнощі правозастосування категорії «моральні засади суспільства» вказують на недостатню продуманість та декларативний характер цивільно-правових положень, які закріплюють моральні засади суспільства. Для того щоб змінити ситуацію необхідно, як мінімум, на законодавчому рівні (1) визначити кваліфікуючі ознаки моральних засад суспільства та (2) вирішити питання щодо доцільності закріплення конфіскації у положеннях ст.228 ЦК України.

Як відомо оціночні положення, у випадках наявності прогалин у праві, застосовуються суддями під час здійснення судової правотворчості. Так, Гельмут Коінг (Helmut Coing) звертає увагу на те, що праву відомо багато випадків, коли на законодавчому рівні не встановлюються конкретні правила, а навпаки, законодавець безпосередньо звертається до моральних цінностей. Наприклад, законодавче правило згідно з яким боржник зобов'язується сумлінно виконувати свій обов'язок у відповідності до принципу добросовісності. У такому випадку суддя не має конкретно визначених законодавчих норм, замість цього він стикається з посиланням на моральні концепції. Він повинен сам формулювати конкретні правила. Очевидно, що у таких випадках законодавець довіряє внутрішньому переконанню судді, зокрема його здібності проаналізувати сумнівні моральні цінності [8].

Категорія «моральні засади суспільства» як критерій судової оцінки. Отже, в юридичній літературі можна зустріти позицію, згідно з якою, категорія «моральні засади суспільства», як будь-які інші оціночні положення цивільного права, може використовуватись судами у випадках наявності прогалин у праві та відсутності законодавства, яке регулює спірні правовідносини.

На нашу думку така позиція є дискусійною. Зокрема, ми погоджуємось з тим, що вищезазначена категорія може використовуватись як *додатковий критерій* судової оцінки тих чи інших дій на предмет їх законності. Крім того, безумовно, положення про моральні засади суспільства можуть застосовуватись там, де відсутні законодавчі норми, оскільки у судді в такому випадку фактично немає іншого вибору. Адже приписами ч.10 ст.10 Цивільного процесуального кодексу України йому заборонено відмовляти у розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини. Разом з тим, вважаємо більш правильним у разі наявності законодавчих прогалин вирішувати спірні правовідносини за механізмами аналогії права/закону, спираючись на основні принципи (засади) цивільного законодавства (ст.3 ЦК України). Принаймні такі принципи цивільного права як справедливість, добросовісність та розумність мають моральний підтекст і можуть використовуватись як критерії оцінки правомірності поведінки суб'єктів цивільних правовідносин. Як правильно з цього приводу звертав увагу В.П. Грибанов, у правовій літературі вважається загальновизнаним те, що принципи – це не звичайні правила поведінки, а основні, керуючі положення права [9, с. 223].

Давно відомо, що закон зазвичай відстає від моралі. Така ситуація, як зазначає Роске Паунд (Roscoe Pound), має важливе значення для формування нових правових норм (законодавчих змін), оскільки норми моралі більш динамічніші, більш революційні, мобільніші, більш спрямовані на майбутнє ніж закон. Останній ближче до традиційних практик, ніж до інновацій в праві. При цьому за необхідності тлумачення або формування нових правових норм, обґрунтування підстав прийняття судового рішення, а також під час здійснення судової правотворчості є три моменти, які необхідно враховувати: (1) справедливість, як ідеальний зв'язок між людьми; (2) мораль, як основа розвитку індивідуального характеру; (3) безпека. Перелічені моменти вважливі для підтримки рівноваги, неможливо ігнорувати жодного з них, як і неможливо враховувати один за рахунок інших [10].

З огляду на вищезазначене, ми вважаємо, що для заповнення прогалин у праві суди повинні (в першу чергу) керуватись цивільно-правовими принципами як основними лекалами здійснення цивільних прав зокрема та розвитку цивільного права в цілому. Судове рішення, яке приймається в умовах відсутності відповідних норм, може обґрунтовуватись цивільними принципами. Вважаємо, що останніх достатньо для заповнення правових прогалин та, відповідно, вони можуть повністю перекрити необхідність звернення (при прийнятті судових рішень) до категорії «моральні засади суспільства».

Висновки. На нашу думку із вищезазначеного можна зробити наступні висновки. По-перше, під цивільно-правовою категорією «моральні засади суспільства» необхідно розуміти неохоплені правом, але загальновизнані суспільством фундаментальні принципи соціальної моралі.

ISSN 1995-6134

По-друге, станом на сьогодні цивільно-правові положення, які закріплюють моральні засади суспільства, є декларативними та потребують додаткових наукових досліджень (щодо кваліфікуючих ознак) та внесення законодавчих змін (щодо конфіскаційних санкцій). По-третє, категорія «моральні засади суспільства» може використовуватись як додатковий критерій оцінки правомірності дій суб'єктів цивільних правовідносин. Разом із тим, при виникненні необхідності заповнення прогалин судові органи повинні віддавати перевагу загальним засадам (принципам) цивільного права.

Наостанок слід зазначити, що ми повністю підтримуємо позицію французьких правників, які, відстоюючи доцільність закріплення категорії «добрі наміри» у цивільному кодексі, звертають увагу на те, що право, крім перманентного пошуку вигоди повинно вирішувати також інші соціально важливі завдання. Розповсюджений сьогодні економічний аналіз права може і повинен бути джерелом натхнення та роздумів для юристів з тих же підстав, що і соціологія, філософія або демографія, але він не повинен розглядатись у якості панацеї. Адже процес створення правових норм, під загрозою неефективності, не може не враховувати людську природу та соціальну поведінку, яку ці норми покликані врегульовувати [11].

Оцінка законів або конкретної судової практики виключно з точки зору матеріальних втрат сприяє розвитку ринкових відносин, які у своєму прагненні до абсолютного панування можуть до неймовірного стану спаплюжити цивільне право. В той час як останнє повинно в рівній мірі брати до уваги як людські відносини, так і економічні, однаково забезпечувати соціальний лад і економічне благополуччя. Яскравим прикладом такого підходу є реакція французьких правників на постанову Європейського Суду від 20.11.2001 р., в якій суд вирішив, що проституція є економічною діяльністю з точки зору права. Критикуючи такий підхід французькі цивілісти наголошували на тому, що цивільний порядок не може зводитись до порядку економічного. Звичайно, прибуток має значення для права, однак для останнього мають значення і безпека, і відповідальність, і свобода, і дотримання слова, і рівноправ'я, і гідність, і заборона на торгівлю людським тілом. Адже правовий порядок стосується людини в тій же мірі, в якій стосується її майна [11, с.87].

З огляду на зазначене, очевидним є те, що всі закони, незалежно від їх змісту або мети, виникають із суспільної моралі, із суспільного розуміння того, що деякі дії правильні (законні), а деякі ні (незаконні). Закони, які не відповідають критеріям соціальної моралі сприймаються суспільством як несправедливі. Відповідно треба визнати, що законодавчі зміни здебільшого формуються на моральних судженнях (конкуруючих у суспільстві переконань про правильне і неправильне) та оцінках суспільством тих чи інших дій.

Таким чином, відповідь на питання щодо доцільності закріплення у цивільному праві категорії «моральні засади суспільства» для нас є очевидною, разом із тим очевидним є й те, що станом на сьогодні зазначена категорія потребує нових, ґрунтовних додаткових наукових досліджень.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Кельзен Г. Чисте Правознавство: з дод.: пробл. справедливості. К. : Юніверс, 2004. С. 73–78.
2. Шимон С. І. Відповідність змісту правочину моральним засадам суспільства як умова його дійсності. *Юриспруденція: теорія і практика.* 2009. № 7. С. 24–30.
3. Дрішлюк А. І. Норми моралі в системі джерел цивільного права України. *Приватне право і підприємництво.* 2014. Вип. 13. С. 35–38.
4. Грицак О. В. Моральні засади суспільства як оціночна категорія українського цивільного права. *Адвокат.* 2010. № 3. С. 39–43.
5. Валігура К. Ю. «Моральні засади суспільства» як оціночна категорія цивільного права та її вплив на формування механізму цивільно-правового регулювання. *Право і суспільство.* 2016. № 1. С. 46–51.
6. Валігура К. Ю. Морально-правові принципи як регулятор цивільних відносин. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право.* 2016. Вип. 37 (1). С. 106–109.
7. Валігура К. Ю. Значення моральних норм у цивільному законодавстві України та зарубіжних країн. *Альманах міждународного права.* 2016. Вип. 11. С. 4–11.
8. Helmut Coing. (1987). Analysis of Moral Values by Case-Law. Washington University Law Review, 65 (4). 711–721. Retrieved from: https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2102&context=law_lawreview.

ISSN 1995-6134

9. Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. М. : Статут, 2001. 411 с.
10. Roscoe Pound. (1945). Law and Morals – Jurisprudence and Ethics. North Carolina Law Review, 23 (4). 185–222. Retrieved from: http://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1651&context=nclr.
11. Цивилистические правовые традиции под вопросом (по поводу докладов Doing Business Всемирного банка) / Ф. Барьер, Ф. Дидье, Ф. Дюпишд; предисл. И. Медведева, М. Гримальди, В. Яркова. М. : Волтерс Клувер, 2007. Т. 1. 92 с.

REFERENCES

1. Kel'zen, H. (2004). *Chyste Pravoznavstvo: z dod.: probl. Spravedlyvosti* [Pure Jurisprudence: from the detail: probl. justice]. Kyiv: Yunivers (s. 73–78) (in Ukr.).
2. Shymon, S. I. (2009). Vidpovidnist' zmistu pravochynu moral'nym zasadam suspil'stva yak umova yoho diysnosti [Conformity of the content of the transaction to the moral principles of society as a condition of its validity]. *Yurysprudentsiya: teoriya i praktyka,* (7). 24–30 (in Ukr.).
3. Drishlyuk, A. I. (2014). Normy morali v systemi dzherel tsyvil'noho prava Ukrayiny [The norms of morality in the system of sources of civil law of Ukraine]. *Pryvatne pravo i pidpryyemnytstvo,* (13). 35–38 (in Ukr.).
4. Hrytsak, O. V. (2010). Moral'ni zasady suspil'stva yak otsinochna katehoriya ukrayins'koho tsyvil'noho prava [The moral principles of society as an estimated category of Ukrainian civil law]. *Advokat,* (3). 39–43 (in Ukr.).
5. Valihura, K. YU. (2016). «Moral'ni zasady suspil'stva» yak otsinochna katehoriya tsyvil'noho prava ta yiyi vplyv na formuvannya mekhanizmu tsyvil'no-pravovoho rehulyuvannya [Moral principles of society» as an estimated category of civil law and its influence on the formation of the mechanism of civil law regulation]. *Pravo i suspil'stvo,* (1). 46–51 (in Ukr.).
6. Valihura, K. YU. (2016). Moral'no-pravovi pryntsypy yak rehulyator tsyvil'nykh vidnosyn [Moral-legal principles as a regulator of civil relations]. *Naukovyy visnyk Uzhhorods'koho natsional'noho universytetu. Seriya : Pravo,* 37(1). 106–109 (in Ukr.).
7. Valihura, K. YU. (2016). Znachennya moral'nykh norm u tsyvil'nomu zakonodavstvi Ukrayiny ta zarubizhnykh krayin [Significance of moral norms in civil law of Ukraine and foreign countries]. *Al'manakh mizhnarodnoho prava,* (11). 4–11 (in Ukr.).
8. Helmut, Coing. (1987). Analysis of Moral Values by Case-Law. *Washington University Law Review,* 65 (4). 711–721. Retrieved from: https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2102&context=law_lawreview (in En.).
9. Gribanov, V. P. (2001). *Osushchestvleniye i zashchita grazhdanskikh prav* [Implementation and protection of civil rights]. Moskva: Statut (in Russ.).
10. Roscoe, Pound. (1945). Law and Morals – Jurisprudence and Ethics. *North Carolina Law Review*, 23 (4). 185–222. Retrieved from: http://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1651&context=nclr (in En.).
11. Bar'yer, F., Did'ye, F., Dyupishd, F., I. Medvedev, Grimal'di, M., & Yarkov V. (2007). *Tsivilisticheskiye pravovyye traditsii pod voprosom (po povodu dokladov Doing Business Vsemirnogo banka)* [Civilizational legal traditions are questionable (regarding Doing Business reports of the World Bank)]. Moskva: Volters Kluver, T. 1 (in Russ.).

Надійшла 26.02.2018

РЕКОМЕНДОВАНЕ ЦИТУВАННЯ (RECOMMENDED CITATION), АНОТАЦІЇ (ANNOTATIONS)

Білан О. П. Моральні засади суспільства як цивільно-правова категорія. Форум права: електрон. наук. фахове вид. 2018. № 1. С. 16–22. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2018_1_4.pdf

DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1213727

Розкрито поняття цивільно-правової категорії «моральні засади суспільства», окреслені основні проблеми правозастосування та проаналізована можливість її використання в якості інструменту для заповнення правових прогалин судом. Обґрунтована позиція, що законодавцем під цивільно-правовою категорією «моральні засади суспільства» розуміються ті норми соціальної моралі, які не закріплені у позитивному праві. Проаналізована можливість заповнення прогалин у законодавстві за допомогою категорії «моральні засади суспільства».

Ключові слова: *цивільне право, моральні засади суспільства, обмеження здійснення цивільних прав*

***

ISSN 1995-6134

Билан А.П. Моральные основы общества как гражданско-правовая категория

Раскрыто понятие гражданско-правовой категории «моральные основы общества», очерчены основные проблемы правоприменения и проанализирована возможность ее использования в качестве инструмента для заполнения правовых пробелов судом. Обоснована позиция, что законодатель понимает под гражданско-правовой категорией «моральные основы общества» те нормы, которые на закреплены в позитивном праве. Проанализирована возможность заполнения пробелов в законодательстве при помощи категории «моральные основы общества».

Ключевые слова: *гражданское право, моральные основы общества, ограничение осуществления гражданских прав*

***

Bilan A.P. Moral Foundations of Society as Civil Law Category

The study articulated the concept of the civil law category «moral foundations of society», outlined the main problems of law enforcement and analyzed its applicability as an instrument for filling legal gaps by the court.

In particular, it was justified that under the civil law category «moral foundations of society» (Articles 13, 203, 228 of the Civil Code of Ukraine) the legislator refers to those norms of social morality that are not enshrined in positive law.

The study established a near-complete absence of the judicial practice of the «moral foundations of society» category law enforcement. It is suggested that such a situation may be related to (1) the evaluativity of the moral foundations of society; (2) inadequateness of consequences (confiscation) for the committed offence; (3) the difficulty of proving the intention of the party to commit an offence.

In addition, the issue of judicial law-making is disclosed, in particular, the possibility of filling gaps in legislation with the «moral foundations of society» category. It is concluded that the «moral foundations of society» category can be used as an additional criterion for assessing the legality of actions of subjects of civil-law relations. In addition to that, when there is a need to fill gaps, judicial authorities must resolve contentious relations according to the mechanisms of analogy of right/law, based on the basic principles of civil law (Article 3 of the Civil Code of Ukraine). In particular, such principles of civil law as justice, good faith and reasonableness have a moral implication and can be used as criteria for assessing the legality of behaviour of subjects of civil-law relations.

As a general conclusion, it is suggested, first, that the civil law category «moral foundations of society» should be understood as uncovered by law but generally recognized by society fundamental principles of social morality. Secondly, to recognize that, as of today, the civil law provisions that consolidate moral foundations of society are declarative and require additional scientific research and legislative changes. Thirdly, it is concluded that the «moral foundations of society» category can be used as an additional criterion for assessing the legality of actions of subjects of civil-law relations. In addition to that, when there is a need to fill gaps, judicial authorities should give preference to the general principles of civil law.

Key words: *civil law, moral foundations of society, restrictions on the exercise of civil rights*

ФП 2018-1
ISSN 1995-6134

УДК *340.12*
DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1214397

О.В. ВОЛОШЕНЮК,
доцент кафедри загальноправових дисциплін
Харківського національного університету внутрішніх справ,
кандидат юридичних наук, доцент, м. Харків, Україна;
e-mail: voloshenyuk1966@gmail.com;
ORCID: http://orcid.org/0000-0001-8978-0645

ЗАСОБИ КОНКРЕТИЗАЦІЇ НОРМ ПРАВА

O.V. VOLOSHENYUK,
Ass. Professor, Chair of General Law Disciplines,
Kharkiv National University of Internal Affairs, Ph.D. in Law,
Associate Professor, Kharkiv, Ukraine;
e-mail: voloshenyuk1966@gmail.com;
ORCID: http://orcid.org/0000-0001-8978-0645

MEANS OF CONCRETIZATION THE RULES OF LAW

Постановка проблеми. Право являє собою універсальний регулятор суспільних відносин, що забезпечує узгодження і захист загальних, групових та індивідуальних інтересів, стабільне існування і динамічний розвиток суспільства в конкретно-історичних умовах. Правовим нормам притаманний абстрактний, не індивідуалізований характер, об'єктивно обумовлений необхідністю стандартизованого упорядкування широкого кола однотипних відносин, які виникають у багатоманітних, часом непередбачуваних життєвих ситуаціях. У абстрактному характері норм права, таким чином, втілена цінність нормативного способу керівництва суспільством, однак водночас у ньому міститься і суттєвий недолік – відсутність чіткої визначеності нормативних приписів, потреба уточнення вимог права стосовно тих чи інших реальних обставин. За таких умов великого значення щодо забезпечення ефективності правового регулювання набуває конкретизація норм права.

Питанням юридичної конкретизації традиційно приділяється значна увага у вітчизняній та зарубіжній науковій літературі. Ще у 1969 році А.Б. Венгеров звертав увагу на те, що «нормативність і конкретизація – дві діалектично взаємозалежні сторони, які характеризують правовий спосіб регулювання суспільних відносин» [1, с.44]. Через п'ять років після цього В.К. Самігуллін визначив конкретизацію права як властивість правового регулювання, що проявляється в деталізації змісту централізованих юридичних приписів певними засобами з тим, щоб забезпечити оптимальне (ефективне) регулювання суспільних відносин з урахуванням їх якісної специфіки [2, с.119]. У подальшому різним аспектам конкретизації норм права присвятили свої роботи, зокрема, М. Боровські (Borowski Martin) – загальні питання конкретизації норм права [3], В. Брюггер (Brugger Winfried) – співвідношення конкретизації та тлумачення норм права [4], О. Гордієнко (Hordiienko O.) – проблематика локальної конкретизації права [5], М. Шиліг (Schillig Michael) – методи конкретизації європейського приватного права [6] та ін. Однак, попри значну теоретичну і прикладну розробленість проблематики юридичної конкретизації, питання засобів конкретизації норм права залишилось поза належною увагою наукової спільноти. Тому метою статті є визначення засобів конкретизації норм права та їх систематизація відповідно до основних правових форм діяльності держави.

Перш за все, слід зазначити, що у юридичній науці відсутня єдність стосовно визначення сфер застосування конкретизації. Так, О.Ф. Ноздрачов обмежує її використання правотворчою сферою, зазначаючи, що конкретизація означає встановлення розпоряджень, які роз'яснюють або розвивають вихідні норми законів та підзаконних актів, вона націлена на таку регламентацію суспільних відносин, за якої досягається повнота регулювання [7, с.75]. М.Б. Зейдер, навпаки, розуміє під конкретизацією надання праву максимальної визначеності в процесі виключно правозастосовної (а саме судової) діяльності [8, с.92]. Однак переважна більшість авторів вважають, що конкретизація є важливим елементом як правотворчості, так і застосування

© Волошенюк О.В., 2018

ISSN 1995-6134

норм права (В.М. Баранов, М.М. Вопленко, В.В. Лазарєв, О.Ф. Черданцев та ін.). Деякі науковці виокремлюють також і третю самостійну сферу використання конкретизації – сферу юридичного тлумачення, однак, на нашу думку, інтерпретаційна діяльність не має самостійного значення, оскільки вона полягає у встановленні дійсного змісту норми права з метою її правильної практичної реалізації. Можна сказати, що офіційне тлумачення норм права має факультативний характер у механізмі правового регулювання, оскільки необхідність у ньому виникає в разі виявлення неясності, неоднозначності змісту певного нормативного припису або при виникненні суперечливої практики застосування законодавства. Що стосується неофіційного тлумачення, то воно здійснюється в процесі реалізації норм права та є невід'ємною частиною цього процесу. Таким чином, на нашу думку, основними правовими формами діяльності держави, що мають самостійний характер та у яких використовується конкретизація, є правотворчість і правозастосовна діяльність.

Інший важливий момент, який слід враховувати при визначенні засобів конкретизації норм права, є методологічний підхід до її розуміння. Наприклад, П.М. Рабінович та Г.Г. Шмельова методологічною основою для вироблення поняття конкретизації права обрали філософські категорії «загальне – особливе – одиничне» і «абстрактне – конкретне», а також обумовлений діалектикою цих категорій логічний закон зворотного відношення між обсягом і змістом поняття. Тобто, з їх точки зору, конкретизація являє собою логічну операцію зменшення обсягу вихідного поняття за допомогою розширення його змісту [9, с.31–32]. На основі такого підходу його прибічники відмежовують конкретизацію від інших, схожих на неї явищ. Наприклад, вказані вище автори переконані, що деталізація не може розглядатися як засіб конкретизації, оскільки норма, яку деталізують, та норма, за допомогою якої здійснюється деталізація, співвідносяться між собою як ціле і частина; що стосується норми, що конкретизується, та норми, яка її конкретизує, то вони співвідносяться як загальне і особливе [9, с.34]. Інший підхід демонструє М.О. Власенко, який за основу конструювання поняття «конкретизація» бере філософські категорії «невизначеність» і «визначеність» [10, с.66]. На його думку, конкретизація є об'єктивною властивістю правового регулювання, що полягає в переході від невизначеності юридичного припису до його визначеності, а також невизначеності норми права в зв'язку з появою юридичного факту до його якості певного правового (індивідуального) регулятора [10, с.63]. За автором, рух від невизначеності до визначеності в змісті правових приписів здійснюється двома шляхами: логічним і предметним. Логічний шлях передбачає розвиток норм з метою досягнення завершеного правового регулювання (наприклад, розвиток конституційних положень у законах, а положень законів – у підзаконних актах). Предметний шлях потребує додаткового регламентування, коли встановлюються нові норми, пов'язані з нормами первинного нормативного правового акта, що охоплюються метою і контурами предмета регулювання [10, с.69–70]. Такий підхід, з нашої точки зору, є більш продуктивним, він дозволяє, порівняно з першим підходом, значно розширити арсенал засобів конкретизації, включивши до нього і згадувану вище деталізацію, і багато інших засобів.

Усі попередні міркування дозволяють нам сформулювати власну дефініцію конкретизації норм права, під якою ми пропонуємо розуміти діяльність компетентних суб'єктів, що полягає в усуненні або зменшенні (скороченні) невизначеності нормативних приписів в процесі правотворчості та правозастосування за допомогою спеціальних засобів юридичної техніки.

Засоби конкретизації норм права в процесі правотворчості. Оскільки правотворчість є такою правовою формою діяльності, що спрямована на формування єдиного, узгодженого і доступного для населення правового простору, у процесі нормотворення корисними є наступні засоби конкретизації норм права.

Уточнення дозволяє конкретизувати нормативний припис шляхом надання додаткової інформативної характеристики суб'єктів, об'єктів, предмета правового регулювання, процедури реалізації прав і обов'язків тощо. Наприклад, ч.2 ст.33 Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність» визначає, що науковим відрядженням вважається відрядження наукового (науково-педагогічного) працівника, аспіранта, ад'юнкта, докторанта на певний строк для проведення наукової або науково-педагогічної роботи, участі в наукових конференціях, симпозіумах, семінарах, наукових школах, *експедиціях* поза місцем його основної роботи [11]. Групою народних депутатів України у 2016 р. було ініційовано Проект Закону про внесення змін до даного нормативного акту, у якому запропоновано, серед іншого, викласти вказаний нормативний припис у наступній редакції: «Науковим відрядженням

ISSN 1995-6134

вважається відрядження наукового (науково-педагогічного) працівника, аспіранта, ад'юнкта, докторанта на певний строк для проведення наукової або науково-педагогічної роботи, участі в наукових конференціях, симпозіумах, семінарах, наукових школах, *наукових експедиціях* поза місцем його основної роботи» [12]. Таким чином, пропонується уточнити, що участь не у будь-яких експедиціях буде вважатися науковим відрядженням, а виключно у наукових експедиціях. Це є прикладом коректного використання суб'єктами законодавчої ініціативи такого інструменту, як уточнення. На жаль, у практиці законодавчого органу України є чимало випадків того, як під виглядом уточнення фактично використовуються інші техніко-юридичні засоби. Наприклад, 31 травня 2016 р. було прийнято Закон України «Про внесення зміни до статті 23 Закону України «Про Національну поліцію» щодо уточнення деяких положень» [13]. Але фактично у цьому Законі сказано: «Статтю 23 Закону України «Про Національну поліцію» доповнити пунктом 26 такого змісту: «26) здійснює оперативно-розшукову діяльність відповідно до закону», тобто використано не уточнення, а доповнення, яке суттєво відрізняється від уточнення. Якщо при використанні уточнення обсяг певного поняття чи іншого елементу норми зменшується (у наведеному вище прикладі – наукові експедиції є поняттям вужчим, ніж просто експедиції, оскільки останні можуть бути, крім наукових, також і туристичними, військовими та ін.), то при використанні доповнення, навпаки, обсяг нормативного припису збільшується, до певної норми права включаються додаткові змістовні елементи.

Доповнення є важливим інструментом усунення прогалин у праві, як первинних, тобто таких, які з самого початку містяться у прийнятому нормативно-правовому акті, так і вторинних, що виникають внаслідок появи нових обставин, яких на момент прийняття певного акту не існувало і появу яких суб'єкт правотворчості не міг передбачити. Щоправда, П.М. Рабінович та Г.Г. Шмельова вважають, що доповнення не є інструментом конкретизації, воно є самостійним способом правотворчості. Аргументуючи свою позицію, вони вказують, що доповнення означає встановлення такого правила поведінки, яке регулювало б не регламентовані раніше або частково регламентовані законодавцем суспільні відносини, включені ним у сферу правового регулювання. При цьому зміст доповнюючої норми права логічно не випливає зі змісту норми, що доповнюється [9, с.33]. Дозволимо собі не погодитися з шановними авторами, оскільки вважаємо, що будь-яке доповнення правової норми є конкретизацією норми більш високого порядку. Слід пам'ятати про ієрархічну структуру системи права і, відповідно, системи законодавства. Норми підзаконних актів конкретизують норми законів, а норми законів, відповідно, конкретизують норми Конституції. Тому не можна говорити, що «зміст доповнюючої норми права логічно не випливає зі змісту норми, що доповнюється». Така ситуація можлива лише у разі правотворчої помилки. У нормальній ситуації той факт, що прийнята норма містить щось нове, не перешкоджає вважати її конкретизуючою. Як зазначає І.А. Красюк, у процесі правотворчої конкретизації на основі загальних абстрактних норм створюються відносно нові, більш конкретні та визначені правила поведінки, які, конкретизуючи норми права, охоплюються об'ємом загальних абстрактних норм, визначаються їхнім змістом, логічно постають із них, але характеризуються при цьому новизною [14, с.128]. Схожим чином і С.В. Поленіна вказує, що специфіка такого методу законотворчості, як конкретизація, полягає, крім іншого, у тому, що конкретизація нерідко носить багатоступеневий характер. Це має місце в тих випадках, коли генеральна, тобто максимально широка по всіх позиціях норма (принцип) неодноразово трансформується стосовно тих чи інших об'єктів, суб'єктів і ситуацій в тому ж або в більш низькому по ієрархічній градації законі або підзаконному акті [15, с.42].

Деталізація передбачає розгорнуту регламентацію суспільних відносин шляхом розчленування, дроблення змісту правової норми на складові частини. За допомогою деталізації забезпечується оптимальне регулювання суспільних відносин з урахуванням їх територіальної, галузевої та іншої специфіки. Даний засіб застосовується на всіх ієрархічних рівнях законодавства, але найчастіше використовується суб'єктами підзаконної, зокрема – локальної правотворчості. Наприклад, у ч.7-9 ст.42 Закону України «Про освіту» зазначено: «7. Види академічної відповідальності (у тому числі додаткові та/або деталізовані) учасників освітнього процесу за конкретні порушення академічної доброчесності визначаються спеціальними законами та/або внутрішніми положеннями закладу освіти, що мають бути затверджені (погоджені) основним колегіальним органом управління закладу освіти та погоджені з відповідними органами самоврядування здобувачів освіти в

ISSN 1995-6134

частині їхньої відповідальності. 8. Порядок виявлення та встановлення фактів порушення академічної доброчесності визначається уповноваженим колегіальним органом управління закладу освіти з урахуванням вимог цього Закону та спеціальних законів… 9. Форми та види академічної відповідальності закладів освіти визначаються спеціальними законами» [16]. Як бачимо, загальні питання академічної відповідальності, передбачені законом «Про освіту», мають бути деталізовані у спеціальних законах та у актах кожного конкретного закладу освіти.

Деталізації підлягають норми як матеріального права (у наведеному вище прикладі – форми та види академічної відповідальності), так і процесуального права (порядок виявлення та встановлення фактів порушення академічної доброчесності). Найбільшого значення даний засіб конкретизації має при регулюванні публічно-правових відносин. О.С. Гордієнко вірно, на наш погляд, вказує, що на відміну від приватно-правової сфери, де диспозитивний метод правового регулювання передбачає більш широкі можливості вибору суб'єктами права варіанту поведінки, в основі публічних галузей права лежить конкретизаційно-деталізаційний критерій, згідно із яким наголошується на необхідності чіткого визначення меж дозволеної та обов'язкової поведінки суб'єктів права, які мають чітко усвідомлювати із текстів правових актів, яку саме модель поведінки їм слід обрати [17, с.5]. Особливо це стосується регламентації владних повноважень державних органів і посадових осіб, які можуть приймати рішення щодо реалізації прав, свобод і законних інтересів громадян та суттєво обмежувати їх.

Диференціація полягає у пристосуванні загальних принципів і норм певної галузі (інституту) до особливостей різних категорій суб'єктів, з урахуванням розбіжних соціальних обставин і умов. На відміну від деталізації, яка спрямована на забезпечення єдності правового регулювання певної сфери суспільних відносин, диференціація передбачає співіснування різних правових режимів, одночасну дію відмінних юридичних вимог і підходів у межах одного колективу. Наприклад, трудове право об'єднує у собі загальні норми, що розповсюджуються на всіх працівників, і спеціальні норми, які диференціюють загальні положення трудового законодавства залежно від особливостей суб'єкта праці (чоловіки, жінки, неповнолітні, інваліди); сфер і видів трудової діяльності (державні службовці, педагогічні, медичні працівники і т.п.); умов праці (шкідливі, небезпечні, тяжкі, роботи з особливими природними географічними і геологічними умовами); специфіки трудових зв'язків (сезонні роботи, тимчасові або надомні працівники та ін.) [18, с.185]. У кримінальному праві багато уваги приділяється диференціації кримінальної відповідальності, під якою розуміється градація, поділ відповідальності, в результаті якої законодавцем встановлюються різні кримінально-правові наслідки залежно від характеру і ступеня суспільної небезпеки злочину і особи винного. Зокрема, до засобів диференціації кримінальної відповідальності, що характеризують суб'єкта злочину, можна віднести неповноліття, вид співучасті, особливий статус суб'єкта злочину (наприклад, статус службової особи), а до засобів, що характеризують об'єктивну сторону складу злочину, – множинність злочинів, незакінчену злочинну діяльність, кваліфікуючі та особливо кваліфікуючі ознаки, що визначають вид діяння чи наслідки злочину тощо [19, с.320]. Таким чином, диференціація є важливим юридичним інструментом правотворчості, що сприяє адаптації загальних принципів і норм до різноманіття соціальних відносин і факторів об'єктивного і суб'єктивного характеру. Вона здійснюється шляхом встановлення додаткових обмежень, винятків, гарантій, санкцій тощо. На базі існуючої нормативної диференціації в процесі прийняття рішення по конкретній справі відбувається правозастосовна індивідуалізація норм права.

Засоби конкретизації норм права в процесі правозастосування. Як відомо, в процесі правозастосовної діяльності відбувається співвіднесення питань «права» і «факту», належного і сущого, норми і казусу, що об'єктивно зумовлює необхідність конкретизації абстрактних нормативних приписів з урахуванням реальних фактичних обставин. При цьому слід враховувати, що потреба у конкретизації виникає як в умовах належної правової урегульованості відповідної життєвої ситуації, так і при виявленні дефектів правового регулювання даних суспільних відносин. Відповідно, засоби конкретизації норм права в процесі правозастосування слід розподілити на дві групи.

В умовах належної правової регламентації суспільних відносин при прийнятті правозастосовних рішень відбувається наближення норми до умов її застосування, з тим щоб зробити правильні висновки з цієї норми для даних фактів життя, щоб встановити придатність або непридатність її до цих фактів в даних конкретних умовах місця і часу. При цьому конкретизації піддається

ISSN 1995-6134

кожен з елементів норми права. Як вказують П.М. Рабінович та Г.Г. Шмельова, завдяки конкретизації гіпотези здійснюється юридична кваліфікація одиничного факту, шляхом конкретизації диспозиції – індивідуалізація прав і обов'язків суб'єктів конкретних правовідносин, конкретизуючи ж санкцію, компетентний суб'єкт встановлює одиничну міру несприятливих для правопорушника наслідків [9, с.36]. Втім, вважаємо, що у ході юридичної кваліфікації відбувається вибір необхідної норми права, а не її конкретизація. М.В. Залоіло, приміром, зауважує, що процес юридичної кваліфікації являє собою прямування від одиничного (фактичні обставини, відносини) до загального (юридична норма), в той час як конкретизація юридичної норми здійснюється шляхом слідування від загального (юридична норма) до одиничного (фактичні обставини, відносини) [20, с.8]. Тому більш вірно буде сказати, що юридична кваліфікація лише створює передумови для правозастосовної конкретизації норм права, яка полягає саме у індивідуалізації останніх. На це, зокрема, вказує О.Ф. Черданцев: «конкретизація в правозастосуванні полягає в індивідуалізації – переведенні загального і абстрактного повеління норми права у веління індивідуального характеру, що відноситься до індивідуальних (одиничних), персонально-визначених суб'єктів як учасників конкретних відносин, що діє в конкретній ситуації» [21, с.16]. За таких обставин, основним засобом конкретизації в процесі правозастосовної діяльності є ***казуальне тлумачення***, що полягає у з'ясуванні (у разі необхідності – й роз'ясненні) змісту відповідної правової норми з урахуванням конкретних життєвих обставин. Таким чином, зміст норми права стає більш конкретним, однак такий конкретизований зміст не має загального значення. Щоправда, у сучасній науковій літературі висловлюється думка, згідно з якою в ході правозастосовної конкретизації може бути сформульована так звана «квазінорма». Приставка «квазі» означає, що спосіб регулювання відносин, видобутий правозастосувачем з надр невідомого і досі прихованого права, ще не цілком нормативний, має казуальний характер і, як правило, може бути застосований лише локально, в рамках конкретної юридичної справи. Однак у подальшому така норма може бути сприйнята правотворчим органом та закріплена у нормативному акті [22, с.306].

Особливу увагу слід звернути на конкретизацію норм права, що містять оціночні поняття. Необхідність закріплення у законодавстві оціночних понять обумовлена низкою чинників, а саме: а) потреба регулювання суспільних відносин, соціальна значимість яких швидко змінюється з плином часу; б) складність або неможливість передбачити у нормі усі суттєві для справи факти; в) необхідність регулювання відносин з яскраво вираженим морально-етичним змістом, у яких неминуче наявні різноманітні варіанти, відтінки тощо [23, с.14]. Таким чином, правотворчий орган формулює деякі норми навмисно максимально широко, щоб за допомогою правових абстракцій більш повно охопити регулюванням ті чи інші фактичні ситуації і відносини, надаючи суб'єкту правозастосування можливість, шляхом операції ***уточнення оціночних понять***, наповнити відповідне поняття змістом відносно даного конкретного випадку. Це, зокрема, стосується таких понять, як «злісний характер діяння», «тяжкі наслідки», «виробнича необхідність», «поважні причини» та ін. Уточнення оціночних понять спрямоване на виявлення ознак або явищ, які об'єктивно входять до змісту або обсягу поняття. При цьому, як відмічає К.С. Лановенко, структура змісту конкретизованого оціночного поняття все ще залишається відкритою, а обсяг невизначеним, оскільки до нього завжди може бути приєднана необмежена кількість інших явищ або предметів, які дотепер ще були невідомі [24, с.3].

Свої особливості має конкретизація норм права при *виявленні дефектів правового регулювання суспільних відносин*. Одним з найбільш серйозних дефектів правового регулювання є юридичні колізії, які полягають у неузгодженості, суперечливості нормативних приписів. Іншим різновидом неузгодженості права виступають прогалини, тобто відсутність юридичної норми, яка повинна бути в системі права з точки зору предмета правового регулювання, його обсягу та змісту. У подібних випадках конкретизація норм права виступає як спосіб «лікування» недосконалого юридичного розпорядження [10, с.70]. Для подолання юридичних колізій суб'єктами правозастосування використовуються такі засоби, як ***колізійні правила*** (темпоральні, просторові, ієрархічні та змістовні). Прогалини у праві долаються за допомогою ***аналогії***, тобто шляхом застосування правових норм, що регулюють подібні суспільні відносини, або загального сенсу і принципів права. Щоправда, деякі автори вважають, що при використанні аналогії немає місця для конкретизації, оскільки відсутній її об'єкт [25, с.210]. Вважаємо, що це не зовсім вірно, оскільки при використанні аналогії

ISSN 1995-6134

конкретизується не відсутня норма, а той нормативний припис, який регулює подібні відносини, який правозастосовний орган використовує для подолання виявленої прогалини.

Висновки. Підсумовуючи, слід зазначити, що конкретизація є одним з ключових елементів підвищення якості правового регулювання, забезпечення його законності та ефективності. Конкретизація правових норм являє собою діяльність суб'єктів правотворчості та правозастосування щодо усунення або зменшення невизначеності нормативних приписів за допомогою спеціальних засобів юридичної техніки. Відповідно, найбільш важливими правотворчими засобами конкретизації норм права є уточнення, доповнення, деталізація та диференціація нормативних приписів, а основними засобами конкретизації, що використовуються у процесі правозастосовної діяльності, є казуальне тлумачення, уточнення оціночних понять, колізійні правила та аналогія. Вказані засоби забезпечують належний розвиток змісту правових норм, їх адаптацію до рухливих соціальних процесів та до конкретних обставин реального життя.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Венгеров А. Б. О применении конституционных норм судебными органами СССР. *Советское государство и право.* 1969. № 10. С. 42–51.
2. Самигуллин В. К. Конкретизация права и локальное нормативное регулирование. *Применение советского права*. 1974. Вып. 30. С. 119–121.
3. Borowski, Martin. Concretized Norm and Sanction qua Fact in the Vienna School's Stufenbaulehre, in: *Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Vol. 27, Issue 1. March 2014. PP. 79–93.
4. Brugger, Winfried. Concretization of Law and Statutory Interpretation, in: *Tulane European and Civil Law Forum*, Vol. 11 (1996), S. 207–250.
5. Hordiienko O. Local concretization of law. *Evropsky politicky a pravni diskurz*. 2015. Vol. 2, Iss. 3. S. 138–143. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/evrpol_2015_2_3_23.
6. Schillig, Michael. Konkretisierungskompetenz und Konkretisierungsmethoden im Europäischen Privatrecht. Berlin: De Gruyter Recht, 2009. 538 s.
7. Ноздрачев А. Ф. Пределы конкретизации законов и подзаконных актов министерствами и ведомствами Союза ССР. *Ученые записки ВНИИСЗ.* 1968. Вып. 12. С. 71–86.
8. Зейдер Н. Б. Судебное решение по гражданскому делу. М. : Юрид. лит., 1966. 192 с.
9. Рабинович П. М., Шмелева Г. Г. Конкретизация правовых норм: общетеоретические проблемы. *Правоведение.* 1985. № 6. С. 31–39.
10. Власенко Н. А. Конкретизация в праве: методологические основы исследования. *Журнал Российского права.* 2014. № 7. С. 60–75.
11. Про наукову і науково-технічну діяльність : Закон України від 26.11.2015 № 848–VIII. *Офіційний вісник України.* 2016. № 2. Ст. 40.
12. Проект Закону про внесення змін до Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність» (щодо уточнення деяких положень). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=4349&skl=9.
13. Про внесення зміни до статті 23 Закону України «Про Національну поліцію» щодо уточнення деяких положень : Закон України від 31.05.2016 № 1394–VIII. *Відомості Верховної Ради України.* 2016. № 27. Ст. 523.
14. Красюк І. А. Конкретизація права в забезпеченні ієрархії нормативно-правових актів. *Актуальні проблеми держави і права.* 2013. Вип. 70. С. 127–134.
15. Поленина С. В. Конкретизация как метод законотворчества в Российской Федерации. Конкретизация законодательства как технико-юридический прием нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики: материалы Международного симпозиума (Геленджик, 27–28 сентября 2007 г.). Н. Новгород, 2008. С. 33–57.
16. Про освіту : Закон України від 05.09.2017 № 2145–VIII. *Офіційний вісник України.* 2017. № 78. Ст. 2392.
17. Гордієнко О. С. Поняття і види конкретизації в українському праві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Одеса, 2017. 19 с.
18. Черепанцева Ю. С. Дифференциация как средство конкретизации общих норм трудового законодательства. *Труды Оренбургского института (филиала) МГЮА.* 2013. Вып. 17. С. 182–187.
19. Павлик Л. В. Поняття та види засобів диференціації кримінальної відповідальності. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична*. 2013. № 1. С. 313–325.
20. Залоило М. В. Понятие и формы конкретизации юридических норм : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.01. М., 2011. 20 с.

21. Черданцев А. Ф. Правовое регулирование и конкретизация права. *Применение советского права*: сб. статей. Свердловск, 1974. С. 13–35.
22. Болдырев С. Н. Юридическая техника: теоретико-правовой анализ : дис. … докт. юрид. наук : 12.00.01. Ростов-на-Дону, 2014. 468 с.
23. Косович В. М. Оцінювання й оцінки у правовому регулюванні: автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.01. Львів, 1996. 22 с.
24. Лановенко К. С. Тлумачення та конкретизація оціночних понять в кримінальному законодавстві : сутність та розмежування понять. *Часопис Академії адвокатури України.* 2013. № 1 (18). URL: http://e-pub.aau.edu.ua/index.php/chasopys/article/viewFile/164/186.
25. Белоносов В. О., Громов Н. А., Францифоров Ю. В. Конкретизация и аналогия в уголовно-процессуальном праве. *Правоведение*. 2000. № 2. С. 208–211.

REFERENCES

1. Vengerov, A. B. (1969). O primenenii konstitutsionnykh norm sudebnymi organami SSSR [On the application of constitutional norms by the judicial bodies of the USSR]. *Sovetskoye gosudarstvo i pravo,* (10). 42–51 (in Russ.).
2. Samigullin, V. K. (1974). Konkretizatsiya prava i lokal'noye normativnoye regulirovaniye [Specification of law and local regulatory regulation]. *Primeneniye sovetskogo prava,* (30). 119–121 (in Russ.).
3. Borowski, Martin (2014). Concretized Norm and Sanction qua Fact in the Vienna School's Stufenbaulehre. *Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 27(1). 79–93 (in Eng.).
4. Brugger, Winfried (1996). Concretization of Law and Statutory Interpretation. *Tulane European and Civil Law Forum*, (11). 207–250 (in Eng.).
5. Hordiienko, O. (2015). Local concretization of law. *Evropsky politicky a pravni diskurz*, (Vol. 2, Iss. 3). 138–143 (in Eng.).
6. Schillig, Michael (2009). *Konkretisierungskompetenz und Konkretisierungsmethoden im Europäischen Privatrecht*. Berlin: De Gruyter Recht, 2009 (in Deutsch.).
7. Nozdrachev, A. F. (1968). Predely konkretizatsii zakonov i podzakonnykh aktov ministerstvami i vedomstvami Soyuza SSR [Limits of concretization of laws and by-laws of the ministries and departments of the USSR]. *Uchenyye zapiski VNIISZ,* (12). 71–86 (in Russ.).
8. Zeyder, N. B. (1966). *Sudebnoye resheniye po grazhdanskomu delu* [Judgment in civil cases]. Moskva: Yurid. lit. (in Russ.).
9. Rabinovich, P. M., & Shmeleva, G. G. (1985). Konkretizatsiya pravovykh norm: obshcheteoreticheskiye problemy [Specification of legal norms: general theoretical problems]. *Pravovedeniye,* (6). 31–39 (in Russ.).
10. Vlasenko, N. A. (2014). Konkretizatsiya v prave: metodologicheskiye osnovy issledovaniya [Specification in law: the methodological basis of the study]. *Zhurnal Rossiyskogo prava,* (7). 60–75 (in Russ.).
11. Pro naukovu i naukovo-tekhnichnu diyal′nist′ [On scientific and scientific and technical activities]. Zakon Ukrayiny (26.11.2015 No 848–8). *Ofitsiynyy visnyk Ukrayiny,* 2016. (2). 40 (in Ukr.).
12. *Proekt Zakonu pro vnesennya zmin do Zakonu Ukrayiny «Pro naukovu i naukovo-tekhnichnu diyal′nist» (shchodo utochnennya deyakykh polozhen′)* [Draft Law on Amendments to the Law of Ukraine «On Scientific and Scientific and Technical Activities» (regarding the clarification of certain provisions)]. Retrieved from: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=4349&skl=9 (in Ukr.).
13. Pro vnesennya zminy do statti 23 Zakonu Ukrayiny «Pro Natsional′nu politsiyu» shchodo utochnennya deyakykh polozhen′ [On amending article 23 of the Law of Ukraine «On National Police» regarding clarification of certain provisions]. Zakon Ukrayiny (31.05.2016 No 1394–8). *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny,* (27). 523 (in Ukr.).
14. Krasyuk, I. A. (2013). Konkretyzatsiya prava v zabezpechenni iyerarkhiyi normatyvno-pravovykh aktiv [Specification of the right to ensure the hierarchy of normative legal acts]. *Aktual′ni problemy derzhavy i prava,* (70). 127–134 (in Ukr.).
15. Polenina, S. V. (2007). Konkretizatsiya kak metod zakonotvorchestva v Rossiyskoy Federatsii [Specification as a method of lawmaking in the Russian Federation]. In: *Konkretizatsiya zakonodatel'stva kak tekhniko-yuridicheskiy priyem normotvorcheskoy, interpretatsionnoy, pravoprimenitel'noy praktiki:* materialy Mezhdunarodnogo simpoziuma (Gelendzhik, 2007, sentyabr, 27–28). N. Novgorod, 2008. (s. 33–57) (in Russ.).
16. Pro osvitu [About education]. Zakon Ukrayiny (05.09.2017 No 2145–8). *Ofitsiynyy visnyk Ukrayiny,* (78). 2392 (in Ukr.).
17. Hordiyenko, O. S. (2017). *Ponyattya i vydy konkretyzatsiyi v ukrayins′komu pravi* [Concepts and types of concretization in Ukrainian law]. Kandydats′ka dysertatsiya thesis (12.00.01). Odesa (in Ukr.).

ISSN 1995-6134

18. Cherepantseva, YU. S. (2013). Differentsiatsiya kak sredstvo konkretizatsii obshchikh norm trudovogo zakonodatel'stva [Differentiation as a means of specifying the general norms of labor legislation]. *Trudy Orenburgskogo instituta (filiala) MGYUA,* (17). 182–187 (in Russ.).
19. Pavlyk, L. V. (2013). Ponyattya ta vydy zasobiv dyferentsiatsiyi kryminal′noyi vidpovidal′nosti [Concepts and types of means of differentiation of criminal responsibility]. *Naukovyy visnyk L'vivs'koho derzhavnoho universytetu vnutrishnikh sprav. Seriya yurydychna,* (1). 313–325 (in Ukr.).
20. Zaloilo, M. V. (2011). *Ponyatiye i formy konkretizatsii yuridicheskikh norm* [The concept and forms of concretization of legal norms]. Kandydats′ka dysertatsiya thesis (12.00.01). Moskva (in Russ.).
21. Cherdantsev, A. F. (1974). *Pravovoye regulirovaniye i konkretizatsiya prava. Primeneniye sovetskogo prava: sb. Statey* [Legal regulation and specification of law. The application of Soviet law: a collection articles]. Sverdlovsk (s. 13–35) (in Russ.).
22. Boldyrev, S. N. (2014). *Yuridicheskaya tekhnika: teoretiko-pravovoy analiz* [Legal technology: theoretical and legal analysis]. Doktors′ka dysertatsiya thesis (12.00.01). Rostov-na-Donu (in Russ.).
23. Kosovych, V. M. (1996). Otsinyuvannya y otsinky u pravovomu rehulyuvanni [Evaluation and evaluation in legal regulation]. Kandydats′ka dysertatsiya thesis (12.00.01). L′viv (in Ukr.).
24. Lanovenko, K. S. (2013). Tlumachennya ta konkretyzatsiya otsinochnykh ponyat′ v kryminal′nomu zakonodavstvi : sutnist′ ta rozmezhuvannya ponyat′ [Interpretation and Specification of Valuable Concepts in Criminal Legislation: The Essence and Differentiation of Concepts]. *Chasopys Akademiyi advokatury Ukrayiny,* 1 (18). Retrieved from: http://e-pub.aau.edu.ua/index.php/chasopys/article/viewFile/164/186 (in Ukr.).
25. Belonosov, V. O., Gromov, N. A., & Frantsiforov, YU. V. (2000). Konkretizatsiya i analogiya v ugolovno-protsessual'nom prave [Specification and analogy in criminal procedure law]. *Pravovedeniye,* (2). 208–211 (in Russ.).

Надійшла 20.02.2018

РЕКОМЕНДОВАНЕ ЦИТУВАННЯ (RECOMMENDED CITATION), АНОТАЦІЇ (ANNOTATIONS)

Волошенюк О. В. Засоби конкретизації норм права. Форум права: електрон. наук. фахове вид. 2018. № 1. С. 23–31. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2018_1_5.pdf

DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1214397

Проаналізовано наукові підходи до визначення сутності та сфер використання юридичної конкретизації. Сформульовано авторську дефініцію конкретизації норм права. Систематизовано засоби конкретизації норм права відповідно до основних правових форм діяльності держави.

Ключові слова: *норма права, правотворчість, правозастосування, конкретизація, засоби конкретизації*

***

Волошенюк А.В. Средства конкретизации норм права

Проанализированы научные подходы к определению сущности и сфер использования юридической конкретизации. Сформулирована авторская дефиниция конкретизации норм права. Систематизированы средства конкретизации норм права в соответствии с основными правовыми формами деятельности государства.

Ключевые слова: *норма права, правотворчество, правоприменение, конкретизация, средства конкретизации*

***

Voloshenyuk O.V. Means of Concretization the Rules of Law

Concretization the rules of law is an important factor of improving the quality of legal regulation, ensuring its legality and effectiveness. Traditionally, legal concretization has been given considerable attention in domestic and foreign scientific literature, but the question of means of concretization of the norms of law has not been adequately developed.

The object of the study is legal concretization. The subject of the study is the means of concretization the rules of law.

The purpose of the article is to determine the means of concretization the rules of law and their systematization in accordance with the basic legal forms of state activity. The need to achieve the purpose of the study led to the use of so methods of cognition as formal-logical, systemic, critical and comparative.

