
ЮРИДИЧНА НАУКА

JURIDICAL SCIENCE

НАУКОВИЙ ЮРИДИЧНИЙ ЖУРНАЛ
№ 3/2013

ЗМІСТ

ТЕОРІЯ І ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Бережний А.М. Видатні державні і військові діячі
Російської імперії українського походження 7

Інга Кавка. Непрямі методи інтеграції в правову систему
держав – членів Європейського союзу 14

СІМЕЙНЕ ПРАВО

Малютіна І.П. Категорія «жінка» в публічному і приватному
праві Стародавнього Риму 28

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

Прилуцький Р.Б. Основні теорії юридичної особи та їх вплив
на розвиток організаційних форм суб'єктів господарювання 35

Самбор М.А. Правове регулювання безкоштовного
забезпечення розрахункових операцій шляхом надання
споживачеві інформації про стан рахунків за спожиті послуги
рухомого (мобільного) зв'язку 50

ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО

Матвійчук А.О. Право майбутніх поколінь на сприятливе
навколишнє природне середовище: реалії та перспективи 59

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО

Сервецький І.В., Сапрун О.В. Реформування системи регіональних
підрозділів (міліції) поліції 66

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО, КРИМІНОЛОГІЯ

Александренко О.В., Самойлов М.В. Виключна міра покарання
як необхідний чинник ефективної протидії насильницькій
злочинності 73

Карпенко М.І. Причини і запобігання військовим злочинам
анархічної мотивації 81

КРИМІНАЛЬНЕ ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

Алієв Г.З., Самодін О.О., Самодін А.В. Окремі аспекти залучення захисника у кримінальне провадження за новим кримінальним процесуальним законодавством України 90

Карпенко М.І., Самойлов М.В. Кримінально-процесуальна правова характеристика запобіжних заходів в аспекті прийняття нового Кримінального процесуального кодексу України 100

Курилюк Ю.Б. Посадові особи Держприкордонслужби України як уповноважені на затримання осіб, підозрюваних у вчиненні злочину 112

ФІЛОСОФІЯ ПРАВА

Бабій М., Присухін С. Свобода совісті та свобода релігії: концептуальна матриця Католицької церкви 118

Рецензія на монографію **В.В. Валах «Наследственные правоотношения в Украине, Российской Федерации, Франции, Германии и США (сравнительно-правовое исследование)»** 129

ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА

JURIDICAL SCIENCE

НАУЧНЫЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

№ 3/2013

СОДЕРЖАНИЕ

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

- Бережной А.Н.* Выдающиеся государственные и военные деятели Российской империи украинского происхождения 7
- Инга Кавка.* Косвенные методы интеграции в правовую систему государств – членов Европейского союза 14

СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

- Малютина И.П.* Категория «женщина» в публичном и частном праве Древнего Рима 28

ХОЗЯЙСТВЕННОЕ ПРАВО

- Прилуцкий Р.Б.* Основные теории юридического лица и их влияние на развитие организационных форм субъектов хозяйствования 35
- Самбор Н.А.* Правовое регулирование бесплатного обеспечения расчетных операций путем предоставления потребителю информации о состоянии счетов за потребленные услуги подвижной (мобильной) связи 50

ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ПРАВО

- Матвейчук А.А.* Право будущих поколений на благоприятную окружающую среду: реалии и перспективы 59

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО

- Сервецкий И.В., Сапун А.В.* Реформирование системы региональных подразделений (милиции) полиции 66

УГОЛОВНОЕ ПРАВО, КРИМИНОЛОГИЯ

- Александренко Е.В., Самойлов Н.В.* Исключительная мера наказания как необходимый фактор эффективного противодействия насильственной преступности 73
- Карпенко Н.И.* Причины и предупреждение воинских преступлений анархической мотивации 81

УГОЛОВНОЕ ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО

Алиев Г.З., Самодина Е.А., Самодин А.В. Отдельные аспекты привлечения защитника в уголовное производство по новому уголовному процессуальному законодательству Украины 90

Карпенко Н.И., Самойлов Н.В. Уголовно-процессуальная правовая характеристика мер пресечения в аспекте принятия нового Уголовного процессуального кодекса Украины 100

Курылюк Ю.Б. Должностные лица Госпогранслужбы Украины как уполномоченные на задержание лиц, подозреваемых в совершении преступления 112

ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

Бабий М., Присухин С. Свобода совести и свобода религии: концептуальная матрица Католической церкви 118

Рецензия на монографию В.В. Валах «Наследственные правоотношения в Украине, Российской Федерации, Франции, Германии и США (сравнительно-правовое исследование)» 129

JURIDICAL SCIENCE

SCIENTIFIC JURIDICAL JOURNAL
№ 3/2013

CONTENTS

THEORY AND HISTORY OF STATE AND LAW

- Berezhnoi A.N.* Outstanding statesmen and military leaders
of the Russian Empire of Ukrainian origin 7
- Inga Kawka.* Indirect methods of integration into the legal
system of the European Union Member States 14

FAMILY LAW

- Maliutina I.P.* A «woman» concept in public and private
law of ancient Rome 28

COMMERCIAL LAW

- Prylutskiy R. B.* The basic theories of legal entity
and their impact on the development of organizational
forms of business entities 35
- Sambor M.A.* Legal framework to ensure free payment transactions
by providing the consumer with information on the status
of their accounts for mobile communication services 50

ENVIRONMENTAL LAW

- Matviichuk A.O.* The right of future generations to favourable
environment: reality and perspectives 59

ADMINISTRATIVE LAW

- Servetskiy I. V., Saprun A. V.* Reformation of police regional units 66

CRIMINAL LAW. CRIMINOLOGY

- Aleksandrenko O. V., Samoilo V. M.* Exclusive penalty as a necessary
factor of effective prevention of violent crime 73
- Karpenko M.I.* Causes and prevention of military crimes
with anarchist motivation 81

LAW OF CRIMINAL PROCEDURE

Aliiev H.Z., Samodina O.O., Samodin A.V. Aspects of defender involvement practice in a criminal procedure in the context of the new criminal procedure legislation of Ukraine 90

Karpenko M.I., Samoiloв M. V. Criminal procedural law characteristic of legal restraints in the context of the new Criminal Procedural Code of Ukraine 100

Kuryliuk Y.B. Officials of the State Border Guard of Ukraine authorized to detain persons suspected in commitment of a crime 112

LAW PHILOSOPHY

Babii M., Prysukhin S. The freedom of conscience and liberty of religion: a conceptual matrix of the Catholic Church 118

Review of the monograph by Valakh V.V. «Hereditary relations in Ukraine, the Russian Federation, France, Germany and the U.S. (comparative legal research)» 129

ВИДАТНІ ДЕРЖАВНІ І ВІЙСЬКОВІ ДІЯЧІ РОСІЙСЬКОЇ ІМПЕРІЇ УКРАЇНСЬКОГО ПОХОДЖЕННЯ

А.М. Березний

*кандидат історичних наук, доцент
кафедра правового забезпечення НУОУ*

Постановка проблеми. Аналіз участі представників української еліти у ставленні державної системи Російської імперії, їх видатна роль у налагодженні військової справи і створення могутності протягом понад 300 років.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. У роботах видатних російських і українських істориків М. Костомарова, Є. Тарле, І. Борщака, І. Бантиш-Каминського, О. Грушевського та інших, досліджено видатну роль українців у розбудові могутності Російської імперії. Сучасні історичні напрацювання у нашій країні, коли не заперечують, що ця роль відбувалась, то майже не висвітлюють ці події.

Мета статті полягає у тому, щоб на окремих видатних постатях державних і військових діячів Російської імперії показати видатну роль українців у розбудові могутності Російської держави.

Основні результати досліджень. Видатний французький дослідник Гастон Парі писав: «Я стверджую абсолютно й без жодного застереження, що наука має одну мету – правду задля правди, без турботи за наслідки добрі чи злі, щасливі чи нещасливі, як і ця правда може мати на практиці. Той, хто задля патріотичної, релігійної чи навіть моральної мети дозволяє собі у своїх дослідженнях хоч найменший ухил від правди, негоден мати своє місце у великій лабораторії, куди допускають чесних, а не зручних» (Іван Мазепа. Серія «Гетьмани України», 1992, К., «Веселка» Ілько Борщак. Людина й історичний діяч, ст. 47).