The article analyzes the scientific approaches to the definition of legal concretization. The author's definition of concretization the rules of law was formulated. The concretization of the legal norms is the activity of the subjects of law-making and application of law to eliminate or reduce uncertainty of regulatory requirements using special means of legal technique.

It is proved that the most important law-making means of concretization the norms of law are specification, addition, detailing and differentiation of normative prescriptions. Examples of using these facilities in the national legislation of Ukraine are given. The main means of concretization used in the process of application of law are interpretation of event, specification of evaluative concepts, rules for overcoming collisions and analogy.

It is concluded that these means ensure the proper development of the content of legal norms, their adaptation to mobile social processes and to the specific circumstances of real life.
The practical value of the work lies in the fact that the substantiated provisions and conclusions in it deepen the scientific knowledge about the concretization the rules of law. The obtained results can be used in the process of teaching the theory of state and law and in solving practical problems related to the process of improving legal regulation.
Key words: *law norm, lawmaking, application of law, concretization, means of concretization*

ФП 2018-1
ISSN 1995-6134

УДК *340.1*
DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1214401

Т.С. ВОРОПАЙ,
професор кафедри соціально-гуманітарних дисциплін
Харківського національного університету внутрішніх справ,
доктор філософських наук, професор, м. Харків, Україна;
e-mail: voropayts@gmail.com;
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-6170-5512

ВИРІШЕННЯ КОНФЛІКТІВ У ТРАДИЦІЙНОМУ СУСПІЛЬСТВІ: ЄДНАННЯ МОРАЛІ І ПРАВА

T.S. VOROPAY,
Professor, Chair of Social and Humanitarian Disciplines,
Kharkiv National University of Internal Affairs, Doctor of Philosophical Sciences,
(Full) Professor, Kharkiv, Ukraine; e-mail: voropayts@gmail.com;
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-6170-5512

CONFLICT RESOLUTION IN TRADITIONAL SOCIETY: SYNTHESIS OF MORAL AND LAW

Постановка проблеми. Книга Джареда Даймонда «Світ позавчора», що вийшла друком у 2012, привертає увагу і філософа, і антрополога, і психолога, і правознавця. Хоча і написана у жанрі науково-популярної літератури, ця робота описує і узагальнює польові дослідження племен Папуа-Нової Гвінеї, здійснені фаховим антропологом протягом кількох десятків років. Книга має вражаючий підзаголовок «Чому нас можуть навчити люди, що й досі живуть у кам'яному столітті» [1]. Це і є завданням дослідника – не лише відчути різницю, але й спробувати вперше осмислити наші втрати і здобутки. Адже традиційні суспільства не лише демонструють нам інший спосіб життя, а й допомагають оцінити деякі переваги нашої власної світобудови, які ми сприймаємо як щось, саме собою зрозуміле. Відгуки на книгу Даймонда були хоча й позитивні, але не вельми численні (див.,напр.: [2]). Відзначалося, зокрема, що спостереження і висновки, наведені Даймондом, не є голословними, а отримують об'єктивне тверде звучання. Дехто вважає, що робота могла б претендувати на назву «Короткої історії людства».

Мета даної статті – не лише порівняти способи і процедури вирішення конфліктів у традиційному і сучасному суспільствах, як це робить Даймонд, а і розкрити діалектику поєднання моральної і правової складових. Ми наголошуємо саме на теоретичному аспекті проблеми, зауважуючи, що співвідношення моралі і права може бути далеким від усталеного в сучасній теорії і філософії моралі. Усталений підхід полягає у тому, що право – це мінімум моральності, тоді як насправді між ними існує більш складний взаємозв'язок. По-перше, роль права у вирішенні конфліктів поступово зростає з переходом від традиційного до модерного суспільства. По-друге, і в цьому полягає новизна пропонованого підходу, мораль внутрішньо «заражена правом» і залежить від нього. Саме у такому ключі розробляє морально-правову проблематику італійський правознавець Дж. Агамбен [3]. Загалом науковців-антропологів більше цікавлять географічні та геополітичні риси життя традиційних спільнот і в більшості робіт описовий, або принаймні герменевтичний, аспект превалює над аналітичним [4].

Моральна та правова інтерпретація конфлікту. Даймонд спостерігає за життям людей і описує зміни, «на які у значної частини решти світу пішли тисячі років»; коли австралійці у 1931 році знайшли у горах мільйони землеробів, ті ще користувалися кам'яними знаряддями праці[1].

Науковець показує різні боки життя й історії аборигенів. Ось, наприклад, назви лише деяких глав: «Друзі, вороги і незнайомці», «Традиційні форми торгівлі», «Компенсація за смерть дитини», «Форми традиційних війн», «Виховання дітей», «Як поводитися із старими: піклуватися, кидати або вбивати?» тощо.

[1] Папуа-Нова Гвінея отримала незалежність від Австралії у 1975 році.

© Воропай Т.С., 2018

ISSN 1995-6134

Самому Даймонду неодноразово доводилось потрапляти у ситуації, пов'язані з ризиком для життя: таким був, наприклад, випадок під час ночівлі у лісі, де жив могутній, за словами місцевих, колдун, а по суті просто божевільний маніяк, «про нього говорили, що він вбив багатьох місцевих мешканців, включаючи двох своїх жінок і свого восьмирічного сина за те, що той з'їв банан без його дозволу». Кожен раз вчений розробляв нове, непритаманне західній людині, відношення до небезпеки і вчився новим реакціям , так Даймонд вводить поняття «конструктивної параної» [1, с.46].

Ми зупинимося лише на одному сюжеті, який видається нам доволі показовим. Звичайна, як на наш погляд, дорожньо-транспортна пригода. Водій маршрутки Мало збиває на смерть хлопчика Біллі, який необережно перетинав дорогу перед машиною. Які події можуть за цим слідувати? Або помста з боку родичів Біллі, убивство винуватця і наступна війна (у гіршому випадку), або досить складна й розгалужена система залагодження конфлікту, яка залучає певні моральні дії та «правові» процедури. Взагалі у традиційному суспільстві конфлікти на кшталт наведеного так і вирішуються – або миром, або війною, якщо мирний процес не вдався.

Мирний процес передбачає те, що зазвичай зветься компенсацією. Хоча цей переклад неточний, адже неможливо «компенсувати» смерть дитини. Дослівний переклад відповідного новогвінейського терміну – «гроші співчуття», тобто гроші виплачуються як свідоцтво розділеного смутку і як вибачення за те, що трапилося.

Ситуацію з традиційною компенсацією описав досліднику такий собі Гідеон – менеджер компанії, в якій працював водієм Мало. Як з'ясувалося, традиційний новогвінейський механізм правосуддя має цілі, які радикально розрізнюються від тих, які переслідує державна правоохоронна система. Так, сучасне державне правосуддя має великі переваги і є необхідним для вирішення багатьох суперечок між громадянами держави, особливо конфліктів між незнайомцями. Але й традиційні механізми вирішення конфліктів можуть стати у пригоді і бути корисними (зараз ми спостерігаємо це у так званому відновному правосудді). Традиційні механізми можуть стати у пригоді в тих випадках, коли протистоять одне одному не чужі люди, а ті, між якими вже існують певні відносини і які хочуть ці відносини зберегти і після вирішення суперечки: брати й сестри, батьки, що розлучаються, сусіди, партнери по бізнесу, тощо.

Важко уявити таку процедуру (внести кошти, посидіти-поплакати, а згодом розділити трапезу), іронізує Даймонд, в США або десь на Заході. Натомість родина дитини буде планувати судове провадження, а родина випадкового убивці буде винаймати адвокатів, консультуватись із страховими агенціями, готуючись до захисту або до можливого кримінального звинувачення.

Послідовність процедур, до яких вдаються новогвінейці, аби запобігти війні і залагодити конфлікт, доволі розгалужена і має певні особливості: перемовини між постраждалою стороною і винуватцем ведуться через посадництво третіх осіб; безпосередньо перед тим, як провести «церемонію співчуття» треба переконатися в відсутності небезпеки і погроз з боку постраждалих; парламентарі (переговірники) обираються з числа досвідчених і поважних членів племені, які розуміються на такого роду справах; перемовини ведуться не лише між винуватцем і постраждалим, а й серед племені, членами якого вони є; посередник бере на себе функцію закупівлі їжі для церемонії компенсації і похорону, а також досягає згоди стосовно суми грошової компенсації; винуватець та його представники беруть участь у церемонії поховання і виступають на ній з промовою. При цьому вражає щире емоційне забарвлення церемонії з боку її учасників. І на завершення – постраждалі підтверджують, що вони задоволені і відгуком винуватців, і компенсацією та запевняють, що винуватцям не варто чекати жодних неприємностей.

Висновки. Описана вище послідовність подій – приклад того, якими є традиційні новогвінейські механізми мирного вирішення проблем, пов'язаних із втратою близької людини, що трапилась по вині інших. Вона різко контрастує з тим, як у подібній ситуації діє західна державна система правосуддя.

Традиційний процес компенсації, продемонстрований історією Біллі і Мало, має на меті: по-перше, швидке і мирне вирішення конфлікту, а, по-друге, емоційне примирення обох сторін і відновлення стосунків між ними. Цей процес виглядає простим і природним, і в той самий час він радикально відрізняється від того, що відбувається в сучасній західній системи правосуддя. Держава має власні специфічні інтереси в вирішенні суперечок між її громадянами і в здійсненні правосуддя. Тоді як традиційне суспільство Нової Гвінеї не мало державного уряду, державної системи правосуддя, централізованої поліції, професійних бюрократів і суддів,

ISSN 1995-6134

наділених владою приймати рішення і претендувати на монополію в праві застосовувати силу.

Кримінальне судочинство слідкує за порушенням законів, встановлених державою. Громадянське судочинство має справу з правопорушеннями, здійсненими однією людиною або групою осіб проти іншої. Ця царина права у свою чергу розподіляється на два розділи – справи, пов'язані з порушенням договірних зобов'язань (частіш за все, це грошові зобов'язання), і випадки заподіяння шкоди особі або її майну. Розрізнення кримінальних і громадянських справ в недержавних спільнотах є нечітким, там існують норми взаємовідносин між індивідами, але відсутні кодифіковані закони, які карають злочини проти формального інституту – держави.

Метою вирішення конфліктів у членів традиційного суспільства є не з'ясування того, хто правий, а хто винний, а відновлення нормальних стосунків у суспільстві, де кожен знає кожного і де тривала ворожнеча між будь-якими двома членами спільноти загрожує її стабільності. Новогвінейці, як і багато інших традиційних спільнот, що живуть здебільшого поза ефективним контролем системи правосуддя, встановленого урядом держави, тим не менше досягають справедливості і мирно вирішують суперечки за допомогою власних традиційних механізмів, які органічно поєднують моральні і правові процедури. Хоча про право, принаймні писане, тут не йдеться, ми маємо справу с протиправовими механізмами. Такі механізми вирішення суперечок, можливо діяли протягом усієї передісторії людства до моменту виникнення держав з їх кодифікованими законами, судами, суддями і поліцією, що починалося приблизно 5400 років тому.

В книзі Дж. Даймонда дві глави присвячені ще одному суперечливому питанню в житті традиційних спільнот – війні. На прикладі відомих і задокументованих (за ними стежили і їх знімали на плівку антропологи) традиційних війн – війни «дані» (двох племінних союзів, які належать до однієї народності) – Даймонд розглядає низку питань, а саме: визначення війни, військові втрати, вплив на війну контактів з європейцями тощо. В результаті автор робить вражаючий висновок, який повністю заперечує теорію війн Ж.-Ж. Руссо. Руссо, як відомо, вважав, що війни виникли разом з державами, а самі люди «по природі» співчутливі і схильні до миру. Даймонд порівнює показники військової смертності (загальна чисельність померлих від факторів, пов'язаних з війною, ділиться на число років довгого періоду, на які приходились і роки війни і роки миру, і порівнює з загальним числом смертей за той самий період) для традиційних мало чисельних спільнот і сучасних великих держав. Виявляється, що самі великі значення для будь-якої сучасної держави (Німеччини або Росії в XX сторіччі) складають всього одну шосту від таких для «дані». Середні показники для сучасних держав складають приблизно одну десяту серед показників військової смертності для традиційної спільноти. Тобто помилявся не лише романтичний оптиміст Ж.-Ж. Руссо, а й такий суворий реаліст, як С. Гантінгтон (Huntington Samuel P.), який писав, що «народ створив державу, а держава почала війну» [5, с.312]. Держава війну радше інституалізує, вводить її у політичний концептуальний каркас, тоді як у додержавному стані ми маємо справу або з примордіальними станами, або з проявами соціальної психології і соціальної моралі.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Diamond, Jared. The World Until Yesterday: What Can We Learn from Traditional Societies? New York: Viking, 2012. 512 p.
2. Quest, Linda. The world until yesterday: What can we learn from traditional societies? *International Social Science Review.* 2014. Volume 88. Issue 3. Article 8.
3. Агамбен Дж. Homo Sacer. Что остается после Освенцима: архив и свидетель. М. : Европа, 2012. 192 с.
4. Ajayi, Adeyinka Theresa & Buhari, Lateef Oluwafemi. Methods of Conflict Resolution in African Traditional Society. African Research Review. An International Multidisciplinary Journal, Ethiopia. Vol. 8 (2), Serial No. 33. April, 2014: 138–157.
5. Huntington, Samuel P. The clash of civilizations and the remaking of world order. Touchstone books, 1996. 368 p.

REFERENCES

1. Diamond, Jared. (2012). *The World Until Yesterday: What Can We Learn from Traditional Societies?* New York: Viking (in En.).
2. Quest, Linda. (2014). The world until yesterday: What can we learn from traditional societies? International Social Science Review. Volume 88. Issue 3. Article 8 (in En.).

ISSN 1995-6134

3. Agamben Dzh. (2012). *Homo Sacer. Chto ostayetsya posle Osventsima: arkhiv i svidetel'* [Homo Sacer. What remains after Auschwitz: the archive and the witness]. Moskva: Yevropa (in Russ.).
4. Ajayi, Adeyinka Theresa & Buhari, Lateef Oluwafemi. (2014). Methods of Conflict Resolution in African Traditional Society. African Research Review. *An International Multidisciplinary Journal, Ethiopia.* Vol. 8 (2), Serial No. 33. April, 138–157 (in En.).
5. Huntington, Samuel P. (1996). *The clash of civilizations and the remaking of world order.* Touchstone books (in En.).

Надійшла 23.02.2018

РЕКОМЕНДОВАНЕ ЦИТУВАННЯ (RECOMMENDED CITATION), АНОТАЦІЇ (ANNOTATIONS)

Воропай Т. С. Вирішення конфліктів у традиційному суспільстві: єднання моралі і права. Форум права: електрон. наук. фахове вид. 2018. № 1. С. 32–35. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2018_1_6.pdf

DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1214401

Запропонована морально-правова інтерпретація ситуації конфлікту, описаного у книзі відомого антрополога Д. Даймонда «Світ позавчора». Мова йде про дорожньо-транспортну пригоду, внаслідок якої загинула дитина. Здійснено порівняльний аналіз механізмів залагодження конфлікту у традиційному суспільстві (Нова Гвінея), результатом чого стає відновлення відносин, та правових процедур сучасної держави, націлених передусім на пошук і покарання винуватця. Аргументовано, що деякі аспекти традиційного вирішення конфлікту можуть бути корисними для правових відносин сьогодення.

***Ключові слова**: конфлікт, традиційне суспільство, мораль, право*

***

Воропай Т.С. Разрешение конфликтов в традиционном обществе: соединение морали и права

Предложена морально-правовая интерпретация конфликта, описанного в книге известного антрополога Д. Даймонда «Мир позавчера». Речь идет о дорожно-транспортном происшествии, в результате которого погиб ребенок. Осуществлен сравнительный анализ механизма урегулирования конфликта в традиционном обществе (Нова Гвинея), результатом которого является восстановление отношений, и правовых процедур современного государства, нацеленных преимущественно на поиск и наказание виновного. Аргументировано, что некоторые аспекты традиционного решения конфликта могут быть полезными в современных правовых отношениях.

***Ключевые слова:** конфликт, традиционное общество, мораль, право*

***

Voropay T.S. Conflict Resolution in Traditional Society: Synthesis of Moral and Law

Moral and law interpretation of the conflict, described in the D. Diamond's book «The world until yesterday: What can we learn from traditional societies?», is proposed in this paper. Traffic collision in which a child was killed is a matter of discussion. Comparative analysis between mechanisms of the conflict resolution in traditional society (New Guinea), resulted in restoration of regular mutual relations, and legal procedures in a contemporary state, focused on finding and punishing the guilty primarily, is fulfilled. It is argued, some aspects of the traditional conflict resolution may be useful in modern legal relations.

The goal of resolving conflicts among members of traditional society is not finding out who is right and who is guilty only but restoring regular relationships in society where everyone knows each other and where hostility between any two members of a community undermines its stability. Like many other traditional communities, the New Guinea people live outside the effective control of state law enforcement system. They, nevertheless, can achieve justice by means their own traditional mechanism that combine some moral and legal procedures organically. Although the law, at least written, does not exist here, some moral or proto-legal mechanism works. The peace process involves some «compensation» usually. Although this term is quite ambiguous, it seems impossible to «compensate» death of a child. Therefore there are especial New Guinean practice and relevant term «money of compassion», that is, money paid to prove apologizing for what happened as well as deep regret. It is pointed out, that traditional New Guinean mechanisms of justice have goals that are radically different from those pursued by the state by means of law enforcement system. Of course, it is impossible to exclude or substitute modern system of state justice in many conflict cases at the XXI century, e.g. between local people and strangers. However, some traditional mechanisms for resolving conflict situations seems both adequate and useful until now (we are currently seeing this in the so-called restorative justice too).

***Key words:** conflict, traditional society, moral, law*

ФП 2018-1
ISSN 1995-6134

УДК 34:165.242.1(477)
DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1214403

С.О. ГЛАДКИЙ,
професор кафедри правознавства ВНЗ Укоопспілки
«Полтавський університет економіки і торгівлі»,
доктор юридичних наук, професор,
м. Полтава, Україна; e-mail: s_glad@i.ua;
ORCID: http://orcid.org/0000-0003-2616-8664

ФОРМУВАННЯ УКРАЇНСЬКОЇ ЮРИДИЧНОЇ ЕЛІТИ: ПОНЯТІЙНИЙ І МЕТОДОЛОГІЧНИЙ ВИМІРИ

S.A. GLADKY,
professor, Char of Law, Poltava University of Economics and Trade,
Doctor of Law, (Full) Professor, Poltava, Ukraine; e-mail: s_glad@i.ua;
ORCID: http://orcid.org/0000-0003-2616-8664

FORMATION OF THE UKRAINIAN LEGAL ELITE: CONCEPTUAL AND METHODOLOGICAL DIMENSIONS

Постановка проблеми. Імітативний (ілюзорний) характер сучасного українського права [1] і такий само характер реформування національної правової системи сьогодні є потужними чинниками гальмування економічного розвитку, подальшого відчуження населення від влади, посилення соціальної апатії, загострення демографічної проблеми та багатьох інших негараздів, які руйнують віру українців у перспективу стати успішною нацією. Владна верхівка опанувала мистецтво бюрократичного піару і охоче вдається до нього всякий раз, коли суспільство чекає від державних інституцій ефективних дій, спрямованих на модернізацію країни за європейськими стандартами. Триває ухвалення законів і творення концепцій, які ніколи, на нашу думку, не будуть реалізовані, проведення театралізованих затримань корупціонерів, які ніколи не будуть засуджені, перерозподіл важелів впливу в правоохоронному секторі багатостраждального українського державного апарату, обтяжений діяльною участю в реформуванні української держави наших закордонних партнерів в Західній Європі та за океаном. При всій неоднозначності ролі останніх слід визнати, що саме ця участь сьогодні є найбільш дієвим чинником подолання імітації реформаторської діяльності української влади.

Все це означає, що українське суспільство ще не має функціонально повноцінної (спроможної ініціювати й організувати ефективну модернізацію країни) еліти ні в економічній, ні в політичній, ні в юридичній сфері. Зазначене обумовлює актуальність аналізу, предметно окресленого темою статті, та його цільову спрямованість на з'ясування критеріїв, які дозволяють розмежовувати суспільну верхівку і власне еліту суспільства, та пошук соціальних джерел і механізмів формування нової української еліти.

Українська специфіка проблеми формування соціальної еліти. Така постановка проблеми зумовлена саме реаліями українського суспільства, яке в переважній більшості не схильне вважати свою верхівку елітою, хоча в буквальному перекладі це майже тотожні за змістом поняття. Інтернет-енциклопедія стверджує, що слово «еліта» походить від французького «elite» – «найкраще, вибране» [2]. Пересічний українець перманентно не довіряє владі й загалом небезпідставно зневажає її, забуваючи, що сам породжує своєю соціальною поведінкою владні інституції та стиль їх діяльності. Типовий український виборець поблажливо закриває очі на власну дріб'язкову корисливість і некомпетентність, пасивність та байдужість щодо загальносуспільних справ. При цьому він свідомо чи несвідомо все ж визнає таку спільну рису людей, які утворили суспільну верхівку в Україні, як їх здатність керувати іншими людьми в різних сферах суспільного життя.

Цією суперечністю не вичерпується коло проблем, пов'язаних з формуванням української еліти загалом та юридичної еліти зокрема. Варто підкреслити, що зазначена проблематика дійсно нагадує коло, яке є замкненим. Очевидним є те, юридична еліта потрібна суспільству,

© Гладкий С.О., 2018

ISSN 1995-6134

якщо воно прагне бути цивілізованим у європейському сенсі цього слова. Усім здається зрозумілим і те, що юридичну еліту треба виховувати, культивувати. Виховання – це процес передачі суспільного досвіду старшими поколіннями молодшим. Суспільний досвід кристалізується, зокрема, в державно-правових інститутах. В Україні як державні, так і громадські інститути вражені корупцією та іншими хворобами. Суспільний досвід, який руйнує правову систему, вочевидь передавати не слід. За таких умов традиційні заходи правового виховання є малоефективними, а нерідко – й шкідливими.

Історично за подібних умов нації, які не втратили «інстинкт самозбереження», вдаються до запрошення «варягів» та виховання молоді за кордоном. У сучасній Україні «варяги», як відомо, не приживаються, якщо не приймають правила системи, яку беруться реформувати, що, відповідно, зводить нанівець їхні реформаторські зусилля. Виховання молоді за кордоном є дуже модним трендом, але результативність цього механізму також викликає сумнів, якщо взяти до уваги деякі його слабкі ланки, а саме: мотивацію молодих людей, які одержали якісну освіту за кордоном, повернутися в Україну; мотивацію боротися з системою, яка спокушає та наполегливо й іноді жорстко пропонує «домовлятися»; їх інтелектуальну та емоційно-вольову здатність боротися з системою (наявність «бійцівських» якостей); чисельність вихованих таким чином борців з системою, що персоніфікується одним з найчисельніших у світі бюрократичним апаратом. Як видається, не полишаючи спроб скористатися цими способами вирішення проблеми, треба шукати й інші шляхи, що є нетрадиційними, але відповідають «духові часу».

Теоретичний контекст проблеми формування української еліти. Звернення до проблеми еліти автоматично породжує необхідність позиціонуватися в доволі складній системі теоретико-методологічних координат, сконструйованих низкою різноманітних соціологічних і політологічних учень, які умовно об'єднуються в комплекс під загальною назвою «теорія еліт». Насправді теорія еліт майже одразу сформувалася як багатоманітне наукове явище [3]. Поряд із так званою «макіавеллістською школою», представленою вченнями Г. Моски (Gaetano Mosca), В. Парето (Vilfredo Pareto) і Р. Міхельса (Robert Michels), існують концепції конкуруючих еліт Й. Шумпетера (Joseph Schumpeter), вертикальної демократії Дж. Сарторі (Giovanni Sartori), відкритості еліти Г. Лассуела (Harold Lasswell), рухливих еліт Н. Боббіо (Norberto Bobbio), рівних можливостей К. Манхейма (Karl Mannheim).

Разом із тим, смисловий стрижень усіх цих учень полягає у визнанні поділу суспільства на вибрану меншість – активну керівну творчу верхівку з формальних і неформальних лідерів та пасивнішу керовану масу. Розробники цих учень розрізняють політичну, економічну, адміністративну, військову, духовну, технічну, бізнесову та інші еліти. Виникнення елітарної верхівки пояснюється різними факторами – політичною владою, технічним і технологічним розвитком або природною обдарованістю людей, які становлять еліту [2]. У деяких країнах, які не зазнали руйнівних революційних струсів у XX столітті, актуальним залишається і такий критерій визначення елітарності, як шляхетність походження.

Вірячи у європейське майбутнє української нації та держави, доцільно прийняти постулат про змінність еліт, адже країна потребує еліти європейського, а не пострадянського ґатунку. Говорячи про юридичну еліту, доводиться взяти на озброєння і постулат щодо існування множинних еліт, кожна з яких домінує в окремій сфері суспільного життя. Інша річ, що в умовах тотальної корумпованості як державного апарату, так і незрілого українського громадянського суспільства (зокрема, фактичної недиференційованості політики і бізнесу, державної служби і бізнесу) провести межу між сферами діяльності українських еліт іноді неможливо. Олігархічно-кланова організація української соціальної верхівки ускладнює застосування соціологічних концепцій, породжених «західним способом життя», як методології пізнання і перетворення українського суспільства.

Вочевидь механізм формування еліти і ключовий критерій елітарності визначаються насамперед історичними національними традиціями й актуальними потребами суспільства, його організаційною структурою та загальним культурним рівнем громадян. Відтак і статки представників верхівки, і політична активність, і ділові якості, і рівень інтелекту, і морально-духовні характеристики індивідів відіграють свою роль у формуванні й так званій «циркуляції» еліт (якщо цей процес має місце де-факто). Кожен соціум породжує свою еліту (чи еліти) і заслуговує на те, щоби мати еліту саме такої якості або не мати її взагалі (тобто, мати квазіеліту).

Як видається, національна еліта (як явище, що позначається словом «еліта» з особливим смисловим навантаженням, відмінним від слова «верхівка») є породженням морально здорових,

ISSN 1995-6134

творчих, дійсно (щиро) патріотичних сил, які мають потребу діяти задля розвитку й процвітання своєї нації, тоді як квазіеліта імітує таку діяльність і паразитує, користується соціальними хворобами з корисливими цілями, прагне законсервувати ці хвороби. Українське сьогодення повниться ілюстраціями такої діяльності.

Належність до еліти: в пошуках критерію. Питання щодо формування саме юридичної еліти давно актуалізовано у науково-юридичних колах України. Так, на сайті журналу «Українське право» наприкінці 2017 року було розміщено матеріал П. Богуцького, в якій автор слушно вказує на одну з головних перешкод до формування юридичної еліти – існування проблеми «здорового генотипу» українського юриста. Ця проблема породжена, зокрема, тим, що відбір кращих здійснювався і продовжує здійснюватися за різними ознаками, де професійні та моральні якості залишаються малопомітними. Такий відбір, – зазначає відомий український автор, – демонстрував і демонструє соціальне відторгнення, несприйняття суспільством не лише відібраних за довільними ознаками претендентів на юридичну елітарність, але й самих оцінювачів, які проводять таку неприродну селекцію, тобто несприйняття влади і тих, хто її представляє [4].

Отже, центральне проблемне теоретичне питання – за якою ознакою визначати належність до юридичної еліти. Очевидно, що жодна формальна ознака (наприклад, наявність диплома певного ВНЗ – «флагмана» юридичної освіти, певного наукового ступеня чи вченого звання, посади певного рівня в установах юридичного профілю тощо) не стане задовільним критерієм для «відбору».

Хочеться вірити, що з часом стане соціально затребуваним підхід, за якого належність особи до еліти зумовлюється, крім соціально-професійного статусу, її духовно-психологічними характеристиками. Це, насамперед, здатність до самотворення (самозміни, що ґрунтується на самоусвідомленні та самопідпорядкуванні своєї ментальної та фізичної активності ідеалам і цінностям, які мають високий етичний зміст і соціотворчий потенціал). Еліта має генерувати з самої себе нові ідеї та смисли, нове бачення суспільної ситуації, нову енергію соціальної дії, нові форми соціальної діяльності. Представники еліти мають виявити спроможність подолати свою залежність від старої системи, що розкладається («вичавити з себе її раба»), та вивести з-під її впливу інших, зробити власну свідомість і власне життя активним центром позитивних соціальних змін. У сучасних українських реаліях еліта має виробити «антидот», який нейтралізує «отруту», що руйнує соціальний організм, очистить свідомість суспільства – «кров» цього організму. Формування еліти – симптом пробудження творчих сил нації, її готовності до конструктивної самозміни, встановлення етичного контролю морально здорової частини громадянського суспільства за діяльністю державних інституцій. Саме такі зміни потрібні українській правовій системі.

Як бачимо, визначити істинну елітарність без оцінки внутрішньо-психологічних процесів і характеристик навряд чи можливо. Всі методики такої оціночної діяльності завжди викликали в науковому середовищі суперечки й гостру критику. Тож більшою мірою доводиться розраховувати на метод, перевірений тисячоліттями: «за плодами їх пізнаєте їх» (Матв.7:16).

Кого українське суспільство визнає належним до юридичної еліти? Можна припустити, що це будуть правники, які діяльно переконають українців у своїх щирих прагненнях і фаховій спроможності забезпечити реальне наближення правової системи України до європейського права, власне формування реального права та завершення епохи імітативного права. Реалізація цього завдання передбачає глибинну трансформацію національного правового життя, «очищення» правової свідомості суспільства від архаїзмів радянської доби та новітніх деформацій доби «дикого українського капіталізму», а також послаблення негативного впливу на неї деяких давніх за походженням ментальних рис українського етносу (насамперед, анархічного індивідуалізму). Вирішення такого завдання, як засвідчує історичний досвід, без формування та активізації справжньої еліти нації неможливе.

Таким чином, ініціювання процесу глибинної трансформації правової системи країни, спрямованої на подолання культурної (в сенсі правової культури) відстані між українцями і західними європейцями – це і є головна місія української юридичної еліти, формування якої – остання надія українського суспільства. Проте, як вже зазначалося вище, традиційні механізми формування еліти сьогодні в Україні не працюють чи, принаймні, не спроможні дати позитивні результати в близькій історичній перспективі.

Формування соціальної еліти в синергетичній світоглядній перспективі. «Дух часу», ознакою якого стало народження, зокрема, теорії самоорганізації систем [5], підказує ймовірність й інших шляхів вирішення цієї проблеми.

ISSN 1995-6134

Подальша індивідуалізація суспільної свідомості як об'єктивна закономірність буття сучасного суспільства та концепт «самотворення», що знайшов застосування в багатьох галузях наукового знання, спонукають до того, щоб змінити погляд на проблему формування національної еліти з державоцентричного (по суті, раціоналістично-волюнтаристського) на персоноцентричний.

Вище пропонувалося вважати істинну елітарність явищем духовно-психологічного порядку. Відповідно, за своєю природою воно є таким, що виникає спонтанно (народжується, а не виховується за планом), як новий паттерн самоорганізації й самореалізації індивіда та, водночас, новий паттерн соціальної взаємодії. Нова структура виникає після проходження системи через хаос. Формування нової структури зазвичай є результатом не цілеспрямованої активності, а пасивності. Звісно треба мати «довіру до природи», вірити в молодь, у реальність духовного начала в житті людини, щоби сподіватися, що пасивність може забезпечити позитивний результат. Отже, традиційною мовою, йдеться про створення сприятливих умов для пробудження та активізації духовного начала в житті молодої людини, яка вирішила присвятити своє життя юриспруденції.

У світлі конструктивістської парадигми людина активно конструює сама себе як особистість у своєму житті та професійній сфері, взаємодіючи з соціумом. З погляду синергетики цей процес є нелінійним. Людина, реалізуючи свободу вибору, будує плани щодо майбутнього, має певні наміри, прагнення, установки. Проте потрапляючи в еволюційне річище, в «конус тяжіння певного аттрактора», вона притягується майбутнім, будується з майбутнього. Відбувається гра свободи вибору і переддетермінації, потягу до майбутнього (план) і тяжіння з майбутнього (аттрактор, майбутній стан) [6, с.10]. У стані нестабільності, нерівноваги соціальної системи навіть окрема людина може здійснити вирішальний вплив на становлення нового соціального зразка, перебудову свого соціального середовища.

Слід зауважити, що йдеться не про волюнтаризм видатної особистості («сильної руки»), а про співпрацю соціальних суб'єктів, «коеволюцію з соціальним цілим, що перебуває у стані становлення» [6, с.12]. З погляду соціального конструктивізму людина, яка конструює соціальний світ, і світ, який конструюється людиною, утворюють процесуальну єдність. Змісту поняття «конструювання» іманентний наголос на повній відповідальності людини за результати своєї діяльності як «конструктора» соціальної дійсності, тобто особистої відповідальності за соціальне ціле. Слід нагадати, що конструювання людиною соціальної реальності розглядається в контексті картини світу, яка будується на невизначеності та нелінійності.

Як бачимо, синергетика визнає вирішальну роль суб'єкта, установок його свідомості та його ціннісних орієнтацій, навіть одиничної людської дії у виборі можливих шляхів розвитку у станах нестабільності складної системи. У контексті проблематики цієї статті наведені тези набувають особливого сенсу. По-перше, однією з сучасних рис елітарності слід вважати здатність особи усвідомлювати відповідальність за соціальне ціле стосовно кожної своєї дії, навіть зовсім незначної, яка за певних обставин може вивести систему на один з можливих шляхів еволюції, бажаного майбутнього. І по-друге, елітарність можна також гіпотетично пов'язати зі здатністю окремого індивіда, який нелінійно взаємодіє з соціумом, активно втручатися в процес конструювання складних структур, скорочуючи шлях еволюції шляхом їх резонансного збудження, моделювання так званих «структур-аттракторів».

Така еліта може з'явитися лише в результаті кардинальної зміни способу мислення (прийняття нелінійності як основоположної риси реальності), поглибленого усвідомлення власних духовних цінностей, формування партнерської (неволюнтаристської, ненасильницької) установки щодо соціального світу. А це означає, крім іншого, актуальність розвитку і посилення гуманітарної складової національної освіти.

На жаль, останнє десятиліття існування української вищої школи виявило тенденцію її дегуманітаризації (навчальні плани були скорочені за рахунок передусім гуманітарних дисциплін), що означає рух у зворотному напрямку від духовної сфери. Юриспруденція, будучи суспільною наукою, ніби убезпечена від цього. Втім насправді в розрізі навчальних дисциплін, що презентують її у вищій школі, вона теж змінила своє змістове наповнення в бік технологізму й технократизму. І це закономірно – в епоху тотального прагматизму суспільство потребує «фахівця» (особистістю за такого підходу має займатися середня школа). Проте виникає питання: чи вирішує проблему призначення «відповідального» за невиконану місію?

Висновки. Узагальнюючи викладене, слід наголосити: по-перше, на доцільності продовження наукового дискурсу, присвяченого проблемі

ISSN 1995-6134

формування української юридичної еліти як такій, що належить до кола ключових у проблематиці розвитку національної правової системи; по-друге, на необхідності опрацювання якнайширшого кола підходів до розв'язання зазначеної проблеми (у статті в загальних рисах викладено лише один із них і лише в одному з його інваріантів); по-третє, на певній психологічній «незручності», «делікатності» цієї теми – час вимагає самоусвідомлення кожним громадянином України, кожним правником характеру своєї участі у відтворенні деформацій суспільної правосвідомості та національної правової системи загалом, конструктивної (можливо, болючої) зміни «образу-Я», пробудження почуття, яке деякі фахівці називають правовою совістю.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Богуцький П. Ілюзія права. URL: http://ukrainepravo.com/editor_column/donum-auctoris/ilyuziya-prava.
2. Еліта. URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/Еліта.
3. Lasswell H., Lerner D., Rothwell C. E. The Comparative Study of Elites. Stanford: Stanford University Press, 1952. 72 p.
4. Богуцький П. Юридична еліта України: проблема формування. URL: http://ukrainepravo.com/editor_column/donum-auctoris/yuridichna-elita-ukraini-problema-formuvannya.
5. Prigogine I., Nicolis G. Self-Organization in Non-Equilibrium Systems: From Dissipative Structures to Order Through Fluctuations, J. Wiley & Sons, New York, 1977. 491 p.
6. Князева Е. Н., Курдюмов С. П. Основания синергетики: Человек, конструирующий себя и свое будущее. Изд. 3-е. М. : КомКнига, 2010. 232 с.

REFERENCES

1. Bohuts'kyy, P. *Ilyuziya prava* [Illusion of law]. Retrieved from: http://ukrainepravo.com/editor_column/donum-auctoris/ilyuziya-prava (in Ukr).
2. Elita [Elite]. Retrieved from: https://uk.wikipedia.org/wiki/Еліта (in Ukr).
3. Lasswell, H., Lerner, D., & Rothwell, C. E. (1952). *The Comparative Study of Elites.* Stanford: Stanford University Press (in En.).
4. Bohuts'kyy, P. *Yurydychna elita Ukrayiny: problema formuvannya* [Legal elite of Ukraine: the problem of formation]. Retrieved from: http://ukrainepravo.com/editor_column/donum-auctoris/yuridichna-elita-ukraini-problema-formuvannya (in Ukr).
5. Prigogine, I., & Nicolis, G. (1977). *Self-Organization in Non-Equilibrium Systems: From Dissipative Structures to Order Through Fluctuations*, J. Wiley & Sons, New York (in En.).
6. Knyazeva, Ye. N., & Kurdyumov, S. P. (2010). *Osnovaniya sinergetiki: Chelovek, konstruiruyushchiy sebya i svoye budushcheye* [The foundations of synergetics: A man constructing himself and his future]. 3th ed. Moskva: KomKniga (in Russ.).

Надійшла 26.02.2018

РЕКОМЕНДОВАНЕ ЦИТУВАННЯ (RECOMMENDED CITATION), АНОТАЦІЇ (ANNOTATIONS)

Гладкий С. О. Формування української юридичної еліти: понятійний і методологічний виміри. Форум права: електрон. наук. фахове вид. 2018. № 1. С. 36–41. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2018_1_7.pdf

DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1214403

У широкому соціальному контексті розглядається проблема формування української юридичної еліти. Поняття «еліта» осмислюється з урахуванням складних політико-правових і соціально-психологічних реалій сучасної України. Пропонується авторське бачення сутності елітарності в царині юриспруденції. Наголошується визначальна роль духовно-психологічного чинника в процесі формування еліти, якої потребує українське суспільство. Перспективи формування української юридичної еліти розглядаються з позицій синергетичної парадигми.

***Ключові слова**: еліта, юридична еліта, правова система, самотворення, синергетика, правова свідомість, самосвідомість*

***

Гладкий С.А. Формирование украинской юридической элиты: понятийное и методологическое измерение

В широком социальном контексте рассматривается проблема формирования украинской юридической элиты. Понятие «элита» осмысливается с учетом сложных политико-правовых и социально-психологических реалий современной Украины. Предлагается авторское видение сущности элитарности в сфере юриспруденции. Отмечается

ISSN 1995-6134

определяющая роль духовно-психологического фактора в процессе формирования элиты, в которой нуждается украинское общество. Перспективы формирования украинской юридической элиты рассматриваются с позиций синергетической парадигмы.

***Ключевые слова**: элита, юридическая элита, правовая система, самосозидание, синергетика, правовое сознание, самосознание*

***

Gladky S.A. Formation of the Ukrainian Legal Elite: Conceptual and Methodological Dimensions

The article is dedicated to the problem of the formation of legal elite in Ukraine. Successful solution of this problem is an important condition for the positive transformation of the Ukrainian legal system. According to the author such transformation is significantly hampered by declarative nature of the reform activity of the Ukrainian authority and lack of political willingness to make real changes. The purpose of this article is to determine criteria of elitism in the Ukrainian social context. Also, an important goal of the article is search of social sources and mechanism of the formation of new Ukrainian elite.

The concept of «elite» is interpreted by author with consideration of main contradictions of social being of Ukrainians. Such contradictions are: 1) deep distrust of the majority of Ukrainians to the government; 2) inability to create elite by pass the social experience as it consists of corruption and other social disease.

In the diverse spectrum of the theories of elites created by famous scholars, the author of the article emphasizes the potential productivity for the Ukrainian society of the idea of the variability of elites and the idea of plurality of elites. The potential of these ideas is necessary to overcome the oligarchic-clan nature of the Ukrainian social elite.

This article represents the author's vision of the essence of elitism in the field of jurisprudence. Also, the author noticed how important is the role of spiritual and psychological factors in the elite formation. The author believes that the main criteria for belonging to the elite is the ability of the individual to self-awareness, self-creation, self-purification (overcoming dependence from the old system).

Perspectives for the formation of the Ukrainian legal elite are considered from the standpoint of the synergetic paradigm. According to the author of the article such approach involves a change of view on the problem of forming a national elite from a state-centered to person-centric one. Key features of the self-organization process of society and creation of new elite are spontaneity, non-linearity, constructive passivity.

The author believes that the development of self-reflection (self-knowledge) of participants in social relations is very important. Such attribute is essential in order to solve the problem of the formation of a new elite in the theoretical and practical aspects.

Key words: *elite, legal elite, legal system, self-formation, synergetics, legal consciousness, self-consciousness*

ФП 2018-1
ISSN 1995-6134

УДК 351.743(477)
DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1214407

О.В. ДЖАФАРОВА,
професор кафедри адміністративної діяльності поліції
Харківського національного університету внутрішніх справ,
доктор юридичних наук, професор, м. Харків, Україна;
e-mail: olenadzhafarova@gmail.com;
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4201-0218

ДОСЛІДЖЕННЯ ОРГАНІВ ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ В СИСТЕМІ СУБ'ЄКТІВ ДОЗВІЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ

O.V. DZHAFAROVA,
Professor, Chair of Administrative Activity of the police, Kharkiv National University of Internal Affairs,
Doctor of Law, (Full) Professor, Kharkiv, Ukraine; e-mail: olenadzhafarova@gmail.com;
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4201-0218

STUDY OF PUBLIC ADMINISTRATION BODIES IN THE SYSTEM OF SUBJECTS OF LICENSING ACTIVITY IN UKRAINE

Постановка проблеми. Динамічний розвиток суспільних відносин, побудова правової, демократичної та європейської держави, де людина, її життя і здоров'я, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю, потребує перегляду існуючої системи суб'єктів державного управління та приведення останньої до європейської. Слід зауважити, що категорія «державне управління» не може забезпечити потреби науки адміністративного права і практики правозастосування, позаяк не охоплює весь спектр відносин, які виникають у процесі реалізації публічних функцій органами публічної влади в цілому та дозвільних правовідносин зокрема.

Останнім часом теоретичним та практичним аспектам діяльності органів публічної адміністрації присвячено значну кількість праць вітчизняних науковців. Так, Ю.Л. Панейко в роботі «Теоретичні основи самоврядування» писав, що основою адміністративного права є те, що воно регулює організацію та діяльність публічної адміністрації [1, с.135]. П.О. Угровецький із урахуванням європейського досвіду розглядає категорію «орган публічної адміністрації» у так званому функціональному значенні, що охоплює орган виконавчої влади, орган місцевого самоврядування, прокуратуру, а також підприємство, установу, організацію та іншого суб'єкта, який наділений владними повноваженнями [2, с.25]. А.П. Хряпинський зазначає, що до органів публічної адміністрації доцільно відносити суб'єктів, які були створені державою, органами місцевого самоврядування, або яким було делеговано повноваження щодо реалізації публічних функцій у всіх сферах функціонування суспільства тощо. Тобто, систему органів публічної адміністрації складають органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування, публічно-правові установи та публічно-правові фонди, суб'єкти делегованих повноважень [3, с.52].

Поряд із вищезазначеним, постає необхідним дослідити органи публічної адміністрації саме, як суб'єкти дозвільної діяльності в Україні, що і є метою статті.

Аналізуючи сутність категорії «державного управління», стає очевидним, що і категорія «суб'єкт державного управління» також не відповідає потребам сьогодення, бо і більшість учених вважають, що основним суб'єктом державного управління є органи виконавчої влади. У Законі України «Про центральні органи виконавчої влади» встановлено, що основне призначення органів виконавчої влади полягає у формуванні та реалізації державної політики в одній чи декількох сферах [4]. Нині на рівні держави створені та функціонують органи державної влади, які, не маючи статусу останнього, по суті виконують їх функції. Наприклад, Закон України «Про Національний банк України» визначає НБУ як особливий центральний орган державного управління, але при цьому до системи органів

© Джафарова О.В., 2018

ISSN 1995-6134

виконавчої влади останній не належить; Закон України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності» встановлює, що дозвільний орган – це орган виконавчої влади, державні колегіальні органи, органи місцевого самоврядування, їх посадові особи, уповноважені відповідно до закону видавати документи дозвільного характеру; ст.1 Закону України «Про Службу безпеки України» визначає СБУ як державний правоохоронний орган спеціального призначення, який забезпечує державну безпеку України; Закон України «Про Антимонопольний комітет» визначає останній як державний орган із спеціальним статусом, метою діяльності якого є забезпечення державного захисту конкуренції у підприємницькій діяльності та у сфері державних закупівель; ст.1 Закону України «Про Національну комісія, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг» визначає, що Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, є постійно діючим незалежним державним колегіальним органом, метою діяльності якого є державне регулювання, моніторинг та контроль за діяльністю суб'єктів господарювання у сферах енергетики та комунальних послуг.

З цього можна зробити проміжний висновок, що категорія «суб'єкт державного управління» у її нинішньому значенні не охоплює все коло суб'єктів, які задіяні в реалізації публічних функцій держави. На сьогодні вкрай необхідно віднайти таку категорію, яка б в собі об'єднувала всіх суб'єктів, що мають повноваження у сфері публічного управління, і відповідала б законодавству Європейського Союзу, а також максимально забезпечувала потреби практики правозастосування.

Як зазначає І.О. Сквірський, надзвичайно актуальним завданням є вивільнення теорії адміністративного права від застарілих термінів та наповнення її категоріями, які мають відповідати не лише реаліям українського життя та практиці державотворення, але й законодавству Європейського Союзу як необхідній передумові європейської інтеграції нашої держави [5, с.17].

Передумовою введення в правовий обіг категорії «публічна адміністрація» стало прийняття Концепції адміністративної реформи, яка була схвалена Указом Президента 22.07.1998 р. № 822 та мала на меті запровадження нової ідеології функціонування виконавчої влади і місцевого самоврядування як діяльності щодо забезпечення реалізації прав і свобод громадян, надання державних та громадських послуг. Введення в правовий обіг категорії «публічна адміністрація» прямо кореспондується із Планом дій «Україна – Європейський Союз», схваленого Кабінетом Міністрів України від 12.02.2005 р. та Радою з питань співробітництва між Україною і Європейським Союзом від 21.02.2005 р. З метою реалізації зазначеного Плану розпорядженням Кабінету Міністрів України від 26.03.2008 р. № 531-р було утворено робочу групу з підготовки проекту Концепції реформування публічної адміністрації, результатом діяльності якої став відповідний проект. Однак слід зауважити, що законодавчого закріплення зазначений проект так і не отримав, що, на нашу думку, є одним із чинників, що гальмує проведення адміністративної реформи в Україні та наближення діяльності органів публічної влади щодо належної реалізації прав і свобод громадян до європейських держав. У проекті Концепції реформування публічної адміністрації в України була спроба вперше на законодавчому рівні закріпити категорію «публічна адміністрація», під якою пропонувалося розуміти органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування та інші суб'єкти, які відповідно до закону чи адміністративного договору мають повноваження забезпечувати виконання законів, діяти в публічних інтересах (виконання публічних функцій) [6].

Слід зауважити, що на шпальтах наукових видань триває жвава дискусія щодо визначення категорії «органи публічної адміністрації» у вузькому та широкому розумінні останньої. Так, прихильники вузького розуміння до органів публічної адміністрації відносять органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування [7, с.49; 8, с.117; 9, с.92]. Представники іншої школи доповнюють зазначену категорію за рахунок суб'єктів делегованих повноважень та органів державної влади, які не мають статусу органу виконавчої влади, а подекуди й за рахунок приватних осіб тощо [10, с.89; 11, с.24; 12, с.204].

Наголосимо, що ми є прихильниками широкого підходу до визначення категорії «органи публічної адміністрації» як системи органів державної, насамперед виконавчої, влади, органів місцевого самоврядування, інших суб'єктів, які з метою реалізації публічного інтересу відповідно до закону чи адміністративного договору наділяються делегованими повноваженнями у всіх сферах функціонування суспільства.

Системність органів публічної адміністрації у забезпеченні мети дозвільної діяльності. Спробуємо визначити систему органів

ISSN 1995-6134

публічної адміністрації, які є суб'єктами дозвільної діяльності. Як вже сказано, метою дозвільної діяльності є забезпечення життя, здоров'я людини, безпеки навколишнього природного середовища, національних інтересів та підтримання балансу приватних та публічних інтересів [13, с.234]. Для виконання вищенаведеного відповідні органи публічної адміністрації наділяються певною дозвільною компетенцією. Відразу зазначимо, що дозвільна компетенція органів публічної адміністрації складається із сукупності прав і обов'язків (правообов'язків), а також спрямованості останніх на забезпечення життя, здоров'я людини, безпеки навколишнього природного середовища, національних інтересів та підтримання балансу приватних та публічних інтересів у певній сфері суспільних відносин (економічній, екологічній, культурній). Відразу зазначимо, що органи публічної адміністрації, а саме органи виконавчої влади, створюються в залежності від пріоритетності для держави виконання таких функцій, як: економічна, екологічна, політична; забезпечення внутрішньої безпеки тощо.

Як слушно зазначає Ю. Самагальська, компетенція органів публічної адміністрації спрямована на те, щоб втілити в життя демократичну сутність держави: держава не керує громадянами, а створена для громадян, надає їм послуги, забезпечує умови для всебічної реалізації їхніх прав та свобод, захищає їхні інтереси [14, с.209]. У свою чергу Л. Фулллер (Fuller Lon. L.) звертає увагу, що органи публічної адміністрації, приймаючи відповідні рішення, зокрема надаючи дозволи чи ліцензії, розпоряджаються обмеженими ресурсами, тобто такі рішення набувають характеристики поліцентричності, тобто вирішують низку взаємопов'язаних питань [15, с.395]. В. Сеневірант (Senevirante V.) наголошує, що органи публічної адміністрації діють відповідно до встановленого обов'язку чи повноважень, а не як результат укладеної комерційної угоди. Крім того, М. Сеневірант звертає увагу на дискреційні повноваження органів публічної адміністрації щодо надання дозвільних послуг [16, с.71]. В той же час, відповідно до німецького законодавства публічна адміністрація у сферах надання публічних послуг, а також керування підвідомчими їй об'єктами може вдаватися до використання приватноправових форм, зокрема цивільних договорів. Разом із цим, у ході такої діяльності адміністративні органи залишаються зв'язаними основними правами, принципами адміністративного права та правилами про компетенцію, тож використання приватноправових форм діяльності супроводжується суттєвими обмеженнями [17, с.261; 18; 19, с.408–440].

Виникає питання, а яким чином повинна бути побудована система органів публічної адміністрації, щоб забезпечити виконання мети дозвільної діяльності? Для відповіді на це питання звернемось до Закону України «Про центральні органи виконавчої влади» від 17.03.2011 року та Постанови Кабінету міністрів України від 10.09.2014 р. № 442 «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» з метою вироблення єдиного підходу до системи органів публічної адміністрації як суб'єктів дозвільної діяльності.

Відповідно до зазначеної постанови Кабінету Міністрів України затверджена схема організації та взаємодії органів виконавчої влади із розподілом останніх на: а) міністерства; б) центральні органи виконавчої влади (агентства, служби, інспекції); в) центральні органи виконавчої влади, діяльність яких спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через відповідних членів Уряду. В основу створення такої системи організації органів виконавчої влади були покладені функції, які повинні виконувати останні виходячи із завдань, які стоять перед правовою та демократичною державою. Закон України «Про центральні органи виконавчої влади» від 17.03.2011 року визначає, що міністерство – є центральним органом виконавчої влади, який забезпечує формування та реалізацію державної політики в одній чи декількох визначених Президентом України сферах, проведення якої покладено на Кабінет Міністрів України Конституцією та законами України.

Безпосередня реалізація державної політики в певній сфері згідно з чинним законодавством покладена на центральні органи виконавчої влади, які знаходяться в структурі міністерства та створюються залежно від виконання публічних функцій. Так, у разі якщо більшість функцій центрального органу виконавчої влади складають функції з управління об'єктами державної власності, що належать до сфери його управління, центральний орган виконавчої влади утворюється як агентство. У разі якщо більшість функцій центрального органу виконавчої влади складають функції з надання адміністративних послуг фізичним і юридичним особам, центральний орган виконавчої влади утворюється як служба. У разі якщо більшість функцій центрального органу виконавчої влади складають контрольно-наглядові функції за дотриманням державними

ISSN 1995-6134

органами, органами місцевого самоврядування, їх посадовими особами, юридичними та фізичними актів законодавства, центральний орган виконавчої влади утворюється як інспекція [4]. Даючи правову оцінку проведенню оптимізації діяльності органів виконавчої влади, Центр політико-правових реформ зазначає, що є позитивною спроба інституційно виокремити й термінологічно розрізнити органи, що здійснюють контрольно-наглядові функції (інспекції), а також управління об'єктами державної власності (агентства). А от щодо «служб» виглядає так, що вони поєднуватимуть і функції з надання адміністративних послуг, і вже згадані контрольно-наглядові функції. Тобто, тут зберігається інституційний конфлікт інтересів, що становить собою найбільший корупційний чинник [20, с.210–211]. Ми підтримуємо думку вчених щодо необхідності розмежування функцій між органами, які надають публічні послуги, і органами, що здійснюють контроль за суб'єктами господарювання.

Враховуючи надану класифікацію органів виконавчої влади за функціями, які останні виконують (надають публічні послуги), доцільно зосередити увагу на органах виконавчої влади, які утворені з цією метою та мають назву «служба». Так, відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 10.09.2014 р. № 442 «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» на сьогодні функціонує 23 органи виконавчої влади з назвою «служба», основним призначенням яких є надання послуг населенню. Як свідчить аналіз нормативно-правової бази, більшість з них наділена повноваженнями щодо надання дозвільних послуг.

Органи публічної адміністрації, що формують регуляторну (дозвільну) політику держави. Слід звернути увагу, що серед центральних органів виконавчої влади, які були створені для надання адміністративних послуг населенню, є Державна регуляторна служба України. Вона є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України і який реалізує державну регуляторну політику, політику з питань нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності, ліцензування та дозвільної системи у сфері господарської діяльності та дерегуляції господарської діяльності [21]. На неї покладено 38 управлінських завдань щодо організації та контролю за суб'єктами здійснення господарської діяльності. Відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 10.09.2014 р. № 442 «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» діють інспекції, на які відповідно покладені контрольні повноваженнями, в тому числі і за дотриманням суб'єктами дозвільної діяльності встановлених правил. Відразу зазначимо, що Державна архітектурно-будівельна інспекція України, Державна екологічна інспекція України, Державна інспекція енергетичного нагляду України, Державна інспекція ядерного регулювання України поряд із виконанням контрольно-наглядових повноважень володіють дозвільними повноваженнями.

Зазначимо, що назва органу виконавчої влади (Державна регуляторна служба України) не відповідає інституційному виокремленню органів залежно від функцій, які на нього покладені. Аналіз завдань, що покладені на останню, скоріше свідчить про зовсім інший статус цього органу виконавчої влади. Наділення Державної регуляторної служби України контрольними повноваженнями свідчить скоріше про посилення впливу держави на суб'єктів господарювання, що суперечить меті створення.

Слід додати, що в системі органів виконавчої влади функціонує 14 агентств, основним призначенням яких є функції з управління об'єктами державної власності, що належать до сфери їх управління. Однак у більшості випадків зазначені органи виконавчої влади наділяються дозвільними повноваженнями. Так, згідно з підпунктами 11, 18, 20 п.4 постанови Кабінету Міністрів України від 08.10.2014 р. № 521 «Положення про Державне агентство лісових ресурсів» зазначене агентство видає в установленому порядку спеціальні дозволи на використання лісових ресурсів, дозволи на використання мисливських тварин; посвідчення мисливця та ряд інших.

Отже, до суб'єктів публічної адміністрації, що наділені дозвільними повноваженнями можна віднести органи виконавчої влади: Кабінет Міністрів України та центральні та місцеві органи виконавчої влади. Аналіз нормативно-правової бази, що закріплює дозвільні повноваження центральних та територіальних органів виконавчої влади, дав змогу виокремити нормативні та процедурні дозвільні повноваження. Так, Кабінет Міністрів України, міністерства в більшості випадків наділені нормотворчими дозвільними повноваження. Ці повноваження полягають у розробці та прийнятті підзаконних нормативно-правових актів, які визначають порядок та конкретні умови, необхідні для реалізації процедурних дозвільних повноважень. У свою чергу на центральні та територіальні органи виконавчої влади покладені безпосередні правообов'язки

ISSN 1995-6134

щодо надання документів дозвільного характеру. Зазначені повноваження умовно можна назвати процедурними дозвільними повноваженнями, останні полягають у безпосередній реалізації дозвільної процедури щодо видачі відповідного документа дозвільного характеру.

Дозвільними повноваженнями наділені також органи виконавчої влади, які мають спеціальний статус. До останніх слід віднести: 1) Антимонопольний комітет України (надання дозволу, висновків, попередніх висновків стосовно узгодження дій, концентрацію т. ін.); 2) Фонд державного майна України (погоджує рішення про передачу об'єктів державної власності в комунальну власність та ряд інших); 3) Адміністрація Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України (видає дозволи на проведення робіт із технічного захисту інформації для власних потреб; розробляє та приймає нормативно-правові акти, що визначають дозвільний порядок організації спеціального зв'язку, захисту інформації, телекомунікацій і користування радіочастотним ресурсом України).

Потребує уваги також діяльність органів державної влади, які не мають статусу органу виконавчої влади, але при цьому наділені дозвільними повноваження. Так, Служба безпеки України є державним правоохоронним органом спеціального призначення, який забезпечує державну безпеку України і з цією метою наділяється певним колом дозвільних повноважень, як-то: надання дозволу підприємствам установам та організаціям на провадження діяльності, пов'язаної з державною таємницею, надання дозволу на провадження господарської діяльності з впровадження, ввезення, вивезення голографічних захисних елементів [22]. До останніх можна віднести і Національний банк України.

До окремої групи органів публічної адміністрації, які є суб'єктами дозвільної діяльності, слід віднести державні колегіальні органи, наприклад: Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, Національну комісію з цінних паперів та фондового ринку, Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, Національну комісія, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації.

Зазначимо, що Закон України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності» визначає органи місцевого самоврядування як дозвільні. Так, до місцевих дозвільних органів належать міські ради міст обласного або республіканського підпорядкування Автономної Республіки Крим значення (їх виконавчі комітети). В свою чергу останні можуть створювати робочий орган або структурний підрозділ виконавчого органу міської ради міста обласного або республіканського Автономної Республіки Крим значення – дозвільний центр.

Наступним органом публічної адміністрації який ми відносимо до суб'єктів дозвільної діяльності, є юридичні особи публічного права, які були створені актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування. Так, для прикладу наведемо: Державне підприємство «Всеукраїнський державний науково-виробничий центр стандартизації та захисту прав споживачів», Державне підприємство «Житомирський науково-виробничий центр стандартизації, метрології та сертифікації» та ряд інших.

Серед органів публічної адміністрації, які наділені дозвільними повноваженнями, є юридичні особи приватного права. Нагадаємо, що згідно зі статтею 2 Кодексу адміністративного судочинства України юридичні особи приватного права можуть розглядатись як повноправні учасники публічно-правових відносин, у межах яких, відповідно, і реалізується публічна влада. Наприклад, суб'єктами делегованих повноважень, які наділені дозвільними повноваженнями, є приватні випробувальні лабораторії, що акредитовані Національним агентством з акредитації України. Акредитація лабораторії – це офіційне визнання права проводити певний перелік випробувань. Одразу зазначимо, що випробувальні лабораторії, які акредитовані Національним агентством з акредитації України, надають документи (протоколи проведення випробувань, висновок експертизи тощо [23]), що є обов'язковими для отримання документів дозвільного характеру. Слід також додати, що зазначені лабораторії підзвітні та підконтрольні Національному агентству з акредитації України.

До органів публічної адміністрації, що мають дозвільні повноваження, варто також віднести самоврядні організації. Останні є незалежними юридичними органами, яким відповідно до закону делеговані повноваження щодо здійснення окремого виду дозвільної діяльності. Для прикладу, слід навести Аудиторську палату, Раду адвокатів України, Національну спілку архітекторів України тощо.

Висновки. Сформулюємо авторське визначення системи органів публічної адміністрації,

ISSN 1995-6134

які є суб'єктами дозвільної діяльності: 1) Кабінет Міністрів України; 2) центральні та місцеві органи виконавчої влади; 2) органи виконавчої влади зі спеціальним статусом; 3) органи державної влади без статусу органа виконавчої влади; 4) колегіальні органи державної влади; 5) органи місцевого самоврядування, які представлені виконавчими комітетами відповідних рад; 6) юридичні особи публічного права (підприємства, установи, організації); 7) юридичні особи приватного права 8) самоврядні організації.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Панейко Ю. Л. Теоретичні основи самоврядування. Л. : Літопис, 2002. 196 с.
2. Угровецький П. О. Адміністративні акти органів прокуратури : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Х., 2011. 195 с.
3. Хряпинський А. П. Адміністративно-правові засади контрольно-наглядової діяльності у сфері містобудування : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Херсон, 2014. 198 с.
4. Про центральні органи виконавчої влади : Закон України від 17.03.2011 № 3166–VI. URL: http://zakon.rada.gov.ua/go/3166-17.
5. Сквірський І. О. Теорія і практика громадського контролю у публічному управлінні: адміністративно-правове дослідження : монографія. Х. : Диса плюс, 2013. 428 с.
6. Концепція реформування публічної адміністрації в України : проект ЦППР. URL: http://www.pravo.org.ua/files/stat/Concept_public_administration.pdf.
7. Стеценко С. Г. Адміністративне право України : навч. посіб. 3-тє вид., перероб. та доп. К. : Атіка, 2011. 624 с.
8. Авер'янов В. Б. Реформування українського адміністративного права: ґрунтовний привід для теоретичної дискусії. *Право України*. 2003. № 5. С. 117–122.
9. Міхровська М. Державне управління та публічна адміністрація : шлях до демократії. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка (Юридичні науки).* 2011. № 88. С. 90–93.
10. Адміністративне право України (у визначеннях та схемах) : навч. посіб. / С. О. Масьондз. К. : Атіка, 2008. 272 с.
11. Публічна адміністрація в Україні: становлення та розвиток : монографія / за заг. ред. А. В. Толстоухова, Н. Р. Нижник, Н. Т. Гончарук. Д. : Монолит, 2010. 400 с.
12. Петров Є. В. Феноменологія адміністративно-господарського права України : моногр. Х. : Диса плюс, 2012. 392 с.
13. Джафарова Е. В. Сущность разрешительной деятельности государства: теоретические вопросы. *Социально-гуманитарный вестник Юга России.* 2012. № 10–11 (30). С. 232–236.
14. Самагальська Ю. Інспекційні повноваження та правові основи їх реалізації. *Вісник Львівського університету. Серія юридична.* 2012. Вип. 56. С. 209–214.
15. Fuller Lon. L. The forms and limits of adjudication. Harvard Law Review. Vol. 92. No. 2 (Dec. 1978). PP. 353–409 URL: https://people.rit.edu/wlrgsh/Fuller.pdf.
16. Senevirante V. Ombudsmen: Public Services and Administrative Justice. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. 350 p.
17. Hilgendorf Eric: Dtv-Atlas Recht. München: Dt. Taschenbuch-Verl. 2. Verwaltungsrecht, Zivilrecht, 2008. 528 s.
18. Imboden Max. Der Plan als verwaltungsrechtliches. Verüffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. 1960. Heft 18. S. 113–144.
19. Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. Verlag C.H. Beck. München, 2004. 853 s.
20. Розвиток публічного права в Україні (доповідь за 2009–2010 роки) / за заг. ред. Н. В. Александрової, І. Б. Коліушка. К. : Конус-Ю, 2011. 726 с.
21. Деякі питання Державної регуляторної служби України : постанова Кабінету Міністрів України від 24.12.2014 № 724. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/724-2014-%D0%BF.
22. Про державну таємницю : Закон України від 21.01.1994 № 3855–XII. URL: http://zakon.rada.gov.ua/go/3855-12.
23. Про затвердження Порядку проведення клінічних випробувань лікарських засобів та експертизи матеріалів клінічних випробувань і Типового положення про комісії з питань етики : наказ МОЗ України від 23.09.2009 № 690. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/z1010-09.

REFERENCES

1. Paneyko, YU. L. (2002) *Teoretychni osnovy samovryaduvannya* [Theoretical foundations of self-government]. Lviv: Litopys (in Ukr.)

2. Uhrovets'kyy, P. O. (2011) *Administratyvni akty orhaniv prokuratury* [Administrative Acts of the Prosecutor's Office]. Kandydats'ka dysertatsiya thesis (12.00.07). Kharkiv (in Ukr.).
3. Khryapyns'kyy, A. P. (2014). *Administratyvno-pravovi zasady kontrol'no-nahlyadovoyi diyal'nosti u sferi mistobuduvannya* [Administrative and legal bases of control and supervision in the field of urban planning]. Kandydats'ka dysertatsiya thesis (12.00.07). Kherson (in Ukr.).
4. *Pro tsentral'ni orhany vykonavchoyi vlady* [About central executive authorities]. Zakon Ukrainy (17.03.2011 No 3166–6). Retrieved from: http://zakon.rada.gov.ua/go/3166-17 (in Ukr.).
5. Skvirs'kyy, I. O. (2013) *Teoriya i praktyka hromads'koho kontrolyu u publichnomu upravlinni: administratyvno-pravove doslidzhennya : monohr* [Theory and practice of public control in public administration: administrative-legal research: monogr]. Kharkiv: Dysa plyus (in Ukr.).
6. *Kontseptsiya reformuvannya publichnoyi administratsiyi v Ukrayiny: proekt TSPPR* [Concept of Public Administration Reform in Ukraine: Draft CSPR]. Retrieved from: http://www.pravo.org.ua/files/stat/Concept_public_administration.pdf (in Ukr.).
7. Stetsenko, S. H. (2011). *Administratyvne pravo Ukrayiny : navch. posib.* [Administrative Law of Ukraine: Teach. manual]. Kyiv: Atika (in Ukr.).
8. Aver'yanov, V. B. (2003). Reformuvannya ukrayins'koho administratyvnoho prava: gruntovnyy pryvid dlya teoretychnoyi dyskusiyi [Reform of Ukrainian administrative law: a thorough ground for a theoretical discussion]. *Pravo Ukrayiny,* (5). 117–122 (in Ukr.).
9. Mikhrovs'ka, M. (2011). Derzhavne upravlinnya ta publichna administratsiya : shlyakh do demokratiyi [Public Administration and Public Administration: The Way to Democracy]. *Visnyk Kyyivs'koho natsional'noho universytetu imeni Tarasa Shevchenka (Yurydychni nauky),* (88). 90–93 (in Ukr.).
10. Mas'ondz, S. O. (2008). *Administratyvne pravo Ukrayiny (u vyznachennyakh ta skhemakh) : navch. posib.* [Administrative Law of Ukraine (in definitions and schemes): Teachers. manual]. Kyiv: Atika (in Ukr.).
11. Tolstoukhov, A. V., Nyzhnyk, N. R., & Honcharuk, N. T. (Reds.). (2010). *Publichna administratsiya v Ukrayini: stanovlennya ta rozvytok : monohr* [Public administration in Ukraine: formation and development: monogr]. D.: Monolyt (in Ukr.).
12. Petrov, YE. V. (2012). *Fenomenolohiya administratyvno-hospodars'koho prava Ukrayiny : monohr.* [Phenomenology of administrative and economic law of Ukraine: monogr.]. Kharkiv: Dysa plyus (in. Ukr.).
13. Dzhafarova, E. V. (2012). Sushchnost' razreshytel'noy deyatel'nosty hosudarstva: teoretycheskye voprosy [The essence of the permitting activity of the state: theoretical questions]. *Sotsyal'no-humanytarnyy vestnyk Yuha Rossyy,* 10–11 (30). 232–236 (in Russ.).
14. Samahal's'ka, YU. (2012). Inspektsiyni povnovazhennya ta pravovi osnovy yikh realizatsiyi [Inspection powers and legal bases for their implementation]. *Visnyk L'vivs'koho universytetu. Seriya yurydychna,* (56). 209–214 (in Ukr).
15. Fuller, Lon. L. (1978). The forms and limits of adjudication. Harvard Law Review, 92 (2). 353–409 (in En.).
16. Senevirante, V. (2002). Ombudsmen: Public Services and Administrative Justice. Cambridge: Cambridge University Press. (in En.).
17. Hilgendorf, Eric (2008). Dtv–Atlas Recht. München: Dt. Taschenbuch-Verl. 2. Verwaltungsrecht, Zivilrecht (in Ger.).
18. Imboden, Max. (1960). Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut. Verüffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, (18). 113–144 (in Ger.).
19. Maurer, H. (2004). Allgemeines Verwaltungsrecht. Verlag C.H. Beck. München (in Ger.).
20. Aleksandrova, N. V., & Koliushko I. B. (Reds.). (2011). *Rozvytok publichnoho prava v Ukrayini (dopovid' za 2009–2010 roky)* [The development of public law in Ukraine (report for 2009–2010)]. Kyiv: Konus-YU (in Ukr.).
21. *Deyaki pytannya Derzhavnoyi rehulyatornoyi sluzhby Ukrayiny* [Some issues of the State Regulatory Service of Ukraine]. Postanova Kabinetu Ministriv Ukrayiny (24.12.2014 No 724). Retrieved from: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/724-2014-%D0%BF (in Ukr.).
22. *Pro derzhavnu tayemnytsyu* [On state secrets]. Zakon Ukrayiny (21.01.1994 No 3855–7). Retrieved from: http://zakon.rada.gov.ua/go/3855-12 (in Ukr.).
23. *Pro zatverdzhennya Poryadku provedennya klinichnykh vyprobuvan' likars'kykh zasobiv ta ekspertyzy materialiv klinichnykh vyprobuvan' i Typovoho polozhennya pro komisiyi z pytan' etyky* [About the approval of the Procedure for conducting clinical trials of medicinal products and examination of materials of clinical trials and the Model Regulations on the Ethics Commission]. Nakaz MOZ Ukrayiny (23.09.2009 No 690). Retrieved from: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/z1010-09 (in Ukr.).

Надійшла 17.02.2018

ISSN 1995-6134

Джафарова О. В. Дослідження органів публічної адміністрації в системі суб'єктів дозвільної діяльності в Україні. Форум права: електрон. наук. фахове вид. 2018. № 1. С. 42–49. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2018_1_8.pdf

DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1214407

Підтримується широкий підхід до визначення категорії «органи публічної адміністрації» як системи органів державної, насамперед виконавчої, влади, органів місцевого самоврядування, інших суб'єктів, які з метою реалізації публічного інтересу відповідно до закону чи адміністративного договору наділяються делегованими повноваженнями у всіх сферах функціонування суспільства. Визначено систему органів публічної адміністрації, які є суб'єктами дозвільної діяльності. Досліджено органи публічної адміністрації як суб'єкти дозвільної діяльності, які беруть участь у реалізації державної політики у певних сферах розвитку суспільства.

Ключові слова: *органи публічної адміністрації, теорія публічної адміністрації, дозвільна діяльність, суб'єкт дозвільної діяльності*

***

Джафарова Е.В. Исследование органов публичной администрации в системе субъектов разрешительной деятельности в Украине

Поддерживается широкий подход к определению категории «органы публичной администрации» как системы органов государственной, прежде всего исполнительной, власти, органов местного самоуправления, других субъектов, с целью реализации публичного интереса в соответствии с законом или административного договора наделяются делегированными полномочиями во всех сферах функционирования общества. Определена система органов публичной администрации, которые являются субъектами разрешительной деятельности. Исследованы органы публичной администрации как субъекты разрешительной деятельности, участвующих в реализации государственной политики в определенных сферах развития общества.

Ключевые слова: *органы публичной администрации, теория публичной администрации, разрешительная деятельность, субъект разрешительной деятельности*

***

Dzhafarova O.V. Study of Public Administration Bodies in the System of Subjects of Licensing Activity in Ukraine

The article states that the category of «subject of public administration» in its current meaning does not cover the whole range of subjects involved in the realization of public functions of the state. To date, it is extremely necessary to find a category that would unite all entities with public authority competence in line with the legislation of the European Union, as well as to maximize the needs of the practice of law enforcement. An extremely urgent task is to release the theory of administrative law from outdated terms and to fill it with categories that should correspond not only to the realities of Ukrainian life and the practice of state formation, but also to the legislation of the European Union as a prerequisite for the European integration of our state. A broad approach to the definition of the category of «public administration bodies» as a system of state bodies, primarily executive, authorities, local governments, and other entities that, in order to realize public interest in accordance with the law or administrative contract, are delegated with powers in all spheres of the functioning of society. The system of bodies of public administration, which are subjects of licensing activity, is defined, namely: 1) the Cabinet of Ministers of Ukraine; 2) central and local executive authorities; 2) executive bodies with special status; 3) bodies of state power without the status of a body of executive power; 4) collegial bodies of state power; 5) local self-government bodies represented by the executive committees of the respective councils; 6) legal entities of public law (enterprises, institutions, organizations); 7) legal entities of private law; 8) self-governing organizations. The bodies of public administration as subjects of licensing activity that are involved in the implementation of state policy in certain spheres of society development are investigated. This is done through an understanding of the purpose of the licensing activity, which is to ensure the life, health, safety of the environment, national interests and maintaining a balance of private and public interests.

Key words: *bodies of public administration, public administration theory, permit activity, a subject of leisure activities*

ISSN 1995-6134
2018-1

УДК 340.132.6(1)
DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1218089

L.I. ZAMORSKA,
Chair of Philosophy and Theory of Law,
Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, Associate Professor,
Doctor of Law, Chernivtsi, Ukraine; e-mail: Zluba83@gmail.com;
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9723-2219

S.B. KARVATSKA,
Chair of Philosophy and Theory of Law, Yuriy Fedkovych
Chernivtsi National University, Associate Professor, Ph.D. in Law,
Chernivtsi, Ukraine; e-mail: svitlana.karvatska288822@gmail.com;
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9948-4866

SOCIAL DETERMINANTS OF LEGAL INTERPRETATION

Issue. The recognition and study of the essence, structure, forms, types and abilities of interpretation has been one of the most examined issues in the theory of law and philosophy since antiquity, when hermeneutics was considered as the theory and practice encouraging people to understand natural and social phenomena. The representatives of different philosophic-legal schools and approaches try nowadays to determine the essence and meaning, bounds and functional opportunities of interpretation in different aspects:

1) thinking process;
2) scientific method;
3) general way of the universe cognition;
4) existential modus of human beings;
5) social reality method creation .

On the whole, positively evaluating important philosophical-legal and theoretical-methodological level of the theme under discussion, it is necessary to point out some problematic aspects in legal interpretation phenomenon comprehension. Besides, it's worth not only to understand the diversity of existing approaches, defining role and place of legal interpretation on different levels of social reality, first of all in law, but to recognize the conditions, creating the phenomenon of legal interpretation comprehension as a problem.

The degree of scientific development of the problem. On the basis of different ways of comprehension, developed before the beginning of XIXth century, one can speak on the formation of two approaches in the same period: gnoseological and ontological. The crucial difference between them is in the comprehension of interpretation. The sources of gnoseological tradition of interpretation are tightly connected with the works of Aristotle "On the interpretation", scholastics, with the ideas of representatives of new European "intellect ontology" (F. Bacon, R. Descartes, T. Hobbs, B. Spinosa, D. Lokk, D. Hume, I. Kant, H. Hegel), and later on, in XIX-XX c. positivists (O. Kont, H. Spenser, J. Mill), neopositivists (M. Slick, F. Frank, A. Whitehead), postpositivists (K. Popper, I. Lakatos, P. Feierabend, H. Lenk). But, the most important here is the fact, that even nowadays the socio-cultural approach to the phenomenon of legal interpretation is not properly developed. Despite of the importance of ontological models, the essential in them predominates over the social, excluding any possibility to realize a person's place and role as the author (creator.). It contradicts the fact, that interpretation value is in creating the discourse field, where human self-evaluation takes place, as interpretation is always the position of an individual.

The purpose of the article. The purpose of the article is the analysis of the existing conceptual approaches in modern theoretical-legal science in the context of integral law comprehension, which determine legal interpretation nature, essence, place and role on different levels of social reality.

The Main Body. In the context of gnoseological approach interpretation is the process of nature recognition, notion, content, meaning of reflexion and representation in human consciousness some connections, social-legal reality relations.

From the point of view of ontological approach interpretation in law is considered not simply as a form of human existence, but the human being as a subject, (subject of law).

Within the framework of philosophy of law interpretation appeared on the front place, concerning V. Diltey's discussion on specific character of humanitarian and social cognition. The term "art of interpretation" became popular in the 50s of XXth

© Zamorska L.I., Karvatska S.B., 2018

century in Emil Steiger's works, the author of the work under the same title, with the idea, that interpretation serves, in the deepest sense, to perceive humanitarian truth about human nature [1, p.241].

Not less important became the question of social institutions functioning mechanism in the middle of XX th century for sciences of spirit, where the theme of communication, transmission of socio-cultural experience attracted attention of philosophers, lawyers, culturologists, political scientists. German sociologists T. Lukman and P. Berger proposed to consider interpretation the main process of social communication. Their idea was developed in social theory by P Riker, N. Luman. Janusz Slawinski defines interpretation as a hypothesis of a work's hidden integrity, with the aim to find out a cryptic content in potential sphere of the text, in contrast to that of the surface of the work [2, p.164].

Postmodern social thought investigates interpretation in connection with the analysis of contemporary society. M. Foucault in his "hermeneutics of a subject" proposed to consider interpretation the possible way of a person's legitimation.

However, the most important here is the fact, that even nowadays the anthropo-socio-cultural approach to the phenomenon of legal interpretation is not properly developed. Despite of the importance of ontological models, the essential in them predominates over the social, excluding any possibility to realize a person's place and role as the author (creator.). It contradicts the fact, that interpretation value is in creating the discourse field, where human self-evaluation takes place, as interpretation is always the position of an individual. In Schleiermacher's view, imitate literary hermeneutics the realization of its own interpretation potentials as it does, all the same it is functioning on the boundary between regional hermeneutics and metahermeneutics, thus, being between them, after all it opens general conditions of comprehension.

When translated from Latin, interpretation means "explanation". Greek equivalent of this notion is the term "hermeneutics" – the art of presentation, systematic study of philosophic works interpretation, legal documents, works of art, that's to say, any human activity content. Interpretational references to the texts, whether they meet the requirements of initial statements, basically, don't differ from those verbal references of the world experience in accordance with Schleiermacher's argument, that the experience of the universal could be achieved only with the help of continuous approach to the individual.

In the culture of ancient Rome the equivalent of the notion "hermeneutics" was the term "interpretation". On the whole, this term reflects another socio-cultural atmosphere, peculiar only to ancient Roman history. "Inter" is translated from Latin as "between", and "predation" – as process. Interpretation in this aspect is the way a man percepts and explains the environment; or as a cognitive process aimed at ascertaining the essence of the phenomena and processes of natural, social activity. From this point of view the question arises as to the necessity of analyzing the history of authoritative-interpretative practices, legitimation, conditions and mechanism of their application, depending on different historical situations. This statement is especially of current importance nowadays, when there's a great need of the publicity of interpretation.

A separate epoch in the development of interpretational practices is the period of Renaissance. German philosopher, theologian and philologist F. Schleiermacher (1768–1834) came out to be the creator, spiritual "father" of the Present hermeneutics; he considered interpretation the art of the foreign language understanding, explanation of the text content with the aim to give other people correct information.

The project of hermeneutics as a philosophy of language was proposed by W. Humboldt. In particular, developing the ideas of historical method in the manner of J. Herder and G. Hegel, he proved, that to comprehend the human social-historical existence, it is necessary to proceed from the postulates of totality and universality. The way of hermeneutic problem development towards its transformation from a specific science to general and philosophical one was continued by V. Diltey (1833–1911). Diltey's ideas were further developed in the works by M. Weber, J. Zimmel and many others, but the works by German philosopher M. Heidegger were the real revolution in the comprehension of interpretation problem. His innovations concern transforming the problem of interpretation and comprehension from gnoseological level to ontological one; also, he found out in the process of interpretation the structure of precomprehension. Trying to understand any text, we don't transfer to author's spiritual state of mind, whenever to speak about transference itself, but into the perspective, within the framework of which the author would come to his point of view. Every form of knowledge is based on a question, problem, misinterpretation. Text contains a question to the interpreter.

Another important point in M. Heidegger's philosophy became the declaration, that language

was the real field of hermeneutic experience and, simultaneously, home of existence. Literally, it was consolidation of ontological language status that appeared to be indispensable condition of linguistic revolution in philosophy. One of M. Heidegger's students – H. Hadamer believed, that language is a universal environment, in which its own comprehension is produced; the way of its realization is the interpretation, taking place in linguistic environment, which, on the one hand, tries to explain the object with the help of words, on the other hand, is the language of the interpreter himself [3].

In the second half of XXth century E. Betty, P. Ricker, O. Apel played great role in the development of the theory and practice of interpretation. E. Betty's activity is closely connected with the effort to generalize interpretation canons, which can limit willfulness of "subjectivity" in humanitarian cognition. The result of E. Betty's research was the formulation of basic interpretation canons: 1. The principle of the object's autonomy: the object of interpretation is caused by immanent logic of existence (the product of human mind is interpreted – text, the sense of which the interpreter has to find out). 2. The principle of sense coherence: the sense of the object of interpretation is indicated through its intracohesive integrity. 3. The rule of sense urgency: reconstructed sense of the text should be included into the interpreter's intellectual horizon. 4. Adequacy (coherence) principle of comprehension: the wish to understand is not sufficient, corresponding perspective to understand is necessary [4].

The project of social-philosophical hermeneutics replaced classical philological one in XXth century; it proved the fact, that the sphere of culture doesn't have a single horizon, and so, interpretation is not so much the way of working with the text, as the form of social existence. Nonclassical type of social philosophy (end of XVIIIth – beginning of XXth c.) had just been appearing as the criticism of classical type, actually, in the context of sociality itself.

The main P. Ricker's idea is that the world of XXth century became global and indivisible; this globalization requires communications, comprehension of the art of interpretation as well. Thus, the object of interpretation is one of the aspects of communicative sphere, where socio-cultural experience is being transmitted [5].

That's to say, one can affirm, that the basic descriptive language in interpretational practices of civilization subject is always the language of law. One can outline two main approaches in jurisprudence, based on the meaning of interpretation in the context of linguistic rules: both, linguistic meaning and extralinguistic one, i.e. stipulated by context, are used in the practice of interpretation [6].

Modern setting of legal interpretation problem in anthropo-socio-cultural aspect is connected with the change of methodical approaches,. the way of thinking itself in the research of social-legal phenomena.

It's important to realize, that in the processes of legal communication different legal interpretations correlate, hermeneutic field of a dialogue is, so to say, created. In other words, society is the integrity of people closely connected with understanding and comprehension of social-legal processes.

One can ascertain, that the phenomenon of legal interpretation has long been considered beyond the system of specific historical, social-legal and anthropo-cultural characteristics. Alongside with that the socio-cultural analysis of historical periods – Antiquity, Middle Ages, Renaissance, New Times and Contemporaneity – allowed to discover diversity of interpretational practices, that had formed during the development of mankind in the process of anthropo-socio-genesis. It became clear, in particular, that each type of interpretation – hermeneutics, exegetics, explanation – is defined by the peculiarity of sense legitimation in a specific historic-cultural existence of every nation. Legal interpretation is a form of coexistence of a legal text and a person, whose being is stipulated by cultural-legal description of the epoch. Peculiarity of legal interpretation is based, first of all, on a specific aim orientation – "real" law fixation [7, p.8].

The task of legal interpretation in social truck is the scheme building process, which allows to see and recreate the reality, which is of interest to the interpretator, according to some legal text (in a legal text). Ontological status of the legal interpretation process is determined by the distance between legal text and legal activity.

It's interesting, that one and the same legal text permits different interpretations. In this sense some legal interpretations counteract others. It's because all of them create common hermeneutic field of legal dialogue. Such specific character is connected with text notion itself, its structural-grammatical characteristics (e. g. text coordination), and its positioning in a certain situation of linguistic communication [8, p.55–58] and subjects' character of this social-legal communication (that's to say its participants, those sending and those receiving the legal text).

The main intention of legal interpretation is not only to gain knowledge, but also to recreate situations of social-legal being and to enter its structure.

Specific character of a legal text stipulates its interpretation on the basis of determined instructions both in teaching and practice, that's why the interpreter (subject) has limited freedom (as a result of the specificity of interpretational activity). As Artur Kozak states, the situation of a lawyer as an interpreter differs from the situation, for instance, of literary interpretation, because the lawyer should deal not only with the meaning of the text, but establish its legitimation as well [9, p.124.] The author explains also the thesis, that the adoption of specific interpretational directives (which allow to gain a single interpretation) stipulates, in the end, social influence of law, approval of legal practice [9, p.124]. But, evidently, irrespective of the text – literary or legal – interpretational practice is a priori a reflexion of human existence dynamics.

The role and place of legal interpretation in these processes are very important, as institualization of social forms is connected with legitimation of structures and conditions of legal consciousness, structures of legal communication and legal reflexion. In other words, it is in the process of legal interpretation that the sphere of social-legal values is formed.

Within the framework of social-legal activity interpretation practices widen people's abilities. However, the process of legal interpretation is always the process of overcoming the meanings, dogmata and standards peculiar to a specific historical epoch, to unite the experience, common to all mankind, with legal relativist specific character, which a person (legitimator) can implement "here-and-now". An important for the interpretation of legal texts, institutional authority, consists in the fact, that the authority of law is transferred on the interpretation level [8]. Interpreter's aim and truth of a legal text (in contrast to literary text) is connected with compulsion. That's why, the authority of legal instructions, formed by lawyers, could be gained with the help of interpretation means [6].

The object of interpretation is what has already sense, what has fallen into the sphere of people's influence, what could be defined as "a sphere of culture". Thus, legal interpretation includes simultaneously the moment of social-legal reality reflexion and the moment of legal activity. Legal interpretation, from the point of view of the subject of perception (interpreter), appears as a constant process of sense addition to social-legal reality. The given sense in the process of legal interpretation needs "unwrapping" in another process of legal interpretation. So, sense is not an object, it's a process.

The task of legal interpretation is to give second (third and so on) life to recreated legal forms, to give every person a chance to enter into the world of law, history, culture, civilization, and alongside with that to facilitate a person's legitimation as a subject of law, history and civilization.

Sociological approach to law in general and to the problem of legal interpretation in particular stipulates studying not only of their meaning, but also their interrelations with public processes. One of the founders of sociological approach in jurisprudence E. Ehrlich stated at the beginning of XXth century, law, being a dynamic organism, is not limited by local practices, or local legal proposals, and is a unity, including not only legal proposals and legal experts' law, but social order of the existent legal relations as well [10, p.146]. Klaus Ziegert remarked E. Ehrlich's thought, that neither force, nor monopolized state power is a decisive factor in the dynamics of living law and steady peaceful social order [11, p.231]. According to E. Ehrlich, the task of interpretation is to determine subjective content of the words, their correlation with consciousness [12, p.6]. The scientist defined objective parallels while analyzing legal nature and other kinds of interpretations, stressing the author's personality, and all that concerns the human language interpretation, is valid for legal instructions, especially for laws; one can understand them only in case the attendant circumstances and personal relations are clear and the author knew about them; we'll comprehend them when we understand the author's consciousness content and scope [12, p.12]. E. Ehrlich's were categorical statements about textual expression of interpretation, about objective sense of legal text search, the words having no fixed content, being only symbols, indicating the sense direction [12, p.2]. To his mind, the practice of legal text interpreting realization as a dogmatic formula was erroneous; the scientist gave an example, that German lawyers fixed in a word a certain meaning, which could be substituted to get the content of the whole expression, assuming a special content could be used in other ways alongside with that one [12, p.28].

As legal instruction is the result of joint activity of society and an individual [12, p.14], it is clear, that speaking about a special social function of legal interpretation, E. Ehrlich stated the illegitimacy of all the legal instruction, that is correct for another people's mind creation, because it should serve not personal aims and intentions rather social interest [12, p.14–15]. E. Erlih was convinced that in the case of court law, the judges act as the

representatives of society, thus better reflect the deepest social thoughts and better understand their vocation [12, p.15].

The problem of free law creation is therefore not the problem of substantial law rather the problem of judges' choice that is to say the problem of court organization which has to provide the freedom for strong personality [13, p.30]. In the twenties of the XXth century soviet professor B. Manelis, strong critic of sociological ideas, the school of free law (to the theorists of free law school B. Manelis refers E. Erlich as well as Radbruch, Fuchs and Stampe who consider the personality of judge to be the guarantee of correct law application) and E. Erlih's creative activity, stated that the best prove of its ideas the school of free law considered the fact that in reality judges were not guided exceptionally by positive law and rules of scientific hermeneutics, they are not only logical machines matching the facts to specific law but constantly creating the law by their mind, feelings, will and all their personalities [14, p.216–217].

According to Ehrich, any scientific, sociological comment of law is historical [12, p.14]. As an argument, he stated the fact, that exterior interpretational circumstances are those having the aim of the author, and (in this case) theological interpretation coincide with historical one, being non-scientific [12, p.14].

To add, Ehrlich proved the legal instruction to be interpreted by the author, that's to say, it tended to equal decisions [12, p.27].

Conclusions. Let's formulate some statements, defining the components of sociocultural legal interpretation comprehension.

First, the history and formation of mankind can and should be considered in the light of different forms of description (legal as well). Second, according to historical reconstruction, hermeneutics, exegetics and interpretation were the forms of perception and explanation of legal reality (each of them perceived and interpreted the world, place and role of the man in its own way.). Third, the significance of interpretational activity restitution is possible only through comprehension, that the real subject of social philosophic-legal reflexion is mankind. Fourth, human beings' existence as a single subject of history and law becomes apparent in the forms (institutions, structures, situations), which are a part of interpretative activity. Fifth, the most fully and thoroughly the meaning of interpretative practices is revealed in the dynamics of people's (and their communities') existence.

Thus, the sociocultural analysis of legal interpretation process stresses the problem of the mankind, the problem of social existence formation. In particular, the development of the mankind is the activity, where, alongside with nature development, the legitimation of social institutions takes place. It is the social institutions (family, society, state), that are the space – "between" – to which ancient Greeks and Romans pointed; the main attribute of existence of these institutions are interactiveness (legal proceedings) and interpretativeness. Place and role of legal interpretation in social-dynamic processes is very important, because the institualization of social forms is connected with structures and conditions of legal consciousness, structures of legal communication and legal reflexion, where social-legal sphere is formed.

Interpretation is not an evaluative process of thinking, it is a dialogue between a man and universe, the process, which depends on sociocultural experience of the period. One can affirm, that legal interpretation "appears" as people's attempt to make clear their own existence. Within the framework of gnoseological approach, interpretation is a natural process, representing social-legal reality in a subject's consciousness.

Ontological approach in law treats interpretation not simply as a form of human existence, but a man as a subject of law. Socio-cultural value of legal interpretation seems to be the manifestation of human existence, personally according to a separate legal act.

In the context of Ehrlich's "living law" concept legal interpretation is considered a social-historical effect, and so it should substantiate not personal, but social legal instructions.

Thus, we can state, that in the context of integral law concept the task of legal interpretation is to give new life to new legal forms, the right to be active creators of social standards, to give chance for a man to enter into the world of law, history and culture, and to legitimate a man as a subject of law.

REFERENCES

1. Staiger, E. (1976). Sztuka interpretacji, Współczesna teoria badań literackich za granicą, oprac. H. Markiewicz, t. 1. Krakow. S. 241 (in Polish).
2. Sławiński, J. (1974). O problemach "sztuki interpretacji". *Idem, Dzieło, język, tradycja*, Warszawa, S. 164–170 (in Polish).

ISSN 1995-6134

3. Karvats'ka, S.B. (2012). Interpretatsii istoryko-pravovoi real'nosti u ramkakh sotsiolohichnoho pidkhodu do prava [Interpretation of historical and legal reality within the framework of the sociological approach to law]. *Erlikhivs'kyj zbirnyk. Yurydychnyj fakul'tet Chernivets'koho natsional'noho universytetu imeni Yuriia Fed'kovycha, (*6). 127–129 (in Ukr.).
4. Noakes, S. (1982). An English Translation of Emilio Betti's "Theory generale della interpretazione". *Modern Language Studies,* 12(4). 35–37. Retrieved from http://www.jstor.org/discover/10.2307/3194528?uid-3739232&uid=248374 0057&uid=2&uid=3&uid=60&sid=21104715636537 [Accessed – 24 January 2017] (in Eng.).
5. Vdovyna, Y.S. (2005). Pamiaty P. Rykera Y.S. [In memory of P. Ricker I.S.]. *Voprosy fylosofyy,* (11). 176–188 (in Russ.).
6. Andruszkiewicz, Marta. (1999). Interpretacja prawnicza a interpretacja literacka – kilka uwag. *"Krytyka Prawa"*, Copyright by Akademia Leona Kożmińskiego. tom 6 (s. 183–197) Retrieved from: http://www10.7206/kp.2080-1084.46 [Accessed – 4 January 2017] (in Pol.).
7. Malynova, Y .P. (2014). *Fylosofyia prava y iurydycheskaia hermenevtyka* [Philosophy of Law and Legal Hermeneutic]: monohrafyia. Moskva: Norma: YNFRA (in Russ).
8. Sarkowicz, R. (1995). Poziomowa interpretacja tekstu prawnego, Krakow (s. 55–58) (in Polish).
9. Kozak, A. (2010) Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej, Wrocław (s. 124–127) (in Polish).
10. Ehrlich, Eugen. (1913). Grundlegung der Soziologie des Rechts. Wien/Leipzig (in Ger.).
11. Ziegert, Klaus A. (2009). World Society, Nation State and Living Law in the Twenty-first Century). Living Law. Edited by M. Hertogh, Oxford and Portland Oregon. PP. 223–237 (in Eng.).
12. Ehrlich, E. (1917). Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes. Vier Stücke aus dem in Vorbereitung begriffenen Werke: Theory der richterlichen Rechtsfindung. *Iherings Jahrbucher fur die Dogmatik des burgerlichen Rechts*. Bd. 67. S. 1–80 (in Ger.).
13. Ehrlich, Eugen (1903). Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft (in Ger.).
14. Manelys, B. (1928). Shkola svobodnoho prava y ee mesto v burzhuazno-iurydycheskoj nauke [The school of free law and its place in bourgeois-legal science]. *Vestnyk kommunystycheskoj akademyy.* Knyha KhKhYIII (4). S.199–231 (in Russ).

Arrived 25.02.2018

РЕКОМЕНДОВАНЕ ЦИТУВАННЯ (RECOMMENDED CITATION), АНОТАЦІЇ (ANNOTATIONS)

Zamorska L. I., Karvatska S. B. Social Determinants of Legal Interpretation. Форум права: електрон. наук. фахове вид. 2018. № 1. С. 50–56. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2018_1_9.pdf

DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1218089

In the context of integral legal comprehension of modern theoretical-legal science the article analyzed variety of the existent conceptual approaches, which determine the place and role of legal interpretation on different levels of social reality, law in particular, and ascertained the conditions, constructing the perceptive situation of legal interpretation as a problem. Within the framework of gnoseological approach interpretation is the process, which helps to find out reflexion and representation nature, notion, content and meaning of certain ties and relations of social-legal reality in a subject's consciousness. The fact is established, that on the level of ontological approach legal interpretation is considered not only as a form of human existence, but a human being as a subject of law. The predominance of the essential over the social in ontological models is determined, it excludes the possibility to seize a man's place and role as an author (creator), which, at the same time, contradicts the fact, that interpretation is valuable for creating discourse field, where a person's self-determination takes place. Legal interpretation in the context of E. Ehrlih's sociological "living law" conception is regarded as a social-historical phenomenon, and so it should explain not personal, but public prerequisites of legal instructions.

Key words: *law comprehension; interpretation; legal interpretation; cognition; hermeneutics; social reality; social institutions; human existence; "living law"; a man as a subject of law*

***

Заморська Л.І., Карвацька С.Б. Соціальні детермінанти правової інтерпретації

У контексті цілісного (інтегрального) праворозуміння проаналізовано різноманіття існуючих у сучасній теоретико-правовій науці концептуальних підходів, які визначають місце та роль правової інтерпретації у різних площинах соціальної реальності, передовсім, у праві, та виявлено умови, що конструюють ситуацію сприйняття правової інтерпретації як проблеми. Встановлено, що у площині онтологічного підходу інтерпретація у праві розглядається не просто

ISSN 1995-6134

як форма буття людини, а людини як суб'єкта права. Визначено, що в онтологічних моделях сутнісне домінує над соціальним, що виключає можливість осягнути місце і роль людини як автора (творця), а це суперечить тому, що цінність інтерпретації полягає у створенні поля дискурсу, де відбувається самовизначення людини. Обґрунтовано, що соціокультурне значення правової інтерпретації полягає у процесі становлення та розвитку людини і суспільства як суб'єкта права. Вказується, що соціокультурна цінність правової інтерпретації проявляється у тому, що вона являє собою маніфестацію буття людини, яка виступає стосовно конкретного правового акту особистістю. Проаналізовано, що у контексті соціологічної концепції Є. Ерліха про "живе право" правова інтерпретація розглядається як явище соціально-історичне, і тому вона повинна обґрунтовувати не особисті, а суспільні передумови правового припису.

Ключові слова: *право розуміння; інтерпретація; правова інтерпретація; пізнання; герменевтика; соціальна реальність; соціальні інститути; буття людини; "живе право"; людина як суб'єкт права*

***

Заморская Л.И., Карвацкая С.Б. Социальные детерминанты правовой интерпретации

В контексте целостного (интегрального) правопонимания проанализировано многообразие существующих в современной теоретико-правовой науке концептуальных подходов, которое определяет место и роль правовой интерпретации в различных плоскостях социальной реальности, прежде всего, в праве, и выявлены условия, конструирующие ситуацию восприятия правовой интерпретации как проблемы. Установлено, что в плоскости онтологического подхода интерпретация в праве рассматривается не просто как форма бытия человека, а человека как субъекта права. Определено, что в онтологических моделях сущностное доминирует над социальным, что исключает возможность понять место и роль человека как автора (создателя), а это противоречит тому, что ценность интерпретации заключается в создании поля дискурса, где осуществляется самоопределение человека. Обосновано, что социокультурное значение правовой интерпретации заключается в процессе становления и развития человека (общества) как субъекта права. Указывается, что социокультурная ценность правовой интерпретации проявляется в том, что она представляет собой манифестацию бытия человека, выступает относительно конкретного правового акта личностью. Проанализировано, что в контексте социологической концепции Е. Эрлиха о "живом праве" правовая интерпретация рассматривается как явление социально-историческое, и поэтому она должна обосновывать не личные, а общественные предпосылки правового предписания.

Ключевые слова: *правопонимание; интерпретация; правовая интерпретация; познание; герменевтика; социальная реальность; социальные институты; бытие человека; "живое право"; человек как субъект права*

ФП 2018-1
ISSN 1995-6134

УДК *342.536(477)*
DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1238940

О.І. ЗОЗУЛЯ,
доцент кафедри загальноправових дисциплін
Харківського національного університету внутрішніх справ,
кандидат юридичних наук, м. Харків, Україна; e-mail: oizozulia@gmail.com;
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5428-4622

РОЗРОБКА ТА ПОПЕРЕДНІЙ РОЗГЛЯД ЗАКОНОПРОЕКТІВ У КОМІТЕТАХ ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ

O.I. ZOZULIA,
Ass. Professor, Chair of General Law Disciplines,
Kharkiv National University of Internal Affairs, Ph.D. in Law,
Kharkiv, Ukraine; e-mail: oizozulia@gmail.com;
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5428-4622

DRAFTING AND PRELIMINARY CONSIDERATION OF BILLS IN THE COMMITTEES OF THE VERKHOVNA RADA OF UKRAINE

Постановка проблеми

Конституційний статус Верховної Ради України як єдиного органу законодавчої влади в Україні безпосередньо визначає зміст і спрямованість діяльності її комітетів, основний зміст якої становить законопроектна робота. При тому, що парламентські комітети відграють вагому роль на етапі підготовки законопроектів до першого, другого і третього читань, не менш важливе значення має здійснення ними розробки та попереднього розгляду законопроектів. Така діяльність парламентських комітетів забезпечує підготовку актуальних, узгоджених і науково обґрунтованих проектів актів Верховної Ради України, а також своєчасне відхилення неякісних або підготовлених/поданих з порушеннями законопроектів. Разом із тим, на сьогодні порядок і правила розробки у комітетах законопроектів та внесення їх на розгляд парламенту залишаються остаточно неврегульованими, а механізм попереднього розгляду законопроектів не позбавлений певних прогалин і недоліків, що зумовлює недостатню ефективність його використання. А відтак, в контексті удосконалення статусу парламентських комітетів і законодавчого процесу й вбачаються актуальними питання розробки та попереднього розгляду законопроектів у комітетах Верховної Ради України.

Зазначимо, що окремі питання участі й ролі парламентських комітетів у законодавчому процесі вже розглядали О.М. Анохін, О.В. Задорожній, О. Мудра, З.О. Погорєлова, І.Є. Словська, А.В. Шипіка та інші вчені. У той же час їх дослідження присвячені здебільшого загальній проблематиці законодавчого процесу й підготовці комітетами Верхової Ради України законопроектів до першого, другого і третього читань, детально не характеризуючи особливості здійснення комітетами розробки та попереднього розгляду законопроекту, тим більше з урахуванням чинного конституційно-процесуального законодавства. Певний інтерес представляють й дослідження іноземних вчених, які виявляють спільні проблеми участі парламентських комітетів (комісій) у законодавчому процесі та зарубіжний досвід їх вирішення. Зокрема Девід М. Олсон (David M. Olson) та Вільям Е. Кроутер (William E. Crowther) [1] висвітлюють особливості статусу та законотворчої діяльності комітетів у постдемократичних парламентах; Реувен Ю. Хазан (Reuven Y. Hazan) [2] розкриває специфіку реформування організації парламентських комітетів у Ізраїлі; Майкл Цандер (Michael Zander) [3] наводить змістовний огляд законодавчої роботи парламентських комісій у Великобританії. Водночас сучасна парламентська система України виявляє необхідність пошуку й напрацювання власного підходу до організації розробки та попереднього розгляду законопроектів у комітетах Верховної Ради України.

Саме тому метою нашої роботи є аналіз конституційно-правових і процесуальних засад розробки та попереднього розгляду законопроектів у комітетах Верховної Ради України, визначення їх

© Зозуля О.І., 2018

ISSN 1995-6134

основних рис, сутності та значення, а також обґрунтування пріоритетних напрямків удосконалення повноважень та діяльності парламентських комітетів у сфері законотворчості.