У наші часи, це актуальний і влучний вислів. Зараз частина вчених, які вважають себе «свідомими патріотами», не тільки не пишуть правди, а навіть на догоду кон'юктурі на свій лад інтерпретують не тільки окремі факти, а і події.

Автор поставив перед собою завдання на окремих видатних постатях Російської імперії, які внесли свою частку у зміцненні державної і військової могутності імперії, розглянути місце українців у цьому будівництві. Видатним військовим і державним діячем Російської імперії за часів Петра I був Мазепа. Він брав участь майже в усіх війнах, які вела Росія у кінці XVII ст. і початку XVIII ст. Побудував чітку систему державного устрою в Україні, створив ефек-

тивне козацьке військо. Цар Петро I жалував гетьмана, якого вважав своїм намісником на Україні: надав йому найвищий орден Андрія Первозванного, звання князя «Священної Римської імперії», величезні земельні угіддя, дослухався до його порад. І. Мазепа за двадцять років свого керування Україною багато зробив щодо створення могутньої Російської імперії [1, с. 86]. Мазепа був шляхтичем православної віри, із Західної України, і служив при польському королі Янові-Казимиру кімнатним дворянином. Якийсь час він мандрував у Західній Європі. Потім Мазепа подався до козаків, служив спочатку у гетьмана Тетері, а потім у Дорошенка. Мазепа, крім польської та російської мов, знав німецьку й латинську, пройшов у польському училищі курс навчання, і маючи, як на свій час, досить високу освіту, тепер міг знайти собі хорошу кар'єру серед козацтва. У Дорошенка Мазепа дослужився до високого звання генерального писаря й у 1674 р. його відправили на козацьку раду до Переяслава, де він перед гетьманом лівобережної частини України Самойловичем пропонував від імені Дорошенка мирову й оголосив про бажання Дорошенка перейти у підданство до московського царя. Через декілька місяців по виконанню цього доручення Дорошенко відправив Мазепу у Константинополь до султана просити допомоги в Туреччині, але кошовий отаман Іван Сірко спіймав Мазепу по дорозі, відібрав у нього Дорошенкові Грамоти, а самого посланця відіслав до Москви. Мазепу повели на допит до малоросійського Приказу, яким тоді відав знаменитий боярин Артамон Сергійович Матвеев. Мазепа своїми показаннями на допиті зумів сподобатися бояринові Матвееву: заявив про свою особисту прихильність до Росії, намагався виправдати й вигородити перед московським урядом самого Дорошенка, його допустили до царя Олексія Михайловича, потім відпустили з Москви із закличеними грамотами до Дорошенка. Мазепа не доїхав до Дорошенка, а залишився у гетьмана Самойловича, одержавши дозвіл проживати на східному боці Дніпра. Самойлович доручив Мазепі виховання своїх дітей і через декілька років надав йому чин генерального осавула. У цьому званні, за дорученням Самойловича, Мазепа їздив до Москви ще кілька разів, і, дотямкувавши, що за правління царівни Софії вся влада перебувала в руках її улюбленця Голіцина В.В., підлестився до фаворита, і прихилив його до себе. І перед ним, як раніше перед Матвеевим Мазепі допомогли його виховання, видатні дипломатичні здібності, спритність і люб'язність в поведженні. Голіцин і Матвеев, обидва належали до передових московських людей свого часу і ставилися прихильно до польсько-малоруських ознак освіченості, якими відзначався й виблискував Мазепа. Коли після невдалого кримського походу треба було зіпхнути на когось провину, Голіцин зіпхнув її на гетьмана Самойловича: його позбавили гетьманства, заслали до Сибіру з юрбою рідних і прибічників, синові його Григорію одрубали голову, а Мазепу обрали в гетьмани, головним чином тому, що так хотілося люблячому його Голіцину.

Капризна була людина Ян Казимир, почуття й думки його миналися швидко, але молодий Мазепа до кінця заховав для себе королівську ласку.