Розробка законопроектів у комітетах Верховної Ради України

Передусім, відмітимо, що п.1 ч.1 ст.12 Закону України від 04.04.1995 р. № 116/95-ВР [4] як елемент законопроектної функції парламентських комітетів прямо передбачається розробка ними проектів законів й інших актів Верховної Ради України. При цьому, така нормотворча робота є досить місткою, тривалою і багатоаспектною, включаючи аналіз чинного правового регулювання і зарубіжного досвіду, напрацювання наукової концепції проекту закону (чи іншого акту), визначення його структури і змістовних положень, їх узгодження між собою та з іншими актами, підготовку фінансово-економічного обґрунтування, оформлення законопроекту відповідно до правил законодавчої техніки тощо. Як слушно наголошує Б.І. Ольховський, підготовка законопроектів включає у себе значний обсяг роботи не тільки інтелектуального, але й суто технічного характеру [5, с.14]. Тому цілком логічно, що усе вищевказане це не може здійснюватись самим парламентським комітетом на його засіданнях, потребуючи залучення науковців і фахівців, а також поєднання різних форм їх індивідуальної й колективної роботи. Тому, як на нас, більш коректно буде говорити не стільки про розробку комітетами Верховної Ради України законопроектів, скільки про організацію та координацію ними такої роботи (наприклад, шляхом ініціювання розробки законопроектів, схвалення їх концепції, утворення відповідних робочих груп, обговорення і схвалення готових проектів парламентських актів).

Із викладеним узгоджується закріплений п.1 ч.1 ст.16 Закону України від 04.04.1995 р. № 116/95-ВР [4] обов'язок парламентських комітетів організовувати розробку проектів законів та інших актів за дорученням Верховної Ради України, що загалом більш точно відображає реальну роль комітетів у розробці законопроектів. З огляду на це дещо неоднозначним постає формулювання права парламентських комітетів саме «розробляти з власної ініціативи проекти законів та інших актів» (п.1 ч.1 ст.15 даного Закону України), що потребує розгорнутого врегулювання змісту подібної нормопроектної діяльності.

Розробка парламентськими комітетами законопроектів не лише за дорученням Верховної Ради України, а й ініціативно забезпечує необхідну свободу їх законопроектної діяльності й розширює можливості комітетів із удосконалення законодавчого регулювання актуальних сфер суспільних відносин. Водночас ініціативна розробка парламентськими комітетами проектів законів та інших актів може стосуватись тільки тих питань, що віднесені до предметів їх відання [4]. З одного боку, вказане правило обґрунтовано зумовлюється існуючим галузевим характером компетенції парламентських комітетів і розмежуванням їх предметів відання та у підсумку сприяє раціональному використанню потенціалу парламентських комітетів й підвищенню якості фахово підготовлюваних ними законопроектів. З іншого ж боку, недостатньо чіткий поділ предметів відання комітетів Верховної Ради України ускладнює однозначне визначення комітетів, які повноважні розробляти відповідні законопроекти. З огляду на це та, враховуючи відсутність будь-яких обмежень суб'єктів законодавчої ініціативи щодо підготовки та подання законопроектів залежно від їх предмету, на даний час вважаємо недоречною, але допустимою розробку непрофільними комітетами законопроектів, якщо їх подальший розгляд здійснюватиметься вже профільним комітетом Верховної Ради України.

Крім цього, може виникати й питання щодо об'єктивності розгляду законопроекту (пропозицій і зауважень до нього) головним комітетом, якщо саме він був його розробником. У такій ситуації на думку О.М. Мудрої означений комітет Верховної Ради України не повинен призначатись головним при розгляді даного законопроекту [6, с.31], але це, у свою чергу, ставить питання компетентності іншого комітету, який призначатиметься головним.

Також слід звернути увагу на те, що ініціативно розроблені парламентськими комітетами законопроекти мають вноситись на розгляд Верховної Ради України членами комітету за його рішенням (п.1 ч.1 ст.15 Закону України від 04.04.1995 р. № 116/95-ВР [4]). В цілому погоджуючись із правильністю такого алгоритму дій, зауважимо дещо формальний характер означеної норми, що де-факто не перешкоджає, наприклад, поданню законопроекту членами комітету без його рішення або поданню законопроекту не членами комітету. Подібні питання мають дістати чіткого врегулювання у Регламенті Верховної Ради України від 10.02.2010 р. № 1861–VI [7].

У даному контексті актуалізується питання віднесення парламентських комітетів до суб'єктів права законодавчої ініціативи, що більше

ISSN 1995-6134

відповідає їх ролі розробника законопроектів і загалом сприятиме її посиленню й активізації законопроектної діяльності комітетів Верховної Ради України. Надання їм права законодавчої ініціативи підтримують А.П. Заєць [8], З.О. Погорєлова [9] та деякі інші вчені як захід із формування в Україні сильної системи парламентських комітетів. У той же час можна погодитись із О.М. Мудрою щодо достатності наявного у членів комітетів права законодавчої ініціативи для внесення законопроекту на розгляд Верховної Ради України [6, с.31], втім так само як відсутність у комітетів права законодавчої ініціативи не перешкоджає розробці ними законопроектів. Відтак, більш нагальним вбачається не надання права законодавчої ініціативи парламентським комітетам, а вдосконалення існуючого порядку підготовки та внесення ними (через своїх членів) законопроектів на розгляд Верховної Ради України.

Важливе значення має здійснення законопроектної роботи комітетів не лише ситуативно, а на основі принципів системності, плановості та прогнозованості. Внесення комітетами пропозицій щодо перспективного планування законопроектної роботи [4] (втім так само як і власне поточне планування комітетом своєї законопроектної діяльності) дозволяє не тільки раціонально розподілити потенціал і організувати законопроектну роботу конкретних комітетів над складними та пріоритетними законопроектами, поєднати її з успішним виконанням інших функцій, але й упорядкувати та узгодити законопроектну діяльність усієї системи комітетів.

Складовою діяльності із розробки законопроектів також є право парламентських комітетів визначати завдання щодо розробки проектів законів і опубліковувати їх у засобах масової інформації до внесення на розгляд Верховної Ради України (п.2, 3 ч.1 ст.15 Закону України від 04.04.1995 р. № 116/95-ВР [4]). Визначення завдань із розробки законопроектів безпосередньо відповідає переважно організаційному характеру діяльності парламентських комітетів з цих питань. Щоправда вказані повноваження мають стосуватись проектів не тільки законів, але й інших актів Верховної Ради України, зокрема заяв і постанов з приводу важливих питань суспільного і державного значення. Поширення законопроектів через пресу, електронні ресурси, телебачення та радіомовлення уособлює один із шляхів забезпечення їх громадського обговорення й подальшого удосконалення. При цьому, враховуючи різну природу засобів масової інформації, коректніше буде говорити не про «опублікування», а більш широко про «оприлюднення» в них законопроектів.

Окрім того, при оприлюдненні парламентським комітетом законопроекту потребує вирішення питання дотримання авторських прав його розробників. Зазначимо, що законопроект (тим більше до його внесення на розгляд парламенту) може розглядатись як об'єкт авторського права у контексті п.17 ч.1 ст.8 Закону України від 23.12.1993 р. № 3792–XII [10]. Саме тому необхідним постає встановлення гарантій дотримання прав інтелектуальної власності на законопроект і не тільки у разі його оприлюднення комітетом, а і при внесенні (у т.ч. повторному) на розгляд парламенту. Серед іншого як суб'єкт майнових авторських прав на законопроект, розроблений парламентським комітетом, може визначатись не комітет в цілому (оскільки він не є самостійним учасником цивільних відносин), а, наприклад, колектив його членів.

Цілком логічна необхідність залучення до розробки законопроектів науковців і фахівців зумовлює право комітетів Верховної Ради України створювати робочі групи для підготовки як проектів актів Верховної Ради України, так і «питань, що обговорюються на засіданнях комітетів, проектів рішень, рекомендацій, висновків комітетів» [4]. Відтак, пропри законодавче включення вищевказаного права до змісту саме законопроектної функції парламентських комітетів, відповідні робочі групи в окремих випадках також можуть залучатись до виконання їх організаційної та контрольної функцій.

Загалом практику утворення парламентськими комітетами робочих груп слід визнати конструктивною з огляду на можливу недостатню компетентність з вузькоспеціалізованих питань членів комітету Верховної Ради України та значний обсяг його законопроектної роботи. При цьому, до складу відповідних робочих груп парламентський комітет згідно п.6–8 ч.1 ст.15 Закону України від 04.04.1995 р. № 116/95-ВР [4] може залучати не тільки своїх членів, але й інших народних депутатів України, науковців, авторів законопроектів та «інших фахівців» за їх згодою (у т.ч. на контрактній основі), а також співробітників органів публічної влади за згодою їх керівництва. Це у підсумку дозволяє максимально об'єднати зусилля державних політичних діячів, громадськості, вітчизняних та іноземних вчених і практиків, забезпечуючи комплексний та всебічний підхід до підготовки проектів актів Верховної Ради України й інших питань. Щоправда висока якість

ISSN 1995-6134

і компромісний характер підготовленого законопроекту все одно не можуть гарантувати його схвалення парламентом, що приймає рішення з урахуванням політичної доцільності.

Тут також вважаємо правильним дещо уточнити поняття «інших фахівців», які можуть залучатись до складу робочих груп, зокрема через закріплення критеріїв їх фаховості з питань, що складають предмет діяльності певної робочої групи парламентського комітету. Так само належним постає й законодавче врегулювання правил і порядку функціонування робочих груп, що сприятиме спрощенню та підвищенню продуктивності їх діяльності. Певної уваги, як слушно відзначає К.В. Манжул [11, с.32], потребує практика переважного залучення до складу робочої групи фахівців не з нейтральними, об'єктивними поглядами, а тих, які заздалегідь підтримують визначену комітетом концепцію законопроекту.

Не можна не погодитись із З.О. Погорєловою, що підготовку законопроектів повинні здійснювати особи, які мають необхідні фахові знання та практичні навички [9]. Проте, сьогодні навряд чи доцільним є створення окремих «шкіл нормопроектувальників», хоча й слід визнати корисність реального проходження народними депутатами України, їх помічниками, а також працівниками секретаріатів комітетів певних курсів підвищення кваліфікації з питань нормотворчої діяльності. Окрім того, вдосконаленню законопроектної роботи парламентських комітетів сприятиме подолання формалізму та інтенсифікація використання їх права звертатись до органів публічної влади, наукових установ і організацій (тут слід було би згадати й вищі навчальні заклади), об'єднань громадян з проханням висловити пропозиції щодо законопроектів [4] (але чомусь не проектів інших парламентських актів). Тут наголосимо, що передбачене ч.5 ст.93 Регламенту Верховної Ради України від 10.02.2010 р. № 1861–VI [7] право головного комітету звертатися з приводу доцільності прийняття законопроекту до уряду, інших державних органів і об'єднань громадян слід поширити і на органи місцевого самоврядування.

При цьому, більш пріоритетне значення повинно мати укладення парламентськими комітетами договорів з «науковими установами, навчальними закладами та спеціалістами» (можна сформулювати точніше як – «суб'єктами наукової і науково-технічної діяльності») на науково-інформаційний пошук, розробку, доопрацювання та експертизу проектів законів (п.10 ч.1 ст.15 Закону України від 04.04.1995 р. № 116/95-ВР [4]). Останнє дозволяє, по-перше, конкретно вирішувати чітко визначені задачі парламентського комітету у сфері законотворчості, а, по-друге, забезпечити високий рівень одержуваних комітетом наукових висновків і пропозицій. Можливість направлення парламентськими комітетами законопроектів для одержання експертних висновків до Національної академії наук України, інших установ або окремих фахівців також передбачена ч.3 ст.103 Регламенту Верховної Ради України від 10.02.2010 р. № 1861–VI [7]. Проте Регламент, визначаючи строки одержання експертних висновків, не передбачає оплати проведення наукової експертизи, що, зрозуміло, не сприяє ретельності та відповідальності її проведення.

Попередній розгляд законопроектів у комітетах Верховної Ради України

Істотне значення має попередній розгляд у парламентських комітетах законопроектів (проектів інших актів) після їх реєстрації і підготовка відповідних висновків/пропозицій (п.2 ч.1 ст.12 Закону України від 04.04.1995 р. № 116/95-ВР [4], ч.1 ст.93 Регламенту Верховної Ради України від 10.02.2010 р. № 1861–VI [7]). Особливістю даного етапу законодавчого процесу є залучення до роботи над законопроектом не тільки головного комітету, але й Комітету з питань бюджету, Комітету з питань запобігання і протидії корупції та Комітету з питань європейської інтеграції, які готують відповідні експертні висновки. Загалом погоджуючись із викладеним, як на нас, не менш доцільним було би обов'язкове (а не факультативне як за ч.7 ст.93 Регламенту) проведення подібної експертизи законопроекту й деякими іншими комітетами, наприклад, Комітетом з питань Регламенту та Комітетом з питань прав людини, національних меншин і міжнаціональних відносин, що дозволити визначити відповідність законопроекту вимогам до його оформлення та реєстрації, а також основним правам і свободам людини і громадянина.

З огляду на зауважений К.В. Манжул і З.О. Погорєловою збіг та дублювання функцій у деяких комітетів (наприклад, у Комітету з питань податкової та митної політики та Комітету з питань фінансової політики і банківської діяльності) [11, с.28; 12, с.57] слід уточнити розподіл предметів відання парламентських комітетів, на основі якого має чітко та однозначно визначатись головний комітет щодо того чи іншого законопроекту. Раціональний розподіл предметів відання між комітетами повинен передбачати рівний обсяг законопроектної роботи для кожного комітету (з

ISSN 1995-6134

урахуванням кількості його членів) щодо певних однорідних питань. Уваги потребує й питання вдосконалення механізму взаємодії головного комітету та інших комітетів парламенту на попередніх та інших стадіях законодавчого процесу, який наразі залишається остаточно законодавчо неврегульованим.

На необхідність диференціації та посилення ролі комітетів на попередніх стадіях законодавчого процесу також вказують Ю.В. Баскакова [13, с.61], Г. Колісник [14] і А.В. Шипіка [15, с.25]. Щоправда не можемо погодитись з їх твердженням, що позиція комітетів з питань фінансової політики і банківської діяльності та з питань закордонних справ «має визначати долю будь-якого законопроекту» до його розгляду головним комітетом, оскільки не кожен законопроект охоплюється предметами відання даних комітетів, визначених Постановою Верховної Ради України від 04.12.2014 р. № 22–VIII [16].

Зазначимо, що зміст попереднього розгляду законопроектів головним комітетом законодавчо не конкретизується, що надає йому досить широкі можливості в аналізі й оцінці законопроектів. Узагальнено ж сутність попереднього розгляду законопроектів головним та іншими комітетами полягає у первинному опрацюванні та вивченні законопроектів, визначенні наявності або відсутності в них різноманітних порушень для вирішення питання про повернення законопроекту суб'єкту права законодавчої ініціативи або про доцільність його включення до порядку денного сесії Верховної Ради України.

Як наголошує А.В. Шипіка, сьогодні парламентські комітети в цілому не здійснюють системної співпраці з зацікавленими сторонами, у тому числі главою держави, урядом, лобістськими організаціями [15, с.26]. Тому, вважаємо, що для попереднього розгляду законопроекту на засідання головного комітету обов'язково має запрошуватись не тільки ініціатор його внесення, але й представники уряду та зацікавлених державних органів, експерти і фахівці (наразі вони запрошуються за необхідності). Схожу пропозицію висловлює Ю.М. Перерва, а саме надати ініціатору законопроекту права вимагати проведення комітетського слухання з даного приводу та запрошення на нього певних експертів і фахівців [17]. Такий підхід загалом сприятиме більш фаховому, ретельному й всебічному аналізу та обговоренню законопроекту, що забезпечить виваженість та обґрунтованість (зокрема наукову) рішень, висновків і пропозицій головного комітету щодо відповідного законопроекту.

На даному етапі корисною є передбачена ст.94 Регламенту Верховної Ради України від 10.02.2010 р. № 1861–VI [7] можливість надання головним комітетом пропозиції про повернення законопроекту, наприклад, з підстав його невідповідності Конституції України, порушення вимог до оформлення, відсутності фінансово-економічного обґрунтування та ін. Хоча у той же час, як констатується у науковій літературі [13, с.61; 14; 15, с.25], механізм повернення законопроектів на практиці застосовується доволі не часто, внаслідок чого комітети продовжують розгляд недосконалих законопроектів.

Проте, посилення заборони реєстрації законопроектів без їх фінансово-економічного обґрунтування [13, с.61; 14; 15, с.25–26], на нашу думку, є недоречним, оскільки не кожен законопроект дійсно потребує бюджетних видатків, а в іншому разі відсутність фінансово-економічного обґрунтування за рішенням головного комітету може бути підставою повернення законопроекту. Саме фінансово-економічне обґрунтування повинно бути не формальним, а містити адекватну попередню оцінку видатків, необхідних для реалізації законопроекту, що має ключове значення на етапі концептуального визначення його долі. Запропоноване ж К.В. Манжул покладення на комітети повного фінансового обґрунтування законопроектів та оцінки їх ефективності [11, с.33] може значно ускладнити й сповільнити роботу і так завантажених комітетів, при тому, що питання фінансового обґрунтування законопроекту вже віднесені до відання його ініціатора, уряду та профільного Комітету з питань бюджету.

Так чи інакше, етап попереднього розгляду комітетами законопроектів загалом дозволяє відсіяти відверто неякісні за змістом законопроекти, підготовлені, оформлені та/або подані без дотримання усіх вимог, що у підсумку розвантажує засідання Верховної Ради України, зосереджуючи її роботу на розгляді належних за формою і змістом законопроектів.

Враховуючи неприпустимість штучного затягування законодавчого процесу, на нашу думку, тридцятиденного строку, протягом якого головний комітет має ухвалити висновок про доцільність включення законопроекту до порядку денного сесії Верховної Ради України, загалом достатньо для прийняття головним комітетом обґрунтованого висновку по законопроекту на підставі одержаних висновків усіх зацікавлених комітетів та інших організацій. Тут як позитив слід вказати й збільшення Законом України від 03.09.2013 р. № 429–VII [18] строку підготовки

ISSN 1995-6134

іншими (неголовними) комітетами своїх висновків по законопроекту з 14 до 21 дня, що є виправданим з огляду на змістовність цієї роботи та значну завантаженість парламентських комітетів. З даного приводу Г. Колісник [14] помилково вказує, що зазначений строк становив 15 днів, й одночасно наголошує на недоцільності встановлення таких строків через перевантаженість парламенту. Маємо із цим не погодитись, оскільки повна відсутність подібних строків у підсумку навпаки дезорганізує і сповільнить роботу парламентських комітетів, створить можливість для затягування ними законодавчого процесу.

Дещо неоднозначним вбачається право Верховної Ради України у разі відсутності у встановлений строк висновку головного комітету щодо включення законопроекту до порядку денного сесії не тільки самостійно приймати про це рішення, але й надавати головному комітету «додатковий час для підготовки висновку» (ч.3 ст.96 Регламенту Верховної Ради України від 10.02.2010 р. № 1861–VI [7]). З одного боку, вищевказане створює передумови для повного і всебічного попереднього розгляду законопроекту головним комітетом протягом необхідного йому строку. З іншого ж боку, враховуючи загальний тридцятиденний строк попереднього розгляду законопроекту головним комітетом, з метою недопущення необґрунтованого затягування законодавчого процесу належною постає законодавча конкретизація «додаткового часу» на який попередній розгляд може бути подовжений.

Як самостійний напрямок законопроектної діяльності парламентських комітетів згідно п.4 ч.1 ст.12, п.8, 9 ч.1 ст.16 Закону України від 04.04.1995 р. № 116/95-ВР [4] виокремлюється попередній розгляд та підготовка висновків і пропозицій щодо проектів «загальнодержавних програм економічного, науково-технічного, соціального, національно-культурного розвитку, охорони довкілля», а також ратифікації чи денонсації міжнародних договорів. У п.4 ч.1 ст.12 Закону України від 04.04.1995 р. допущено неточне формулювання змісту законопроектної функції комітетів, яка нібито полягає у «наданні» ними згоди на обов'язковість міжнародних договорів, хоча має визначатись як попередній розгляд та підготовка висновків щодо «надання» такої згоди. Крім цього, підготовка комітетами з вказаного приводу «висновків і пропозицій» (п.4 ч.1 ст.12 Закону України від 04.04.1995 р. [4]) не відповідає п.8, 9 ч.1 ст.16 даного Закону України, що передбачає підготовку ними тільки висновків, і Регламенту Верховної Ради України від 10.02.2010 р. № 1861–VI [7], за яким відповідні пропозиції комітетів мають викладатись в його висновках.

Так чи інакше, і затвердження загальнодержавних цільових програм, і ратифікація/денонсація міжнародних договорів здійснюється законами України, затвердження яких з деякими особливостями відбувається в рамках звичайного законодавчого процесу. Виходячи з цього, парламентські комітети здійснюють розгляд таких (втім як і інших) законопроектів й підготовку щодо них висновків в межах їх загальних законопроектних повноважень. До основних особливостей процедури прийняття законів про ратифікацію/денонсацію міжнародних договорів можна віднести їх попередній розгляд одразу у декількох комітетах – Комітеті у закордонних справах і профільному з питань міжнародного договору комітеті (комітетах).

Висновки

Розробка та попередній розгляд законопроектів у комітетах Верховної Ради України є важливим етапом законодавчого процесу, що забезпечує ретельну й фахову підготовку належно обґрунтованих і оформлених законопроектів та одночасно відхилення неякісних або поданих з порушеннями проектів парламентських актів. До особливостей такої законопроектної діяльності відноситься залучення до неї одразу декількох комітетів за провідної ролі головного комітету, всеохоплюючий і забезпечувальний характер повноважень комітетів, їх поширення на проекти законів й інших парламентських актів, прийняття комітетами рішень на основі об'єктивних (професійних) і суб'єктивних (політичних) факторів. Удосконалення законопроектної діяльності парламентських комітетів має передбачати усунення прогалин регулювання порядку розробки ними законопроектів і внесення їх на розгляд парламенту, інтенсифікацію функціонування робочих груп і взаємодії між комітетами, уточнення розподілу предметів їх відання, розширення практики повернення комітетами законопроектів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. David M. Olson, William E. Crowther (Eds.). Committees in post-communist democratic parliaments: comparative institutionalization. Columbus, OH: Ohio State University Press, 2002. 264 p.
2. Reuven Y. Hazan. Reforming parliamentary committees: Israel in comparative perspective. Ohio: Ohio State University Press, 2001. 183 p.

3. Michael Zander. The Law-Making Process. London: Hart Publishing, 2015. 510 p.
4. Про комітети Верховної Ради України : Закон України від 04.04.1995 № 116/95-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 19. Ст. 134.
5. Ольховський Б. І. Роль комітетів Верховної Ради України в розробці законопроектів. *Проблеми законності*. 2004. Вип. 66. С. 12–20.
6. Мудра О. Роль комітетів Верховної Ради України у законодавчому процесі. *Право України*. 2000. № 12. С. 29–32.
7. Про Регламент Верховної Ради України : Закон України від 10.02.2010 № 1861–VI. *Офіційний вісник України*. 2010. № 12. Ст. 565.
8. Заєць А. П. Правова держава в контексті новітнього українського досвіду. Київ: Парламентське вид-во, 1999. 248 с.
9. Погорєлова З. О. Законодавчий процес в Україні: проблеми теорії і практики: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.01. Харків, 2004. 19 с.
10. Про авторське право і суміжні права: закон України від 23.12.1993 № 3792–XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 13. Ст. 64.
11. Манжул К. В. Роль комітетів Верховної Ради України в законодавчій процедурі. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2004. № 10. С. 23–34.
12. Погорєлова З. О. Щодо організації і порядку діяльності комітетів Верховної Ради України. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2014. Спецвипуск. С. 55–59.
13. Баскакова Ю. В. Організація діяльності комітетів та депутатського корпусу Верховної Ради України в умовах розвитку парламентаризму. *Науковий часопис НПУ імені М. П. Драгоманова. Серія 22 : Політичні науки та методика викладання соціально-політичних дисциплін*. 2017. Вип. 21. С. 58–63.
14. Колісник Г. Проблеми законотворчої роботи комітетів Верховної Ради України. *Державне управління та місцеве самоврядування*. 2010. Вип. 3 (6). С. 58–63.
15. Шипіка А. В. Організаційно-правові аспекти діяльності комітетів Верховної Ради України. *Європейські перспективи*. 2016. Вип. 2. С. 21–28.
16. Про перелік, кількісний склад і предмети відання комітетів Верховної Ради України восьмого скликання: постанова Верховної Ради України від 04.12.2014 № 22–VIII. *Офіційний вісник України*. 2014. № 99. Ст. 2866.
17. Перерва Ю. М. Законодавчий процес в Україні: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.02. Київ, 2009. 19 с.
18. Про внесення змін до Регламенту Верховної Ради України щодо попереднього розгляду законопроектів, проектів інших актів у комітетах: закон України від 03.09.2013 № 429–VII. *Офіційний вісник України*. 2013. № 74. Ст. 2732.

REFERENCES

1. Olson, David M., & Crowther, William E. (Eds.). (2002). Committees in post-communist democratic parliaments: comparative institutionalization. Columbus, OH: Ohio State University Press (in Eng.).
2. Hazan, Reuven Y. (2001). Reforming parliamentary committees: Israel in comparative perspective. Ohio: Ohio State University Press (in Eng.).
3. Zander, Michael. (2015). The Law-Making Process. London: Hart Publishing (in Eng.).
4. Pro komitety Verkhovnoyi Rady Ukrayiny [On committees of the Verkhovna Rada of Ukraine]. Zakon Ukrayiny (04.04.1995 No 116/95-VR). *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny,* (19). 134 (in Ukr.).
5. Ol'khovs'kyy, B. I. (2004). Rol' komitetiv Verkhovnoyi Rady Ukrayiny v rozrobtsi zakonoproektiv [The Role of Committees of the Verkhovna Rada of Ukraine in Drafting Bills]. *Problemy zakonnosti,* (66). 12–20 (in Ukr.).
6. Mudra, O. (2000). Rol' komitetiv Verkhovnoyi Rady Ukrayiny u zakonodavchomu protsesi [The Role of Committees of the Verkhovna Rada of Ukraine in the Legislative Process]. *Pravo Ukrayiny,* (12). 29–32 (in Ukr.).
7. Pro Rehlament Verkhovnoyi Rady Ukrayiny [On the Rules of Procedure of the Verkhovna Rada of Ukraine]. Zakon Ukrayiny (10.02.2010 No 1861–6). *Ofitsiynyy visnyk Ukrayiny*, (12). 565 (in Ukr.).
8. Zayets', A. P. (1999). *Pravova derzhava v konteksti novitn'oho ukrayins'koho dosvidu* [The rule of law in the context of the latest Ukrainian experience]. Kyiv: Parlament·s'ke vyd-vo (in Ukr.).
9. Pohoryelova, Z. O. (2004). *Zakonodavchyy protses v Ukrayini: problemy teoriyi i praktyky* [Legislative process in Ukraine: problems of theory and practice]. Kandydats'ka dysertatsiya thesis (12.00.01). Kharkiv (in Ukr.).
10. Pro avtors'ke pravo i sumizhni prava [About copyright and related rights]. Zakon Ukrayiny (23.12.1993 No 3792–12). *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny,* 1994. (13). 64 (in Ukr.).

ISSN 1995-6134

11. Manzhul, K. V. (2004). Rol' komitetiv Verkhovnoyi Rady Ukrayiny v zakonodavchiy protseduri [The Role of Committees of the Verkhovna Rada of Ukraine in the Legislative Procedure]. *Byuleten' Ministerstva yustytsiyi Ukrayiny,* (10). 23–34 (in Ukr.).
12. Pohoryelova, Z. O. (2014). Shchodo orhanizatsiyi i poryadku diyal'nosti komitetiv Verkhovnoyi Rady Ukrayiny [Regarding the organization and functioning of the committees of the Verkhovna Rada of Ukraine]. *Naukovyy visnyk Uzhhorods'koho natsional'noho universytetu. Seriya Pravo,* (Spetsvypusk). 55–59 (in Ukr.).
13. Baskakova, YU. V. (2017). Orhanizatsiya diyal'nosti komitetiv ta deputats'koho korpusu Verkhovnoyi Rady Ukrayiny v umovakh rozvytku parlamentaryzmu [Organization of work of committees and deputy corps of the Verkhovna Rada of Ukraine in the conditions of development of parliamentarism]. *Naukovyy chasopys NPU imeni M. P. Drahomanova. Seriya 22: Politychni nauky ta metodyka vykladannya sotsial'no-politychnykh dystsyplin,* (21). 58–63 (in Ukr.).
14. Kolisnyk, H. (2010). Problemy zakonotvorchoyi roboty komitetiv Verkhovnoyi Rady Ukrayiny [Problems of legislative work of committees of the Verkhovna Rada of Ukraine]. *Derzhavne upravlinnya ta mistseve samovryaduvannya,* 3(6). 58–63 (in Ukr.).
15. Shypika, A. V. (2016). Orhanizatsiyno-pravovi aspekty diyal'nosti komitetiv Verkhovnoyi Rady Ukrayiny [Organizational and Legal Aspects of the Committees of the Verkhovna Rada of Ukraine]. *Yevropeys'ki perspektyvy,* (2). 21–28 (in Ukr.).
16. Pro perelik, kil'kisnyy sklad i predmety vidannya komitetiv Verkhovnoyi Rady Ukrayiny vos'moho sklykannya [On the list, quantitative composition and subjects of the committees of the Verkhovna Rada of Ukraine of the eighth convocation]. Postanova Verkhovnoyi Rady Ukrayiny (04.12.2014 No 22–8). *Ofitsiynyy visnyk Ukrayiny,* (99). 2866 (in Ukr.).
17. Pererva, YU. M. (2009). *Zakonodavchyy protses v Ukrayini* [Legislative process in Ukraine]. Kandydats'ka dysertatsiya thesis (12.00.02). Kyiv (in Ukr.).
18. Pro vnesennya zmin do Rehlamentu Verkhovnoyi Rady Ukrayiny shchodo poperedn'oho roz·hlyadu zakonoproektiv, proektiv inshykh aktiv u komitetakh [On Amendments to the Rules of Procedure of the Verkhovna Rada of Ukraine on Preliminary Consideration of Bills, Draft Acts of Other Acts in Committees]. zakon Ukrayiny (03.09.2013 No 429–7). *Ofitsiynyy visnyk Ukrayiny,* (74). 2732 (in Ukr.).

Надійшла 14.02.2018

РЕКОМЕНДОВАНЕ ЦИТУВАННЯ (RECOMMENDED CITATION), АНОТАЦІЇ (ABSTRACTS)

Зозуля О. І. Розробка та попередній розгляд законопроектів у комітетах Верховної Ради України. Форум права: електрон. наук. фахове вид. 2018. № 1. С. 57–65. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2018_1_10.pdf

DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1238940

Виконано аналіз конституційно-правових і процесуальних засад розробки та попереднього розгляду законопроектів у комітетах Верховної Ради України, визначено їх основні риси, сутність та значення, а також обґрунтовано пріоритетні напрямки удосконалення повноважень та діяльності парламентських комітетів у сфері законотворчості.

Ключові слова: *розробка; попередній розгляд; законопроект; пропозиції; висновки; комітети; Верховна Рада України; парламент*

***

Зозуля О.И. Разработка и предварительное рассмотрение законопроектов в комитетах Верховной Рады Украины

Выполнен анализ конституционно-правовых и процессуальных основ разработки и предварительного рассмотрения законопроектов в комитетах Верховной Рады Украины, определены их основные черты, сущность и значение, а также обоснованы приоритетные направления совершенствования полномочий и деятельности парламентских комитетов в сфере законотворчества.

Ключевые слова: *разработка; предварительное рассмотрение; законопроект; предложения; заключения; комитеты; Верховная Рада Украины; парламент*

***

Zozulia O.I. Drafting and Preliminary Consideration of Bills in the Committees of the Verkhovna Rada of Ukraine

The analysis of the constitutional-legal and procedural basis of drafting and preliminary consideration of bills in the committees of the Verkhovna Rada of Ukraine is made, also it was determined its main features, essence, and significance. Also, were considered the issues of assigning the committees of the Verkhovna Rada of Ukraine to the subjects of the right of legislative initiative, establishing guarantees of observance of intellectual property rights for the bill, the staff of working groups

on drafting bills, sending a bill to scientific expertise, grounds for the return of the bill, invitations of interested persons for the meeting of the main committee, etc. Drafting and preliminary consideration of bills in the committees of the Verkhovna Rada of Ukraine is an important stage in the legislative process, which ensures thorough and professional preparation of properly substantiated and executed bills and at the same time reject poor-quality or defective draft parliamentary acts. The peculiarities of such legislative activity include the simultaneous involvement of several committees of the Verkhovna Rada of Ukraine with the leading role of the main committee, the comprehensive and subsidiary nature of the powers of the parliamentary committees, its extension to draft laws and other parliamentary acts, decision-making by the committees of the Verkhovna Rada of Ukraine on the basis of objective (professional) and subjective (political) factors. Today the procedure and rules for drafting bills in committees and submitting it to parliament are still unregulated, and the mechanism of preliminary consideration of bills has certain gaps and shortcomings, which leads to a lack efficiency in its use. The improvement of the legislative work of the committees of the Verkhovna Rada of Ukraine should provide the elimination of gaps in the regulation of the order of drafting bills and its submission to the parliament, intensifying the functioning of working groups and interaction between committees of the Verkhovna Rada of Ukraine, clarifying the detailing distribution of its competence, expanding the practice of returning bills by the parliamentary committees.

Key words: *drafting; preliminary consideration; draft law; proposals; conclusions; committees; Verkhovna Rada of Ukraine; parliament*

ФП 2018-1
ISSN 1995-6134

УДК *341.645.5*
DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1238951

Т.В. КОМАРОВА,
доцент кафедри міжнародного права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук, доцент, м. Харків, Україна; e-mail: komarova.tetyana.ukr@gmail.com;
ORCID: http://orcid.org/0000-0002-7663-3264

ПРОБЛЕМА ЗАХИСТУ ПРАВ ПРИВАТНИХ ОСІБ У СУДІ СПРАВЕДЛИВОСТІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

T.V. KOMAROVA,
ass. professor, Chair of International Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ph.D. in Law, associate professor, Kharkiv, Ukraine; e-mail: komarova.tetyana.ukr@gmail.com;
ORCID: http://orcid.org/0000-0002-7663-3264

THE PROBLEM OF PRIVATE PERSONS PROTECTION IN THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

Постановка проблеми

В рамках Європейського Союзу було створено новий міжнародний правопорядок, на користь якого держави обмежили свої суверенні права в певних сферах. Але найголовніше, що суб'єктами його права стали не тільки держави-члени, але й приватні особи. Саме тому виник унікальний для міжнародного права феномен, коли безпосередньо приватні особи все частіше використовують не національне право, а норми, створені в рамках міжнародної організації. Це вирізняє ЄС з поміж інших міжнародних організацій. Ще в 1963 р. Суд Європейського Економічного Співтовариства, який є прообразом теперішнього Суду справедливості, у рішенні *Van Gend en Loos* зазначив: "Співтовариство являє собою новий міжнародний порядок, на користь якого держави обмежили свої суверенні права, хоча і в обмежених сферах, і суб'єктами якого не лише держави-члени, але й їхні громадяни" [1]. Це рішення стало основоположним для послідовної практики Суду справедливості ЄС (далі – Суду ЄС) і визначило вектор формування спеціальної моделі ефективного захисту прав приватних осіб у межах ЄС.

Проблематикою механізмів захисту прав приватних осіб у Суді ЄС займалися переважно західноєвропейські дослідники. Серед фундаментальних праць слід виділити роботу Альборс-Ллоренс А. (Albors-Llorens A.), а також інші роботи не менш авторитетних правників: Арнула Е. (Arnull A.), Ханфа Д. (Hanf D.), Рассмуссена Х. (Rasmussen H.), Вард А. (Ward A.). Вони зосереджували свою увагу переважно на можливостях приватних осіб оскаржувати акти ЄС. Однак, слід дослідити й інші механізми захисту законних інтересів приватних осіб у Суді ЄС, що її є метою статті.

Суд ЄС має доволі широку юрисдикцію, в рамках якої він виконує функції, покладені на нього установчими договорами ЄС [2]. Але більшість проваджень передбачають, що позивачами по них можуть бути лише інститути ЄС та держави-члени. Для приватних осіб можливості захисту своїх прав та інтересів є доволі обмеженими у порівнянні з позицією владних суб'єктів. Це не означає незахищеність приватних осіб. Оскільки право ЄС стало невід'ємною частиною національних правопорядків держав-членів, тож коли мова йде про порушення права ЄС державами-членами або іншими приватними особами, то захист прав та інтересів має відбуватися згідно із національними правовими засобами – в тому числі у національних судах. Це відбувається таким чином, що Суд ЄС тлумачить право, а національні судові органи застосовують його як таке, що стало органічною частиною правових систем держав-членів із моменту набуття членства держави в ЄС. Вводиться в дію це право саме національними судами як внутрішньодержавне право. За висловом колишнього Генерального адвоката Суду ЄС лорда Г. Сліна (G. Slynn): "національні суди – це плацдарм правової системи Співтовариства та гарант застосування права Співтовариства через діалог із Судом ЄС" [3, с.235].

© Комарова Т.В., 2018

ISSN 1995-6134

При цьому слід відмітити, що на державичлени покладений обов'язок захищати право ЄС так само, як і національне право. Значний вплив на формування цього стандарту здійснила практика Суду ЄС.

Стандарти захисту прав приватних осіб на національних рівнях

Практика Суду ЄС свідчить, що незважаючи на те, що національні суди наділені процесуальною автономією, але вона не є абсолютною. Так, у рішенні по справі *Comet* Суд справедливості зазначив, що національні процесуальні норми, що направлені на реалізацію прав, наданих індивідам правом ЄС, мають бути не менш сприятливими, ніж ті, що направлені на реалізацію прав, наданих національним правом. Також національні процесуальні норми не повинні застосовуватися, якщо вони роблять вищеназвані права практично неможливими для реалізації [4]. Ці два положення, виведені в рішенні, стали відомі як принцип еквівалентності та принцип ефективності. Тож Суд ЄС дає тлумачення права ЄС, а національні суди мають застосовувати його найбільш ефективним чином.

Прикладами можуть слугувати справа *Factortame*, рішенням по котрій Суд справедливості визнав неефективними існуючі у Великобританії норми щодо тимчасових заходів судового захисту [5], та рішення по справі *Emmott,* у котрому Суд справедливості визнав можливість подачі позову до національних судів після спливу строку, встановленого національними нормами для подачі позовів щодо встановлення розмірів державної допомоги по непрацездатності (що були встановлені правом ЄС) в разі, коли позивач не мав «практичної можливості» подати скаргу [6].

Доцільною також буде згадка про справи *Von Colson* [7] та *Harz* [8], які стосувалися статевої рівності в сфері зайнятості мав відповісти на питання щодо належної імплементації Німеччиною Директиви щодо рівності жінок і чоловіків. Німеччина імплементувала цю Директиву таким чином, що особи, постраждалі від статевої дискримінації в сфері найму, отримували відшкодування збитків за неї в такому розмірі, що її вистачало буквально на покриття витрат по поштовій пересилці документів для позову. Саме тому назвати таку компенсацію належною було неможливо. Зважаючи на цю ситуацію Суд справедливості зазначив, що приватні особи повинні мати крім європейських засобів судового захисту ще й ефективні національні. Для цього національні суди зобов'язані тлумачити та застосовувати національні норми, які імплементують європейські акти, у відповідності з вимогами права ЄС. Тому національні суди повинні були призначати компенсацію адекватного розміру, а також гарантувати такі засоби відшкодування, як прийом на роботу жертв дискримінації та накладання штрафів на винуватців. Рішеннями по цих справах Суд справедливості чітко встановив, що ефективність судового захисту в межах ЄС багато в чому залежить від національних судів. Крім того, національні суди мають тлумачити у відповідності із правом ЄС не тільки національні норми, які імплементують наднаціональні акти, але й національне законодавство, яке слід розглядати у контексті досягнення цілей ЄС. І хоча кожна держава-член встановлює свої власні правила виплати компенсації за порушення права ЄС, але під впливом практики Суду, національні норми зазнають впливу наднаціонального права. Таким чином, у розглянутому випадку відбувається доповнення європейськими нормами норм щодо компенсації державою шкоди, завданої приватним особам і взагалі національного права [9, с.708, 709].

Наведені справи стали фундаментальними ще й для визначення належності розміру відшкодування шкоди. Якщо звернутися до попередньої практики Суду справедливості щодо відшкодування шкоди в національних правових системах, то вона показує, що відшкодування вважалося належним відповідно до права ЄС до тих пір, доки національне право не робило дуже складним або практично неможливим отримання позивачем цього відшкодування. Суд ЄС встановив додатковий критерій – відшкодування шкоди має гарантувати реальний та ефективний судовий захист та має бути адекватним компенсації, яка вимагається.

Національні суди мають бути вкрай послідовними при застосуванні права ЄС, оскільки у 2003 р. Суд справедливості виніс рішення по справі *Köbler* [10], яке закріпило відповідальність держави за судову помилку при тлумаченні права ЄС. Суд чітко визначив, що відповідальність держави за помилку суду останньої інстанції настає у виняткових випадках, тобто коли суд *очевидно* порушив право, яке має бути застосовано, та наявний прямий причинний зв'язок між порушенням та настанням наслідків для сторін. Суд ЄС має врахувати, чи є помилка невибачальною, а також чи була помилка допущена навмисно [11]. Суд підкреслив, що без цього у приватних осіб немає іншої можливості

ISSN 1995-6134

захистити свої права, оскільки на національному рівні всі правові засоби захисту вичерпані.

Можливості захисту прав приватних осіб на наднаціональному рівні

Якщо ж порушення права ЄС йде від інститутів ЄС, то приватні особи мають звертатися суто до наднаціональних засобів захисту своїх прав та інтересів, оскільки національні суди не мають юрисдикцію розглядати такі позови. І тут існує декілька проваджень, доступних приватним особам, але з усіма ними вони мають звертатися до Загального суду – судової установи ЄС, яка має юрисдикцію по розгляду справ за позовами від приватних осіб.

Оскарження актів установ ЄС

По-перше, це прямий позов щодо скасування акту інституту ЄС згідно ч.4 ст.263 Договору про функціонування Європейського Союзу (ДФЄС). Це положення установчого Договору дає можливість розпочати судове провадження щодо перегляду законності законодавчих актів, актів Ради, Комісії та Європейського центрального банку, крім рекомендацій та висновків, а також актів Європейського Парламенту, органів, служб та агентств ЄС, що мають правові наслідки для третіх сторін. Такі провадження порушуються, залежно від випадку, протягом двох місяців від дати оприлюднення акту чи його повідомлення позивачеві або від дати, коли позивач дізнався про цей акт

Підставою для такого позову про скасування можуть бути: відсутність компетенції установи щодо прийняття оскаржуваного акту, порушення важливої процесуальної вимоги, порушення установчих договорів чи інших норм права ЄС або зловживання владою.

Цікавим є те, що ст.277 ДФЄС передбачила випадки, коли строк на оскарження акту був пропущений. Так, будь-яка сторона у провадженні, предметом якого є акт загального застосування, ухвалений інститутом, органом, агентством, може посилатися на підстави не легітимності такого акту для того, щоб вимагати від Суду ЄС визнати цей акт таким, що є неможливим для застосування.

Приватні особи можуть порушити це провадження лише з метою захисту лише своїх інтересів. Це означає, що оскаржувати приватні особи можуть лише акти, адресовані цій особі, або акти, що стосуються його безпосередньо та індивідуально. У зв'язку з цим приватні особи зазвичай називаються "непривілейованими" позивачами.

Не виникає непорозумінь у випадку, коли акт адресований конкретній особі або групі осіб. У всіх інших випадках приватні особи повинні доводити крім існування підстав для оскарження ще й існування двох умов: що оскаржуваний акт стосується їх *безпосередньо* та *індивідуально*. Ці умови характеризують так званий "кваліфікований зв'язок" акту з особою та існування у Загального суду юрисдикції *ratione personae*, тобто існування юрисдикції по відношенню до особи, яка ініціює справу. Практика показує, що Загальний суд дає рестриктивне тлумачення ст.263 ДФЕС щодо цієї групи позивачів, намагаючись якомога звузити їх коло.

Безпосередній вплив акту на приватну особу означає наявність причинного зв'язку між дією акту та його впливом на позивача. Ключове значення має існування проміжних ланок між дією акту та позивачем, якому цей акт не адресований. Цією ланкою може бути держава-член, якій цей акт адресований, а точніше її обов'язок його імплементувати. Якщо така ланка існує та акт миттєво не змінює положення приватної особи-позивача, то він не має безпосереднього впливу на останнього. Тобто, виключається безпосередній вплив акту ЄС у разі, якщо він надає відповідні дискреційні повноваження державам-членам [12]. За таких випадках оскаржувати можна імплементаційний акт і лише на національному рівні. Якщо ж акт автоматично вступає в дію та не залежить від волі та дій держави-члена, то його безпосередній вплив є наявним.

У справі СПІ, яка стосувалася Регламенту щодо злиття, Робочі ради компаній Perrier та Vittel оскаржували Рішення Комісії, яке визнавало законним злиття цих компаній. СПІ відхилив позов, оскільки вирішив, що Рішення Комісії не має безпосереднього впливу на Робочі ради, тому що злиттям їх компаній не була нанесена шкода безпосереднім правам рад, як представникам робітників [13, 14].

Щодо *індивідуального впливу,* то в рішенні по відомій справі *Plaumann* був встановлений критерій, за яким можна встановити індивідуальний вплив акту на особу, та таким чином її право на подачу позову. У цій справі приватна особа оскаржувала Рішення, адресоване державі-члену ЄС, і Суд постановив: "Особи інші, ніж ті, котрим адресоване рішення, можуть стверджувати, що воно стосується їх індивідуально тільки за умови, що це рішення зачіпає їх чи в силу певних притаманних їм особливостей, чи в силу обставин, через які вони відрізняються від усіх інших осіб, та дія цих фактів виокремлює їх

ISSN 1995-6134

індивідуально так само, як і у випадку з особами, яким воно адресоване" [15]. Цей же критерій можна застосовувати і для перевірки дії регламенту на особу, але з різницею, що в ньому не буде вказано жодної особи-адресата, оскільки регламент є актом загальної дії.

Тобто, за критерієм *Plaumann* для існування індивідуального впливу позивач має бути членом відповідної групи осіб, кількість членів якої постійна та визначена на момент прийняття оскаржуваного акту та протягом всього часу його дії.

У рішенні по справі *Greenpeace* СПІ також підкреслив, що позивач, якого оскаржуване рішення стосується "в загалі та абстрактним чином" (наприклад, які звертаються з приводу захисту навколишнього середовища), не може подавати скаргу, тому що рішення індивідуально не зачіпає його становище. Такі рішення стосуються позивача таким же чином, як і інших осіб, які проживають, працюють або відвідують місцевість, якої стосується акт [16].

Не завжди виникають складнощі з доказуванням існування права на оскарження акту у осіб, які не названі в ньому. Наприклад, у випадку оскарження рішення Комісії про надання державної допомоги адресатами акту є держави-члени, а відповідне коло приватних осіб є бенефіціаріями або реципієнтами цієї допомоги. Але як Суд ЄС, так і Комісія не піддають сумніву існування прямого та індивідуального впливу подібних рішень Комісії на таких приватних осіб та їх можливості оскарження [17, с.868]. У цьому випадку правове положення бенефіціаріїв або реципієнтів дорівнюється до правового положення держав-членів, які є адресатами акту.

Оскарження бездіяльності установ ЄС

Крім того, ч.3 ст.265 ДФЄС надає право приватним особам звертатися до Загального суду щодо бездіяльності інститутів ЄС. Метою цих позовів є примушення інститутів ЄС (окрім Рахункової палати) до виконання своїх обов'язків у галузях, що належать до їх компетенції, а саме до прийняття рішень, які мають бути прийняті на думку позивача відносно нього. Тобто, предмет позову обмежений з'ясуванням того, чи була бездіяльність інституту (наприклад, невинесення рішення) нелегітимною та констатацією бездіяльності як порушення.

Позов про бездіяльність може бути прийнятним, лише якщо задіяний інститут спочатку був закликаний діяти, тобто була проведена досудова попередня процедура. Якщо протягом двох місяців з моменту такого заклику задіяний інститут не визначив своєї позиції, позов може бути поданий до Загального суду протягом наступних двох місяців. Якщо ж рішення, якого вимагає позивач, було прийняте інститутом, коли позов вже був переданий до Загального суду, то провадження припиняється, оскільки зникають підстави такого позову [18].

Але кількість позовів за ч.3 ст.265 ДФЄС є мізерною у порівнянні з кількості позовів, що надходять відповідно до ч.4 ст.263 ДФЄС. Так, у 2016 р. до Загального суду надійшло 6 справ щодо бездіяльності інститутів ЄС та 298 справ щодо оскарження актів інститутів [19]. Тож, незважаючи на доволі обмежене положення приватних осіб у процедурі оскарження актів, неї користуються доволі часто.

Непрямий спосіб оскарження актів установ ЄС через преюдиціальну процедуру

Якщо ж приватній особі такі не вдасться довести свою здатність оскаржити акт інституту, вона може скористатися опосередкованим способом оскарження, а саме через преюдиціальну процедуру. Незважаючи на те, що преюдиціальна процедура відповідно до ст.267 ДФЄС надає можливість звернення щодо тлумачення та чинності норм права ЄС лише національними судами держав-членів, приватні особи можуть опосередковано захищати свої права в рамках цієї процедури, ініціюючи розгляд справ в національних судах, які в свою чергу можуть звертатися до Суду справедливості за роз'ясненнями.

Так, у справі *Berlin Butter*, в рамках якого було оскаржено Рішення Комісії, що стосується продажу масла в Берліні, і адресованого Німеччині, позивач не зміг довести індивідуальний вплив акту на себе і йому було відмовлено в розгляді справи Судом справедливості [20]. Після цього позивач оскаржив національний імплементаційний акт відповідного Рішення в німецькому суді. Німецький суд, у свою чергу, направив до Суду справедливості преюдиціальний запит щодо легітимність цього Рішення.

Можна навести ще безліч прикладів того, як преюдиціальна процедура дозволила приватним особам оскаржувати регламенти та рішення загальної дії, які вони не мали можливості оскаржити через процедуру ст.263 ДФЕС. Приблизно 85 % усіх справ, по яких подані преюдиціальні запити, стосуються суперечок індивідів з державними органами.