Суворою й похмурою людиною був Дорошенко, важка була його рука й нелегко було з ним працювати, проте з Мазепою Дорошенко розпрощався не з власної охоти.

Напівдикий Сірко, яким татари лякали дітей, той Сірко, що зі слів сучасників, навіть «у сні різав мусульман», впіймавши Мазепу з ясиром від Дорошенка до хана, відпускає його спокійнісінько після його промови.

Складна була постать Петра I, й великі були суперечності з його вдачі. Міг бути жорстокий, як ніхто, але міг і чарувати, як ніхто. В перший же день, коли майбутній російський імператор зустрівся з гетьманом України, міг бути останнім днем для кар'єри Мазепи, а може, й його життя. Цар щойно замкнув Софію, скатував її прибічників, послав на Сибір Василя Голіцина головного протеже Мазепи, – а Мазепа майже напередодні державного перевороту у Москві відзивався перед боярами про Голіцина: «Ніколи ще бусурмани не зазнавали такого жаху, як перед князем Василем. Правда, Перекопу не взяли, але у стародавніх хроніках читаємо, що перський цар Дарій воював із величезною силою Крим, а все-таки не взяв Перекопу». Катастрофа Мазепи була така очевидна, що старшина, яка перебувала з ним у Москві, вже радилася, кому дати булаву.

Відбулося побачення Мазепи з Петром I, і гетьман одержав перемогу. Від того часу на ціле життя цар був під чарами Мазепи, не зважаючи на всі доноси, навіть найбільш обґрунтовані з найпевнішими доказами. Чари ці були такі сильні, що, діставши вже офіційне повідомлення Меншикова про зраду Мазепи, цар висловлює «великое удивление» [5, с. 19, 47, 52].

Видатною фігурою у часи Петра I у Росії був **Прокопович Феофан (1681-1736)** – видатний російський церковний і суспільний діяч, учений і поет. Народився в Києві в сім'ї дрібного торговця. Освіту здобув в Києво-Могилянській академії, потім вчився в Польщі і Римі. Повернувшись у 1704 р. на батьківщину, прийняв чернецтво, був викладачем і ректором Києво-Могилянської академії. У 1709 р. у присутності Петра I вимовив «Панегірікос, або Слово похвальне про преславу над військами свейськими перемогу» під Полтавою. У 1716 був викликаний Петром I до Петербургу і призначений єпископом псковським. У 1721 р. – віце-президент Синоду, з 1724 по смерті – архієпископ новгородський. У написаному ним для Синоду «Духовному Регламенті» (1720) в політичному трактаті «Правда волі монаршої» (1722), в цивільній проповіді «Слово про владу і честь царську» (1718) Прокопович виступав, як прихильник петровських перетворень, сподвижник Петра I в боротьбі з реакційним духівництвом, розвивав ідеї освіченого абсолютизму. Прокопович був відомий також як драматург і поет, майстер силлабічного вірша. До трагікомедії «Владимира» (пост. 1705) історичний сюжет, ухвалений князем Володимиром, був розроблений в дусі боротьби прогресивних освічених сил з реакційними, неосвіченими силами, і тому в умовах реформаторської діяльності Петра I, п'єса Прокоповича набувала актуального характеру. Ліричні вірші Прокоповича пройняті патріотичними і злободенними мотивами. Прокопович брав участь в написанні «Історії Петра Великого», виданої пізніше (1773) Щербатовим. Сприяючи освіті, він брав діяльну участь в організації Академії наук, завів при своєму будинку школу для сиріт «всякого звання», яких направляв потім в академічну гімназію. Прокопович був однією з найосвічених людей свого часу, володів декількома іноземними мовами. Одним із

перших у Росії він вів наукові спостереження, користувався мікроскопом і телескопом. Після смерті Петра I очолював «вчену дружину» прогресивних письменників (А.Д. Кантемір, В.Н. Татіщев і ін.), які відстоювали петровські реформи.

Безбородько Олександр Андрійович (1747-1799) російський державний діяч, видатний дипломат, син українського поміщика. Почав службу в 1765, в канцелярії генерал-губернатора України П.А. Румянцева. У 1775 був призначений секретарем Катерини II. Брав участь у перемовинах Катерини II з австрійським імператором Йосифом II про укладення таємного союзного договору. Безбородько був вірним виконавцем політичних планів імператриці. З 1787 очолював Колегію закордонних справ, підписав від імені Росії Яський мирний договір 1719 з Туреччиною, що завершив війну 1787-1791. Безбородько брав участь при укладанні найважливіших міжнародних актів Росії останньої чверті 18 століття. Останніми роками царювання Катерини II Безбородько вдалося відчужити шкідливе втручання фаворита імператриці Зубова в дипломатичні справи. При Павлові I Безбородько отримав пост канцлера і титул світлішого князя – 1797. Останніми роками життя проводив політику миру зі всіма державами, включаючи революційну Францію.

В адміністративному правлінні Росією у часи Олександра I видатна роль належить Кочубею В.П. – представникові знатного роду Кочубеїв.

Кочубей, Віктор Павлович (1768-1834) – російський дипломат і державний діяч. Дипломатичну службу почав в 1784 у російській місії у Швеції; потім служив в російській місії в Лондоні (1789-1791). Був надзвичайним посланником в Туреччині (1792-1797), коли повернувся до Росії, був призначений спочатку членом, а потім віце-канцлером колегії закордонних справ. Зближується ще на початку 90-х рр. з майбутнім імператором Олександром I. До і після вступу Олександра на престол, брав активну участь у роботі «Негласного комітету», був у 1801 р. призначений сенатором, а з установою міністерств – міністром внутрішніх справ (з 1802 по 1807 і потім з 1819 по 1823).

При Миколаї I у 1827 р. був призначений головою Державної ради і Головою Комітету міністрів. Працюючи в різних комісіях з внутрішніх справ, твердо стояв на позиціях охорони привілейованих дворянських прав. Визначив кріпацтво, як гальмо у розвитку Росії.

Але найбільш видатне місце в ієрархії діячів Російської імперії часів Миколи I належить Паскевичу І.Ф.

Іван Федорович Паскевич, граф Єреванський, князь Варшавський, фельдмаршал трьох європейських армій і намісник Царства Польського. Займав в оточенні Миколи I зовсім особливе положення. Після смерті великого князя Михайла Павловича, Паскевич залишився єдиною людиною, якій Микола I цілком довіряв. А поважав він його навіть значно більше, чим свого брата, в якого ніколи поради не питав, тоді як до Паскевича звертався в найважливіших випадках. Паскевич був командиром гвардійської дивізії, в якій, будучи великим князем, служив і Микола I, і, ставши царем, Микола I продовжував називати його до кінця свого життя «отцем-командиром». Паскевич походив із спроможної, але не знатної провінційної (полтавської) дворянської

сім'ї, закінчив Пажеський корпус і кар'єру зробив швидко і блискучу. Він був розумним, дуже стриманим, діловим і таким, що сумлінно ставився до своїх обов'язків і володів деякою освітою, так як його рідні, переконані, що в пажеському корпусі науками вихованців не дуже обтяжують, влаштували так, що молодий паж брав систематичні уроки приватно у відомого тоді ученого-лінгвіста і історика літератури Мартинова. З перших же років служби Паскевич звернув на себе увагу діловитістю і тямущістю, так що двадцяти п'яти років від народження виконував вже дипломатичні доручення, їздив із ставки князя Прозоровського, при якому служив, до Константинополя і взагалі був розумним і хоробрим офіцером. Двадцяти восьми років, у 1810 р., він уже був генерал-майором і командиром Орловського полку. Тут він вперше став досить широко відомий як супротивник аракчєєвського биття і тортур солдатів і як гонитель всіх форм розкрадання державних грошей. Він прагнув приборкати офіцерське свавілля і жорстокість в стосунках з солдатами. Все це давалося великою боротьбою і великими неприємностями, і та хвороба, яку він нажив, у полку і яка була названа тодішніми лікарями «нервовою лихоманкою», трохи не звела його в могилу. Багратіон його відмітив і виділив тому, що солдати Орловського полку відрізнялися найвигіднішим чином від інших. Під начальством Багратіона Паскевич виконав першу частину кампанії 1812 р., відзначився при Бородіні, з успіхом служив і далі. Олександр доручив Паскевичу (у 1816 р.) розслідувати справу про «бунт» державних селян Липецького наказу Смоленської губернії, засуджених до покарання батогами і каторги. Паскевич з'ясував, що селяни, які відмовилися сплатити недоїмки, абсолютно мають рацію і що вся справа затіяна шахраями управителями і чиновниками. Паскевич просив государя не тільки звільнити селян, але і призначити їм грошову допомогу. «Приклад людяності і співчуття ніколи ще не був шкідливий», – так наважився писати Паскевич. Все це дуже характерно для Паскевича.