Висновки

Можна зробити висновок, що незважаючи на обмежені можливості приватних осіб у Загальному суді у процедурі оскарження актів інститутів ЄС, установчий договір та практика Суду ЄС

ISSN 1995-6134

створили гарантії ефективного судового захисту. Так, у приватних осіб існує також непрямим засіб преюдиціального оскарження через національні суди за ст.267 ДФЄС та шляхом вимоги від Суду незастосування нелегітимного акту відповідно до ст.277 ДФЄС. Таким чином Суд ЄС покладає основну частину обов'язку захисту прав індивідів на держави-члени та їх національні суди відповідно до принципу кооперації, закладеному ч.3 ст.4 Договору про ЄС. У контексті цього, на думку Суду, держави-члени зобов'язані сприяти повноцінному захисту прав приватних осіб шляхом встановлення в національних правових системах комплексу правових засобів і процедур, які гарантуватимуть право на їх ефективний судовий захист. Це означає, що національні суди мають тлумачити та застосовувати національне процесуальне право таким чином, щоб приватні особи мали можливість оскаржувати дії національних влад, які базуються на актах ЄС загального застосування. Національні суди мають дозволяти позивачам посилатися на нелегітимність акту ЄС при доказуванні незаконності дій влади або національних актів. Це свідчить про постійне поглиблення захисту прав приватних осіб Судом ЄС за рахунок різних механізмів – як наднаціональних, так і національних.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Case 26/62, Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastigen. European Court Reports. 1964. P. 1.
2. Комарова Т. В. Юрисдикція Суду Європейського Союзу: монографія. Харків: Право, 2010. 360 с.
3. Slynn G. What is a European Community Court Judge? Current Law Journal. 1993.P. 234–244.
4. Case 45/76, Comet v Produktschap voor Siergewassen. European Court Reports. 1976. P. 2043.
5. Case 213/89, The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame LTD and others. European Court Reports. 1990. P. I–2433.
6. Case 208/90, Theresa Emmott v Minister for Social Welfare and Attorney General. European Court Reports. 1991. P. I–4269.
7. Case 14/83, Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen. European Court Reports. 1984. P. 1891.
8. Case 79/83, Harz v. Deutsche Tradax. European Court Reports. 1984. P. 1921.
9. Reich N. Horizontal Liability in EC Law: Hybridization of Remedies for Compensation in Cases of Breaches of EC Rights. Common Market Law Review. 2007. Vol. 44. P. 705–742.
10. Case224/01, Gerhard Köbler v Republik Österreich. European Court Reports. 2003. P. I–10239.
11. Case 173/03, Traghetti del Mediterraneo SpA v Italy. European Court Reports. 2006. P. I–5177.
12. Case 222/83, Municipality of Differdange v Commission. European Court Reports. 1984. P. 2889.
13. Case T-96/92, Comité Central d'Entreprise de la Société Générale des Grandes Sources and others v Commission of the European Communities. European Court Reports. 1995. P. II–1213.
14. Case T-12/93, Comité Central d'Entreprise de la SA Vittel and Comité d'Etablissement de Pierval v Commission of the European Communities. European Court Reports. 1995. P. II–1247.
15. Case25/62, Plaumann v Commission. European Court Reports. 1963. P. 95
16. Case T-585/93, Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) v Commission. European Court Reports. 1995. P. II–2205.
17. Ross M. Challenging State Aids: The Effect of Recent Developments. Common Market Law Review. 1986. Vol. 23. P. 867–894.
18. Case 377/87, Parliament v Council. European Court Reports. 1988. P. 4017.
19. Annual Report 2016 on Judicial Activity. URL: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-03/ra_jur_2016_en_web.pdf.
20. Case 97/85, Union Deutsche Lebensmittelwerke v Commission. European Court Reports. 1987. P. 2265.

REFERENCES

1. Case 26/62, Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastigen. *European Court Reports.* 1964. P. 1 (in Eng.).
2. Komarova, T. V. (2010). *Yurysdyktsiya Sudu Yevropeys'koho Soyuzu: monohrafiya* [Jurisdiction of the Court of the European Union: monograph]. Kharkiv: Pravo (in Ukr.).
3. Slynn, G. (1993). What is a European Community Court Judge? *Current Law Journal.* 234–244 (in Eng.).
4. Case 45/76, Comet v Produktschap voor Siergewassen. *European Court Reports*. 1976. P. 2043 (in Eng.).
5. Case 213/89, The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame LTD and others. *European Court Reports*. 1990. P. I–2433 (in Eng.).

6. Case 208/90, Theresa Emmott v Minister for Social Welfare and Attorney General. *European Court Reports.* 1991. P. I–4269 (in Eng.).
7. Case 14/83, Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen. *European Court Reports.* 1984. P. 1891 (in Eng.).
8. Case 79/83, Harz v. Deutsche Tradax. *European Court Reports.* 1984. P. 1921 (in Eng.).
9. Reich, N. (2007). Horizontal Liability in EC Law: Hybridization of Remedies for Compensation in Cases of Breaches of EC Rights. *Common Market Law Review,* (44). 705–742 (in Eng.).
10. Case224/01, Gerhard Köbler v Republik Österreich. *European Court Reports.* 2003. P. I–10239 (in Eng.).
11. Case 173/03, Traghetti del Mediterraneo SpA v Italy. *European Court Reports.* 2006. P. I–5177 (in Eng.).
12. Case 222/83, Municipality of Differdange v Commission. *European Court Reports.* 1984. P. 2889 (in Eng.).
13. Case T-96/92, Comité Central d'Entreprise de la Société Générale des Grandes Sources and others v Commission of the European Communities. *European Court Reports.* 1995. P. II–1213 (in Eng.).
14. Case T-12/93, Comité Central d'Entreprise de la SA Vittel and Comité d'Etablissement de Pierval v Commission of the European Communities. *European Court Reports.* 1995. P. II–1247 (in Eng.).
15. Case25/62, Plaumann v Commission. *European Court Reports.* 1963. P. 95 (in Eng.).
16. Case T-585/93, Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) v Commission. *European Court Reports.* 1995. P. II–2205 (in Eng.).
17. Ross, M. (1986). Challenging State Aids: The Effect of Recent Developments. *Common Market Law Review,* (23). 867–894 (in Eng.).
18. Case 377/87, Parliament v Council. *European Court Reports.* 1988. P. 4017 (in Eng.).
19. Annual Report 2016 on Judicial Activity. Retrieved from: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-03/ra_jur_2016_en_web.pdf (in Eng.).
20. Case 97/85, Union Deutsche Lebensmittelwerke v Commission. *European Court Reports.* 1987. P. 2265 (in Eng.).

Надійшла 26.02.2018

РЕКОМЕНДОВАНЕ ЦИТУВАННЯ (RECOMMENDED CITATION), АНОТАЦІЇ (ABSTRACTS)

Комарова Т. В. Проблема захисту прав приватних осіб у Суді справедливості Європейського Союзу. Форум права: електрон. наук. фахове вид. 2018. № 1. С. 66–72. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2018_1_11.pdf

DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1238951

Аналізується практика Суду справедливості ЄС щодо захисту прав приватних осіб. Досліджуються процесуальні можливості приватних осіб у провадженнях по оскарженню актів ЄС, щодо бездіяльності інститутів ЄС та преюдиціальних провадженнях. Окремо розкривається питання щодо стандартів захисту права ЄС у судах держав-членів ЄС.

Ключові слова: *Європейський Союз; Суд справедливості ЄС; інститути ЄС; оскарження актів ЄС; інтеграційне право*

***

Комарова Т.В. Проблема защиты прав частных лиц в Суде справедливости Европейского Союза

Анализируется практика Суда справедливости ЕС о защите прав частных лиц. Исследуются процессуальные возможности частных лиц в производствах по обжалованию актов ЕС, по бездействию институтов ЕС и преюдициальных производствах. Отдельно раскрывается вопрос о стандартах защиты права ЕС в национальных судах государств-членов ЕС.

Ключевые слова*: Европейский Союз; Суд справедливости ЕС; институты ЕС; оспаривание актов ЕС; интеграционное право*

***

Komarova T.V. The Problem of Private Persons Protection in the Court of Justice of the European Union

Within the framework of the European Union, a new international legal order was created, in favor of which the state limited its sovereign rights in certain spheres. But most importantly that the subjects of this order are not only Member States but also private persons. The Court of Justice of the European Union (CJEU) created a specific model for the effective protection of the rights of individuals within the EU. Annulment of the EU acts by private parties is one of the most complex and controversial issues both in doctrine and in practice. They are non-privileged applicants because if they want to bring a proceeding for annulment of the act which is addressed to other persons, then they must prove not only the grounds for pro-

ceeding but the existence of two conditions: that the contested act affects him directly and individually. Practice shows that the CJEU give a restrictive interpretation of Art. 263 of the TFEU concerning this group of applicants. However, the CJEU underlined that the effective judicial protection is guaranteed not only by separate Art. 263 of the TFEU, but by the set of articles, a namely indirect way of the preliminary ruling procedure through the national courts (Art. 267 of the TFEU) and by invoking before the CJEU the inapplicability of illegal act (Art. 277 of the TFEU). It can be concluded that despite the limited possibilities of individuals in the CJEU in the procedure for challenging the acts of EU institutions, the founding treaty and practice of the CJEU have established guarantees of effective judicial protection. The CJEU develops the effectiveness of protection mechanisms under EU law not only at EU level but also at national levels. The Court underlines that national procedural rules aimed at the realization of the rights granted to individuals by the EU law must be no less favorable than those aimed to exercise the rights conferred by national law.

Key words: *European Union; Court of Justice of the European Union; EU institutions; annulment procedure; EU law*

ФП 2018-1
ISSN 1995-6134

УДК 352(44)
DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1238928

А.В. МАРИНІВ,
аспірант кафедри державного будівництва
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
м. Харків, Україна; e-mail: a.maryniv@gmail.com;
ORCID: http://orcid.org/0000-0002-0127-7234

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ ПРИНЦИПИ СТАТУСУ ТЕРИТОРІАЛЬНИХ КОЛЕКТИВІВ У ФРАНЦІЇ

A.V. MARYNIV,
postgraduate student of a Ph.D., Chair of State Building, Yaroslav Mudryi National Law University,
Kharkiv, Ukraine; e-mail: a.maryniv@gmail.com;
ORCID: http://orcid.org/0000-0002-0127-7234

CONSTITUTIONAL LEGAL PRINCIPLES OF THE STATUS OF TERRITORIAL COLLECTIVES IN FRANCE

Постановка проблеми

Історія V республіки у Франції – це історія децентралізації та розширення прав місцевого самоврядування. Особливо актуальним це питання стає для України, яка тільки починає цей шлях, оскільки жодних змін так і не було внесено до Конституції України з цього приводу, незважаючи на багато відповідних спроб, а також децентралізаторських змін в звичайному законодавстві. Саме тому французький досвід V республіки цікавий для України, оскільки саме французьку модель місцевого самоврядування намагаються взяти за взірець.

Для цього нам потрібно з'ясувати базову річ – на яких принципах ґрунтується статус територіальних колективів у Франції? Найбільш повний аналіз принципів статусу територіальних колективів з позицій адміністративного права здійснив Г. Бребан (Guy Braibant) [1], назвавши чотири основних принципи: законодавче забезпечення правового статусу територіальних колективів, принцип виборності керівних органів, принцип автономії і наявність системи контролю. Разом із тим, інші принципи, які також містяться в Конституції Франції ним або не названі, або розглядаються в межах згаданих принципів. Варто зазначити, що дослідник писав свою роботу у 80-х роках, що впливає на зміст дослідження. Так, наприклад, Ж. Доменак (Jacqueline Montain-Domenach) [2] розглядає принципи статусу територіальних колективів не системно, а розрізнено в контексті мети свого дослідження. М.В. Єгорова [3] спробувала проаналізувати принципи статусу територіальних колективів в конституційно-правовому аспекті, водночас це дослідження також не можна вважати повним. У зв'язку з цим виникла необхідність комплексного дослідження принципів територіальних колективів з позицій конституційно-правової науки і науки муніципального права. Саме тому метою статті є з'ясування конституційно-правових принципів статусу територіальних колективів у Франції. Її завданнями є: розкрити стан конституційного регулювання принципів статусу територіальних колективів у Франції; з'ясувати суть принципу загальної компетенції територіальних колективів у Франції; встановити співвідношення між поняттями "територіальний колектив", "місцевий колектив", "територіальна спільнота" у Франції.

Конституційні принципи вільного самоврядування територіальних колективів

Відповідно до ст.34 Конституції Франції, закон визначає основні принципи вільного самоврядування територіальних колективів (des collectivités territoriales), їх повноважень і ресурсів [4]. Розділ XII Конституції Франції присвячений повністю територіальним колективам. Іноді територіальні колективи називають при перекладі "адміністративно-територіальнми утвореннями" [5], "територіальнми спільнотами" [6, с.61]. Проте, на наш погляд, більш точно буде українською мовою вживати саме термін "територіальні колективи". Зазначимо також, що термін "місцеві спільноти" (collectivités locales) використовується в французьких джерелах як синонім "територіальних колективів" [7].

У ст.72 Конституції комуни, департаменти регіони, адміністративно-територіальні утворення

© Маринів А.В., 2018

ISSN 1995-6134

з особливим статусом і заморські адміністративно-територіальні утворення оголошуються "територіальними общинами (collectivites territoriales) Республіки". По суті територіальні (місцеві) колективи – це загальна назва всіх політико-територіальних одиниць у Франції. Необхідною ознакою територіального колективу є здійснення в встановлених законом межах публічної влади як через який обирається представницький орган, так і безпосередньо. Варто зазначити, що до кінця 60-х років XX ст. вживався термін "адміністративно територіальна одиниця". В даному випадку акцент робився на поділі країни з метою зручності адміністративного управління, і його структурні одиниці розглядалися насамперед як об'єкти управління. Термін же "політико-територіальна одиниця" робить акцент на більш високому рівні суспільно-політичної зрілості, більш високому рівні розвитку територіальних одиниць, якісно вищого рівня спільності інтересів і форм їх реалізації у населення, ніж та, яка існує при простому адміністративний поділ. Населення територіальних одиниць виступає не пасивним, а активним політичним фактором, що формує представницькі органи державної влади і беруть участь в їх практичній діяльності [3, с.131]. В результаті територіальна одиниця перестає бути адміністративно-територіальною і стає політико-територіальною, відповідно і територіальний поділ держави перетворюється з адміністративно-територіального в політико-територіальний. У той же час політико-територіальні одиниці не мають політичної самостійності, мова йде про їх самоврядування в рамках закону [3, с.132].

Характеризуючи територіальні колективи, варто згадати статтю 72 Конституції, яка встановлює, що "ці колективи вільно управляються обраними радами і на умовах, передбачених законом". Власне тут йдеться про три речі: виборність рад, вільне управління, законодавче визначення умов вільного управління. По суті це є три ключові принципи статусу територіальних колективів.

Принцип вільного управління

Мабуть є найважливішим та найдискусійнішим. Питання про "вільне управління" постійно обговорюється французькими юристами, і кількість різних точок зору вкрай велика. У більшості випадків (не без впливу європейського досвіду) інтерпретації зводяться до двох аспектів: загальна компетенція і самостійне прийняття рішень (тобто відсутність тиску і апріорного контролю). З цих позицій роль префекта до 1982 року подається досить спірною з точки зору її конституційності. У той же час підкреслять управлінський, адміністративний, а не політичний статус місцевих громад: мова йде саме про управління [6, с.61–62]. Справді, до 1982 р. самостійність органів місцевого самоврядування булу відносною, оскільки на рівні департаменту и регіонального публічно-правового інституту виконавчою владою був наділеній префект.

На думку Ж. Доменак, самостійність органів місцевого самоврядування виражається, зокрема, в існуванні місцевих органів особливої компетенції, чиї позиції посилюються завдяки застосуванню системи загальних виборів. Іншими елементами самостійності є наявність власних ресурсів, таких, як бюджет, власний персонал і власне майно [2, с.13].

Принцип самостійності (вільного управління), що закріплений у ст.72 Конституції має узгоджуватися з іншими принципами адміністративної організації території, а саме: неподільність Республіки (єдиної держави), національний суверенітет, правонаступництво державних органів і рівність. Примирити згадані принципи з принципом вільного управління виявилося нелегким завданням, невипадково Конституційній Раді знадобилося, починаючи з 1982 р., ухвалити багато рішень для уточнення змісту самостійної управлінської діяльності місцевих органів по відношенню до принципів державної влади. Принцип самостійності місцевих органів самоуправління дозволяє наділити децентралізовані органи влади конституційним статусом, що ширше, аніж статус децентралізованої структури, хоча це поняття доволі розпливчате [2, с.26].

Надана місцевим органам самостійність не є абсолютною, оскільки вона є вторинною по відношенню до дотримання національних інтересів і законності. Гарантом дотримання цих принципів є представник держави. Обмеження самостійності стало предметом багатьох рішень Конституційної ради. Так, у рішенні від 25.02.1982 року підкреслювалося, що делегат уряду повинен мати можливість здійснювати реальний контроль за діяльністю місцевих органів. З цієї причини Рада відкинула законопроект, де говорилося, що акти місцевих органів підлягають виконанню автоматично. Така поправка не дозволила би префекту здійснювати свій контроль. Слід за цим рішенням законодавець уточнив, що акти місцевих органів можуть бути виконані тільки після їх передачі делегату уряду, з тим щоб останній міг направити їх в адміністративний суд, якщо вважає їх протизаконними. Корисні

ISSN 1995-6134

уточнення з приводу обмеження повноважень представника держави були зроблені в рішенні Конституційної ради від 20.01.1993 р. у зв'язку з законом про боротьбу з корупцією. Рада визнала надмірними повноваження делегата уряду по оцінці дій, так само як і строки, протягом яких місцева влада не могла ухвалювати необхідні дії.

Принцип самостійного управління наочно проявляється також в характері прерогатив місцевих органів. У своєму рішенні від 20.01.1984 р. з приводу законопроекту про організацію публічної служби на місцях Рада нагадала про повноваження, пов'язані зі свободою дій місцевих органів в кадрових питаннях: створення і скорочення робочих місць, повноваження по призначенню, атестації, просуванню по службі, дисциплінарним стягненням, право на звільнення працівника у зв'язку з професійною непридатністю. Рада, зокрема, підкреслила, що "місцеві органи вільні, при дотриманні законності, у здійсненні прийому на роботу персоналу", як наслідок, вони вільні оточити себе кадрами, набраними н власний розсуд [2, с.29–30].

Аналізуючи інші принципи, то на думку Г. Бребана, в правовому статусі закріплені принципи, які є загальними для всіх територіальних колективів і які знайшли своє відображення в Конституції. Серед них вчений виділяє чотири основних: законодавче забезпечення правового статусу територіальних колективів, принцип виборності керівних органів, принцип автономії і наявність системи контролю. Як бачимо, принцип вільного управління Г. Бребан окремо не розглядає, проте згадує його при аналізі інших принципів та як ознаку територіальних колективів. Розглянемо інші принципи більш детально.

Законодавче забезпечення правового статусу

Означає, що в принципі статус територіального колективу визначається законом, а не постановами, які приймаються органами виконавчої влади. Це старе правило виходить з республіканської традиції – всі великі акти XIX століття про місцеві колективи мають ранг закону, за деякими винятками. Це правило отримало закріплення в Конституції 1958 року.

У тексті Конституції щодо територіальних колективів область, відведена закону, визначається двічі. Стаття 34 говорить, що закон визначає основні принципи вільного управління місцевих адміністративних одиниць, їх компетенції і їх доходів. Принцип законодавчої регламентації діяльності територіальних колективів підтверджує і ст.72, де говориться, що "будь-які інші територіальні колективи створюються законом". Далі в тій же ст.72 записано: "Ці колективи вільно управляються виборними радами в умовах, визначених законом".

Таким чином, область законодавчої регламентації не розширені, вона як і раніше обмежена, з одного боку, створенням нових колективів, а з іншого-визначенням основних принципів їх правового режиму [1, с.92].

Принцип виборності керівних органів

Виражається в управлінні територіальними колективами на місцях за посередництвом колегіальних і виборних органів.

Цей принцип є однією з форм вільного управління територіальними колективами. Можна вважати, що на місцевому рівні не існує реальної свободи без обрання керівних органів. Одного цього, однак, недостатньо, необхідно також, щоб ці органи мали відповідні повноваження [1, с.93].

Сам принцип викладений в ст.72 Конституції: "Колективи вільно управляються виборними радами". Вираз "виборні ради" включає як ідею їх обрання, так і ідею колегіальності. Цей принцип був реалізований в великих законах про колективи, а також у Виборчому кодексі, детально передбачає порядок проведення виборів. Положення кодексу поширюються одночасно на вибори в парламент і в керівні органи територіальних колективів.

Аж до 1982 року принцип виборності керівних органів все ж витлумачувався обмежувально на рівні виконавчої влади. Мер, будучи виконавчим органом комуни, обирався муніципальною радою, тобто, хоча він і обирався безпосередньо, він все ж був виборним обличчям. Зате виконавчий орган департаменту таким не був; був префект, який не тільки є державним чиновником, а й посадовою особою політичного рангу, зобов'язаним виявляти лояльність по відношенню до уряду.

Згідно з Конституцією, цей принцип застосовується щодо всіх рад незалежно від того, чи йде мова про раду комуни або раду департаменту. Як тільки створюється нова адміністративна одиниця, застосовується принцип виборності, передбачений Конституцією [1, с.94].

Принцип автономії

Тісно пов'язаний з попереднім. Поряд із виборністю він є іншим основним аспектом вільного управління адміністративними підрозділами на місцях. Це досить старий принцип, який виходить до певної міри як у Франції, так і в ряді інших країн, наприклад в Англії або Німеччині,

ISSN 1995-6134

до середньовіччя - епохи боротьби за звільнення комун від мит і за створення вільних міст. Цей принцип був закріплений у Франції революцією і найважливішими республіканськими законами кінця XIX століття. Але мова йде про обмежену автономію, і разом з принципом контролю це свобода під контролем [1, с.95].

Окремо слід виділити принцип фінансової автономії. В ході конституційної реформи 2003 року у Франції був проголошений принцип фінансової автономії територіальних колективів. Відповідно до частин першої та другої ст.72-2 Конституції Франції територіальні колективи користуються ресурсами, якими вони можуть вільно розпоряджатися в порядку, встановленому законом. Вони можуть отримувати доходи від оподаткування будь-якої природи. Закон може дозволити їм встановлювати підстави для податків і їх ставки в рамках, які він визначає. Частина третя ст.72-2 Конституції встановлює, що фіскальні надходження та інші власні ресурси територіальних колективів представляють для кожної категорії колективів визначальну частину загальної сукупності їх ресурсів. Таким чином, територіальні колективи самостійно встановлюють в рамках закону систему податків і зборів, формують надходження до місцевого бюджету, а також приймають місцевий бюджет [3, с.139]. Подальший розвиток і уточнення принцип фінансової автономії отримав в Органічному законі про фінансову самостійність територіальних колективів від 29.07.2004 р. [8].

Принцип нагляду

Управлінські підрозділи на місцях знаходяться під державною опікою, тобто вони підконтрольні державній владі. Розрізняють п'ять форм нагляду, і серед них виділяються три класичні правові форми: процедура затвердження деяких рішень, які не можуть виконуватися без санкції контролюючого органу; право скасування деяких рішень контролюючим органом; право заміни, що є ще більш радикальним заходом, оскільки вона забезпечує контролюючому органу можливість підмінити собою управлінський підрозділ, якщо він утримався від вчинення дії, які мав здійснити. Ці класичні форми нагляду були ослаблені в останній період, особливо в 1970 році по відношенню до комун. Але їм на зміну прийшли нові форми контролю фінансового і технічного характеру [1, с.97].

Принцип загальної компетенції

Є дуже важливим. Наприклад, на рівні комуни "муніципальна рада відає справами комуни, виносячи відповідні рішення". На рівні департаменту генеральна рада приймає рішення, крім усього іншого, "по усіх питаннях, що становлять інтерес для департаменту, які представлені на його розгляд".

В одному випадку мова йде про "справи комуни", в іншому – про "питання, що становлять інтерес для департаменту", але те й інше становить сферу місцевих інтересів. Закон від 02.03.1982 року в ст.23 містить, втім, все ту ж формулу: "Генеральна рада приймає до свого розгляду справи департаменту"; такий же обсяг повноважень зафіксований в ст.59 щодо регіону.

У більш детальному вигляді ці повноваження зафіксовані нормативно або в загальних законах про комуни, департаменти або регіони, або в спеціальних актах. Однак перелік повноважень не є обмежувальним; як тільки питання набуває місцевого характеру, воно, цілком природно (якщо актом не передбачено інше), відноситься до компетенції відповідних місцевих органів. Втім, суддя по адміністративних справах, як зазначає Г. Брэбан, вправі визначати, чи має дане питання місцевий або загальнонаціональний характер [1, с.90–91].

Принцип загальної компетенції знайшов свій вияв й у Європейській хартії місцевого самоврядування (п.2 ст.4): "*Головні повноваження і функції місцевого самоврядування визначаються конституцією або законом. Однак це положення не перешкоджає наділенню органів місцевого самоврядування повноваженнями і функціями для спеціальних цілей відповідно до закону. Органи місцевого самоврядування* ***в межах закону мають повне право вільно вирішувати будь-яке питання, яке не вилучене зі сфери їхньої компетенції і вирішення якого не доручено жодному іншому органу***". При цьому "в межах закону" означає не безпосереднє закріплення конкретного повноваження за органом в законодавстві, а діяльність суб'єктів місцевої влади із дотриманням загальних законодавчих приписів [9, с.337].

Водночас це дуже часто є проблемою. Рух до децентралізації у Франції зумовив ускладнення у прийнятті рішень на територіальному рівні, оскільки з'явилося більше відповідальних за цей процес інстанцій. Відсутність принаймні мінімального визначення того, яким має бути розподіл повноважень між різними органами місцевої влади (комунами, департаментами, регіонами, міжмуніципальними урядами), призводить до співіснування безлічі конкуруючих і нескоор-

ISSN 1995-6134

динованих ініціатив, які виникли в одному і тому самому регіоні, та нічим необмеженого використання співфінансування [10, с.109].

Діяльність будь-якого органу влади в рамках принципу загальної компетенції не може зачіпати сфери повноважень, законодавчо закріплені за іншим рівнем влади, будь то місцева громада або держава. Ряд компетенцій, що перш за все передані державою, є обов'язковими для виконання, і, отже, повинні обов'язково бути присутнім в бюджеті і відбиватися в структурі адміністративних служб місцевої громади. Нарешті, деякі компетенції можуть бути законодавчо визнані факультативними компетенціями місцевої влади. Законодавче визнання в даному випадку не носить дозвільного характеру, оскільки ці та інші компетенції теоретично вважаються дозволеними, не будучи забороненими. Однак юридичне оформлення будь-компетенції регламентує її, встановлюючи межі дозволеного. З іншого боку, при виконанні запропонованих нормативним актом умов місцевий колектив може розраховувати на організаційну, інформаційну та фінансову підтримку держави в даній галузі [6, с.19].

Як зазначають французькі дослідники, в системі державного устрою Франції існує величезна проблема розподілу функцій. Адже буд-який орган місцевого самоврядування – комуна, департамент або регіон – може виконувати будь-яку функцію, яку захоче. Якщо, наприклад, комуна наказує собі виконання тієї чи іншої функції, вона її виконає, у неї є на це право. М. Був'є пише: "У 1982–1983 роках XX століття ми хотіли побудувати "сад а ля франсез" з дуже важливими законами децентралізації, за які, власне, і голосував парламент. Ми хотіли створити блоки функцій і доручити, наприклад, урбанізацію – комунам, питання соціальної сфери – департаментам, а економічні питання – регіонам. Але ця схема не змогла як слід функціонувати, оскільки не був виключений принцип загальної функції, що є базовим юридичним принципом" [11].

Принцип субсидіарності

М.В. Єгорова серед принципів називає означений принцип, також включений до Конституції Франції з метою реалізації основних принципів Європейської хартії місцевого самоврядування [3, с.137]. З метою реалізації принципу субсидіарності в статті 72 Конституції Франції передбачено, що територіальні колективи покликані приймати рішення за сукупністю повноважень, які можуть бути найкращим чином здійснені на їх рівні. Ніякої територіальний колектив не може здійснювати опіку над іншим. Однак коли здійснення будь-якого повноваження вимагає участі декількох територіальних колективів, то закон може дозволити одному з них або одному з їх об'єднань організувати форми їх спільної діяльності. Тобто є законодавство, що визначає характер, обсяг і способи здійснення допомоги з боку інших колективів. У кожного територіального колективу є свої способи реалізації принципу субсидіарності [3, с.138].

Принцип визнання за територіальними колективами регламентарної влади

Вважаємо за доцільне виділити цей принцип, оскільки його зафіксовано у ч.3 і 4 ст.72 Конституції:

"Відповідно до умов, передбаченими законом, ці утворення вільно самоврядних виборними радами і мають регламентарну владу для виконання своїх повноважень.

Відповідно до умов, передбаченими органічним законом, і за винятком тих випадків, коли ставляться під загрозу основні умови здійснення тієї чи іншої суспільної свободи або того чи іншого гарантованого Конституцією права, адміністративно-територіальні утворення або їх об'єднання можуть, якщо – в залежності від конкретного випадку – це передбачено законом або регламентом, відступати в порядку експерименту по обмеженому предмета відання і на обмежений термін від законодавчих або підзаконних положень, що регулюють здійснення ними своїх функцій."

При цьому місцева влада є за своєю природою адміністративною, а не політичною, тобто її функції – законодавча або управлінська. Ця її риса виправдовує обмеження свобод місцевих органів, оскільки в єдиній державі відносини між людьми будуються на основі рівності. Ця концепція послужила об'єктом багатьох спорів стосовно існування юридичної природи у місцевої регламентарної влади. Якщо проаналізувати різні підходи до даного питання, як зазначає Ж. Доменак, можна підсумувати, що місцева регламентарна влада не є абсолютною, внаслідок цього, вона неавтономна і підлягає контролю з боку держави [2, с.27].

Принцип відсутності підпорядкованості одних територіальних колективів іншим, що не виключає їх співпраці

В якості важливого принципу також може бути виділений, оскільки його закріплено у ч.4 ст.72 Конституції і зазначалося у законодавстві

ISSN 1995-6134

80-х років, яке ми вже цитували. Так, Конституція Франції говорить таке:

"Жодне адміністративно-територіальне утворення не має права здійснювати опіку над іншим адміністративно-територіальним утворенням. Однак, якщо здійснення будь-якого повноваження вимагає спільної дії декількох адміністративно-територіальних утворень, законом може бути дозволено одному з них або одному з їх об'єднань організувати умови їх спільної діяльності".

Як зазначає М. Був'є, між різними органами місцевого самоврядування не існує жодної ієрархії, департаменти не вище комун за значимістю. Департамент не може віддавати накази комуні, а регіон – департаменту або комуні [11].

Висновки

Таким чином, до принципів конституційно-правового статусу територіальних колективів у Франції можна віднести такі: принцип вільного управління, законодавче забезпечення правового статусу, принцип виборності керівних органів, принцип автономії, принцип нагляду, принцип субсидіарності, принцип визнання за територіальними колективами регламентарної влади, відсутність підпорядкованості одних територіальних колективів іншим, що не виключає їх співпраці.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Брэбан Г. Французское административное право / пер. с фр. Д. И. Васильева и В. Д. Карповича. Москва : Прогресс, 1988. 487 с.
2. Доменак Ж. Территориальные коллективы Франции : учеб. пособие для вузов. Нижний Новгород : НГУ, 1999. 162 с.
3. Егорова М. В. Конституционно-правовой статус территориальных коллективов во Франции : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. Москва, 2012. 240 с.
4. Constitution du 4 octobre 1958. URL: https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006071194.
5. Полный текст Конституции 1958 года с изменениями, внесенными 23.07.2008 года. URL: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/constitution/constitution_russe_version_aout2009.pdf.
6. Болотина Е. В. Муниципальное управление : теория и практика французской государственности : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.02. Санкт-Петербург, 2006. 336 с.
7. Le portail de l'Etat au service des collectivites. URL: https://www.collectivites-locales.gouv.fr.
8. Loi organique 2004-758 du 29 juillet 2004 pris en application de l'article 72-2 de la Constitution relative a l'autonomie financière des collectivités territoriales. *Journal Officiel de la Republique Française.* № 175 du 30 juillet 2004
9. Місцеве самоврядування в Україні в умовах становлення правової держави / за ред. Ю. М. Тодики і В. А. Шумілкіна. Х. : ТОВ "Одіссей", 2004. 393 с.
10. Федоренко В. Л. Чернеженко О. М. Конституційні моделі місцевого самоврядування у державах-учасницях ЄС, Швейцарії та Україні. К. : Ліра, 2017. 288 с.
11. Бувье М. Финансовая независимость органов местного самоуправления Франции. URL: http://bujet.ru/article/108108.php.

REFERENCES

1. Breban, G. (1988). *Frantsuzskoye administrativnoye pravo* [French Administrative Law]. Moskva: Progress (in Russ.).
2. Domenak, ZH. (1999). *Territorial'nyye kollektivy Frantsii: ucheb. posobiye dlya vuzov* [Territorial collectives of France: Textbook. manual for high schools]. Nizhniy Novgorod: NGU (in Russ.).
3. Yegorova, M. V. (2012). *Konstitutsionno-pravovoy status territorial'nykh kollektivov vo Frantsii* [The constitutional and legal status of territorial collectives in France]. Kandydats'ka dysertatsiya thesis (12.00.02). Moskva (in Russ.).
4. Constitution du 4 octobre 1958. Retrieved from: https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006071194 (in French).
5. *Polnyy tekst Konstitutsii 1958 goda s izmeneniyami, vnesennymi 23.07.2008 goda* [The full text of the Constitution of 1958 as amended on 23.07.2008]. Retrieved from: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/constitution/constitution_russe_version_aout2009.pdf (in Russ.).
6. Bolotina, Ye. V. (2006). *Munitsipal'noye upravleniye : teoriya i praktika frantsuzskoy gosudarstvennosti* [Municipal management: theory and practice of French statehood]. Doktors'ka dysertatsiya thesis (12.00.02). Sankt-Peterburg (in Russ.).
7. Le portail de l'Etat au service des collectivites. Retrieved from: https://www.collectivites-locales.gouv.fr (in

French).
8. Loi organique 2004-758 du 29 juillet 2004 pris en application de l'article 72-2 de la Constitution relative a l'autonomie financière des collectivités territoriales. *Journal Officiel de la Republique Française.* № 175 du 30 juillet 2004 (in French).
9. Todyka, YU. M., & Shumilkin, V. A. (Eds.). (2004). *Mistseve samovryaduvannya v Ukrayini v umovakh stanovlennya pravovoyi derzhavy* [Local government in Ukraine in the context of the formation of a legal state]. Kharkiv: TOV "Odissey" (in Ukr.).
10. Fedorenko, V. L., & Chernezhenko, O. M. (2017). *Konstytutsiyni modeli mistsevoho samovryaduvannya u derzhavakh-uchasnytsyakh ES, Shveytsariyi ta Ukrayini* [Constitutional models of local self-government in the EU member states, Switzerland and Ukraine]. Kyiv: Lira (in Russ.).
11. Buv'ye, M. *Finansovaya nezavisimost' organov mestnogo samoupravleniya Frantsii* [Financial Independence of Local Governments of France]. Retrieved from: http://bujet.ru/article/108108.php (in Russ.).

Надійшла 20.02.2018

РЕКОМЕНДОВАНЕ ЦИТУВАННЯ (RECOMMENDED CITATION), АНОТАЦІЇ (ABSTRACTS)

Маринів А. В. Конституційно-правові принципи статусу територіальних колективів у Франції Форум права: електрон. наук. фахове вид. 2018. № 1. С. 73–80. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2018_1_12.pdf

DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1238928

Виконано аналіз поняття "територіальний колектив" у законодавстві Франції. З'ясовано конституційні принципи статусу територіальних колективів у Франції. До принципів конституційно-правового статусу територіальних колективів у Франції віднесені такі: принцип вільного управління, законодавче забезпечення правового статусу, принцип виборності керівних органів, принцип автономії, принцип нагляду, принцип субсидіарності, принцип визнання за територіальними колективами регламентарної влади, відсутність підпорядкованості одних територіальних колективів іншим, що не виключає їх співпраці.

Ключові слова: *територіальні колективи; Франція; комуни; департаменти; регіони; місцеве самоврядування*

***

Марынив А.В. Конституционно-правовые принципы статуса территориальных коллективов во Франции

Выполнен анализ понятия "территориальный коллектив" в законодательстве Франции. Выяснены конституционные принципы статуса территориальных коллективов во Франции. К принципам конституционно-правового статуса территориальных коллективов во Франции отнесены следующие: принцип свободного управления, законодательное обеспечение правового статуса, принцип выборности руководящих органов, принцип автономии, принцип надзора, принцип субсидиарности, принцип признания за территориальными коллективами регламентарной власти, отсутствие подчиненности одних территориальных коллективов другим, что не исключает их сотрудничества.

Ключевые слова: *территориальные коллективы; Франция; коммуны; департаменты; регионы; местное самоуправление*

***

Maryniv A.V. Constitutional Legal Principles of the Status of Territorial Collectives in France

The history of the V Republic in France is the history of decentralization and empowerment of local self-governance. This issue is especially relevant for Ukraine, which only begins this path, since no change has been made to the Constitution of Ukraine on this occasion, despite many relevant attempts, as well as decentralized changes in conventional legislation. That is why the French experience of the V Republic is interesting for Ukraine, as it is the French model of local self-government trying to take the pupil. To do this, first of all, you should find out what principles is based on the status of territorial collectives in France. The existing researchers, unfortunately, in the position of constitutional and municipal law, it is not enough to disclose the content of such principles and their usefulness for Ukraine to the task. The purpose of the article is to clarify the constitutional and legal principles of the status of territorial collectives in France. Its tasks are: to disclose the state of constitutional regulation of the principles of the status of territorial groups in France; To find out the principle of general competence of territorial collectives in France; Establish a relationship between the "territorial group", "local group", "territorial community" in France. The research method is historical (to follow the evolution of the principles of territorial groups in France), General scientific dialectical, formally-legal, comparative methods. The principles of the constitutional-legal status of territorial groups in France include the following: the principle of free management, legislative provision of the legal status,

the principle of electoral governing bodies, the principle of autonomy, principle of supervision, principle Subsidiarity, principle of recognition by territorial groups of governing authorities, lack of subordination of one territorial collectives to others, which does not exclude their cooperation. Ukraine as a sovereign democratic state, trying to settle where centralizing changes in legislation, should take into account the foreign experience in this regard. French principles of the status of territorial collectives laid the foundations of the modern European model of local self-government. The principle of general competence, subsidiarity, etc. as described above. These principles should be gradually implemented in the constitutional and municipal legislation of Ukraine..

Key words: *territorial communities; France; communes; departments; regions; local government*

ФП 2018-1
ISSN 1995-6134

УДК 347.1
DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1238992

Є.О. МІЧУРІН,
професор кафедри цивільно-правових дисциплін
Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна,
доктор юридичних наук, професор,
м. Харків, Україна; e-mail: uris2003@ukr.net;
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4283-4604

АБСОЛЮТНІ ТА ВІДНОСНІ ЦИВІЛЬНІ ПРАВА

I.O. MICHURIN,
Professor, Chair of Civil Law Disciplines, V.N. Karazin Kharkiv National University,
Doctor of Law, (Full) Professor, Kharkiv, Ukraine; e-mail: uris2003@ukr.net
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4283-4604

ABSOLUTE AND RELATIVE CIVIL RIGHTS

Постановка проблеми

Поділ на абсолютні та відносні цивільні права є важливим для розуміння природи того чи іншого з них. Чітке розмежування вказаних прав дозволить врахувати їхні особливості при законотворенні, застосувати той чи інший масив чинних норм права для врегулювання відповідних правовідносин, застосувати аналогію права у необхідних випадках.

Як правило, цивілісти обмежуються тим, що визначають речові права абсолютними, зобов'язальні – відносними. Утім, останнім часом майже не проводилося системних досліджень за методом від зворотного: які самі права у цивілістиці є відносними, які – абсолютними й чи вичерпується вищевказаним цей поділ. У той саме час для розуміння природи цивільних прав науковий пошук у цьому напрямку є актуальним.

Дослідження, присвячені вказаній проблематиці, є поодинокими. Серед них – фундаментальна праця В.К. Райхера «Абсолютні та відносні права», де предметом відповідного розгляду стали передусім господарські правовідносини [1]. В.А. Дозорцев визначив абсолютні права як родову категорію, де однім з напрямків є речове право, іншим – виключні права [2, с.288]. Ю.О. Кріцак розглянув авторське право на літературний твір як абсолютне, оскільки (як він пише) автору чи іншому правоволодільцю протистоїть невизначена кількість осіб, від яких автор вправі вимагати додержання свого авторського права [3, с.37]. Зарубіжні вчені також приділяли увагу цій проблематиці, зокрема, Ф. Скотт Кіф (F. Scott Kief) [4], Алан Гевірт (Alan Gewirth) [5], Майкл У. Мконнелл (Michael W. Mc Connell) [6], Річард Р. Б. Пауелл (Richard R. B. Powell) [7], Джозеф Л. Сакс (Joseph L. Sax) [8], Л. Грін (L. Green) [9]. Ці праці зробили внесок у теорію абсолютних та відносних цивільних прав, утім проблема не була вичерпана. Адже частина з цих праць була написана ще за радянським законодавством, інші стосувалися лише окремих з абсолютних чи відносних цивільних прав та не охоплювали їх у цілому.

Тому метою статті є уточнення поділу цивільних прав на абсолютні та відносні. Завданнями – з'ясування природи цивільних прав з точки зору їхнього поділу на абсолютні та відносні; поглиблення наукових уявлень про абсолютні та відносні цивільні права.

Поділ цивільних прав

Найбільш застосовним у цивілістичній літературі зараз є поділ цивільних прав на речові та зобов'язальні, що пов'язано з їхньою докладною регламентацією, відповідно, у Книгах третьої та п'ятої ЦК України. Також вказаний нормативний акт здійснює правове регулювання особистих немайнових цивільних прав, прав інтелектуальної власності, спадкових прав тощо. Поряд із цим зберігається та продовжується застосовуватися поділ цивільних прав на абсолютні (до них належать серед інших речові права) та відносні права (серед яких – зобов'язальні права). Недостатнє дослідження абсолютних та відносних цивільних прав іноді веде до їх неточного розуміння. Так, О.О. Манько пише, що в межах речових прав можуть існувати як абсолютні, так і відносні правовідносини. Виникнення відносних правовідносин при реалізації речового права зовсім не свідчить про те, що це право слід

© Мічурін Є.О., 2018

ISSN 1995-6134

відносити до зобов'язального, воно не втрачає своїх речових властивостей: безпосереднього отримання корисних властивостей від речі шляхом активних дій [10, с.74]. Тут не врахована природна відмінність абсолютних та відносних цивільних прав. Абсолютні цивільні права стосуються невизначеного кола осіб крім правоволодільця (наприклад, будь-яка особа не має посягати на права власника, що здійснюються ним належним чином). На підтвердження наведемо позицію Г.Г. Харченко, який вказуючи на класифікацію прав: абсолютні та відносні, пише, що тут, відповідно поширюється обов'язок на необмежене чи обмежене коло осіб [11, с.145]. Такий підхід для розмежування абсолютних та відносних цивільних прав є вірним та він розповсюджений у вітчизняній правовій науці.

Природа абсолютних цивільних прав

Слід підкреслити, що «абсолютність» права не пов'язана з повнотою панування особи над річчю, як це іноді визначається у окремих джерелах. Наприклад: «Абсолютність права власності є швидше ідеальною межею прагнення, до якого тяжіють інтереси власника, але якого вони в соціальних умовах, мабуть, досягти не в змозі» [12, с.161]. Тут безпідставно змішується так звана «соціальна функція власності» та категорія «абсолютне право», що не є коректним. Обмеженим є право власності чи ні, воно залишається абсолютним. Всі речові права є абсолютними за своєю правовою природою. Це підтверджується у працях професора О.В. Дзери, який пише, що при вирішенні питання про можливість визнання того чи іншого права речовим необхідно враховувати сформовані цивілістичною наукою критерії речового права, зокрема: воно є абсолютним правом, яке обмежується законом або договором [13, с.200]. Так, сервітут є обмеженим речовим правом, утім це є абсолютне право. Все через те, що право з сервітуту чи інше право на чужу річ можна протиставити невизначеному колу осіб і від будь-кого вимагати його дотримання й користуватися абсолютним захистом цього права.

Підтвердженням цього є ст.396 ЦК України, яка встановлює, що особа, яка має речове право на чуже майно, має право на захист цього права, у тому числі і від власника майна, відповідно до положень глави 29 цього Кодексу. Глава 29 ЦК України має назву «Захист права власності». Отже, особа, яка має речове право на чуже майно, має право на захист цього права як власник, зокрема, вправі витребувати майно щодо якого встановлений сервітут, емфітевзис, суперфіцій з чужого незаконного володіння. Оскільки Україна належить до романо-німецької правової сім'ї, слід вказати, що у Німеччині, як і у Франції, речові права є різновидом абсолютних і водночас майнових прав. За ними визнається право переваги (droit de preference) перед зобов'язальними правами, право слідування (droit de suite) за об'єктом (речами), вони підлягають абсолютному захисту і можуть бути захищені спеціальними речовими позовами [11, с.243].

Особливості відносних цивільних прав

На відміну від абсолютних, відносні цивільні права стосуються чітко визначених осіб (наприклад, боржника – кредитора у зобов'язанні). Так, М.М. Сібільов пише: договірне зобов'язання як різновид відносного правовідношення встановлює правовий зв'язок лише між його сторонами [14, с.418]. У сучасній теорії права правовідносини, в яких реалізація суб'єктивних прав однієї особи можлива лише через виконання обов'язків іншою особою, називаються відносними [15, с.56]. Отже, коло суб'єктів відносного цивільного права чітко визначено. Інші особи, ніж ті, які визначені, не є суб'єктами цих прав.

Поділ на абсолютні та відносні цивільні права є, умовно кажучи, таким, що більш охоплює різні цивільні права й дозволяє застосувати до них методологічний принцип поділу «дихотомія». Якщо брати речові та зобов'язальні цивільні права, крім них є права на результати творчої діяльності й інші регламентовані поряд з ними цивільним законодавством, що вже обмежує застосування дихотомії як методу для класифікації цивільних прав. Особисті немайнові права на результати інтелектуальної творчої діяльності людини є абсолютними, утім не є речовими. Адже правовий режим нематеріальних об'єктів, якими є результати творчої діяльності, часові і просторові рамки, правові засоби захисту не збігаються з тими, що застосовуються у речовому праві. Абсолютними ж особисті немайнові права на результати творчої діяльності є тому, що їм властиве право слідування та їх можна протиставити необмеженому колу осіб (ці властивості збігаються із речовим правом, яке також є абсолютним). Отже, поділ цивільних прав на абсолютні та відносні зберігає своє значення у цивілістиці, є важливим та незамінним. Так, категорія «речового права» підкреслює передусім панування особи над річчю. Абсолютність права стосується перш за все невизначеного кола осіб, яким можна протиставити це право. Так, В.П. Камишанський написав, що між

ISSN 1995-6134

виключним правом на продукт творчої праці і правом власності на матеріальну річ є спільні риси – це абсолютний характер суб'єктивного права, неприпустимість його порушення невизначеним колом осіб [16, с.262]. Навпаки, відносність того чи іншого цивільного права означає визначене коло зобов'язаних осіб (класичний приклад – сторін зобов'язання).

Правова регламентація абсолютних та відносних цивільних прав

Абсолютні та відносні цивільні права не достатньо чітко визначені у законодавстві. Так, у Книзі третьої ЦК Україні регламентовані речові права. Речові права з доктринальних позицій слід віднести до абсолютних. У Книзі п'ятої ЦК України відбувається регулювання зобов'язальних прав. Вони є відносними. Виникає запитання, які ще права, крім речових та зобов'язальних належать до абсолютних та відносних і чи можна усі цивільні права так чи інакше звести до абсолютних або відносних? Адже класичним є підхід, що стан знаходження речі у власника (статика відносин власності) регламентується речовим правом, яке з точки зору родового поділу є абсолютним правом. Коли здійснюючи своє право на річ особа передає її іншій особі, наприклад, у прокат, правовідносини сторін договору регламентуються зобов'язальними правом. Останнє є відносним, оскільки чітко визначеним є коло осіб, що вступають у ці правовідносини (наймодавець та наймач).

Права на результати творчої діяльності можуть бути абсолютні (перш за все, особисті немайнові права творця) та відносні (на одержання авторської винагороди від ліцензіата та інші). У науці висловлені позиції, що підтверджують вказане. В літературі вірно вказано, що авторські правовідносини необхідно розглядати як абсолютні правовідносини, коли вповноваженій особі (автору) протистоїть невизначене коло зобов'язаних осіб. Одночасно авторські правовідносини можуть розглядатися як відносні, зокрема при укладанні одного з видів авторських договорів [17, с.15].

Спадкові права переважно є відносними, оскільки стосуються чітко визначеного кола осіб: опосередковують перехід прав та обов'язків (спадщини) від фізичної особи, яка померла (спадкодавця) до інших осіб (спадкоємців) – ст.1216 ЦК України. Утім з прийняттям спадщини у спадкоємця, що прийняв спадщину виникає абсолютне право власності на майно, що до нього перейшло від спадкодавця. Також у спадкоємця можуть виникати відносні права, наприклад, вимагати повернення позики від позичальника, що не встиг за життя сягнути спадкодавець як позикодавець. Утім подальше регулювання здійснення цих абсолютних та відносних прав (власності, зобов'язальних) регулюється вже не Книгою шостою «Спадкове право» ЦК України, а іншими, зокрема, Книгою третьою та п'ятою ЦК України.

Цікавим є підхід Г.Г. Харченко, який пише, що саме абсолютне право стосовно кожної конкретної ситуації може розглядатися і як відносне, при цьому за такого перетворення воно не втрачатиме притаманних йому ознак, адже воно є сумою таких відносних прав. Він наводить приклад про особливості взаємовідносин між співвласниками майна. Внутрішні зв'язки між співвласниками виникають не на базі їх зобов'язальних прав, а з їх речового права власності, яке, будучи різновидом речових прав, може виявлятися і в речових, і в зобов'язальних правовідносинах [11, с.60–61]. Співвласники згідно із ч.1 ст.358 ЦК України діють за спільною згодою. Ця згода є своєрідним договором, отже тут виникають відносні відносини, які є відповідними зобов'язаннями, що встановлюють визначені права та обов'язки щодо володіння та користування спільною власністю.

Частина 4 ст.358 ЦК України підтверджує, що щодо користування та володіння спільним майном укладається договір. Лише один факт знаходження відповідного правового регулювання у Книзі третій не суперечить тому, що вказані правовідносини є зобов'язальними, відносними. Речові та зобов'язальні права можуть знаходитися у будь-яких розділах законодавства, не перетворюючи при цьому одне на інше. Так, норми договірного права можуть знаходитися у Книзі третьої, яка здебільшого (але не лише) регулює речові права. Прикладом є стаття 402 ЦК України, яка хоч і знаходяться у Книзі третій ЦК України «Право власності та інші речові права», утім регулює договірні відносні правовідносини, зокрема, загальні положення про договір з встановлення сервітуту. Інший приклад. Якщо взяти відносні відносини щодо власності, коли окрема особа створює загрозу майну іншої особи, ці окремі випадки вже регулюються зобов'язальним правом, зокрема, наведений – Главою 81 ЦК України. Отже, неможна казати про те, що Книга третя регулює лише абсолютні речові права. Тут є й норми договірного права, зокрема, про договір з встановлення сервітуту. Утім слід вказати, що у законодавстві відносні права з приводу речей регулюються переважно Книгою п'ятою ЦК України.

ISSN 1995-6134

Значення поділу цивільних прав на абсолютні та відносні

Поділ цивільних прав на абсолютні та відносні має велике прикладне значення. Так, ст.942 ЦК України встановлює, що зберігач зобов'язаний вживати усіх заходів, встановлених договором, законом, іншими актами цивільного законодавства, для забезпечення схоронності речі. Це є відносне цивільне право – обов'язок зберігача перед поклажедавцем. Утім виникає запитання, яке саме право має та зможе протиставити саме зберігач третім особам, які мають утриматися від посягання на майно поклажедавця? Треті особи мають утриматися від заволодіння річчю, що знаходиться на зберіганні хоч вона і перебуває у зберігача. Це є абсолютне право зберігача вимагати від будь-кого утриматися від посягання на річ, яка знаходиться на зберіганні. Вказане не суперечить законодавству, оскільки воно не вміщує, на відміну від речових прав, виключного переліку абсолютних прав. У зв'язку з цим слід також замислитися над ч.2 ст.942 ЦК України: якщо зберігання здійснюється безоплатно, зберігач зобов'язаний піклуватися про річ, *як про свою власну*. Це є аргумент на користь абсолютного права, оскільки зберігач оберігає річ від посягань на неї будь-кого (ознака абсолютного права). Отже, коло абсолютних прав на сьогодні є невизначеним чітко. Адже поділ цивільних прав на абсолютні та відносні більше залишається у доктрині, ніж сприйнятий у законодавстві.

Таким чином, абсолютні права не вичерпуються речовими. До них належать немайнові права інтелектуальної власності, що були вже розглянуті вище. Також право на ім'я фізичної особи є абсолютним. До таких належать й інші особисті немайнові цивільні права фізичної особи. Хоч вони й не мають економічного змісту на користь віднесення їх до абсолютних вказує те, що фізична особа не може бути позбавлена цих прав чи відмовитися від них та володіє ними довічно (ч.ч.3–4 ст.269 ЦК України). У літературі вже висловлювалася точка зору, що особисті немайнові права фізичної особи є абсолютними. Зокрема, йшлося, що право на немайнові блага є абсолютним (неречовим) правом [15, с.5]. Утім не всі особисті немайнові права є абсолютними. У сімейному праві батьківські права є відносними правами (за винятком права власності батьків на майно) [18, с.65]. Адже тут особисті немайнові права виникають в батьків щодо визначеної особи – їхньої дитини.

Фізична особа має право на захист свого особистого немайнового права від протиправних посягань інших осіб. Причому будь-яких інших осіб – природна ознака абсолютного права. Захист конкретного суб'єктивного особистого немайнового права від визначеної особи є відносним суб'єктивним правом фізичної особи. Відносні цивільні права, таким чином, не вичерпуються зобов'язальними. Захист цивільних прав є відносними правовідносинами, адже є чітко визначені особа, що порушила цивільне право, є також чітко визначена особа, право якої порушене. Цивільна відповідальність породжує відносні правовідносини, адже вона персоніфікована щодо певної особи. Утім сказати, що цивільна відповідальність – лише обов'язок для особи, яка порушила право неможна. Адже О.С. Іоффе відзначав, що встановлення негативних наслідків для правопорушника не є результатом того простого факту, що правопорушник має відшкодувати збитки, спричинені його діями. Такі негативні наслідки також спричиняють на учасників відносин певне виховне значення [19, с.15].

Висновки

Права на результати творчої діяльності можуть бути абсолютні (перш за все, особисті немайнові права творця) та відносні (на одержання авторської винагороди від ліцензіата та інші). Коло абсолютних прав на сьогодні є невизначеним чітко. Адже поділ цивільних прав на абсолютні та відносні більше залишається у доктрині, ніж застосовується у цивільному законодавстві. Необхідно підкреслити, що абсолютні права не вичерпуються речовими. До них належать немайнові права інтелектуальної власності, право на ім'я фізичної особи тощо. Утім не всі особисті немайнові права є абсолютними. У сімейному праві батьківські права є відносними правами. Відносні цивільні права, у свою чергу, не вичерпуються зобов'язальними. Так, захист цивільних прав є відносними правовідносинами.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Райхер В. К. Абсолютные и относительные права. (К проблеме деления хозяйственных прав). *Вестник гражданского права*. 2007. № 2. С. 144–203.
2. Дозорцев В. А. Появление «исключительных прав» как особой категории. *Проблемы современного гражданского права.* М. : Городец, 2000. С. 287–320.

3. Кріцак Ю. О. Здійснення суб'єктивного авторського права на літературний твір та його обмеження : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03. К., 2013. 206 с.
4. F. Scott Kieff, Property Rights and Property Rules for Commercializing Inventions, 85 Minn. L. Rev. 697 (2001).
5. Alan Gewirth, Are There Any Absolute Rights? *The Philosophical Quarterly* . 1981. No.122 (Jan.). PP. 1-16.
6. Michael W. McConnell. Contract Rights and Property Rights: A Case Study in the Relationship between Individual Liberties and Constitutional Structure, 76 Cal. L. Rev. 267 (1988). DOI: 10.15779/Z38H44C.
7. Richard R. B. Powell, The Relationship between Property Rights and Civil Rights, 15 Hastings L.J. 135 (1963).
8. Joseph L. Sax, Private Property and Public Rights, 81 Yale L.J. 149 (1971).
9. Green L, Law and Obligations (2002). Articles & Book Chapters. 119. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0013.
10. Манько Е. А. Признаки ограниченных вещных прав. *Вестник Воронежского государственного ун-та. Серия «Право».* 2008. № 2. С. 70–79.
11. Харченко Г. Г. Речові права у законодавстві, доктрині та судовій практиці України : дис. … докт. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2018. 506 с.
12. Омельченко О. А. Римское право. М. : Эксмо, 2005. 224 с.
13. Дзера О. В. Вибране. Збірник наукових праць. Київська школа цивілістики. К. : Юрінком Інтер, 2016. 872 с.
14. Сібільов М. М. Договірне зобов'язання та його виконання. *Вісник НАПрН України.* 2003. № 2–3. С. 414–424.
15. Батлер У. Э., Гаши-Батлер М. Е. Корпорации и ценные бумаги по праву России и США. М. : Зерцало,1997. 128 с.
16. Камышанский В. П. Гражданское право : учебник. М. : Эксмо, 2010. Ч. 1. 704 с.
17. Клейменова С. М. Авторські правовідносини як форма реалізації правовмочностей суб'єктів авторського права : автореф. дис… канд. юрид. наук : 12.00.03. К., 2004. 25 с.
18. Красицька Л. В. Проблеми здійснення та захисту особистих та майнових прав батьків і дітей: дис. … докт. юрид. наук : 12.00.03. Вінниця, 2015. 496 с.
19. Иоффе О. С. Ответственность по советскому гражданскому праву. Л. : Изд-во ЛГУ, 1955. 312 с.

REFERENCES

1. Raykher, V. K. (2007). Absolyutnyye i otnositel'nyye prava. (K probleme deleniya khozyaystvennykh prav) [Absolute and relative rights. (To the problem of dividing economic rights)]. *Vestnik grazhdanskogo prava,* (2). 144–203 (in Russ.).
2. Dozortsev, V. A. (2000). Poyavleniye "isklyuchitel'nykh prav" kak osoboy kategorii [The emergence of "exclusive rights" as a special category]. *Problemy sovremennogo grazhdanskogo prava.* Moskva: Gorodets, (s. 287–320) (in Russ.).
3. Kritsak, YU. O. (2013). *Zdiysnennya sub'yektyvnoho avtors'koho prava na literaturnyy tvir ta yoho obmezhennya* [Subjective copyright for a literary work and its limitations]. Kandydats'ka dysertatsiya (12.00.03). Kyiv (in Ukr.).
4. Kieff, F. Scott. (2001). Property Rights and Property Rules for Commercializing Inventions, 85 Minn. L. Rev. 697 (in Eng.).
5. Gewirth, Alan. (1981). Are There Any Absolute Rights? *The Philosophical Quarterly,* (122). 1–16 (in Eng.).
6. McConnell, Michael W. (1988). Contract Rights and Property Rights: A Case Study in the Relationship between Individual Liberties and Constitutional Structure, 76 Cal. L. Rev. 267. DOI: 10.15779/Z38H44C (in Eng.).
7. Powell, Richard R. B. (1963). The Relationship between Property Rights and Civil Rights, 15 Hastings L.J. 135 (in Eng.).
8. Sax, Joseph L. (1971). Private Property and Public Rights, 81 Yale L.J. 149 (in Eng.).
9. Green, L. (2002). Law and Obligations Articles & Book Chapters. 119. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0013 (in Eng.).
10. Man'ko, Ye. A. (2008). Priznaki ogranichennykh veshchnykh prav [Signs of limited proprietary rights]. *Vestnik Voronezhskogo gosudarstvennogo un-ta. Seriya "Pravo",* (2). 70–79 (in Russ.).
11. Kharchenko, H. H. (2018). *Rechovi prava u zakonodavstvi, doktryni ta sudoviy praktytsi Ukrayiny* [Real rights in the legislation, doctrine and judicial practice of Ukraine]. Doktors'ka dysertatsiya (12.00.03). Kyiv (in Ukr.).
12. Omel'chenko, O. A. (2005). *Rimskoye pravo* [Roman law]. Moskva: Eksmo (in Russ.).

ISSN 1995-6134

13. Dzera, O. V. (2016). Vybrane [Favorites]. *Zbirnyk naukovykh prats'. Kyyivs'ka shkola tsyvilistyky*. Kyiv: Yurinkom Inter (in Ukr.).
14. Sibil'ov, M. M. (2003). Dohovirne zobov'yazannya ta yoho vykonannya [Contractual obligation and its performance]. *Visnyk NAPrN Ukrayiny,* (2–3). 414–424 (in Ukr.).
15. Batler, U. E., & Gashi-Batler, M. Ye. (1997). *Korporatsii i tsennyye bumagi po pravu Rossii i SSHA* [Corporations and securities under the law of Russia and the USA]. Moskva: Zertsalo (in Russ.).
16. Kamyshanskiy, V. P. (2010). *Grazhdanskoye pravo: uchebnik* [Civil law: a textbook]. Moskva: Eksmo, CH.1 (in Russ.).
17. Kleymenova, S. M. (2004). *Avtors'ki pravovidnosyny yak forma realizatsiyi pravovmochnostey sub'yektiv avtors'koho prava* [Copyright relationship as a form of implementation of the rights of subjects of copyright]. Kandydats'ka dysertatsiya thesis (12.00.03). Kyiv (in Ukr.).
18. Krasyts'ka, L. V. (2015). *Problemy zdiysnennya ta zakhystu osobystykh ta maynovykh prav bat'kiv i ditey* [Problems of the implementation and protection of personal and property rights of parents and children]. Doktors'ka dysertatsiya (12.00.03). Vinnytsya (in Ukr.).
19. Ioffe, O. S. (1955). *Otvetstvennost' po sovetskomu grazhdanskomu pravu* [Responsibility for Soviet civil law]. Leningrad: Izd-vo LGU (in Russ.).

Надійшла 23.02.2018

РЕКОМЕНДОВАНЕ ЦИТУВАННЯ (RECOMMENDED CITATION), АНОТАЦІЇ (ABSTRACTS)

Мічурін Є. О. Абсолютні та відносні цивільні права. Форум права: електрон. наук. фахове вид. 2018. № 1. С. 81–87. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2018_1_13.pdf

DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1238992

Здійснений аналіз та досліджена правова природа абсолютних та відносних цивільних прав. Розкрите методологічне значення поділу цивільних прав на абсолютні та відносні. Залежно від поділу на абсолютні та відносні розглянуті особливості речових, зобов'язальних, спадкових прав, прав на результати творчої діяльності, сімейних прав, права на захист. Таким чином коло абсолютних прав не є чітко визначеним. Розподіл цивільних прав на абсолютні і відносні залишається передусім у доктрині, ніж застосовується в цивільному законодавстві.

Ключові слова: *абсолютні права; відносні права; речові права; зобов'язальні права; зобов'язання; право власності; права на чужі речі; цивільні права; авторське право; права на результати творчої діяльності; особисті немайнові права*

***

Мичурин Е.А. Абсолютные и относительные гражданские права

Осуществлен анализ и исследована правовая природа абсолютных и относительных гражданских прав. Раскрыто методологическое значение деления гражданских прав на абсолютные и относительные. В зависимости от деления на абсолютные и относительные рассмотрены особенности вещных, обязательственных, наследственных прав, прав на результаты творческой деятельности, семейных прав, права на защиту. Таким образом круг абсолютных прав не является определенным четко. Деление гражданских прав на абсолютные и относительные остается преимущественно в доктрине, чем применяется в гражданском законодательстве.

Ключевые слова: *абсолютные права; относительные права; вещные права; обязательственные права; обязательства; право собственности; права на чужие вещи; гражданские права; авторское право; права на результаты творческой деятельности; личные неимущественные права*

***

Michurin I.O. Absolute and Relative Civil Rights

Here was made analysis and studied the law and the legal nature of absolute and relative civil rights. Here was revealed the methodological significance of the division of civil rights into absolute and relative ones. The attention is drawn to the classification of civil rights. Depending on the division into absolute and relative ones here are considered the features of real, binding, inheritance rights, rights to the results of the creative activity, family rights, the right to protection. The nature of absolute civil rights is revealed. The features of relative civil rights are studied. Here is paid attention to the problem of legal regulation of absolute and relative civil rights in the legislation of Ukraine. The work reveals the practical significance of the division of civil rights into absolute and relative ones. The real and binding rights can be found in any section of the law, while not changing one another. Thus, the rules of contract law may be found in the Third Book, which, in most cases (but not only), governs the real rights. An example is the Article 402 of the Civil Code of Ukraine, though it is in the Third Book of the Civil Code of Ukraine "Ownership and other real rights", however, it regulates contractual relative legal relations, in particular, the general provisions on the contract for the establishment of servitude. It is stated that now the division of civil

rights into absolute and relative ones is more in the doctrine than in civil law. It is revealed that the range of absolute rights is not clearly defined. The rights to the results of creative activity may be absolute (first of all, personal non-property rights of the creator) and relative (for obtaining the author award from the licensee, etc.). The range of absolute rights to date is unclear. Absolute rights are not limited to the real ones. These include non-property intellectual rights, the right to an individual name, etc. Not all personal non-property rights are absolute. In family law, parental rights are relative rights. Relative civil rights are not limited to obligatory ones. For example, the protection of individual civil rights is a relative right.

***Key words**: absolute rights; relative rights; real rights; binding rights; obligations; property rights; rights to special property; civil rights; copyright; rights to the results of creative activity; personal non-property rights*

ФП 2018-1
ISSN 1995-6134

УДК 340:16
DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1239007

А.В. ТЯГЛО,
профессор кафедри социально-гуманитарных дисциплин
Харьковского национального университета внутренних дел,
доктор философских наук, профессор,
г. Харьков, Украина; e-mail: olexti@yahoo.com;
ORCID: http//orcid.org/0000-0003-0721-1153

О СТАНДАРТАХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА

A.V. TIAGLO,
Professor, Chair of Social Sciences and Humanities,
Kharkiv National University of Internal Affairs, Doctor of Philosophy, (Full) Professor,
Kharkiv, Ukraine; e-mail: olexti@yahoo.com;
ORCID: http//orcid.org/0000-0003-0721-1153

ABOUT STANDARDS OF PROOF

Постановка проблемы

Предлагаемая работа лежит в общем русле обоснования того, что *особенная юридическая логика* – как одна из ряда материальных логик – существует наряду с *общей*, или *формальной, логикой*. Иначе говоря, в общем случае юридическая логика не сводима к приложению формальной логики в юридических рассуждениях. Данная позиция уже была представлена в ряде предыдущих публикаций [1–3]. Сейчас же я намерен провести сравнительный анализ *стандартов доказательства*, имеющих место в общей логике и в юриспруденции, а, следовательно, и в юридической логике. Моя исходная гипотеза состоит в том, что стандарты доказательства в общей логике и в юридической логике не совпадают. В ее конкретизации и верификации наряду с мировой классикой и отечественными наработками учтены результаты зарубежных авторов, которые представляют, прежде всего, англо-американскую правовую систему, а именно Г.К. Блэка (H.C. Black), А.Т. Деннинга (A.T. Denning), Дж.К. Уитмена (J.K. Whitman), К.М. Клермонта (K.M. Clermont) и Э. Шервин (E. Sherwin).

В качестве одного из принятых в юриспруденции будет рассмотрен стандарт "вне разумного сомнения". Актуальность обращения к этому стандарту для отечественных исследователей и практиков обусловлена тем, что в законодательстве Украины он появился недавно – в Уголовном процессуальном кодексе 2012 года.

Общелогический стандарт доказательства

Согласно Аристотелю, "умозаключение есть речь, в которой если нечто предположено, то через положенное из него с необходимостью вытекает нечто отличное от положенного. Доказательство имеется тогда, когда умозаключение строится из истинных и первых [положений] или из таких, знание о которых берет свое начало от тех или иных первых и истинных [положений]. Диалектическое же умозаключение – это то, которое строится из правдоподобных [положений]" [4, с.349].

Опираясь на приведенное и ряд подобных разъяснений (ср., напр., [5, с.119–120; 6, с.259]), можно понять, что общелогический стандарт доказательства, согласно Стагириту, соединяет 1) *необходимую связь* исходных положений, или доводов, с вытекающим из них заключением и 2) *истинность* доводов, в конечном счете – первоначальных положений. Выполнение каждого из этих двух требований необходимо, а их конъюнкции достаточно для признания доказательства корректным, а его заключения истинным. Данный стандарт достижим, по Аристотелю, через "научный силлогизм" и "наведение", то есть полную индукцию (ср. также [7]).

Изыскания ученых двух последующих тысячелетий не поколебали аристотелевский стандарт доказательства. Об этом свидетельствуют, среди прочего, соображения Готфрида Вильгельма Лейбница, развитые в самом конце XVII века. Непосредственно они стимулированы критикой правила Рене Декарта, согласно которому все, представляемое нами вполне ясно и отчетливо – истинно [8, с.167, 183; 9, с.105].

По мнению Лейбница, "куда лучше правила Аристотеля и геометров, требующие не принимать ничего, не подтвержденного законным

© Тягло А.В., 2018

ISSN 1995-6134

доказательством, за исключением принципов (то есть исходных истин или гипотез)". И далее немецкий ученый разъяснил, что "законным я называю доказательство, не страдающее пороками ни формы, ни материи. Порок материи состоит в том, что за исходное принимается нечто помимо принципов или же доказанного законным путем из принципов. Под законной формой я понимаю не только обычную форму силлогизма, но и любую другую, предварительно доказанную, которая приводит к заключению силою своего построения, что дают также формы арифметических и алгебраических действий, формы бухгалтерских счетов и даже в известной мере формы юридического процесса: ведь иногда нам достаточно для действия определенной степени правдоподобия. Впрочем, – тут же добавил Лейбниц, – пожалуй, остается еще изложить весьма полезную в жизни часть логики об оценке степеней вероятности, о чем мною было уже немало сказано…" [8, с.183].

Как видно, по сути аристотелевский стандарт доказательства Лейбниц под сомнение не ставил. Вместе с тем, он расширил область определения операции доказательства за счет математики, бухгалтерского дела и юриспруденции. Поэтому возникают вопросы, прежде всего – остается ли общелогический стандарт в указанных расширениях, в частности – в юриспруденции, необходимым? достаточным?

Юридический стандарт моральной достоверности

Признание Лейбницем аристотелевского стандарта доказательства в математике не вызывает сомнений хотя бы потому, что в приведенном выше фрагменте он прямо говорит о "правилах Аристотеля и геометров". Более того, немецкий ученый неоднократно оценивал "стиль геометров" как образец точности и доказательности. Что же касается распространения операции доказательства на юридический процесс, то тут ситуация не столь проста, поскольку это область правдоподобных доводов и умозаключений, названных Стагиритом диалектическими. Действительно, столкновение несовместимых позиций, наличие более или менее вероятных доводов "за" и "против", например виновности человека в том или ином правонарушении, естественно для соревновательного по своей природе юридического процесса, очень часто протекающего в условиях дефицита времени, фактических данных и т.д. Но допустимо ли распространение операции доказательства на область правдоподобного?

"Даже когда речь идет только о вероятностях, можно всегда определить то, что является наиболее правдоподобным ex datis. Верно, что эта часть практической логики пока еще нигде не изложена, однако она могла бы оказаться чрезвычайно полезной во всех тех случаях, когда идет речь о презумпциях, признаках и догадках, для установления степени правдоподобия, если при некотором важном обсуждении имеется определенное количество доводов "за" и "против". Таким образом, если нет достаточных условий для доказательства полной правоты и суть дела представляется только вероятной, можно всегда представить хотя бы доказательство самой этой вероятности", – разъяснил Лейбниц [10, с.472] (см. также [11, с.420–421]).

Следовательно, хотя на основе правдоподобных доводов доказать истинность заключения не представляется возможным, существует возможность построить доказательство на основе "истинных и первых" данных об их вероятностях. Иначе говоря, имея приемлемые данные о вероятностях истинности множества правдоподобных доводов "за" и "против" конкурирующих заключений, можно доказательным образом установить их вероятности с тем, чтобы далее *обоснованно выбрать и объявить* одно из них как правильное. А выполнение доказательства "полной правоты" оказывается пусть и весьма желательным, но далеко не всегда достижимым частным случаем доказательного учета вероятностей ex datis.

Проведенные рассуждения, вскрывая необходимость общелогического стандарта доказательства в юриспруденции, вместе с тем обнаруживают его недостаточность. Этот стандарт необходим в доказательном нахождении вероятностей конкурирующих заключений, однако он не устанавливает оснований выбора и признания одного из них как правильного (если, конечно, ситуация не сводится к тому частному случаю, когда вероятность одного из заключений точно равна единице, а всех других – нулю и выбор безальтернативен). Здесь нужен, очевидно, *дополнительный стандарт*.

"Но существуют степени вероятности, а коечто достигает такой степени вероятности, что противоположное не идет с ним ни в какое мыслимое сравнение; такие предложения называются морально достоверными, остальные же

ISSN 1995-6134

обозначаются общим именем вероятных" [11, с.421]. Из этого и подобных замечаний Лейбница можно понять, что в условиях реального юридического процесса доказательство *"полной правоты"* некоего заключения заменимо доказательством очень высокой степени вероятности его истинности, что соответствует *"моральной достоверности"*. Таким образом, моральная достоверность – указанный Лейбницем стандарт доказательства, определенный в области юриспруденции и дополняющий здесь общелогический.

Примерно три четверти века спустя Чезаре Беккариа в сочинении "О преступлениях и наказаниях", до сих пор сохраняющем фундаментальное значение для мирового права, также разъяснил стандарт моральной достоверности.

"Имеется общая теорема, – указал славный Миланец, – весьма полезная для исчисления… силы улик какого-нибудь преступления… Если доказательства не зависят одно от другого, т.е. если улики доказываются не взаимно, не одна с помощью другой, а иным путем, то чем больше приводится доказательств, тем больше вероятность события, потому что недействительность одного доказательства не влияет на другое. Я говорю о вероятности, имея в виду преступления, которые могут подлежать наказанию лишь при условии их достоверности. Но это не покажется странным для того, кто примет во внимание, что моральная достоверность является, строго говоря, не чем иным, как вероятностью. Эта вероятность называется достоверностью, потому что каждый благоразумный человек неизбежно признает ее таковой в силу навыков, сложившихся под влиянием необходимости действовать, навыков, предшествующих всякому отвлеченному рассуждению. Для признания человека виновным требуется, следовательно, такая достоверность, которой руководствуется каждый в важнейших делах своей жизни", – утверждал Беккариа [12, с.105–106].

Приведенный фрагмент важен, по меньшей мере, в трех отношениях. Во-первых, в нем подтверждена значимость моральной достоверности как известного праву стандарта выбора одного из конкурирующих заключений, *особенного юридического стандарта доказательства*. Во-вторых, отмечена вероятностная природа моральной достоверности. В-третьих, в нем приведены простейшие соображения относительно исчисления вероятностей, касающиеся, среди прочего, установления моральной достоверности/недостоверности.

В своем знаменитом сочинении Беккариа утверждал также следующее: "По поводу каждого преступления судья должен построить правильное умозаключение. Большая посылка – общий закон, малая – деяние, противное или согласное с законом; заключение – свобода или наказание. Если судья по принуждению или по своей воле сделает вместо одного хотя бы только два умозаключения, то ни в чем нельзя быть уверенным" [12, с.92].

Здесь можно усмотреть силлогизм, определяющий заключение судьи, приговор согласно общелогическому стандарту доказательства. Однако в случае, если малая посылка, то есть признание вины подсудимого, является не безусловно истинной, а установленной на основании стандарта моральной достоверности, то силлогизм оказывается не "научным", а "диалектическим", его заключение, судебный приговор – всего лишь (весьма) правдоподобным.

Следовательно, в общем случае аристотелевский стандарт доказательства в области юриспруденции нужно признать необходимым, но не достаточным. Без него не обойтись, например, при доказательном нахождении вероятностей конкурирующих заключений относительно виновности лица, однако обоснованный выбор одного из них и окончательное решение дополнительно требуют особенного юридического стандарта: в терминах Лейбница и Беккариа это стандарт моральной достоверности.

О стандарте доказательства «вне разумного сомнения».

Никто не обязан доказывать свою невиновность в совершении уголовного правонарушения и должен быть оправдан, если сторона обвинения не докажет виновность лица вне разумного сомнения: таким образом доказательство "вне разумного сомнения" узаконено в ч. 2 ст. 17 Уголовного процессуального кодекса Украины, вступившего в силу в 2012 году. Однако разъяснений этой операции, как и важных для ее правильного понимания и осуществления терминов "разумное сомнение", "стандарт доказательства "вне разумного сомнения" и т. п. здесь нет. Кроме того, в четвертой главе этого Кодекса "Доказательства и доказывание" ("Докази і доказування") говорится не о доказательстве, а о *доказывании*, термины же "доказательство" и "доказательства" ("доказ", "докази") используются подобно английскому "evidence", но не "proof". Уже это свидетельствует, что введение доказательства "вне разумного сомнения"

ISSN 1995-6134

в украинское законодательство требует дальнего разъяснения и согласования.

Одним из оснований надлежащего процесса в рамках англо-американской правовой системы доказательство виновности "вне разумного сомнения" ("beyond a reasonable doubt") было признано уже давно[1]. В юридическом словаре Г.К. Блэка, первое издание которого увидело свет в США в 1891 году, в этой связи приведен ряд различных разъяснений.

Согласно одному из них, "доказательство" ("proof") означает логически достаточное основание для согласия с истинностью выдвинутого высказывания. Юридически же этот термин имеет более широкое значение и схватывает все, что по юридическим правилам может быть приведено в суде с целью убедить судью или жюри благодаря своей внутренней доказательной силе (probative force), а не только дедукцию из исходных доказательных фактов. А термин "доказательства" ("evidence") схватывает лишь то, что может быть законным образом выдвинуто в суде сторонами с помощью конкретных фактов – свидетельских показаний, документов и т.д. В другом из приведенных разъяснений доказательство понимается как выведенное из доказательств заключение. Согласно третьему, доказательство – это завершенность доказательств (perfection of evidence): без доказательств нет доказательства, однако могут быть доказательства, не составляющие доказательства [15, с.1380].

Даже не входя в детальный анализ приведенных и иных этого же рода разъяснений, характерных для англо-американской правовой системы, можно еще раз удостовериться в том, что общелогическое доказательство и юридическое доказательство существенно различаются – хотя бы потому, что последнее регулируется не только логически, но и юридически. Далее, термин "доказательство" ("proof") схватывает как исходную материю, доказательства, и процесс формирования доказательства, доказывание, так и его результат, в том числе убедительное для судьи и жюри заключение. И если материя и процесс доказательства подчиняются соответствующим общелогическим и юридическим правилам, то его результат должен соответствовать общелогическому и особенному юридическому стандартам.

В словаре Блэка термина "стандарт доказательства" отсутствует. Однако здесь есть термин "убедительное доказательство" ("conclusive proof"). Он представляется эквивалентным выражениям "к моральной достоверности" ("to a moral certainty") или "вне разумного сомнения", что означает более высокую степень доказательства (degree of proof), чем "перевес в доказательствах" ("preponderance in evidence"). Кроме того, доказательство вне разумного сомнения понимается как устраняющее любые разумные гипотезы за исключением той, на поддержание которой направлено; оно полностью консистентно с виновностью подсудимого и не согласуется с любым другим разумным заключением [15, с.1381]. Таким образом фактически признана тождественность выражений "установление моральной достоверности" и "доказательство вне разумных сомнений": это два имени операции, обеспечивающей убедительное, или окончательное, доказательство и поэтому приемлемой здесь в качестве стандарта. И, что также немаловажно, назван еще один – более слабый – стандарт "перевес в доказательствах"[2].

В 1947 году Альфред Томпсон Деннинг, названный Маргарет Тэтчер едва ли не самым выдающимся английским судьей XX века, предложил углубленное разъяснение природы доказательства вне разумного сомнения.

Такое доказательство не должно достигать абсолютной достоверности (certainty), однако должно иметь некий высокий уровень вероятности (a high degree of probability). Доказательство вне разумного сомнения не означает доказательства без тени сомнения. Однако закон потерпел бы неудачу в защите общества, если

[1] В одном из решений Верховного Суда США 1970 года констатировано, в частности, следующее: запрос на то, чтобы вина в случае уголовного обвинения устанавливалась доказательством вне разумного сомнения, восходит к самым первым годам существования нас как Нации. Хотя требование наивысшей степени убежденности в уголовных делах время от времени повторялось с древних времен, его кристаллизация в формуле «вне разумных сомнений» произошла только в 1798 году. В настоящее время оно принято в юрисдикциях общего права как та мера убеждения, согласно которой сторона обвинения должна убедить жюри и судью во всех существенных элементах вины [13]. Более глубокие корни доказательства вне разумных сомнениях обстоятельно исследовал, напр., Дж. К. Уитмен [14].

[2] В рамках англо-американской правовой системы известны и другие стандарты доказательства, в частности «ясные и убедительные доказательства» («clear and convincing evidence»). А в романо-германской правовой системе признается стандарт «внутренней убежденности» («inner conviction»). Компаративные исследования этих стандартов выполнены, например, К.М. Клермонтом и Э. Шервин [16], С.Л. Будылиным [17].

ISSN 1995-6134

бы в определении способа отправления правосудия следовало бы учитывать призрачные вероятности (fanciful probabilities). Когда доводы против лица настолько сильны, что оставляют только отдаленную возможность решения в его пользу, поддающуюся отклонению утверждением "это, конечно, возможно, но крайне маловероятно", имеем доказательство вне разумного сомнения, однако ничто меньшее не является достаточным [18, с.502].

Разъяснение лорда Деннинга, во-первых, выявляет вероятностную природу доказательства вне разумных сомнений. Во-вторых, оно предупреждает против опасности "призрачных вероятностей", то есть слабейших умозрительных возможностей, учет которых способен существенно затормозить отправление правосудия или исказить его результаты. Иначе говоря, наличие некой "тени сомнения", не способной сколь-нибудь существенно повлиять на решение, не составляет основания для отказа от (обвинительного) решения. В-третьих, британский юрист ясно заявил: если "тень сомнения" относительно сформулированного обвинения переходит некую границу вероятности и таким образом попадает в область разумного сомнения, этого достаточно для признания обвинения недоказанным и, соответственно, оправдания обвиняемого[3]. Тут также трудно не увидеть, по меньшей мере, соответствия со стандартом моральной достоверности: стандарт доказательства виновности "вне разумного сомнения" удовлетворяется, когда достигается моральная достоверность обвинительного заключения, а соответствующая "тень сомнения" остается в области морально недостоверного.

Выводы

Итак, общелогический стандарт доказательства в юриспруденции следует признать необходимым, но не достаточным. Он необходим, в частности, при доказательном нахождении вероятностей конкурирующих заключений, однако обоснованный выбор одного из них и принятие окончательного решения требует привлечения особенного юридического стандарта: в этой связи известны стандарты моральной достоверности и доказательства вне разумных сомнений, перевеса в доказательствах...

В юриспруденции, которая в общем случае не способна обойтись без более или менее вероятной информации, избежать правдоподобных доказательств-доводов, доказательство заключения и основанного на нем решения предполагает, так сказать, синергию общелогического стандарта и одного из соответствующих ситуации юридических стандартов доказательства, например – в случае уголовного производства – стандарта "вне разумного сомнения".

Сказанное в данной статье далеко не исчерпывает отличия юридических стандартов доказательства от общелогического, однако достаточно для признания их существенной специфики. Углубленное изучение этой специфики составляет задачу не общей, а особенной юридической логики. Решение данной задачи представляется важным для гармонизации действующего законодательства.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

1. Тягло А. В. На пути к легитимации юридической логики. Вісник Харківського національного університету ім. В. Н. Каразіна. Серія "Філософія. Філософські перипетії". 2015. Вип. 53. С. 123–127.
2. Тягло О. В. Чи існує особлива юридична логіка? Форум права: електрон. наук. фахове вид. 2017. № 1. С. 188–194. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2017_1_33.pdf.
3. Бандурка А. М., Тягло А. В. К обоснованию особенной юридической логики. Верховенство права. 2017. № 3. С. 166–172.
4. Аристотель. Топика // Аристотель. Сочинения в четырех томах. Т. 2. Москва : Мысль, 1978. С. 347–531.
5. Аристотель. Первая аналитика // Аристотель. Сочинения в четырех томах. Т. 2. Москва : Мысль, 1978. С. 117–254.
6. Аристотель. Вторая аналитика // Аристотель. Сочинения в четырех томах. Т. 2. Москва : Мысль, 1978. С. 255–346.
7. Петров В. Б. Место индукции в логике Аристотеля. Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Философия. 2008. № 4. С. 72–78.

[3] В этом свете представляется уместным уточнить ч.4 ст.17 Уголовного процессуального кодекса Украины: вместо «Все сомнения относительно доказанности вины лица следует истолковывать в пользу такого лица» нужно принять норму «Все разумные сомнения относительно доказанности вина лица следует истолковывать в пользу этого лица». Подобному уточнению подлежит и норма, зафиксированная в п.4 ст.62 Конституции Украины: вместо «Все сомнения относительно доказанности вины лица истолковываются в его пользу» следует принять «Все разумные сомнения относительно доказанности вины лица истолковываются в его пользу».

8. Лейбниц Г. В. Замечания к общей части Декартовых "Начал" // Лейбниц Г. В. Сочинения в четырех томах. Т. 3. Москва : Мысль, 1984. С. 165–218.
9. Лейбниц Г. В. Размышления о познании, истине и идеях // Лейбниц Г. В. Сочинения в четырех томах. Т. 3. Москва : Мысль, 1984. С. 101–106.
10. Лейбниц Г. В. Некоторые соображения о развитии наук и искусстве открытия // Лейбниц Г. В. Сочинения в четырех томах. Т. 3. Москва : Мысль, 1984. С. 461–479.
11. Лейбниц Г. В. Предварительные сведения к энциклопедии, или универсальной науке // Лейбниц Г. В. Сочинения в четырех томах. Т. 3. Москва: Мысль, 1984. С. 419–421.
12. Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях. Москва : ИНФРА-М, 2004. VI. 184 с.
13. In Re Winship, 397 U.S. 358 (1970). URL: http://scholar.google.com/scholar_case?case=14966781063535213924&q=In+re+Winship,+397+U.S.+358&h=en&as_sdt=2,44&as_vis=1.
14. Whitman J. Q. The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial. New Haven and London : Yale University Press, 2008. 288 p.
15. Black H. C. Black's Law Dictionary. St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1968. 1882 p.
16. Clermont K. M., Sherwin E. Comparative View of Standards of Proof. The American Journal of Comparative Low. 2002. Vol. 50. No 2. P. 243–275.
17. Будылин С. Л. Внутреннее убеждение или баланс вероятностей? Стандарты доказывания в России и за рубежом. *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*. 2014. № 3. С. 25–57.
18. Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals: The International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia 1997–1999 / André Klip and Göran Sluiter (eds.). Antwerp – Oxford – New York : Intersentia, 2001. 884 p.

REFERENCES

1. Tiaglo, A. V. (2015). Na puti k legitimatsii yuridicheskoy logiki [On the way to legitimizing the legal logic]. *Visnyk Kharkivs'koho natsional'noho universytetu im. V. N. Karazina. Seriya "Filosofiya. Filosofs'ki perypetiyi",* (53). 123–127 (in Russ.).
2. Tiaglo, O. V. (2017). Chy isnuye osoblyva yurydychna lohika? [Is there a special legal logic?]. *Forum prava: elektron. nauk. fakhove vyd.,* (1). 188–194. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2017_1_33.pdf (in Ukr.).
3. Bandurka, A. M. & Tiaglo, A. V. (2017). K obosnovaniyu osobennoy yuridicheskoy logiki [To the substantiation of special legal logic]. *Verkhovenstvo prava,* (3). 166–172 (in Russ.).
4. Aristotel' (1978). *Topika* [Topic]. In: Aristotel'. Sochineniya v chetyrekh tomakh. T. 2. Moskva: Mysl' (s. 347–531) (in Russ.).
5. Aristotel' (1978). *Pervaya analitika* [The first analyst]. In: Aristotel'. Sochineniya v chetyrekh tomakh. T. 2. Moskva: Mysl' (s. 117–254) (in Russ.).
6. Aristotel' (1978). *Vtoraya analitika* [Second analyst]. In: Aristotel'. Sochineniya v chetyrekh tomakh. T. 2. Moskva: Mysl' (s. 255–346) (in Russ.).
7. Petrov, V. B. (2008). Mesto induktsii v logike Aristotelya [The place of induction in the logic of Aristotle]. *Vestnik Rossiyskogo universiteta druzhby narodov. Seriya: Filosofiya,* (4). 72–78 (in Russ.).
8. Leibniz, G. W. (1984). *Zamechaniya k obshchey chasti Dekartovykh "Nachal"* [Remarks on the general part of the Cartesian "Principles"]. In: Leibniz, G. W. Sochineniya v chetyrekh tomakh. T. 3. Moskva: Mysl' (s. 165–218) (in Russ.).
9. Leibniz, G. W. (1984). *Razmyshleniya o poznanii, istine i ideyakh* [Reflections on knowledge, truth and ideas]. In: Leibniz, G. W. Sochineniya v chetyrekh tomakh. T. 3. Moskva: Mysl' (s. 101–106) (in Russ.).
10. Leibniz, G. W. (1984). *Nekotoryye soobrazheniya o razvitii nauk i iskusstve otkrytiya* [Some considerations about the development of the sciences and the art of discovery]. In: Leibniz, G. W. Sochineniya v chetyrekh tomakh. T. 3. Moskva: Mysl' (s. 461–479) (in Russ.).
11. Leibniz, G. W. (1984). *Predvaritel'nyye svedeniya k entsiklopedii, ili universal'noy nauke* [Preliminary information on the encyclopedia, or universal scienc]. In: Leibniz, G. W.Sochineniya v chetyrekh tomakh. T. 3. Moskva: Mysl' (s. 419–421) (in Russ.).
12. Beccaria, C. (2004). *O prestupleniyakh i nakazaniyakh* [About crimes and punishments]. Moskva: INFRA-M, 2004. VI (in Russ.).
13. In Re Winship, 397 U.S. 358 (1970). URL: http://scholar.google.com/scholar_case?case=14966781063535213924&q=In+re+Winship,+397+U.S.+358&h=en&as_sdt=2,44&as_vis=1 (in Eng.).
14. Whitman, J. Q. (2008). The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial. New Haven and London: Yale University Press (in Eng.).

15. Black, H. C. (1968). Black's Law Dictionary. St. Paul, Minn.: West Publishing Co (in Eng.).
16. Clermont, K. M. & Sherwin, E. (2002). Comparative View of Standards of Proof. *The American Journal of Comparative Low,* 50 (2). 243–275 (in Eng.).
17. Budylin, S. L. (2014). Vnutrenneye ubezhdeniye ili balans veroyatnostey? Standarty dokazyvaniya v Rossii i za rubezhom [An inner belief or balance of probabilities? Standards of Evidence in Russia and Abroad]. *Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda Rossiyskoy Federatsii,* (3). 25–57 (in Russ.).
18. Klip, A., & Sluiter G. (Eds.). (2001). Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals: The International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia 1997–1999. Antwerp – Oxford – New York: Intersentia (in Eng.).

Надійшла 26.02.2018

РЕКОМЕНДОВАНЕ ЦИТУВАННЯ (RECOMMENDED CITATION), АНОТАЦІЇ (ABSTRACTS)

Тягло А. В. О стандартах доказательства. Форум права: електрон. наук. фахове вид. 2018. № 1. С. 88–94. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2018_1_14.pdf
DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1239007

Выполнено компаративное исследование стандартов доказательства, принятых в общей логике и в юриспруденции, а соответственно – в юридической логике. С этой целью проанализировано наследие Аристотеля, Г.В. Лейбница, Ч. Беккариа, А.Т. Деннинга и др. Показано, что в юриспруденции общелогический стандарт доказательства следует признать необходимым, но не достаточным. Поэтому здесь необходимо привлечение дополнительных юридических стандартов, например стандарта «вне разумного сомнения». В отличие от общелогического, принятые в юриспруденции стандарты доказательства имеют вероятностную природу. Предложены возможности гармонизации действующего законодательства, требуемой введением в Уголовный процессуальный кодекс Украины операции доказательства вне разумного сомнения.

Ключевые слова: *общелогический стандарт доказательства; стандарт доказательства "вне разумного сомнения"; общая логика; юридическая логика*

***

Тягло О.В. Про стандарти доведення

Виконане компаративне дослідження стандартів доведення, прийнятих у загальній логіці й у юриспруденції, а відповідно – в юридичній логіці. Задля цього проаналізовано спадщину Аристотеля, Г.В. Ляйбниця, Ч. Беккаріа, А.Т. Деннінга та ін. Показано, що в юриспруденції загальнологічний стандарт доведення слід визнати необхідним, але не достатнім. Тому тут потрібне залучення додаткових юридичних стандартів, наприклад стандарту «поза розумним сумнівом». На відміну від загальнологічного, прийняті в юриспруденції стандарти доведення мають ймовірнісну природу. Запропоновані можливості гармонізації чинного законодавства, потрібної внаслідок уведення до Кримінального процесуального кодексу України операції доведення поза розумним сумнівом.

Ключові слова: *загальнологічний стандарт доведення; стандарт доведення "поза розумним сумнівом"; загальна логіка; юридична логіка*

***

Tiaglo A.V. About Standards of Proof

This paper lies in the general framework of the argumentation that especial legal logic – as one of a set of material logics – exists side by side with general, or formal, logic. In other words, in general case legal logic is not reducible to the use of formal logic in legal reasoning. This position has received some support in few previous publications already. In this paper, a comparative analysis of the standards of proof that take place in general logic and in jurisprudence and, therefore, in legal logic is fulfilled. To understand the standard of proof accepted in general logic, it is natural to address, first of all, Aristotle's intellectual heritage. Relevant ideas of Gottfried Wilhelm Leibniz and Cesare Beccaria are analyzed further. The standard "beyond a reasonable doubt" is studied as one of the accepted in jurisprudence (Alfred Thompson Denning et al.). The final conclusion is that the standards of proof in general logic and in legal logic differ significantly. The general logic standard of proof should be recognized as necessary, but not sufficient in jurisprudence. This standard is necessary, in particular, in proving the probabilities of competing conclusions, but a substantiated choice of one of them requires a special legal standard additionally: in this regard, are known standards of moral certainty and proof beyond reasonable doubt, preponderance in evidence... It is pointed out, the urgency of consideration of the standard "beyond a reasonable doubt" for our domestic specialists is because it appeared in the Ukrainian legislation just a few years ago – in the Criminal Procedural Code of 2012. It has been borrowed from the Anglo-American legal system. In my opinion, this important innovation demands harmonization of current legislatio.

Key words: *general logic standard of proof; standard of proof "beyond a reasonable doubt"; general logic; legal logic*

ФП 2018-1
ISSN 1995-6134

УДК 343.13
DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1239021

Т.Г. ФОМІНА,
доцент кафедри кримінального процесу та організації досудового слідства
Харківського національного університету внутрішніх справ,
кандидат юридичних наук, м. Харків, Україна; e-mail: fomushka@i.ua;
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-9513-1673

ОБСТАВИНИ, ЩО ВРАХОВУЮТЬСЯ ПРИ ОБРАННІ ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ

T.H. FOMINA,
Ass. Professor, Chair of criminal process and organization of pre-trial investigation,
Kharkiv National University of Internal Affairs, Ph.D. in Law,
Kharkiv, Ukraine; e-mail: fomushka@i.ua;
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-9513-1673

CIRCUMSTANCES CONSIDERED IN CHOOSING A PREVENTIVE MEASURE

Постановка проблеми

Теоретичні аспекти застосування запобіжних заходів та практика їх обрання під час здійснення кримінального судочинства є предметом наукових досліджень протягом усього часу розвитку та становлення науки кримінального процесу. При дослідженні вказаного питання, ми помітили, що більшість науковців пов'язують поняття запобіжних заходів із правовою природою та їх метою. За допомогою цих властивостей запобіжні заходи охарактеризували такі науковці, як З.Д. Єнікєєв [1, с.7], З.З. Зінатуллін [2 с.74], Ю.Д. Лівшиц [3, с.83], В.О. Михайлов [4, с.19], Н.В. Ткачова [5, с.19] та інші. На сучасному етапі розвитку кримінального процесу вчені також намагаються дати найбільш повне визначення запобіжних заходів із урахуванням їх мети та порядку застосування.

Зокрема, О.В. Капліна запобіжні заходи визначає як різновид заходів забезпечення кримінального провадження попереджувального характеру, які застосовуються слідчим суддею або судом за наявності підстав і в порядку, встановленому законом, відносно підозрюваного, обвинуваченого з метою забезпечення виконання покладених на нього процесуальних обов'язків, а також запобігання спробам його можливої неправомірної поведінки [6, с.298]. Деякі процесуалісти, зокрема Л.М. Лобойко, О.А. Банчук, розкриваючи сутність запобіжних заходів, вказують на їх правообмежувальний характер [7, с.134].

Дослідженню сутності запобіжних заходів та проблемам їх застосування присвятили свої праці й іноземні фахівці, зокрема Брайн Пейн (Brian K. Payne) и Ренди Гарни (Randy R. Gainey) [8], Ф. Миллер (Miller F.) [9].

Прийняття рішення про обрання, зміну або скасування запобіжних заходів віднесено до виключної компетенції суду. У зв'язку з цим, застосування запобіжного заходу вимагає від слідчого судді, суду мудрості, виваженості, справедливості і небайдужості до долі підозрюваного, обвинуваченого. Під час вирішення питання про обрання запобіжного заходу повинні бути враховані не лише підстави, визначені у ст.177 КПК України, а й ряд обставин. Виходячи з цього, слід дослідити особливості оцінки слідчим суддею, судом під час застосування запобіжних заходів обставин, визначених у ст.178 КПК України. Тому метою статті є визначення сутності обставин, що враховуються при обранні запобіжного заходу.

Вагомість наявних доказів про вчинення підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення

Відповідно до п.1 ч.1 ст.178 КПК України, оцінка даної обставини слідчим суддею, судом пов'язана з вирішенням одного важливого питання, а саме із визначенням ступеню впевненості слідчого судді, суду у винуватості підозрюваного, обвинуваченого. З цього питання у науковому колі зазначається, що закон не вимагає, щоб докази були повними, але вони повинні бути такими, щоб слідчий суддя був впевнений в достатності підстав для підозри чи обвинувачення цієї особи, щодо якої обирається запобіжний захід.

© Фоміна Т.Г., 2018

ISSN 1995-6134

Вагомість доказів про вчинення підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення може певним чином визначати обрання такого запобіжного заходу як тримання під вартою. І, навпаки, відсутність таких доказів може посіяти сумніви у доведеності участі підозрюваного у вчиненні цього злочину, та сприяти обранню щодо нього більш м'якого запобіжного заходу [10, с.93]. З такою позицією можна погодитись лише часткового, оскільки вагомість доказів про вчинення підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення повинна враховуватись не лише під час обрання такого заходу як тримання під вартою, але й усіх інших видів запобіжних заходів.

Слід визнати правоту О.Г. Шило, яка зазначила, що предметом судового розгляду клопотання є виключно обставини, які стосуються вирішення питання про застосування запобіжного заходу. Під час цього судового засідання слідчий суддя не вправі розглядати ті питання, які він повинен вирішувати у майбутньому судовому розгляді кримінального провадження (кримінальної справи). Тому обговорення ним питання про винуватість особи, щодо якої надійшло клопотання, є неприпустимим [11, с.307].

Фундаментальним з цього приводу є твердження В.О. Попелюшко, який вважає, що закон зобов'язує слідчого суддю і суд підходити до вирішення питання про обрання запобіжного заходу не механічно, а оціночно щодо кожної окремої підстави, керуючись у цьому разі принципом презумпції невинуватості й правилами, які з цього принципу випливають, у тому числі правилом про тлумачення всіх сумнівів у доведеності обставин, на яких ґрунтуються обвинувачення та ризики, на користь обвинуваченого [12, с.6]. Погоджуючись із такою позицією, І.В. Гловюк вказує, що це підтверджує наявність спростовної презумпції не на користь застосування заходів забезпечення кримінального провадження у вигляді запобіжних заходів [13, с.88].

Підкреслимо, що презумпція невинуватості закріплена у ч.1 ст.62 Конституції України, де вказано, що особа вважається невинуватою у вчиненні злочину доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду. Дана презумпція діє на стадії досудового розслідування, судового розгляду і відповідно при вирішенні питання щодо застосування до підозрюваного, обвинуваченого запобіжного заходу також одержує свій прояв. Під час обрання запобіжного заходу презумпція невинуватості проявляється у тому, що у судовому засіданні, так само як і в ухвалі суду про застосування запобіжного заходу не може йтися про доведення вини підозрюваного, обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення.

Слід наголосити, що відповідно до ст.198 КПК України, висловлені в ухвалі слідчого судді, суду за результатами розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу висновки щодо будь-яких обставин, які стосуються суті підозри, обвинувачення, не мають преюдиціального значення для суду під час судового розгляду або для слідчого чи прокурора під час цього або іншого кримінального провадження. Тобто, у положеннях даної статті наголошується на тому, що у разі застосування до підозрюваного, обвинуваченого запобіжного заходу, вина особи не є ще доказаною.

За слушним зауваженням Т.В. Лукашкіної, «вагомість» доказів – поняття, яке стосується процесу доказування,точніше наявності доказів та їх оцінки. До того ж вводити поняття «вагомість» доказів недоцільно [14, с.685]. Дійсно, слід вказати, що відповідно до положень ч.1 ст.94 КПК України, слідчий суддя, суд, під час здійснення кримінального провадження, й зокрема під час вирішення питання про застосування запобіжного заходу, оцінюють докази з точки зору належності, допустимості, достовірності, та достатності, проте ніяк не «вагомості». Отже, задля виключення неоднозначного тлумачення наведених положень закону слід внести відповідні зміни до п.1 ч.1 ст.178 КПК України, вказавши, що однією з обставин, що враховується під час застосування запобіжних заходів, є достатність (а не вагомість) наявних доказів про вчинення підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення..

Зауважимо, що у п.11 ч.1 ст.178 КПК України, законодавець вказує на те, що усі обставини, перераховані у п.п.1–11 ч.1 ст.178 КПК України, повинні бути обґрунтовані «вагомими» наявними доказами. З одного боку, зрозуміло, що слідчий, прокурор при поданні клопотання до слідчого судді, суду про застосування запобіжного заходу повинен його обґрунтувати певними доказів. Проте, вживати формулювання: враховувати «вагомість наявних доказів, якими обґрунтовуються відповідні обставини» з огляду на теорію доказування, на нашу думку, є неприйнятним. Отже, пропонуємо у п.11 ч.1 ст.178 КПК України замінити слово «вагомість» на «достатність».