Микола I послав Паскевича у 1826 р. на Кавказ, на зміну Єрмолову, і Паскевич успішно закінчив персидську війну, яку цар вважав вже майже програною. Нагороди сипалися дощем на нього. За персидську війну він отримав і декілька вищих орденів, і графський титул, і величезну грошову нагороду в мільйон рублів. Так само успішно провів він і турецьку війну 1828-1829 рр., за яку отримав жезл фельдмаршала. На Кавказі він залишався і після війни і намагався, поза звичаєм, абсолютно безуспішно, боротися з нечуваними неподобствами, насиллями над населенням і крадіжкою представниками як військової, так і цивільної адміністрації. «Публічну бібліотеку» в Тіфлісі Паскевич дійсно завів, ну а ось шахраїв аніскільки не вивів, це тобі не те, що з персами та з турками воювати!» – такі підсумки його управлінню підводили старі кавказці згодом.

У 1831 р., під час польського повстання, Паскевич змінив померлого в червні того ж року Дібіча і 7 вересня (26 серпня) узяв Варшаву, після чого отримав титул князя Варшавського і став намісником Царства Польського.

Він пробув на цій посаді до самої Кримської війни. Військовий диктатор Польщі ніколи не вірив у міцність успіхів «обрусіння» і думав, що Польща –

готовий плацдарм для всякого ворога, який вторгнеться в межі імперії. І саме тому він вважав великим благом збереження миру з Європою. Навіть до всіх планів контрреволюційних інтервенцій, з якими час від часу носився Микола I, Паскевич відносився холодно. У Відні у 1849 р. знали, що цар дуже хоче втручання в справу придушення угорського повстання, але відносно Паскевича далеко не так були упевнені, і неспроста: саме у Варшаві, в палаці намісника, австрійські генерали і полковники (іноді п'ять-шість в один час) оббивали пороги, просячи втручання Росії.

Після перемоги над угорцями Паскевич, повернувшись до Варшави, зі все зростаючим неспокоєм стежив за розвитком і загостренням конфлікту з Наполеоном III із-за «святих місць» і за тим ухилом, яким позначилась російська зовнішня політика.

Паскевич зайняв перше після царя положення в державі. Він тримав себе, не втрачаючи людської гідності, не лестив так безбожно, як було прийнято, не «подыгрывался». У 1837 р. він наважився навіть написати цареві, що оплакує загибле майбутнє Пушкіна.

Микола I твердо знав, що Паскевич не злодій і не зрадник, і вважав це рідкістю. Він зробив Паскевича і графом, і князем, і фельдмаршалом, і намісником у Польщі, і кавалером усіх російських орденів, подарував йому мільйон грошима, а потім ще величезний маєток, більше чим в мільйон ціною. Щоб догодити цареві, австрійський імператор зробив Паскевича фельдмаршалом австрійської армії. Фрідріх-Вільгельм зробив його фельдмаршалом пруської армії, і коли вже не залишалося нічого, чим можна було б звеличити Івана Федоровича, Микола I спеціальним наказом по армії керував віддавати Паскевичу такі самі, без всяких змін, почесті при появі фельдмаршала перед армійськими частинами з якої б то не було нагоди, які надаються самому цареві. Про цей наказ цар сповістив Паскевича рескриптом від 4(16) серпня 1849 р., підписавшись: «друг ваш Микола».