Отже, повноваження слідчого судді, суду з приводу оцінки вагомості наявних доказів під час застосування запобіжних заходів полягають

ISSN 1995-6134

у тому, щоб він не повинен досліджувати питання доведеності вини підозрюваного, обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення. Крім того, слідчий суддя, суд в ухвалі про застосування запобіжного заходу не повинен обґрунтовувати вину особи, оскільки, на вимогу п.1 ч.1 ст.178 КПК України, він лише оцінює «вагомість» доказів, або їх достатність, переконливість. У такому випадку слід казати, що слідчий суддя, суд, вирішуючи питання про обрання запобіжного заходу, встановлює, достатньо чи недостатньо доказів, наданих стороною обвинувачення, щоб вважати, що особа вчинила кримінальне правопорушення. Досліджувати сутність доказів, викладених у клопотанні про застосування запобіжних заходів, слідчий суддя, суд не повинен. Фактично, слідчий суддя суд, перевіряє кількісну складову доказів, а не якісну.

Тяжкість покарання, що загрожує відповідній особі у разі визнання підозрюваного, обвинуваченого винуватим у кримінальному правопорушенні, у вчиненні якого він підозрюється, обвинувачується

Це друга обставина, яка відповідно до п.2 ч.1 ст.178 КПК України повинна бути оцінена слідчим суддею, судом під час застосування запобіжного заходу. За проведеним нами дослідженням, слідчі, прокурори, звертаючись до слідчого судді із клопотанням, найчастіше обґрунтовують необхідність застосування запобіжного заходу саме тяжкістю покарання, що загрожує підозрюваному, обвинуваченому. Зрозуміло, що дана обставина має важлива значення, оскільки деякі запобіжні заходи неможливо обрати, не врахувавши дану обставину. Зокрема, це стосується домашнього арешту та тримання під вартою, необхідною умовою застосування яких є саме покарання у вигляді позбавлення волі. Однак, дуже часто тяжкість покарання є основною та єдиною обставиною, яка враховуються слідчим суддею, судом, що є неприпустимо. Зрозуміло, що така практика не відповідає ані положенням КПК України, ані рішенням ЄСПЛ.

Слід повністю погодитись з О.М. Мироненко у тому, що застосування до особи тримання під вартою особи лише за то, що вона підозрюється чи обвинувачується у вчиненні тяжкого чи особливо тяжкого злочину, перетворює цей запобіжний захід на міру попереднього покарання такої особи [10, с.93–94]. У цьому питанні слідчим суддям, суду слід враховувати практику ЄСПЛ, який неодноразово вказував, що тяжкість обвинувачення не може сама по собі бути виправданням тривалого тримання під вартою особи. Зокрема у п.74 справи «Мамедова проти Росії»» ЄСПЛ відзначав, що, хоча суворість покарання є визначальним елементом при оцінці ризику переховування від правосуддя чи вчинення нових злочинів, потребу подальшого позбавлення когось волі не можна оцінювати з винятково абстрактного погляду, беручи до уваги тільки тяжкість злочину. Продовження строку тримання під вартою також не можна застосовувати як передбачення вироку у формі позбавлення волі [15].

Слід зауважити, що не завжди особі, стосовно якої під час досудового розслідування та судового розгляду застосовано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, вироком суду призначається покарання у вигляді позбавлення волі. Крім того, трапляються випадки, коли під час судового розгляду обвинувачення змінюється прокурором у бік пом'якшення. У зв'язку з вказаним, слід підкреслити, що з одного боку, тяжкість покарання, є однією з обставин, що враховується при обранні запобіжного заходу, а для таких видів запобіжних заходів, як домашній арешт та тримання під вартою є ще умовою, без наявності якої неможливо застосування даних заходів. З іншого боку, така обставина, як тяжкість покарання, що загрожує підозрюваному, обвинуваченому повинна бути врахована разом з іншими обставинами, визначеними у ст.178 КПК України, а тому не може бути єдиним приводом для застосування запобіжного заходу. У противному випадку нівелюється мета та значення інституту запобіжних заходів у кримінальному провадженні.

Вік та стан здоров'я підозрюваного, обвинуваченого

Означена обставина визначена у п.3 ч.1 ст.178 КПК України, і також має бути врахована слідчим суддею, судом при обранні запобіжного заходу. Зрозуміло, якщо особа похилого віку та/або страждає на хронічну чи невиліковну хворобу, то питання про обрання запобіжного заходу, з урахуванням інших обставин, повинно бути вирішено в бік його пом'якшення. Крім того, у ст.492 КПК України встановлено обмеження для застосування затримання та тримання під вартою щодо неповнолітньої особи.

Стан здоров'я обов'язково враховується у кримінальному провадженні щодо застосування примусових заходів медичного характеру. Якщо буде встановлено, що особа під час вчинення суспільно небезпечного діяння була в неосудному

ISSN 1995-6134

або обмежено осудному стані або вчинила кримінальне правопорушення в осудному стані, але після його вчинення захворіла на психічну хворобу, то до такої особи повинні застосовуватись запобіжні заходи, передбачені ст.508 КПК України.

Врахування стану здоров'я підозрюваного, обвинуваченого у разі необхідності стаціонарного лікування у зв'язку з тяжкими хронічними захворюваннями в багатьох випадках зумовлює необхідність зміни запобіжного заходу. Разом із тим, вивчення судової практики свідчить про те, що суди в багатьох випадках не враховували наявність хвороби у обвинувачених під час розгляду клопотань про продовження строку тримання під вартою через подання до суду із СІЗО відповідних довідок про можливість надання медичної допомоги в умовах перебування в СІЗО. А у випадках, коли обвинувачений вказував на погіршення самопочуття як одну з підстав для зміни запобіжного заходу суд доручав територіальним управлінням ДпТС України забезпечити проведення повного медичного обстеження обвинувачених в умовах СІЗО з метою отримання об'єктивних висновків про стан здоров'я [16].

У разі якщо особа тримається під вартою і суд встановлює наявність тяжких захворювань, то він повинен у встановленому законом порядку змінити даний вид запобіжного заходу на більш м'який. Наприклад, Дубенський міськрайонний суд Рівненської області в ухвалі від 16.12.2013 р. прийняв рішення про зміну запобіжного заходу обвинуваченій ОСОБА_3 із тримання під вартою на особисте зобов'язання на підставі того, що згідно з довідкою про стан здоров'я з Рівненського слідчого ізолятора встановлено, що у ОСОБА_3 ВІЛ-інфекція VI стадії, туберкульоз, вірусний гепатит «С»… і потребує стаціонарного лікування у спеціалізованих медичних закладах МОЗ України [17].

Необхідно звернути увагу і на практику ЄСПЛ з питання врахування стану здоров'я підозрюваного, обвинуваченого під час обрання або зміни запобіжного заходу. Так, у рішенні «Барило проти України» Європейським судом констатовано порушення статті 3 Конвенції у зв'язку з ненаданням заявниці належної медичної допомоги з огляду на відсутність документів, що підтверджували б дотримання вказівок лікаря, щодо введення заявниці 4 ін'єкцій інсуліну на день; незабезпеченням таких ін'єкцій взагалі протягом 5 днів та визнання самими державними органами неможливості надання заявниці належної медичної допомоги та забезпечення необхідної їй дієти в умовах тримання під вартою [18]. Крім того, питання неналежної медичної допомоги ВІЛ-інфікованим особам, які перебувають в установах тимчасового тримання та виконання покарань України, ЄСПЛ розглядав у низці справ, зокрема у справах «Кац та інші проти України» [19], «Похлєбін проти України» [20].

Слід зазначити, при вирішенні питання про зміну тримання під вартою на більш м'який запобіжний захід слідчий суддя, суд на підставі оцінки стану здоров'я підозрюваного, обвинуваченого повинен встановити можливість надання ефективної медичної допомоги в лікуванні захворювання в умовах СІЗО. Якщо лікування в умовах СІЗО неможливо, слідчий суддя, суд може прийняти рішення про застосування більш м'якого запобіжного заходу із наданням можливості підозрюваному, обвинуваченому пройти лікування у медичних закладах МОЗ України. У будь-якому випадку, наявність різноманітних захворювань повинна бути підтверджена медичною документацією.

Міцність соціальних зв'язків підозрюваного, обвинуваченого в місці його постійного проживання, у тому числі наявність в нього родини й утриманців

Під час застосування запобіжного заходу дана обставина підлягає оцінці відповідно до п.4 ч.1 ст.178 КПК України. У такому випадку слідчий суддя, суд враховує відомості щодо осіб, які зареєстровані та мешкають за адресою місця проживання підозрюваного, обвинуваченого, їхній родинний зв'язок, також враховує наявність як зареєстрованого так і фактичного місць проживання, що свідчить про можливість зміни обвинуваченим одного місця проживання на інше.

Крім того, повинні бути враховані відомості про наявність неповнолітніх дітей, або знаходження їх у важкому стані здоров'я, чи очікування народження дитини протягом найближчого терміну. Так, наприклад, слідчим суддею Ірпінського міського суду Київської області, окрім інших обставин було враховано те, що підозрюваний ОСОБА_1 створив сім'ю, уклавши шлюб з гр. ОСОБА_3, очікують народження дитини, має постійне місце роботи та проживання, на підставі чого змінено раніше обраний запобіжний захід [21].

У зв'язку з тим, можна стверджувати, що міцність соціальних зв'язків підозрюваного, обвинуваченого зі своєю родиною може свідчити про відсутність ризику переховування від органів досудового розслідування та/або суду. І навпаки,

ISSN 1995-6134

їх відсутність, або зв'язки з антигромадськими елементами, представниками злочинних груп чи організацій свідчить про можливість неправомірної поведінки у майбутньому та необхідність застосування до неї більш суворого запобіжного заходу.

Наявність у підозрюваного, обвинуваченого постійного місця роботи або навчання

При застосуванні запобіжного заходу такі відомості підлягають з'ясуванню згідно з п.5 ч.1 ст.178 КПК України. Якщо особа не має постійного місця роботи, або взагалі ніде не працювала це може свідчити про її антисоціальну поведінку та існування ризику вчинення іншого, аналогічного, злочину, що у сукупності з іншими обставинами може обумовлювати необхідність застосування домашнього арешту або тримання під вартою. Дана вимога стосується й неповнолітнього підозрюваного, обвинуваченого, який ніде не навчається та не працює. І, навпаки, у разі коли є відомості про навчання або роботу підозрюваного, обвинуваченого, у тому числі неповнолітнього, це може бути підставою для застосування більш м'якого запобіжного заходу, не пов'язаного з ізоляцією особи. У такому випадку слідчому судді, суду при встановленні певних обмежень, обумовлених певним видом запобіжного заходу, слід врахувати час навчання та роботи підозрюваного, обвинуваченого.

Репутація підозрюваного, обвинуваченого

Як обставина, повинна бути врахована при обранні запобіжного заходу за п.6 ч.1 ст.178 КПК України. Зауважимо, що під репутацією розуміють – громадську думку про кого, що-небудь [22, с.512]. З цього приводу у науковій літературі вказується, що замість даних про «репутацію підозрюваного» слід вести мову про дані, які характеризують особистість, адже такі дані повинні бути більш-менш об'єктивними, а репутація відображає суб'єктивну думку певних осіб, до того ж в різних осіб може бути різна думка щодо особистості підозрюваного [14, с.686]. З цією думкою можна погодитись лише частково, оскільки замінювати термін «репутація» на «дані, які характеризують особистість» буде не зовсім вірним, оскільки під такими даними слід розуміти у тому числі відомості про наявність у підозрюваного, обвинуваченого постійного місця роботи, про наявність судимостей тощо. А ці обставини вже передбачено у ст.178 КПК України.

Як роз'яснено у п.10 Листа «Про деякі питання порядку застосування запобіжних заходів під час досудового розслідування та судового провадження відповідно до Кримінального процесуального кодексу України» від 04.04.2013 р. № 511-550/0/4-13, при врахуванні цієї обставини слідчий суддя, суд зобов'язаний проаналізувати матеріали сторін кримінального провадження, об'єктивно оцінити надані характеристики підозрюваному, обвинуваченому з місця роботи, навчання, проживання; дані, що свідчать про перебування підозрюваного, обвинуваченого на обліку у наркологічному, психоневрологічному диспансері, тощо [23].

Факторами, які формують репутацію підозрюваного, обвинуваченого і впливають на обрання запобіжного заходу, є: події з його біографії, наприклад, участь у ліквідації наслідків Чорнобильської катастрофи, участь у бойових діях при виконанні інтернаціонального обов'язку або в складі миротворчих сил ООН, наявність поранень при виконанні службового або громадського обов'язку, державних нагород, почесних звань [24, с.457].

Майновий стан підозрюваного, обвинуваченого

Під час обрання запобіжного заходу дана обставина враховується згідно з п.7 ч.1 ст.178 КПК України. Слід встановити наявність належного цій особі нерухомого майна у місці проживання та інших місцевостях, транспортних засобів, грошових банківських вкладів, їх розмір. Дана обставина підлягає оцінці, перш за все, для вирішення питання про можливість застосування такого запобіжного заходу як застава. Як передбачено у ч.4 ст.182 КПК України, розмір застави визначається слідчим суддею, судом з урахуванням обставин кримінального правопорушення, у тому числі, майнового стану підозрюваного, обвинуваченого. Враховуючи майновий стан підозрюваного, обвинуваченого слідчий суддя, суд може визначити мінімальний та максимальний розмір застави, визначений в межах, встановлених у ч.4 ст.182 КПК України за вчинення злочину залежно від ступеню його тяжкості.

Наявність судимостей у підозрюваного, обвинуваченого

Є не менш важливою обставиною, яка підлягає врахуванню під час обрання запобіжного заходу за п.8 ч.1 ст.178 КПК України. Враховується також строк відбування покарання в місцях позбавлення волі, час перебування на волі після звільнення. Якщо судимість не погашена у встановленому законом порядку, це може свідчити про те, що особа не стала на шлях виправлення після притягнення її до відповідальності і тому є

ISSN 1995-6134

ризик вчинення нового кримінального правопорушення, й відповідно – необхідність застосування більш суворого запобіжного заходу.

Дотримання підозрюваним, обвинуваченим умов застосованих запобіжних заходів, якщо вони застосовувалися до нього раніше

Слідчий суддя, суд повинен обов'язково перевірити означені обставини відповідно до п.9 ч.1 ст.178 КПК України. У зв'язку з тим, на слідчого, прокурора покладається обов'язок навести у клопотанні інформацію про застосування до підозрюваного, обвинуваченого інших запобіжних заходів, як у даному кримінальному провадженні, так і в інших кримінальних провадженнях (за наявності відомостей про їх застосування). Якщо буде встановлено, що особа раніше порушувала умови застосування запобіжного заходу, то як правило, до неї застосовується більш суворий захід. Крім того, у п.1 ч.2 ст.183 КПК України прямо передбачена вимога про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою у разі якщо буде доведено, що підозрюваний, обвинувачений не виконав обов'язки, покладені на нього при застосуванні іншого, раніше обраного запобіжного заходу.

Важливою умовою при зміні більш м'якого запобіжного заходу на більш суворий є врахування невиконання обвинуваченим процесуальних обов'язків. У зв'язку з тим, клопотання слідчого, прокурора про зміну більш м'якого запобіжного заходу на запобіжний захід у вигляді тримання під вартою повинно містити докази порушення умов раніше обраного запобіжного заходу та обґрунтування наявності ризиків у провадженні. Прикладом для обґрунтування зміни підозрюваному, обвинуваченому запобіжного заходу у зв'язку із не дотриманням умов застосування раніше обраного запобіжного заходу можуть бути такі факти: особа неодноразово не з'являлась в судові засідання та відносно неї застосовувався привід; систематичні неявки особи в судові засідання супроводжуються низкою ймовірних приводів (хвороба, необхідність лікування, що не підтверджено документально тощо); особа порушує умови знаходження під домашнім арештом тощо.

Наявність повідомлення особі про підозру у вчиненні іншого кримінального правопорушення

Підлягає врахуванню слідчим суддею, судом згідно п.10 ч.1 ст.178 КПК України, що само собою виключає можливість обрання більш м'яких запобіжних заходів. Зрозуміло, якщо особі пред'явлено повідомлення про підозру за вчинення не одного а декількох кримінальних правопорушень, то підозрюваному може бути обрано більш суворий запобіжний захід.

Розмір майнової шкоди, у завданні якої підозрюється, обвинувачується особа, або розмір доходу, в отриманні якого внаслідок вчинення кримінального правопорушення підозрюється, обвинувачується особа

Є обставиною, яка повинна бути оцінена слідчим суддею, судом при обранні запобіжного заходу за п.11 ч.1 ст.178 КПК України. Такий розмір оцінюється з урахуванням показань потерпілого, висновку судово-товарознавчої експертизи, заявленого цивільного позову тощо. Якщо шкода значна, а розмір прибутку, отриманий внаслідок злочину, великий, то слід застосовувати більш суворий запобіжний захід.

На теоретичному рівні виникає питання стосовно вичерпності обставин, передбачених ст.178 КПК України. На думку В. Попелюшка, врахування інших обставин при застосуванні запобіжного заходу, наприклад, невизнання обвинуваченим своєї вини, його поведінки при проведенні ним слідчих дій чи під час судового розгляду – неприпустиме [12, с.5]. З такою позицією у повній мірі важко погодитися, адже у ч.1 ст.178 КПК України вказано, що «слідчий суддя, суд… зобов'язаний оцінити в сукупності всі обставини, у тому числі:...». Тобто формулювання «у тому числі», застосоване законодавцем, вказує на те, що обставини, визначені у п.п.1–11 ч.1 ст.178 КПК України, є основними, але не вичерпними.

З урахуванням вказаного слід підтримати тих процесуалістів, які вказують, що слідчий суддя, суд при застосуванні запобіжного заходу може оцінювати й інші обставини, що враховуються як окремо, так і в сукупності [25, с.76]. На цьому акцентує увагу й ВССУ, який у п.10 Листа від 04.04.2013 р. № 511-550/0/4-13, зазначив, що слідчому судді, суду слід мати на увазі, що перелік обставин, які слід враховувати при вирішенні питання про застосування запобіжного заходу, не є вичерпним та підлягає розширеному тлумаченню з огляду на фактичні обставини, встановлені у кримінальному провадженні [23]. Це свідчить про створення законодавцем можливості ситуативного підходу до застосування запобіжного заходу в конкретному кримінальному провадженні. Обставинами, що слід врахувати при обранні запобіжного заходу, наприклад, є сприяння розкриттю злочину; співпраця між підозрюваним, обвинуваченим та прокурором у викритті кримінального правопорушення, вчиненого

ISSN 1995-6134

іншою особою; відшкодування (компенсація) шкоди потерпілому тощо. Зрозуміло, існування таких обставин свідчить про те, що застосування більш м'якого запобіжного заходу може запобігти ризикам, визначеним у ст.177 КПК України.

Висновки

Отже, з метою вивіреного рішення про застосування певного виду запобіжного заходу повинні бути враховані усі обставини, передбачені ст.178 КПК України. Дані обставини можуть оцінюватись як окремо, так і в сукупності. Це пов'язано з тим, що деякі обставини мають вирішальне значення; проте, при сукупній їх оцінці вони призводять до рішення про застосування певного виду, бажаного у конкретній правовій ситуації, запобіжного заходу.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Еникеев З. Д. Проблемы эффективности мер уголовно-процессуального пресечения / науч. ред. Ф. Н. Фаткуллин. Казань : Изд-во Казанск. ун-та, 1982. 104 с.
2. Зинатуллин З. З. Уголовно-процессуальное принуждение и его эффективность. Казань : Изд-во Казанск. ун-та, 1981. 135 с.
3. Лившиц Ю. Д. Меры пресечения в советском уголовном процессе. Москва : Юридическая литература, 1964. 139 с.
4. Михайлов В. А. Меры пресечения в российском уголовном процессе. Москва : Право и Закон, 1996. 304 с.
5. Ткачева Н. В. Меры пресечения, не связанные с заключением под стражу, в уголовном процессе России : монография / под. ред. А. В. Кудрявцева. Челябинск : Изд-во ЮУрГУ, 2004. 192 с.
6. Кримінальний процес: підручник / Ю. М. Грошевий, В. Я. Тацій, А. Р. Туманянц та ін. / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки. Харків : Право, 2013. 824 с.
7. Лобойко Л. М., Банчук О. А. Кримінальний процес: навч. посіб. Київ : Ваіте, 2014. 280 с.
8. Brian K. Payne and Randy R. Gainey. The Influence of Demographic Factors on the Experience of House Arrest. *Federal Probation.* 2002. Number 3. P. 64–70. URL: http://www.uscourts.gov/sites/default/files/66_3_11_0.pdf
9. Miller F. Prosecution. The Decision to Charge a Suspect with a Crime. Boston, 1974.
10. Мироненко О. Вплив спеціальних умов застосування та обставин, які при цьому враховуються, на обрання запобіжного заходу. *Публічне право.* 2014. № 2. С. 89–97.
11. Кримінальний процес: підручник / Ю. М. Грошевий, В. Я. Тацій, А. Р. Туманянц та ін.; за ред. В. Я. Тація, Ю. М. Грошевого, О. В. Капліної, О. Г. Шило. Х. : Право, 2013. 824 с.
12. Попелюшко В. О. Запобіжні заходи в новому КПК України: поняття,мета, підстави, порядок та суб'єкти застосування. *Адвокат.* 2012. № 9 (144). С. 4–6.
13. Гловюк І. В. Презумпції й тягар доказування у розгляді слідчим суддею клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ.* 2013. № 2. С. 84–89.
14. Лукашкіна Т. В. Умови та підстави застосування запобіжних заходів за чинним КПК України. *Правове життя сучасної України:* матеріали Міжнар. наук. конф. проф.-викл. та аспірант. складу / відп. за вип. В. М. Дрьомін; НУ ОЮА, Півд. регіон. центр НАПрН України. Одеса : Фенікс, 2014. Т. 1. С. 683–686.
15. Справа «Мамедова проти Росії» (Заява № 7064/05) : Рішення Європейського суду з прав людини від 23.10.2006. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"tabview":["document"],"itemid":["001-75646"]}.
16. Про судову практику застосування судами першої та апеляційної інстанцій процесуального законодавства щодо обрання, продовження запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою : Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого Суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 19.12.2014 № 14. URL: http://sc.gov.ua/ua/postanovi_za_2014_rik.html.
17. Ухвала Дубенського міськрайонного суду Рівненської області від 16.12.2013 р. у справі № 559/3861/13-к. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/44946969.
18. Справа «Барило проти України» (Заява № 9607/06): Рішення Європейського суду з прав людини по справі від 16.05.2013 URL: http://mvs.gov.ua/upload/file/novyy_dokument1.pdf.
19. Справа «Кац та інші проти України» (Заява № 29971/04) Рішення Європейського суду з прав людини по справі від 18.12.2008. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_485.
20. Справа «Похлєбін проти України» (заява № 35581/06) Рішення Європейського суду з прав людини по справі від 20.05.2010 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_834.
21. Ухвала Ірпінського міського суду Київської області від 26.05.2016 р. у справі № 367/4236/16-к. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57901670.
22. Словник української мови: в 11 т. / ред. колег. І. К. Білодід (голова) та ін. Київ: Наукова думка, 1970–1980. Т. 8: Природа-Ряхтливий / ред. В. О. Винник, В. В. Жайворонок, Л. О. Родніна, Т. К. Черторизька. Київ : Наукова думка, 1977. 928 с.

23. Про деякі питання порядку застосування запобіжних заходів під час досудового розслідування та судового провадження відповідно до Кримінального процесуального кодексу України: Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 04.04.2013 № 511-550/0/4-13. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0511740-13.
24. Кримінальний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар: у 2 т. Т. 1 / О. М. Бандурка, Є. М. Блажівський, Є. П. Бурдоль та ін.; за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. Харків: Право, 2012. 768 с.
25. Матвійчук В. К., Мартиненко Г. В. Процесуальний порядок застосування запобіжних заходів за новим КПК України. *Юридична наука.* 2013. № 7. С. 72–83.

REFERENCES

1. Yenikeyev, Z. D.; Fatkullin, F. N. (Red.). (1982). *Problemy effektivnosti mer ugolovno-protsessual'nogo presecheniya* [Problems of the effectiveness of measures of criminal procedure]. Kazan': Izd-vo Kazan. un-ta (in Russ.).
2. Zinatullin, Z. Z. (1981). *Ugolovno-protsessual'noye prinuzhdeniye i yego effektivnost'* [Criminal procedure coercion and its effectiveness]. Kazan': Izdatel'stvo Kazanskogo universiteta (in Russ.).
3. Livshits, YU. D. (1964). *Mery presecheniya v sovetskom ugolovnom protsesse* [Preventive measures in the Soviet criminal trial]. Moskva: Yuridicheskaya literatura (in Russ.).
4. Mikhaylov, V. A. (1996). *Mery presecheniya v rossiyskom ugolovnom protsesse* [Preventive measures in the Russian criminal trial]. Moskva: Pravo i Zakon (in Russ.).
5. Tkacheva, N. V.; Kudryavtsev, A. V. (Red.). (2004). *Mery presecheniya, ne svyazannyye s zaklyucheniyem pod strazhu, v ugolovnom protsesse Rossii : monografiya* [Preventive measures, not related to detention, in the criminal process of Russia: a monograph]. Chelyabinsk: Izd-vo YUUrGU (in Russ.).
6. Hroshevyy, YU. M., Tatsiy, V. YA., Tumanyants, A. R. et all; Tatsiy, V. YA., & Pshonka, V. P. (Reds.). (2013). *Kryminal'nyy protses: pidruchnyk* [Criminal process: tutorial]. Kharkiv: Pravo (in Ukr).
7. Loboyko, L. M., & Banchuk, O. A. (2014). *Kryminal'nyy protses: navch. posib.* [Criminal proceedings: teach. manual]. Kyiv: Vaite (in Ukr.).
8. Brian, K. Payne, & Randy, R. Gainey. (2002). The Influence of Demographic Factors on the Experience of House Arrest. *Federal Probation,* (3). 64–70. Retrieved from: http://www.uscourts.gov/sites/default/files/66_3_11_0.pdf (in Eng.).
9. Miller, F. (1974). Prosecution. The Decision to Charge a Suspect with a Crime. Boston (in Eng.).
10. Myronenko, O. (2014). Vplyv spetsial'nykh umov zastosuvannya ta obstavyn, yaki pry ts'omu vrakhovuyut'sya, na obrannya zapobizhnoho zakhodu [Effect of special conditions of use and circumstances taken into account in choosing a preventive measure]. *Publichne pravo,* (2). 89–97 (in Ukr.).
11. Hroshevyy, YU. M., Tatsiyb V. YA., & Tumanyants, A. R. et all; Tatsiy, V. YA., Hroshevyy, YU. M., Kaplina, O. V., & Shylo, O. H. (Reds.). (2013). *Kryminal'nyy protses: pidruchnyk* [Criminal process: tutorial]. Kharkiv: Pravo (in Ukr.).
12. Popelyushko, V. O. (2012). Zapobizhni zakhody v novomu KPK Ukrayiny: ponyattya,meta, pidstavy, poryadok ta sub'yekty zastosuvannya [Preventive measures in the new CPC of Ukraine: concept, purpose, grounds, procedure and subjects of application]. *Advokat,* 9(144). 4–6 (in Ukr.).
13. Hlovyuk, I. V. (2013). Prezumptsiyi y tyahar dokazuvannya u roz·hlyadi slidchym suddeyu klopotan' pro zastosuvannya zakhodiv zabezpechennya kryminal'noho provadzhennya [The presumption and the burden of proof in the investigator's consideration of petitions on the application of measures to ensure criminal proceedings]. *Yurydychnyy chasopys Natsional'noyi akademiyi vnutrishnikh sprav,* (2). 84–89 (in Ukr.).
14. Lukashkina, T. V. (2014). Umovy ta pidstavy zastosuvannya zapobizhnykh zakhodiv za chynnym KPK Ukrayiny [Conditions and grounds for the application of preventive measures under the current CPC of Ukraine]. *Pravove zhyttya suchasnoyi Ukrayiny:* materialy Mizhnar. nauk. konf. prof.-vykl. ta aspirant. skladu. Odesa: Feniks, T. 1. (s. 683–686) (in Ukr.).
15. *Sprava «Mamedova proty Rosiyi» (Zayava № 7064/05)* [The case of "Mamedov v. Russia" (Application No. 7064/05)]. Rishennya Yevropeys'koho sudu z prav lyudyny (23.10.2006). Retrieved from: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"tabview":["document"],"itemid":["001-75646"]} (in Ukr.).
16. *Pro sudovu praktyku zastosuvannya sudamy pershoyi ta apelyatsiynoyi instantsiy protsesual'noho zakonodavstva shchodo obrannya, prodovzhennya zapobizhnoho zakhodu u vyhlyadi trymannya pid vartoyu* [On the judicial practice of the courts of the first and appellate courts of the procedural legislation on election, extension of the preventive measure in the form of detention]. Postanova Plenumu Vyshchoho spetsializovanoho Sudu Ukrayiny z roz·hlyadu tsyvil'nykh i kryminal'nykh sprav (19.12.2014 No 14). Retrieved from: http://sc.gov.ua/ua/postanovi_za_2014_rik.html (in Ukr.).

ISSN 1995-6134

17. *Ukhvala Dubens'koho mis'krayonnoho sudu Rivnens'koyi oblasti* [The decision of the Dubno Municipal Court of Rivne Oblast]. (16.12.2013 r. u spravi No 559/3861/13-к). Retrieved from: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/44946969 (in Ukr.).
18. *Sprava «Barylo proty Ukrayiny»* (Zayava No 9607/06) [Case "Barilo v. Ukraine" (Application No 9607/06)]. Rishennya Yevropeys'koho sudu z prav lyudyny po spravi (16.05.2013). Retrieved from: http://mvs.gov.ua/upload/file/novyy_dokument1.pdf (in Ukr.).
19. *Sprava «Kats ta inshi proty Ukrayiny»* (Zayava No 29971/04) [The case "Kats and others v. Ukraine" (Application No. 29971/04)]. Rishennya Yevropeys'koho sudu z prav lyudyny po spravi (18.12.2008). Retrieved from: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_485 (in Ukr.).
20. *Sprava «Pokhlyebin proty Ukrayiny»* (zayava No 35581/06) [The case of "Pohliewin v. Ukraine" (application no. 35581/06)]. Rishennya Yevropeys'koho sudu z prav lyudyny po spravi (20.05.2010). Retrieved from: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_834 (in Ukr.).
21. *Ukhvala Irpins'koho mis'koho sudu Kyyivs'koyi oblasti* [Decision of the Irpin City Court of the Kiev region]. (26.05.2016 r. u spravi No 367/4236/16-к). Retrieved from: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57901670 (in Ukr.).
22. Vynnyk, V. O. , Zhayvoronok, V. V. , Rodnina, L. O., & Chertoryz'ka, T. K. (Reds.). (1977). *Slovnyk ukrayins'koyi movy* [Dictionary of the Ukrainian language]. v 11 t. / red. koleh. I. K. Bilodid (holova) ta in. Kyiv: Naukova dumka, 1970–1980. T. 8: Pryroda-Ryakhtlyvyy (in Ukr.).
23. *Pro deyaki pytannya poryadku zastosuvannya zapobizhnykh zakhodiv pid chas dosudovoho rozsliduvannya ta sudovoho provadzhennya vidpovidno do Kryminal'noho protsesual'noho kodeksu Ukrayiny* [On certain issues of the order of application of precautionary measures during pre-trial investigation and judicial proceedings in accordance with the Criminal Procedure Code of Ukraine]. Lyst Vyshchoho spetsializovanoho sudu Ukrayiny z roz·hlyadu tsyvil'nykh i kryminal'nykh sprav (04.04.2013 No 511-550/0/4-13). Retrieved from: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0511740-13 (in Ukr.).
24. Bandurka, O. M., Blazhivs'kyy, YE. M., & Burdol', YE. P. et all; Tatsiy, V. YA., Pshonka, V. P., & Portnov, A. V. (Reds.). (2012). *Kryminal'nyy protsesual'nyy kodeks Ukrayiny: naukovo-praktychnyy komentar* [Criminal Procedure Code of Ukraine: scientific and practical comment]. u 2 т. T. 1. Kharkiv: Право (in Ukr.).
25. Matviychuk, V. K., & Martynenko, H. V. (2013). Protsesual'nyy poryadok zastosuvannya zapobizhnykh zakhodiv za novym KPK Ukrayiny [Procedural Procedure for the Use of Preventive Measures under the New CPC of Ukraine]. *Yurydychna nauka,* (7). 72–83 (in Ukr.).

Надійшла 26.02.2018

РЕКОМЕНДОВАНЕ ЦИТУВАННЯ (RECOMMENDED CITATION), АНОТАЦІЇ (ABSTRACTS)

Фоміна Т. Г. Обставини, що враховуються при обранні запобіжного заходу. Форум права: електрон. наук. фахове вид. 2018. № 1. С. 95–104. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2018_1_15.pdf

DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1239021

Визначена сутність обставин, що враховуються при обранні запобіжного заходу. Розглянуто особливості оцінки слідчим суддею, судом вагомості наявних доказів про вчинення підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення; тяжкості покарання, що загрожує особі; віку та стану здоров'я підозрюваного, обвинуваченого; міцності його соціальних зв'язків; наявності у підозрюваного, обвинуваченого постійного місця роботи або навчання; його репутації, майнового стану, наявності судимостей; дотримання ним умов застосованих раніше запобіжних заходів та інші обставини.

Ключові слова: *Кримінально-процесуальний кодекс України; запобіжні заходи; підозрюваний; обвинувачений; порядок застосування запобіжного заходу*

***

Фомина Т.Г. Обстоятельства, учитываемые при избрании меры пресечения

Определена сущность обстоятельств, учитываемых при избрании меры пресечения. Рассмотрены особенности оценки следственным судьей, судом значимости имеющихся доказательств о совершении подозреваемым, обвиняемым преступления; тяжести наказания, угрожающего личности; возраста и состояния здоровья подозреваемого, обвиняемого; прочности его социальных связей; наличия у подозреваемого, обвиняемого постоянного места работы или учебы; его репутации, имущественного положения, наличия судимости; соблюдение им условий примененных ранее мер пресечения и другие обстоятельства.

Ключевые слова: *Уголовно-процессуальный кодекс Украины; меры пресечения; подозреваемый; обвиняемый; порядок избрания меры пресечения*

***

Fomina T.H. Circumstances Considered in Choosing a Preventive Measure

The author of the article has defined the essence of circumstances considered while choosing a preventive measure. The author has studied the peculiarities of evaluating such circumstances by an investigating judge, court as 1) ponder ability of available evidence of committing a criminal offense by a suspect, accused; 2) the severity of the punishment, which threatens the relevant person in case of recognition of a suspect, an accused guilty of a criminal offense in the commission of which he is suspected, accused; 3) the age and state of health of a suspect, an accused; 4) the strength of social contacts of a suspect, an accused in the place of his permanent residence, including the availability of the family and dependents; 5) availability of a permanent place of work or training of a suspect, an accused; 6) the reputation of a suspect, an accused; 7) financial condition of a suspect, an accused; 8) existence of convictions of a suspect, an accused; 9) compliance with the conditions of the applied preventive measures by a suspect, an accused, if they were applied earlier to him; 10) existence of a notice of suspicion to a person of committing another criminal offense; 11) the amount of property damage, for causing which a person is accused, suspected or the amount of income, in receipt of which as a result of a criminal offense, a person is suspected, accused, as well as the ponder ability of available evidence, which ground the relevant circumstances. It has been concluded that in order to determine the decision on the application of a certain type of preventive measures, all circumstances provided in the Art. 178 of the Criminal Procedural Code of Ukraine must be taken into account. These circumstances can be assessed either separately or in aggregate. This is due to the fact that some circumstances are decisive; however, in their aggregate assessment, they lead to the decision to apply a certain type of preventive measures, desirable in a particular legal situation.

Key words: *Criminal Procedural Code of Ukraine; preventive measures; a suspect; an accused; circumstances considered in choosing a preventive measure*

ФП 2018-1
ISSN 1995-6134

УДК *342.95(477)*
DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1241385

Н.П. ХРИСТИНЧЕНКО,
професор кафедри економічної безпеки та фінансових розслідувань
Тернопільського національного економічного університету,
доктор юридичних наук, доцент,
м. Тернопіль, Україна; e-mail: nkhrist@ukr.net;

ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ НОВОЇ СУДОВОЇ СИСТЕМИ В ЗАБЕЗПЕЧЕННІ ПРАВОСУДДЯ В ДЕРЖАВІ

N.P. KRISTINCHENKO,
Professor, Chair of Economic Security and Financial Investigations,
Ternopil National Economic University, Doctor of Law, Associate Professor,
Ternopil, Ukraine; e-mail: nkhrist@ukr.net;

SOME FEATURES OF THE NEW JUDICIARY FOR PROVIDING JUSTICE IN THE STATE

Постановка проблеми

Актуальність даної теми є надзвичайно популярною адже статус судді в рамках створення нової судової системи, визначається як засіб забезпечення правосуддя в державі.

Керуючись практикою Європейського суду з прав людини відзначимо, що виконання судових рішень розглядається як невід'ємна частина судового розгляду в розумінні статті 6 Конвенції, тому забезпечення права на справедливий суд є одним із ключових задач яку потрібно досягти судовою реформою.

У свою чергу, державою вже здійснено певні кроки до вирішення цієї проблеми. В тому числі, відповідно до судової реформи 2016 року, ініційованої Президентом України, відповідними змінами до Закону України "Про судоустрій і статус суддів" від 02.06.2016 року [3].

Питанням адміністративного судочинства значну увагу приділяли такі вчені, як Н. Саліщева, яка розглядала місце адміністративного судочинства в адміністративному процесі часів СРСР [1], В. Сорокін, відомий дослідженням проблем адміністративного процесу [2], В. Стефанюк, який розкрив особливості судового адміністративного процесу [3], Ю. Старилов з дослідженням засад адміністративної юстиції [4, с.107–108], І. Лукашук з дослідженням особливостей права міжнародної відповідальності [5], І. Голосніченко та М.Ф. Стахурський, що дослідили сутність, зміст, принципи та особливості адміністративного процесу [6, с.120–122], Н. Янюк, предмет наукової розвідки якого становили особливості адміністративного позову та адміністративної скарги в адміністративному судочинстві [7]. Нові тенденції також відображені у працях В. Авер'янова зі співавторами [8], А. Селіванова [9], В.В. Молдована [10], В.Г. Перепелюка [11, с.86–88] та ін. Певні засади судочинства отримали належний розвиток й у працях зарубіжних вчених – наприклад, практику виконання судових рішень у ряді країн досліджували Роджер Перро (Roger Perrot), Казухіко Ямамото (Kazuhiko Yamamoto), Меліса К. Морс (Melissa C. Morse) та ін. [12].

Тому метою статті є висвітлення особливостей адміністративно-правових відносин, які виникають в процесі створення нової вітчизняної судової системи в частині призначення та діяльності судді. Досягнення цієї мети передбачає вирішення таких завдань: аналіз особливостей вимог до суддів та провадження у справах щодо виконання судових рішень; пошук науково-обґрунтованих пропозицій та механізмів щодо покращення законодавства судової системи.

Висвітлення деяких особливостей нової судової системи в забезпеченні правосуддя в державі пов'язане з потребою забезпечення виконання судових рішень. Окремим дискусійним положенням виступає й обов'язковість забезпечення відповідальності за їх невиконання, що також регламентується різними видами підзаконних нормативно-правові актів.

Отже, у зв'язку з розгалуженістю підзаконних нормативно-правових актів існує проблема і в частині невиконання судових рішень. Таким чином, Постанови Пленуму Вищого адміністративного суду України, що визначають узагальнення

© Христинченко Н.П., 2018

ISSN 1995-6134

практики вирішення адміністративними судами спорів, які виникають у зв'язку з виконанням рішень суду про стягнення коштів, боржником за якими є державний орган або державна установа є уточнюючими документами, які мають більш вузьку спрямованість; їх функцією є доповнення, уточнення, конкретизація вже прийнятих правових джерел.

Новації вітчизняного судового законодавства

Отже, прийняття ряду Законів та інших нормативних документів у сфері реформування судочинства, забезпечення атестації та визначення професійної компетентності органу суду, вироблення механізму функціонування судової влади, справедливого розгляду справ та своєчасного винесення судових рішень є гострою необхідністю сьогодення та надзвичайно актуальним питанням в рамках вимог суспільства.

З прийняттям Закону "Про судоустрій і статус суддів" від 02.06.2016 р. відкрилися нові етапи до створення якісно нової моделі функціонування судової влади, згідно європейських стандартів та виконання задекларованих стратегічних заходів покладених в основу нормативного забезпечення судової реформи, який відкриває шлях для суспільного запиту на відкрите судочинство, справедливий суд, захист прав та інтересів громадян.

З прийняттям Законів України "Про судоустрій і статус суддів", "Про забезпечення права на справедливий суд", "Про відновлення довіри до судової влади в Україні" передбачені нові вимоги до оцінювання судей, що проводитимуться за критеріями професійної, особистої, соціальної компетентності, професійної етики та доброчесності.

Нові норми законодавства передбачають перехід до триланкової судової системи та утворення Верховного Суду, у складі якого діятимуть Велика Палата, функцією якої є уніфікація судової практики та вирішення юрисдикційних спорів в адміністративних, кримінальних та цивільних провадженнях, та чотири касаційні суди, функцією яких є розгляд справ в касаційному порядку.

Тут неодмінно треба зазначити, що з прийняттям Закону про "Про судоустрій і статус суддів" визначені нові вимоги до кандидата на посаду судді.

Таким чином, через призму реформування судової системи, що спрямоване в напрямку європейських стандартів, є вимога введення в дію повною мірою судової системи, оскільки багато дискусій відбуваються на стадії законотворення в реалізації судової реформи в Україні.

Отже, з аналізу тенденцій змін які відбулися внаслідок прийняття вищевказаних законів, визначимо позитивні його сторони:

– проведена повна перестановка складу кваліфікаційних і дисциплінарних органів, а саме Вищої кваліфікаційної комісії та Вищої ради юстиції;

– судді мають право обирати голів судів, що визначає основу щодо забезпечення незалежності судової системи та повноцінного судочинства;

– внесені зміни щодо визначення відповідальності суддів, що вчинили злочини або винесли незаконні рішення, і як наслідок визначено перелік дисциплінарних санкцій, що можуть бути застосовані до суддів;

– розпочато процес переатестації суддів;

– створена Громадська рада доброчесності, яка сприяє Вищій кваліфікаційній комісії суду України у встановленні відповідності кандидата на посаду судді критеріям професійної етики та доброчесності;

– визначена процедура відеозйомки судових слухань.

Отже в процесі розвитку конституційних змін в частині правосуддя, всі вказані зміни є необхідними та важливими.

Також треба зазначити, що передбачені підстави для звільнення судді з посади, що визначені ст.109 Закону України "Про статус судді та судоустрій" [13] і позначені як дисциплінарні стягнення стосовно судді. Отже, подання про звільнення судді з посади застосовується у разі: вчинення суддею істотного дисциплінарного проступку, грубого чи систематичного нехтування обов'язками, що є несумісним зі статусом судді або виявило його невідповідність займаній посаді; порушення суддею обов'язку підтвердити законність джерела походження майна (ч.8 ст.109). Однак механізму звільнення за даних підстав не передбачено.

Також Законом визначено механізм запобігання корупції в судовій системі: подання декларацій доброчесності, родинних зв'язків, моніторинг способу життя судді та інші. Передбачено Законом України "Про судоустрій і статус суддів" визначені нові кваліфікаційні вимоги до кандидата на посаду судді – громадянина України, не молодшого тридцяти та не старшого шістдесяти п'яти років, який має вищу юридичну освіту і стаж професійної діяльності у сфері права щонайменше п'ять років, володіє державною мовою та відповідає встановленим критеріям професійної компетентності, доброчесності та професійної

ISSN 1995-6134

етики, обов'язковою вимогою до посади судді Верховного суду наявність 10-річного стажу наукової роботи у сфері права або адвокатської діяльності.

Закон запроваджує нові підходи до розподілу повноважень між органами суддівського врядування. Дисциплінарні повноваження щодо суддів будуть передані до Вищої ради правосуддя, а ВККС України зосередиться на вирішенні кваліфікаційних питань, включаючи проведення кваліфікаційного оцінювання суддів, відкритих конкурсів на посади, спеціального навчання суддів тощо.

Такий підхід повністю відповідає європейським стандартам та неодноразово рекомендувався Венеціанською комісією, адже у Законі враховані всі ключові рекомендації Венеціанської Комісії, які стосуються судоустрою та статусу суддів.

Враховуючи, що прийняття вище вказаних законів є необхідним та вчасним, що визначали експерти Венеціанської Комісії, однак зазначимо, що ті зміни що відбулися, не перекривають недоліків, які все ж таки існують в судовій системі і після реалізації судової реформи. Вважаємо що основними такими недоліками є недосконалий механізм боротьби з корупційними проявами, оскільки здійсненої перевірки суддів загальної юрисдикції щодо ймовірного дисциплінарного проступку з боку судді, чи порушення ними присяги, не достатньо для очищення судової системи. Про це свідчить і те, що за результатами проведених перевірок було звільнено лише декілька суддів.

Процесу переатестації всіх суддів, що передбачена Законом "Про справедливий суд", бракує громадського контролю – на жаль громадяни не мають доступу до анкет суддів. Таким чином, звернення чи скарги громадян фактично не можуть вплинути на рішення комісії щодо перепризначення суддів. Тим більше, єдина санкція, яку передбачає експертиза перепризначення суддів, це направлення судді на перепідготовку.

Також треба зазначити, що зі створенням Вищого антикорупційного суду як суду першої інстанції, щодо ряду суддів проводяться розслідування Національним антикорупційним бюро – це стосується тих справ, по яким були винесені злочинні рішення заангажованими суддями.

Тобто, проблема є нагальною та гострою, оскільки посадові особи суду, в особі суддів, як орган що здійснює правосуддя, порушують норми Конституції, а не захищають їх.

Взаємне прикриття в українській судовій системі – це ще одна проблема, що гальмує реформу. Так, одеський суддя О. Буран, звинувачений в отриманні величезного хабара у розмірі 500 тисяч гривень (близько $20 тис.), відкрив вогонь по детективах Національного антикорупційного бюро, що проводили обшук в його домі [14]. Проте, Рада суддів України кваліфікувала цей інцидент як підбурювання до самогубства: суддя, який стріляв у представників правоохоронних органів і втікав від них, був жертвою, доведеною до самогубства діями Національного антикорупційного бюро. Зрештою одіозний суддя був затриманий і перебуває під вартою. Ця справа показує, що представники українських судів не готові визнавати злочини, скоєні їхніми колегами. На жаль, поборники старої судової системи стоятимуть до останнього, щоб відбілювати дії своїх колег і зберегти свої посади.

Висновки

Треба зазначити, що є нагальна необхідність відпрацювання більш чіткого визначеного механізму відбору кандидатів на посаду суддів та оновлення критеріїв об'єктивного оцінювання кандидатів на заняття посад суддів й здійснення ними звітності та контролю незаангажованими й кваліфікованими органами.

Разом із тим, важливим залишається питання щодо належного ступеню довіри громадян до судової системи та законності винесення судових рішень й обов'язковості їх виконання всіма органами державної влади та місцевого самоврядування й пересічними громадянами. Тому головне завдання реформування судової системи є досягнення довіри до судової системи і як призма довіра до органів державної влади.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Салищева Н. Г. Административный процесс в СССР. М. : Юрид. лит., 1964. 158 с.
2. Сорокин В. Д. Проблемы административного процесса. М. : Юрид. лит., 1968. 144 с.
3. Стефанюк В. С. Судовий адміністративний процес : монографія. Харків : Фірма "Консум", 2003. 464 с.
4. Старилов Ю. Н. Административная юстиция (теория, история, перспективы). М., 2001. 235 с.
5. Лукашук И. И. Право международной ответственности. М. : Волтерс Клувер, 2004. 432 с.
6. Голосніченко І. П., Стахурський М. Ф. Адміністративний процес : навч. посіб. / за заг. ред. Голосніченка І. П. К. : ГАН, 2003. 256 с.

ISSN 1995-6134

7. Янюк Н. Щодо адміністративного судочинства: адміністративний позов чи адміністративна скарга? *Право України.* 2003. № 8. С. 16.
8. Авер'янов В., Лук'янець Д., Педько Ю. Чи забезпечить вітчизняне адміністративне судочинство верховенство права. *Віче.* 2006. № 7–8. С. 35–39.
9. Селіванов А. О. Адміністративне судочинство – новий інститут реалізації судової влади. Проблеми судово-правової реформи. URL: http://www.viaduk.net/clients/vs.nsf/0/1F84B04D473311CEC32570BD00232346?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=1F84B04D473311CEC32570BD00232346&Count=500&.
10. Молдаван В. В. Судоустрій Федеративної Республіки Німеччини. URL: http://westudents.com.ua/glavy/69168-4-sudoustry-federativno-respublki nmechchini.html.
11. Перепелюк В. Г. Адміністративне судочинство: проблеми практики. К. : Конус-Ю, 2003. 272 с.
12. The Execution of Court Decisions in Civil Cases: Multilateral Seminar organised by the Council of Europe in conjunction with the Japan Foundation. Strasbourg, Palais de l'Europe 15–17 October 1997.
13. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02.06.2016 № 1402–VIII. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1402-19.
14. Суддю-хабарника, який стріляв у детективів НАБУ, відпустили з СІЗО. URL: https://www.obozrevatel.com/ukr/crime/suddyu-habarnika-yakij-strilyav-u-detektiviv-nabu-vidpustili-z-sizo.htm.

REFERENCES

1. Salishcheva, N. G. (1964). *Administrativnyy protsess v SSS*R [Administrative process in the USSR]. Moskva: Yurid. lit. (Russ.).
2. Sorokin, V. D. (1968). *Problemy administrativnogo protsessa* [Problems of the administrative process]. Moskva: Yurid. lit. (Russ.).
3. Stefanyuk, V. S. (2003). *Sudovyy administratyvnyy protses: monohrafiya* [Judicial administrative process: monograph]. Kharkiv: Firma "Konsum" (in Ukr.).
4. Starilov, YU. N. (2001). *Administrativnaya yustitsiya (teoriya, istoriya, perspektivy)* [Administrative justice (theory, history, perspectives)]. Moskva (Russ.).
5. Lukashuk, I. I. (2004) *Pravo mezhdunarodnoy otvetstvennosti* [The law of international responsibility]. Moskva: Volters Kluver (Russ.).
6. Holosnichenko, I. P., & Stakhurs'kyy, M. F.; Holosnichenko, I. P. (Red.). (2003). *Administratyvnyy protses : navch. posib.* [Administrative process: tutor. manual]. Kyiv: HAN (in Ukr.).
7. Yanyuk, N. (2003). Shchodo administratyvnoho sudochynstva: administratyvnyy pozov chy administratyvna skarha? [Regarding administrative legal proceedings: an administrative suit or an administrative complaint?]. *Pravo Ukrayiny,* (8). 16 (in Ukr.).
8. Aver'yanov, V., Luk'yanets', D., & Ped'ko, YU. (2006). Chy zabezpechyt' vitchyznyane administratyvne sudochynstvo verkhovenstvo prava [Will domestic rule of law ensure the rule of law]. *Viche,* (7–8). 35–39 (in Ukr.).
9. Selivanov, A. O. *Administratyvne sudochynstvo – novyy instytut realizatsiyi sudovoyi vlady. Problemy sudovo-pravovoyi reformy* [Administrative justice – a new institution for the implementation of judicial power. Problems of judicial reform]. Retrieved from: http://www.viaduk.net/clients/vs.nsf/0/1F84B04D473311CEC32570BD00232346?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=1F84B04D473311CEC32570BD00232346&Count=500& (in Ukr.).
10. Moldavan, V. V. *Sudoustriy Federatyvnoyi Respubliky Nimechchyny* [Judiciary of the Federal Republic of Germany]. Retrieved from: http://westudents.com.ua/glavy/69168-4-sudoustry-federativno-respublki nmechchini.html (in Ukr.).
11. Perepelyuk, V. H. (2003). *Administratyvne sudochynstvo: problemy praktyky* [Administrative Proceedings: Practice Issues]. Kyiv: Konus-YU (in Ukr.).
12. The Execution of Court Decisions in Civil Cases: Multilateral Seminar organised by the Council of Europe in conjunction with the Japan Foundation. Strasbourg, Palais de l'Europe 15–17 October 1997 (in Eng.).
13. *Pro sudoustriy i status suddiv* [On the Judiciary and the Status of Judges]. Zakon Ukrayiny (02.06.2016 No 1402–VIII). Retrieved from: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1402-19 (in Ukr.).
14. *Suddyu-khabarnyka, yakyy strilyav u detektyviv NABU, vidpustyly z SIZO* [Judge-barbarian who shot at NABU detectives was released from jail]. Retrieved from: https://www.obozrevatel.com/ukr/crime/suddyu-habarnika-yakij-strilyav-u-detektiviv-nabu-vidpustili-z-sizo.htm (in Ukr.).

Надійшла 24.02.2018

ISSN 1995-6134

Христинченко Н. П. Деякі особливості нової судової системи в забезпеченні правосуддя в державі. Форум права: електрон. наук. фахове вид. 2018. № 1. С. 105–109. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2018_1_16.pdf

DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1241385

Розглядається порядок та особливості адміністративно-правових відносин, які виникають в процесі створення нової судової системи щодо нових вимог до призначення на посаду судді. Досліджується досвід притягнення суддів до відповідальності за порушення законодавства. Аналізуються деякі особливості нової судової системи в забезпеченні правосуддя в державі. Вирішуються питання пов'язані з потребою забезпечення виконання судових рішень. Прослідковується обов'язковість забезпечення відповідальності за невиконання судових рішень, що також регламентується різними видами підзаконних нормативно-правові актів.

Ключові слова: *процесуальний порядок; законодавство; порядок розгляду справ; виконання судових рішень*

***

Христинченко Н.П. Некоторые особенности новой судебной системы в обеспечении правосудия в государстве

Рассматривается порядок и особенности административно-правовых отношений, возникающих в процессе создания новой судебной системы относительно новых требований к назначению на должность судьи. Исследуется опыт привлечения судей к ответственности за нарушение законодательства. Анализируются некоторые особенности новой судебной системы в обеспечении правосудия в государстве. Решаются вопросы, связанные с необходимостью обеспечения исполнения судебных решений. Прослеживается обязательность обеспечения ответственности за неисполнение судебных решений, также регламентируется различными видами подзаконных нормативно-правовые акты.

Ключевые слова: *процессуальный порядок; законодательство; порядок рассмотрения дел; исполнение судебных решений*

***

Khrystinchenko N.P. Some Features of the New Judicial System in Providing Justice in the State

The order and peculiarities of administrative-legal relations that arise in the process of creating a new judicial system regarding new requirements for appointment to a judge's position are considered. The experience of bringing judges to justice for violation of the law is investigated. Some features of the new judicial system in the provision of justice in the state are analyzed. Issues related to the need to enforce court decisions are resolved. There is a mandatory obligation to ensure liability for non-enforcement of court decisions, which is also regulated by various types of by-laws of normative-legal acts. The scientific article is devoted to the administrative-legal aspect of the status of a judge within the framework of the creation of a new judicial system, as a means of ensuring the administration of justice in the state. The order and the peculiarities of administrative-legal relations that arise in the process of creating a new judicial system in relation to new requirements for appointment to a judge's position are considered. The experience of bringing judges to justice for violation of the law is investigated. This topic is extremely popular as the status of a judge within the framework of establishing a new judicial system is defined as a means of ensuring the administration of justice in the state. Following the practice of the European Court of Human Rights, we note that the enforcement of judgments is considered an integral part of the trial in the sense of Article 6 of the Convention, therefore the provision of the right to a fair trial is one of the key tasks to be achieved by judicial reform. Adoption of the Law on the Judiciary is one of the key stages in the normative provision of judicial reform, which opens the way for a qualitatively new model of the functioning of the judiciary in accordance with public expectations and European standards and satisfying the public request for a fair trial. Consideration is being given to the creation of a Single Judicial Information and Telecommunication System, which should ensure the exchange of documents in electronic form between courts, between the court and participants in the litigation, between the participants in the trial. It has also been established that the court will conduct a case review in electronic form with the possibility of using electronic evidence.

Key words: *procedure; legislation; proceedings; execution of court decisions*

ФП 2018-1
ISSN 1995-6134

УДК 343.54:343.988
DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1241387

Т.І. ШЕВЧУК,
завідувач кафедри юридичних дисциплін
Міжрегіональної академії управління персоналом,
кандидат юридичних наук,
м. Тернопіль, Україна; e-mail: shevchukti@ukr.net;
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-7713-0549

ВІКТИМОЛОГІЧНА ПРОФІЛАКТИКА ЯК СКЛАДОВА СИСТЕМИ ЕФЕКТИВНОЇ ПРОТИДІЇ СЕКСУАЛЬНІЙ ЗЛОЧИННОСТІ

T.I. SHEVCHUK,
Head, Chair of Legal disciplines,
Interregional Academy Personnel Management, Ph.D. in Law,
Ternopil, Ukraine; e-mail: shevchukti@ukr.net;
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-7713-0549

VICTIMOLOGICAL PREVENTION AS A SYSTEM COMPONENT OF EFFECTIVE COUNTERACTION TO SEXUAL CRIMINALITY

Постановка проблеми

Запорукою успішного розвитку та існування будь-якої держави є максимальне зниження рівня злочинності. На сучасному етапі становлення України нагальним є розроблення відповідних концепцій розвитку найрізноманітніших сфер діяльності суспільства, а також системне впровадження цих концепцій в життя. Істотним бар'єром, що заважає реалізації цих ідей – є злочинність, тому розроблення системи протидії злочинності всіх рівнів є вагомим кроком у правовій розбудові України.

В умовах безпрецедентного збільшення випадків сексуального насильства в державі, що призвело до підвищення рівня віктимізації суспільства, діяльність держави в сфері протидії сексуальній злочинності вважається однією з провідних функцій системи, що покликана мінімізувати вказане суспільно небезпечне явище. У зв'язку з цим набуває істотного значення питання віктимологічної профілактики, як складової частини системи ефективної протидії сексуальній злочинності. Важливим в цьому напрямку є поглиблення характеристики поняття сексуальних злочинів та його уніфікації.

Проблемам протидії злочинності приділяється значна увага у вітчизняній та закордонній науковій літературі. Так, О.М. Бандурка та О.М. Литвинов відзначають, що протидія злочинності – це продукт унікального симбіозу державного механізму (суспільного устрою) і злочинності (множинності проявів деструкції) [1, с.84].

Структуруванню системи протидії злочинності присвячена фундаментальна праця українського кримінолога А.П. Закалюка, котрий відзначає, що сукупність суб'єктів запобігання злочинності та злочинним проявам, їх повноважень, правових і організаційних заходів, форм та засобів здійснення останніх нерідко називають системою запобігання злочинності. В Україні, з огляду на неповноту законодавчого регулювання, низьке становище організації та здійснення запобіжної діяльності, відсутність у ній багатьох забезпечуючих та виконавчих заходів та засобів, фактично немає підстав називати її системою [2, с.346]. Тому безумовно, привернення уваги науковців та практиків до даної проблеми дасть змогу якісно сформувати систему протидії злочинності.

Питанням запобігання злочинам, пов'язаним із сексуальним насильством присвячені роботи О.М. Джужі [3, с.37]. Соціальні та психологічні чинники віктимізації розкривають у своїх дослідженнях В.В. Голіна, Ю.В. Бауліна, В.І. Борисова [4, с. 240]. Станом на сьогодні нараховано численну кількість закордонних досліджень у цьому науковому напрямку. Серед них, наприклад, науковці А.В. Берджесс (A.W. Burgess), який висвітлював віктимну поведінку під час вчинення сексуальних злочинів [5, с.375], Даніяберк Мусаєв

© Шевчук Т.І., 2018

ISSN 1995-6134

(Daniyarbek Mussayev), дослідження якого стосувались особливостей об'єктів віктимологічної профілактики – постраждалих і потенційних жертв, що зазнали кримінального злочину проти їхнього життя і здоров'я [6], Бонні С. Фишер (Bonnie S. Fisher), Брэдфорд В. Рейнс (Bradford W. Reyns) та Джон Дж. Слоун (John J. Sloan), які, пов'язуючи теорію з практикою і виділяючи програми дослідження, розглядали такі питання, як запобігання та пом'якшення шкоди, а також загальні проблеми віктимізації [7].

Попри визначні праці вказаних науковців, не втрачає своєї актуальності висвітлення віктимологічної профілактики саме як складової системи протидії сексуальній злочинності у сучасних умовах. Тому метою статті є вдосконалити поняття статевих злочинів, проаналізувати останні зміни до Кримінального кодексу України у даній сфері та виокремити основні напрями віктимологічної профілактики, як складової системи протидії цього суспільно небезпечного явища. Новизна роботи полягає в вдосконаленні поняття сексуальних злочинів, поданні його дефініції, виокремленні напрямів віктимологічної профілактики сексуальної злочинності та формулюванні змін до Кримінального кодексу з метою належного правового регулювання злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканності особи.

Удосконалення термінології щодо сексуальних злочинів

Слід зазначити, що означене поняття вже частково зазнавало розгляду українськими кримінологами. Так, С.В. Якимова визначає: "Сексуальні злочини" – це агресивна, кримінально-каральна модель сексуальної поведінки по відношенню до сексуального партнера з мотивів задоволення винним статевої пристрасті шляхом фізичного насильства, погрози його застосування, використання безпорадного стану особи, матеріальної чи службової залежності потерпілого або у зв'язку з хворобливим порушенням спрямованості статевого потягу щодо дітей, які не досягли статевої зрілості.

Доцільність виокремлення "сексуальних злочинів" в окрему підгрупу насильницьких злочинів визначається специфікою їх детермінації на особистісному рівні та має важливе практичне значення удосконалення заходів з запобігання їх учиненню [8, с.160–161].

Аналіз кримінологічної літератури дозволяє констатувати, що поняття сексуальних злочинів рідко застосовується до злочинів, які посягають на статеву свободу та статеву недоторканність. Хоча саме слово "секс" в українській мові є запозиченням з англійської, де воно має значення "стать" [9]. Широке застосування поняття сексуального насильства, поряд з уникненням формулювання "сексуальні злочини" в Україні, видається дещо невиправданим, хоча б на фоні того, що важко виокремити види сексуального насильства, які би не були суспільно небезпечними, тому вважаємо за доцільне застосування терміну "сексуальні злочини". Так само, як корупційні, військові злочини та ін., де об'єктом злочину є захист суспільних відносин, певного виду прав та свобод людини, формулювання "сексуальні злочини" буде лише ознакою об'єкта посягання кримінально караних діянь.

Вважаємо за доцільне використання поняття "сексуальні злочини" з метою характеристики таких суспільно небезпечних діянь. Авторське розуміння цього поняття полягає в наступному: ***сексуальні злочини – це злочини, основною суспільною небезпекою яких є порушення статевої свободи та статевої недоторканості особи.***

До сексуальних злочинів відносимо лише діяння, передбачені розділом IV Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – КК). Інші діяння, які поряд з посяганням на основний об'єкт злочину, посягають на суспільні відносини в сфері забезпечення статевої свободи та статевої недоторканності особи та носять ознаки сексуальних, повинні передбачатись у відповідній частині статті КК або кваліфікуватись за сукупністю злочинів з діяннями, передбаченими розділом IV Особливої частини КК, за наявності на те підстав, та враховуватись при призначені покарання.

Сексуальна злочинність все ще має високий рівень віктимологічної латентності і, не в останню чергу, через недосконалість законодавства, яке не в повній мірі охопило всі суспільно небезпечні сексуальні правопорушення. Саме тому, останні зміни до КК визначають, які нові діяння є злочинами. Так, на початку 2019 року, серед іншого, планується ввести такі самостійні склади злочинів: ст.126-1 "Домашнє насильство", ст.153 "Сексуальне насильство" [10]. Задекларувавши бажання вдосконалення законодавства та забезпечення гендерної рівності, законодавець впровадив зміни до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами [10].

ISSN 1995-6134

Однак, окремі формулювання видаються нам такими, що не в повній мірі відповідають завданням Кримінального кодексу та вносять складності в кримінально-правову кваліфікацію суспільно небезпечних діянь. Так, згідно нового поняття злочину, передбаченого ст.152 КК, зґвалтуванням визнається: вчинення дій сексуального характеру, пов'язаних із вагінальним, анальним або оральним проникненням в тіло іншої особи з використанням геніталій або будь-якого іншого предмета, без добровільної згоди потерпілої особи. Тобто, згідно такого тлумачення, статевий контакт, у природній спосіб, між дорослою жінкою та неповнолітнім хлопцем, проти його волі, складно буде кваліфікувати як зґвалтування, оскільки не буде ні вагінального, ні анального, ні орального проникнення в тіло хлопця. Швидше за все, такі дії кваліфікуватимуть за ч.1 (примушування особи без її добровільної згоди до здійснення акту сексуального характеру з іншою особою) ст.154 "Примушування до вступу в статевий зв'язок", відповідальність за що передбачена у вигляді штрафу (до 50 н.м.д.г.) або арешт (до 6 місяців). Справедливості заради відмітимо, що у відповідності до пропонованих змін, статевий контакт у природній спосіб між подружжям, чоловіком та жінкою без добровільної згоди останньої, може кваліфікуватись згідно ч.2 ст.152 КК, що передбачатиме від 5 до 10 років позбавлення волі. Навряд чи, в такому випадку, дотримається принцип справедливості при призначенні покарання, а тим паче гендерної рівності.

Для уникнення неправильної кримінально-правової кваліфікації, у відповідності до принципів кримінального законодавства та завдань Кримінального кодексу, ***пропонуємо викласти ч.1 ст.152 КК "Зґвалтування" у такому формулюванні:*** *вчинення сексуального проникнення (статевими органами або в статеві органи) будь-якого виду стосовно іншої особи (як жінки, так і чоловіка) шляхом насильства, примусу, погрози чи обману.*

Тому, маємо переконливу надію, що законодавець прислухається до запропонованих нами змін та думок інших науковців [11], які нададуть свою характеристику таким новелам у кримінальному законодавстві та внесуть поправки до моменту вступу їх в законну силу на початку 2019 року.

Причини злочинності дуже різноманітні й складні; головні причини обумовлені в нашій країні соціальним, економічним і правовим розшаруванням і нерівністю, соціальною і правовою несправедливістю, зубожінням переважної частини населення, безправ'ям, а також культивуванням насилля і користі в засобах масової інформації [1, с.84].

Наприклад, А.П. Закалюк відзначає, що діяльність щодо запобігання та протидії злочинності є різновидом соціальної діяльності суспільне корисного спрямування. Віднесення зазначеної діяльності до суспільно корисної, яка відповідає інтересам суспільства, потрібне через те, що не будь-яка соціальна діяльність є суспільно прийнятною і доцільною. Зокрема, злочинна діяльність, яка є проявом кримінальної активності частини членів суспільства, не відповідає інтересам демократичного громадянського суспільства, що ґрунтується на принципах верховенства права, соціальної справедливості, забезпечення прав і свобод людини і громадянина [2, с.364].

На думку сучасних українських кримінологів, запобігання злочинності у буквальному розумінні означає діяльність, що перешкоджає вчиненню злочинів. Це коротке визначення відображає основну мету запобіжної діяльності – перешкодити вчиненню злочинів, скоротити їхню кількість і тим самим зменшити розміри злочинності. Інколи вказується на некоректність застосування терміна "запобігання" щодо злочинності, яка вже існує, та, очевидно, ще довго буде мати місце, а запобігти можна, мовляв, лише тому, чого ще немає [12, с.138; 13, с.3, 8].

Як нам видається, наукові дискусії щодо застосування понять запобігання та протидії злочинності ще довго будуть мати місце серед кримінологічної думки в Україні. Ми вважаємо, що ефективна комплексна протидія злочинності повинна складатись з окремо взятих випадків запобігання конкретним злочинам, адже запобігти можна лише тому, що ще не трапилося. Спрямування роботи у такому напрямку дозволить діяти на випередження, що в загальному позитивно вплине на зниження рівня злочинності загалом. ***Тому пропонуємо застосовувати поняття запобігання щодо конкретних злочинів, а протидію – до злочинності як явищу.***

На підставі аналізу наукової літератури, практики роботи правоохоронних органів є всі підстави розподілити систему протидії злочинності за такими рівнями: 1) загальносоціальний, 2) спеціально-кримінологічний, 3) індивідуальний.

На нашу думку, на кожному з цих рівнів, доцільно проводити відповідну віктимологічну профілактику сексуальної злочинності. Так, Д.В. Ривман вказує, що ще в радянські часи

ISSN 1995-6134

виокремлювали три основні напрями віктимологічної профілактики, а саме: 1) загальна віктимологічна профілактика, спрямована на виявлення та корекцію поведінки віктимогенних соціальних груп; 2) індивідуальна віктимологічна профілактика, спрямована на виявлення потенційних потерпілих, їх навчання та захист і на захист і корекцію поведінки реальних потерпілих від злочинів; 3) профілактика конкретних злочинів з використанням віктимологічної інформації, а також тактичних можливостей припинення злочинів певного типу в залежності від властивих їм віктимологічних особливостей [14, с.106].

Віктимологія як галузь знань про злочинність намагається установити закономірності формування особистості жертви злочину, які описуються в цій науці певними поняттями, зокрема такими, як віктимність, віктимогенні фактори, віктимогенні ситуації, віктимологічне запобігання, віктимізація та ін. Віктимність визначається як можливість і навіть схильність особи стати жертвою злочину в ситуації, коли такі наслідки могли б і не настати, якби жертва виявила достатню обережність, обачність, серйозність в оцінці обставини, що виникла, сміливість, здоровий глузд і водночас не була б легковажною, ризикованою, розпусною, провокаційною, агресивною, конфліктною, небезпечною для самої себе, що стає поштовхом для злочинних зазіхань [15, с.61–67].

Це підтверджують дослідження С.В. Якимової, яка відзначає, протягом останніх років значно збільшилася кількість зґвалтувань, в яких злочинець і жертва були знайомі по роботі або спільному дозвіллі чи познайомилися на вулиці, у ресторані тощо. У вчиненні такого зґвалтування значну роль відіграє поведінка жінки, що має виражений віктимний характер. Аналізуючи такі випадки, може складатися враження, що потерпіла сама сприяла вчиненню злочину. Вона може добровільно прийти в будинок до малознайомого чоловіка, фліртувати, залишатися на ніч, не заперечуючи або навіть заохочуючи пестощі та поцілунки. У деяких випадках злочинець і жертва раніше вступали в статевий зв'язок [8, с.164].

Заходи превенції сексуального насильства відносно дітей

Як відомо, сексуальне насильство в переважній своїй більшості вчиняється відносно знайомих людей, що підтверджує наукова література і кримінальна статистика, а скоєнню злочинів передує певна систематична девіантна поведінка, то вчасне виокремлення загрози, дасть змогу ефективно здійснити запобігання злочину.

Якщо провести дослідження вчинення таких злочинів відносно дітей, то видно, що частіше має місце обман, підкуп, використання безпорадного (неусвідомленого) становища дитини, аніж використання фізичного насильства чи грубої сили. Саме на цьому фоні особливої уваги набуває належна правова освіта населення загалом та дітей зокрема, як ефективна складова віктимологічної профілактики сексуальній злочинності.

Беззаперечно, позитивним є впровадження у загальноосвітніх навчальних закладах методичних посібників із проблем поширення насильства над дітьми, де найважливіша інформація стосується того, які ситуації та сигнали у поведінці дитини повинні викликати тривогу дорослої людини. Для просвітницької роботи з дітьми 4–6 років пропонують сценарії інтерактивних бесід, покликаних навчити дитину п'ятьох правил безпечної поведінки: (1) Тут мене не торкайся! (2) Твоє тіло належить тільки Тобі! (3) Добре зробиш, коли розкажеш про секрети, які Тебе турбують! (4) "НІ" означає "НІ"! (5) "Ні – біжи – розкажи!" [16].

Такі видання дійсно будуть корисними для вихователів, учителів початкових класів, практичних психологів, соціальних педагогів, батьків, а також усіх, хто працює у галузі попередження насильства над дітьми. Адже, на наше переконання, ці суб'єкти мають визначальне значення на запобігання поширення сексуальної злочинності загалом та щодо дітей зокрема.

Як вірно зазначає А.О. Джужа, в Україні сексуальне насильство над дітьми, дитяча проституція та порнографія тісно пов'язані з соціально-економічними і культурними особливостями регіонів. Так, наявність курортів і портів на південній території нашої держави, для якої властиві високі показники раннього статевого життя, є сприятливим підґрунтям для поширення означеної проблеми. На Сході через високий рівень безробіття та низку соціально-економічних труднощів експерти також констатують підвищений рівень розпусти. В свою чергу, для північних територій України характерні: низькі соціально-економічні показники, наближеність до столиці збільшує ризик утягування дітей у секс-індустрію. Лише в західних областях завдяки низькій густоті населення і високому рівню релігійності вдається стримувати поширення цього явища [17, с.180–181].

ISSN 1995-6134

Зазначимо, що у сучасних умовах, коли частина території на півдні та на сході України є тимчасово окупована, особливої актуальності набувають дослідження, присвячені аналізу криміногенної обстановки, що там склалася.

Ми також переконані, що рівень релігійності населення обернено пропорційно впливає на рівень злочинності. Хоча церква перебуває поза межею державного регулювання, не варто виключати її з суб'єктів протидії сексуальній злочинності. Навпаки, доцільно використовувати її з метою покращення криміногенної обстановки в державі. Найбільш поширена в Україні та усьому західному світі релігія – християнство, декларує повагу до прав і свобод інших та неприпустимість розпусти, а тим паче сексуального насильства. При формуванні в свідомості людини, з раннього віку, авторитету та поваги до релігійних канонів, закону, сім'ї, вона набагато вірогідніше не вдаватиметься до протиправних дій у майбутньому.

Проведені нами наукові дослідження насильницької злочинності свідчать, що 19,7 % опитаних працівників органів внутрішніх справ, які обслуговують сільську місцевість, вважають, що засоби релігійного виховання є ефективними у запобіганні злочинам [18, с.153].

Міжнародний досвід віктимологічних досліджень для України

Проблема жертв злочинів гостро стоїть, не тільки в межах держави, але й на міждержавному рівні. Саме тому було створено The World Society of Victimology (Всесвітнє суспільство віктимології), яка є неприбутковою, неурядовою організацією з спеціально консультативним статусом при Економічній і Соціальній Раді Організації Об'єднаних Націй та Ради Європи. Мета даної організації полягає в просуванні віктимологічних досліджень і практики в усьому світі, заохочення міждисциплінарних і порівняльних робіт і досліджень у цій області, а також розвиток співробітництва між міжнародними, національними, регіональними та місцевими установами та іншими групами, які пов'язані з проблемами різного роду жертв. Також Всесвітнє суспільство віктимології включає в себе: надання допомоги постраждалим практиками, соціологами, соціальними працівниками, лікарями, юристами, державними службовцями, волонтерами, університетськими вченими всіх рівнів, і студентами [19]. Слід зазначити великий вплив віктимної поведінки на вчинення сексуальних злочинів, на що звертають особливу увагу Р. Вортлі (R. Wortley), С. Смолбоун (S. Smallbone), В. Маршалл (W. Marshall) [20, с.61–62] та Джерін Р.А. (Jerin Robert A.), Моріарті Л.Дж. (Moriarty Laura J.) [21, с.41] та ін.

Серед чинників віктимізації населення В.В. Голіна виділяв: соціально-економічна криза і пов'язані з нею руйнування людської моралі та викривлення системи духовних цінностей; спад виробництва, масове безробіття, невиплата зарплатні; відверта пропаганда порнографії, кулачного права, жорстокості, вседозволеності; аморальна та неправомірна поведінка потерпілих; зайва довіра до незнайомих «друзів»; дисфункція сім'ї, що веде до безпритульності, бездоглядності, насильства в сім'ї; маргінальність, поширення соціальної патології серед населення, алкоголізація, наркоманізація; панування правового нігілізму в державі, корупція; наявність злочинності як соціального явища припускає процес віктимізації певної частини населення; відставання соціального контролю над злочинністю від тенденцій віктимізації тощо [4, с.240–256, 22, с.185–193].

Особливої ваги потрібно надавати освітньому рівню молодого покоління загалом та обізнаності стосовно проблем поширення сексуальної злочинності зокрема, як складової ефективної віктимологічної профілактики. Адже нерідко, "вчорашні" діти стають батьками! Людина не здатна передати знання, яких у неї просто не має. Тому для ефективного впровадження засобів сімейного виховання, неодмінно повинна бути забезпечена правова парадигма розвитку молоді. Батьки безпосередньо та найбільше контактують з дитиною, і можуть як направити у правильне русло, так і звести нанівець старання всієї освітньої системи. Вседозволеність, безконтрольність та проста відсутність часу на виховання дитини, за яких несформована особистість вільно блукає в просторах глобальної мережі інформації, не вчасне вирішення інших соціальних чи психологічних проблем може призвести до настання кримінологічних проблем.

На думку О.М. Джужі доцільним є створення спеціалізованих центрів, де діти – жертви злочинів та їхні батьки могли б безкоштовно отримати своєчасну кваліфіковану психологічну та правову допомогу [3, с.112], то не вважаємо за доцільне окремо створювати такі центри з практичних та економічних міркувань. У сучасних умовах видається можливим, делегувати ці функції підрозділам ювенальної превенції управлінь превентивної діяльності Національної поліції, на які покладено тотожні завдання.

ISSN 1995-6134

Висновки

Ми переконані, ефективна протидія сексуальній злочинності можлива лише при системному впровадженні заходів по її мінімізації через відповідні причинно-наслідкові зв'язки. Віктимологічна профілактика – це вагомий елемент, що дозволяє вдосконалити систему протидії сексуальній злочинності, самостійний вид профілактики злочинності, який включає специфічну діяльність соціальних інститутів та правоохоронних органів, спрямовану на дослідження, виявлення, усунення обставин, що формують віктимну поведінку.

Окремими напрямами віктимологічної профілактики є:

1) розвиток освіти – надає можливість суспільству звернутися до цієї проблеми та побачити її. Належне правове виховання, особливо з юного віку, дасть змогу у довгостроковій перспективі знизити рівень злочинності загалом та сексуальних злочинів зокрема;

2) засоби сімейного та релігійного виховання є ефективними складовими віктимологічної профілактики сексуальної злочинності. Становлення у свідомості особи поваги до сімейних цінностей, неприпустимості поширення насильства чи порушення закону, дотримання прийнятних норм поведінки у суспільстві дають змогу сформувати законослухняних громадян;

3) вдосконалення законодавства, виходячи з сучасних вимог суспільства.

Вважаємо, що без комплексного застосування наукових розробок дотичних спеціальностей та максимальної інтерпретація їх у практичну площину із залученням спеціалістів з інших галузей знань не вдасться здійснювати ефективну системну протидію злочинності та виконати основне завдання кримінології – запобіганню злочину.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Бандурка О. М., Литвинов О. М. Парадокси протидії злочинності. *Вісник Кримінологічної асоціації України.* 2013. № 3. С. 83–90.
2. Закалюк А. П. Курс сучасної української кримінології: теорія і практика: У 3 кн. К. : Видавничий Дім "Ін Юре", 2007.; Кн. 1: Теоретичні засади та історія української кримінологічної науки. 424 с.
3. Джужа О. М. Запобігання злочинам, пов'язаним із сексуальним насильством : монографія. Київ : Атіка, 2009. 240 с.
4. Голіна В. В. Соціальні та психологічні чинники віктимізації // Потерпілий від злочину (міждисциплінарне правове дослідження) / кол. авт.; за заг. ред. Ю.В. Бауліна і В.І.Борисова. Х. : Кроссроуд, 2008. 364 с.
5. Burgess A. W. *Victimology of sexual assault* (from research into violent behavior - overview and sexual assaults). House Cmtte on Science and Technology. United States of America. 1978. PP. 367–375. URL: https://www.ncjrs.gov/App/Publications/abstract.aspx?ID=55736.
6. Mussayev, Daniyarbek. Victimological Prevention of Crime against Life and Health. *Journal of Advanced Research in Law and Economics,* [S.l.], v. 8, n. 5, p. 1585-1591, feb. 2018. doi: https://doi.org/10.14505//jarle.v8.5(27).24.
7. Bonnie S. Fisher, Bradford W. Reyns, and John J. Sloan, III. Introduction to Victimology. Contemporary Theory, Research, and Practice. Oxford University Press, 2015.
8. Якимова С. В. Поняття та кримінологічна характеристика "сексуальних злочинів". *Вісник Національного університету "Львівська політехніка". Серія "Юридичні науки".* 2014. № 806. С. 159–166.
9. Секс. URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/Секс.
10. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами : Закон України від 06.12.2017 № 2227–VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 5. Ст. 34.
11. Маркін В. І. Секс за кримінальним кодексом: нова редакція. *Юридична газета.* 20.02.2018. URL: http://yur-gazeta.com/publications/practice/kriminalne-pravo-ta-proces/seks-za-kriminalnim-kodeksom-nova-redakciya.html
12. Курс Кримінології. Загальна частина : підручник: У 2 кн. / О. М. Джужа, П. П. Михайленко, О. Г. Кулик та ін. ; за заг. ред. Джужи О. М. К. : Юрінком-Інтер, 2001. 352 с.
13. Давиденко Л. М., Бандурка А. М. Противодействие преступности: теория, практика, проблеми. Харьков : Изд-во Нац. ун-та внутр. дел,, 2005. 302 с.
14. Ривман Д. В. Виктимологические факторы и профилактика преступлений. Л. : Изд-во Высшего политического училища МВД СССР, 1975. 159 с.
15. Кримінологічна віктимологія: навч. посіб. / Є. М. Моїсеєв, О. М. Джужа, В. В. Василевич та ін.; за заг. ред. проф. О. М. Джужи. К. : Атіка, 2006. 352 с.
16. Навчіть дитину захищатися : метод. посібник / автори-упоряд. Цюман Т. П., Нагула О. Л. ; за заг. ред. Цюман Т. П. К. : УФ Благополуччя дітей, 2015. 60 с.

17. Джужа А. О. Віктимологічне запобігання сексуальному насильству щодо дитини. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ.* 2016. № 4 (101). С. 179–188
18. Шевчук Т. І. Кримінологічна характеристика та запобігання насильницьким злочинам проти життя та здоров'я особи у сільській місцевості: дис. … канд. юрид. наук : 12.00.08. Львів, 2013. 270 с.
19. The World Society of Victimology. *Advancing research, services and awareness for victims.* URL: http://www.worldsocietyofvictimology.org.
20. Wortley, R., Smallbone, S., Marshall, W. (2008). *Preventing Child Sexual* Abuse. London: Willan. 272 p.
21. Jerin Robert, A., Moriarty Laura J. (1998). *Victims of Crime.* Nelson-Hall Publishers, Chicago, 223 p.
22. Голіна В. В. Соціальні та психологічні чинники кримінологічної віктимізації в Україні. *Вісник Академії правових наук України.* 2007. № 3 (50). С. 185–193.

REFERENCES

1. Bandurka, O. M., & Lytvynov, O. M. (2013). Paradoksy protydiyi zlochynnosti [Paradoxes of Counteracting Crime]. *Visnyk Kryminolohichnoyi asotsiatsiyi Ukrayiny,* (3). 83–90 (in Ukr.).
2. Zakalyuk, A. P. (2007). *Kurs suchasnoyi ukrayins'koyi kryminolohiyi: teoriya i praktyka* [The course of modern Ukrainian criminology: theory and practice]. U 3 kn. Kyiv: Vydavnychyy Dim "In Yure". Kn. 1: Teoretychni zasady ta istoriya ukrayins'koyi kryminolohichnoyi nauky (in Ukr.).
3. Dzhuzha, O. M. (2009). *Zapobihannya zlochynam, pov'yazanym iz seksual'nym nasyl'stvom : monohrafiya* [Prevention of Crimes Related to Sexual Violence: Monograph]. Kyiv: Atika (in Ukr.).
4. Holina, V. V., Baulin, YU. V., & Borysov, V. I. (Red.). (2008). *Sotsial'ni ta psykholohichni chynnyky viktymizatsiyi* [Social and psychological factors of victimization]. Poterpilyy vid zlochynu (mizhdystsyplinarne pravove doslidzhennya). Kharkiv: Krossroud (in Ukr.).
5. Burgess, A. W. (1978). *Victimology of sexual assault* (from research into violent behavior - overview and sexual assaults). House Cmtte on Science and Technology. United States of America. PP. 367–375. Retrieved from: https://www.ncjrs.gov/App/Publications/abstract.aspx?ID=55736 (in Eng.).
6. Mussayev, D. (2018). Victimological Prevention of Crime against Life and Health. *Journal Of Advanced Research In Law And Economics,* 8(5), 1585-1591. doi:10.14505//jarle.v8.5(27).24 (in Eng.).
7. Bonnie, S. Fisher, Bradford, W. Reyns, & John, J. Sloan, III. (2015). Introduction to Victimology. Contemporary Theory, Research, and Practice. Oxford University Press (in Eng.).
8. Yakymova, S. V. (2014). Ponyattya ta kryminolohichna kharakterystyka "seksual'nykh zlochyniv" [Concept and criminological characteristic of "sexual crimes"]. *Visnyk Natsional'noho universytetu "L'vivs'ka politekhnika". Seriya "Yurydychni nauky",* (806). 159–166 (in Ukr.).
9. Seks [Sex]. Retrieved from: https://uk.wikipedia.org/wiki/Секс (in Ukr.).
10. *Pro vnesennya zmin do Kryminal'noho ta Kryminal'noho protsesual'noho kodeksiv Ukrayiny z metoyu realizatsiyi polozhen' Konventsiyi Rady Yevropy pro zapobihannya nasyl'stvu stosovno zhinok i domashn'omu nasyl'stvu ta borot'bu z tsymy yavyshchamy* [On Amendments to the Criminal and Criminal Procedural Codes of Ukraine in order to implement the provisions of the Council of Europe Convention on the Prevention and Combating of Violence against Women and Domestic Violence]. Zakon Ukrayiny (06.12.2017 No 2227–8). *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny,* 2018 (5). 34 (in Ukr.).
11. Markin, V. I. *Seks za kryminal'nym kodeksom: nova redaktsiya* [Sex in the Criminal Code: a new version]. Yurydychna hazeta. 20.02.2018. Retrieved from: http://yur-gazeta.com/publications/practice/kriminalne-pravo-ta-proces/seks-za-kriminalnim-kodeksom-nova-redakciya.html (in Ukr.).
12. Dzhuzha, O. M., Mykhaylenko, P. P., & Kulyk, O. H. et al., Dzhuzha, O. M. (Red.). (2001). *Kurs Kryminolohiyi. Zahal'na chastyna: pidruchnyk* [Course of Criminology. General part: tutorial]. U 2 kn. Kyiv: Yurinkom-Inter (in Ukr.).
13. Davidenko, L. M., & Bandurka, A. M. (2005). *Protivodeystviye prestupnosti: teoriya, praktika, problemi* [Counteraction of crime: theory, practice, problems]. Kharkiv: Izd-vo Nats. un-ta vnutr. del (in Russ.).
14. Rivman, D. V. (1975). *Viktimologicheskiye faktory i profilaktika pre stupleniy* [Victimological factors and prevention of crime]. Leningrad: Izd-vo Vysshego politicheskogo uchilishcha MVD SSSR (in Russ.).
15. Moyiseyev, YE. M., Dzhuzha, O. M., & Vasylevych, V. V. et al., Dzhuzha, O. M. (Red.). (2006). *Kryminolohichna viktymolohiya: navch. posibnyk* [Criminological Victimology: Teaching. manual]. Kyiv: Atika (in Ukr.)
16. Tsyuman, T. P., & Nahula, O. L., Tsyuman, T. P. (Red.). (2015). *Navchit' dytynu zakhyshchatysya: metodychnyy posibnyk* [Teach your child to be protected: a methodical manual]. Kyiv: UF Blahopoluchchya ditey (in Ukr.).
17. Dzhuzha, A. O. (2016). Viktymolohichne zapobihannya seksual'nomu nasyl'stvu shchodo dytyny [Victimological Prevention of Sexual Violence Against the Child]. *Naukovyy visnyk Natsional'noyi akademiyi vnutrishnikh sprav,* 4(101). 179–188 (in Ukr.).

18. Shevchuk, T. I. (2013). *Kryminolohichna kharakterystyka ta zapobihannya nasyl'nyts'kym zlochynam proty zhyttya ta zdorov"ya osoby u sil's'kiy mistsevosti* [Criminological characteristics and prevention of violent crimes against the life and health of a person in a rural area]. Kandydats'ka dysertatsiya thesis (12.00.08). Lviv (in Ukr.).
19. The World Society of Victimology. *Advancing research, services and awareness for victims.* Retrieved from: http://www.worldsocietyofvictimology.org (in Eng.).
20. Wortley, R., Smallbone, S., & Marshall, W. (2008). *Preventing Child Sexual* Abuse. London: Willan (in Eng.).
21. Jerin Robert, A., & Moriarty Laura J. (1998). *Victims of Crime.* Nelson-Hall Publishers, Chicago (in Eng.).
22. Holina, V. V. (2007). Sotsial'ni ta psykholohichni chynnyky kryminolohichnoyi viktymizatsiyi v Ukrayini [Social and psychological factors of criminological victimization in Ukraine]. *Visnyk Akademiyi pravovykh nauk Ukrayiny,* 3(50). 185–193 (in Ukr.).

Надійшла 20.02.2018

РЕКОМЕНДОВАНЕ ЦИТУВАННЯ (RECOMMENDED CITATION), АНОТАЦІЇ (ABSTRACTS)

Шевчук Т. І. Віктимологічна профілактика як складова системи ефективної протидії сексуальній злочинності. Форум права: електрон. наук. фахове вид. 2018. № 1. С. 110–118. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2018_1_17.pdf

DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1241387

Досліджено віктимологічну профілактику як складову системи протидії злочинності. Запропоновано розуміння та розмежування понять: сексуальні злочини, протидія злочинності, запобігання злочину. Виокремлено рівні проведення віктимологічної профілактики сексуальних злочинів. Визначено ефективні заходи віктимологічної профілактики сексуальної злочинності та сфери їх застосування. Підтверджується ефективність системного комплексного застосування заходів протидії злочинності. Сформульовано зміни до Кримінального кодексу України в сфері сексуальних злочинів. Наголошується на доцільності проведення комплексу віктимологічних заходів з раннього віку, особливо у сучасних умовах, як ефективного інструменту протидії сексуальній злочинності загалом.

Ключові слова: *статева свобода; статева недоторканність; система протидії злочинності; поведінка жертви; віктимологічна профілактика; сексуальний злочин; насильство*

***

Шевчук Т.И. Виктимологическая профилактика как составляющая системы эффективного противодействия сексуальной преступности

Исследована виктимологическая профилактика как составляющая системы противодействия преступности. Предложено понимание и разграничение понятий: сексуальные преступления, противодействие преступности, предотвращение преступления. Выделены уровни проведения виктимологической профилактики сексуальных преступлений. Определены эффективные меры виктимологической профилактики сексуальной преступности и сферы их применения. Подтверждается эффективность системного комплексного применения мер противодействия преступности. Сформулированы изменения в Уголовный кодекс Украины в сфере сексуальных преступлений. Отмечается целесообразность проведения комплекса виктимологических мероприятий с раннего возраста, особенно в современных условиях, как эффективного инструмента противодействия сексуальной преступности в целом.

Ключевые слова: *половая свобода; половая неприкосновенность; система противодействия преступности; поведение жертвы; виктимологическая профилактика; сексуальное преступление; насилие*

***

Shevchuk T.I. Victimological Prevention as a System Component of Effective Counteraction to Sexual Criminality

Investigated victimological prevention as a component of the system of counteraction to crime. The understanding and differentiation of concepts are offered: sexual crimes, counteraction to crime, crime prevention. The feasibility of using the concept of sexual offenses to characterize such socially dangerous acts is substantiated. The author's understanding of this concept is: sexual crimes are crimes a major social danger, which is a violation of sexual freedom and sexual integrity of a person. It is proposed to apply the concept of prevention to the specific crimes, and counteraction - to criminality as a phenomenon. Levels of victimological prevention of sexual crimes are singled out. The effective measures of victimological prevention of sexual crime and their application are determined: 1) the development of education. Proper legal education, especially from the young age, will enable in the long term to reduce the level of crime in general and sexual crimes in particular; 2) measures of family education and religious upbringing are effective components of victimological prevention of sexual crime. Formation in the minds of a person of respect for family values, the inadmissibility of the spread of violence or

violation of the law, observance of acceptable standards of conduct in society makes it possible to form law-abiding citizens; 3) improvement of legislation based on modern requirements of society. Amendments to the Criminal Code of Ukraine in the area of sexual crimes are formulated. Thus, we propose to lay down part 1 of Article 152 Criminal Code of Ukraine, Rape is sexual penetration (with genital organs or in genital organs) of any kind in relation to another person (both a woman and a man) by violence, coercion, threat or deception. The effectiveness of system complex application of measures of counteraction of crime is confirmed. It is emphasized that it is expedient to carry out a complex of early age-old victimological measures, especially in modern conditions, is an effective tool for combating sexual crimes in general.

Key words: *sexual freedom; sexual integrity; crime prevention system; victim's behavior; victimological prevention; sexual offense; violence*

ФП 2018-1
ISSN 1995-6134

УДК 343.146
DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1241392

Т.О. ЛОСКУТОВ,
професор кафедри кримінально-правових дисциплін та судових експертиз
Донецького юридичного інституту МВС України,
доктор юридичних наук, доцент, м. Кривий Ріг, Україна;
e-mail: timloskutov@ukr.net;
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2686-9201

РЕЦЕНЗІЯ НА МОНОГРАФІЮ С.О. КОВАЛЬЧУКА "ВЧЕННЯ ПРО РЕЧОВІ ДОКАЗИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ТА ПРАКТИЧНІ ОСНОВИ"[1]

T.O. LOSKUTOV,
Professor, Chair of Criminal Law Disciplines and Judiciary Expertise,
Donetsk Law Institute of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine,
Doctor of Law, Associate Professor, Kryvy Rih, Ukraine;
e-mail: timloskutov@ukr.net;
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2686-9201

A REVIEW OF MONOGRAPH BY S.O. KOVALCHUK "THE DOCTRINE OF MATERIAL EVIDENCES IN CRIMINAL PROCEEDINGS: THEORETICAL, LEGAL AND PRACTICAL BASIS"

Рецензована монографія Ковальчука Сергія Олександровича «Вчення про речові докази у кримінальному процесі: теоретико-правові та практичні основи» є актуальним комплексним дослідженням, що збагачує здобутки кримінальної процесуальної науки. Актуальність наукової роботи визначається, насамперед, її концептуальним характером для доктрини кримінального процесу загалом та теорії кримінальних процесуальних доказів і доказування зокрема. Від визначення змісту методологічних засад та практичних основ вчення про речові докази у кримінальному провадженні залежить вектор розвитку наукових досліджень щодо сутності речових доказів, їх формування та використання у царині кримінального процесу.[1]

Отримані у перебігу монографічного дослідження С.О. Ковальчуком наукові результати, висновки і пропозиції щодо речових доказів у кримінальному процесі є достовірними та аргументованими. Наукові положення монографії сформульовані на підставі системного застосування сучасної методології наукового пізнання, що обрана з огляду на зміст дослідження. Для обґрунтування теоретичних і прикладних результатів дослідження С.О. Ковальчуком використано численні наукові та нормативні джерела, які проаналізовані та критично осмислені автором стосовно речових доказів у кримінальному провадженні.

Відзначаючи позитивні сторони монографічного дослідження С.О. Ковальчука, слід відмітити те, що автором належна увага приділена дослідженню питань формування та використання речових доказів під час кримінального провадження. Зокрема, у змісті розділу 3 монографії розкрите як загальне питання стосовно формування та використання речових доказів у структурі кримінального процесуального доказування (с.218–234), так і аспекти формування та використання речових доказів на різних стадіях кримінального процесу (с.235–391, с.405–431), питання доктринальної моделі депонування речових доказів у кримінальному провадженні, а також перспективи її законодавчого врегулювання (с.392–405).

Спрямованим на удосконалення забезпечення прав людини, зокрема права власності у кримінальному процесі, є текст розділів 4 та 5 монографічного дослідження, змістом дослідження

[1] Ковальчук С.О. Вчення про речові докази у кримінальному процесі : теоретико-правові та практичні основи : монографія. Івано-Франківськ : Супрун В.П., 2017. 618 с. (ISBN 978-617-7468-20-1).

© Лоскутов Т.О., 2018

ISSN 1995-6134

яких охоплюються питання забезпечення недоторканності права власності на матеріальні об'єкти, вилучені в якості речових доказів у кримінальному провадженні (с.432–534) та європейські правові стандарти формування та використання речових доказів під час кримінального провадження і забезпечення права власності на них (с.535–602).

Окремою тезою необхідно позитивно відзначити належне використання С.О. Ковальчуком практики Європейського суду з прав людини у перебігу дослідження питань щодо формування та використання речових доказів у кримінальному процесі. Автором правильно обрані та ретельно опрацьовані релевантні темі наукового дослідження Рішення Європейського суду з прав людини проти України та інших держав-учасниць Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Це уможливило одержання обґрунтованих висновків стосовно формування та подальшої реалізації речових доказів у кримінальному провадженні.

З позитивного боку потрібно оцінити також висновок, зроблений автором монографічного дослідження щодо визначення вчення про речові докази як системи наукових положень про речові докази як правового явища та закономірності їх формування (збирання, перевірки та оцінки) і використання під час кримінального провадження, зберігання речових доказів, вирішення питання про них і відшкодування шкоди, завданої їх втратою або пошкодженням, а також заснованих на пізнанні цих закономірностей практичних рекомендацій, спрямованих на удосконалення кримінального процесуального інституту речових доказів і практики його застосування (с.604).

Важливим у практичному аспекті удосконалення кримінальних процесуальних норм є сформульовані С.О. Ковальчуком зміни і доповнення до статей чинного Кримінального процесуального кодексу України стосовно визначення дефініції «речові докази», процесуального порядку формування та використання речових доказів у кримінальному провадженні (с.616).

Позитивно оцінюючи здійснене наукове дослідження щодо речових доказів у кримінальному процесі, необхідно вказати на окремі дискусійні положення монографічної роботи.

1. Недостатньо чітким є підсумок автора стосовно характеристики третього етапу формування вчення про речові докази у кримінальному процесі. Так, С.О. Ковальчук вказує, що третій етап (початок 20-х років XX століття – 2012 рік) відзначається послідовним розвитком наукового знання про речові докази на основі положень КПК УРСР 1922 року, КПК УРСР 1927 року та КПК УРСР 1960 року (с.23, 603). Разом з тим, розкриваючи зміст зазначеного історичного етапу, автор наголошує, що здійснюючи комплексний аналіз кримінального процесуального законодавства, яке діяло на українських землях наприкінці 20-х – 40-х роках XX століття (зокрема, КПК України 1927 року та КПК Польської Республіки 1928 року), кардинально новий підхід до визначення поняття речових доказів запропонував Ю.В. Старосольський (с.24). Причому робота зазначеного вченого, на яку стоїть посилання у змісті монографії, опублікована (виходячи з бібліографічних даних) у місті Мюнхен. Ці відомості створюють розумне припущення, що розвиток наукових знань щодо речових доказів у кримінальному процесі у третьому етапі відбувався не лише на підставі нормативних положень КПК УРСР 1922 року, КПК УРСР 1927 року та КПК УРСР 1960 року.

2. Занадто абстрактним відносно теми наукового дослідження виглядає визначення методології вчення про речові докази у кримінальному провадженні, а саме автор монографії пише, що методологія вчення про речові докази являє собою систему взаємопов'язаних підходів, принципів, методів і прийомів емпіричного та теоретичного пізнання дійсності, які спрямовані на систематизацію існуючих й отримання нових знань, що охоплюються предметом цього вчення, та систему наукових положень про їх використання для вирішення поставлених перед ним завдань (с.79, 605). Наведене визначення методології досить успішно може бути використане стосовно майже будь-якого виду кримінального процесуального вчення, проте С.О. Ковальчук на зазначених сторінках наголошує, що «вчення про речові докази володіє власною методологією».

Таке ж саме зауваження можна віднести до визначення структури методології вчення про речові докази, саме у якій автор виділяє досить загальні чотири рівні: загальні філософсько-світоглядні підходи, загальні принципи, загальнонаукові та конкретно-наукові методи (с.79–80, 605).

Навіть, якщо зазначені універсальні визначення методології та її структури можуть бути ефективно застосовані у тому числі до вчення про речові докази у кримінальному провадженні, на наш погляд, досить сміливо автор вважає їх власними стосовно відповідного кримінального процесуального вчення.

ISSN 1995-6134

3. Неповністю послідовним є виклад матеріалу монографії у частині європейських стандартів допустимості речових доказів у кримінальному провадженні. Так, розглядаючи загальну справедливість судового процесу як критерій допустимості речових доказів у розрізі практики Європейського суду з прав людини (с.536–538), автор наукового дослідження, посилаючись на відповідні європейські стандарти, підкреслює, що із часом Європейський суд з прав людини почав поступово відходити від застосування традиційного підходу до оцінки способів збирання доказів у контексті визначення справедливості судового розгляду в цілому. Зокрема, вказавши у справах «Биков проти Російської Федерації» та «Лісіка проти Хорватії», що потрібно врахувати якість доказів, у тому числі, чи могли обставини, за яких вони були одержані, поставити під сумнів їх достовірність або точність (с.539). Погоджуючись з тим, що вирішення питання про якість доказів у частині їх достовірності та точності за критеріями законності та правомірності може виходити за межі загальної справедливості судового розгляду, вважаємо, що автор невиправдано змішує ознаку «допустимості» доказів з ознакою їх «достовірності».

Водночас, визначені зауваження носять дискусійний і формальний характер, не впливаючи на загальну позитивну оцінку монографії С.О. Ковальчука.

Отже, монографія Ковальчука Сергія Олександровича «Вчення про речові докази у кримінальному процесі: теоретико-правові та практичні основи» є фундаментальною науковою працею, що розвиває кримінальну процесуальну доктрину щодо теорії про речові докази і сприяє удосконаленню кримінального процесуального законодавства та практики його реалізації у частині формування і використання речових доказів під час кримінального провадження.

Надійшла 25.02.2018

РЕКОМЕНДОВАНЕ ЦИТУВАННЯ (RECOMMENDED CITATION), АНОТАЦІЇ (ABSTRACTS)

Лоскутов Т. О. Рецензія на монографію С.О. Ковальчука "Вчення про речові докази у кримінальному процесі: теоретико-правові та практичні основи". Форум права: електрон. наук. фахове вид. 2018. № 1. С. 119–121. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2018_1_18.pdf

DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1241392

***

Лоскутов Т.А. Рецензия на монографию С.А. Ковальчука "Учение о вещественных доказательствах в уголовном процессе: теоретико-правовые и практические основы"

***

Loskutov T.O. A Review of Monograph by S.O. Kovalchuk "The Doctrine of Material Evidences in Criminal Proceedings: Theoretical, Legal and Practical Basis"