Коли Паскевич за щось «зволив» похвалити царського сина великого князя Костянтина, то Микола I писав фельдмаршалові: «Щасливий він (Костянтин – Е.Т.), що міг удостоїтися такого утішного від тебе відгуку, це йому на все життя залишиться дорогоцінним пам'ятником. Тебе ж від глибини серця дякую за твої до нього милості».

Микола I завжди так писав фельдмаршалові: «Ох, отець-командир, не любиш ти мене, якщо моїми старанними молитвами нехтуєш! Пригадай, хто ти і що на тобі! Не сердься на старого твого бригадного, він тебе справді душевно любить! Невже ти цього не знаєш?» Ось повсякчасний загальний тон звернення Миколи I з Паскевичем.

І Паскевич так зник до цього поводження, що його аніскільки не здивувало, коли найближчий повноважний представник імператора австрійського, людина канцлера Шварценберга генерал-лейтенант граф Кабога раптом кинувся публічно, на прийомі, до його ніг і поцілував йому руку, плакавши і благаючи врятувати Австрію і подати допомогу проти угорців. Таке місце у Російській імперії займав представник провінційної полтавської родини Іван Федорович Паскевич.

Видатне місце у державному і військовому будівництві за часів Радянської влади належало вихідцям з України: Генеральні секретарі ЦК КПРС, Голови Ради міністрів, міністри, з 15 маршалів Радянського Союзу – 7 були з України і таке інше.

Висновки. Слід підкреслити, що український народ, його представники за часів входження України у склад Російської імперії відіграли видатну роль у будівництві могутності цієї держави.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Большая Советская энциклопедия, второе издание, Государственное научное издательство «Большая Советская энциклопедия», 1950 г.: Т. 4 – С. 380. – Т. 23. – С. 175. – Т. 35. – С. 16.
2. Григорович Н.И. Канцлер князь Александр Андреевич Безбородко в связи с событиями его времени. – Т. 1-2, СПб, 1879.
3. Бантыш-Каменский Д.Н. – К. : Час, 1993 – С. 339-349.
4. Костомаров М. Иван Мазепа. – К. : Веселка, 1992. – С. 10-21.
5. Борщак І. Людина й історичний діяч. – К. : Веселка, 1992. – С. 47-59.
6. Тарле Е.В. Сочинение. – Т. VII, издательство Академия наук СССР. – М., 1969. – С. 242-252.
7. Примечательные истории и анекдоты о российских государях. – М. : Россия молодая, 1994. – С. 129-130.

Бережний А.М. Видатні державні і військові діячі Російської імперії українського походження

У статті досліджується роль і місце видатних українців протягом понад 300 років у становленні і розвитку Російської імперії, в укріпленні її державної і військової могутності.

Ключові слова: видатні діячі українського походження, державна і військова могутність, Російська імперія.

Бережной А.Н. Выдающиеся государственные и военные деятели Российской империи украинского происхождения

В статье исследуется роль и место выдающихся украинцев на протяжении более 300 лет в становлении и развитии Российской империи, в укреплении ее государственной и военной мощи.

Ключевые слова: выдающиеся деятели украинского происхождения, государственная и военная мощь, Российская империя.

Berezhnoi A.N. Outstanding statesmen and military leaders of the Russian Empire of Ukrainian origin

The paper examines the role and place of the outstanding Ukrainian for over 300 years in the development of the Russian Empire, in strengthening its government and military might.

Keywords: prominent figures of Ukrainian origin, state and military power, the Russian Empire.

Стаття надійшла до редакції 01.02.2013.

INDIRECT METHODS OF INTEGRATION INTO THE LEGAL SYSTEM OF THE EUROPEAN UNION MEMBER STATES

Inga Kawka

*PhD, assistant Professor at the Chair of Law
and Administrative Science
Pedagogical University in Krakow (Poland)*

Introduction

The integration of the legal systems of the Member States results from adopting the appropriate measures in order to adapt national legislation to EU requirements and to fulfill obligations arising from the EU law and from the voluntary adaptation of legal solutions defined in EU legislation and case law to purely domestic situations. The effect of convergence of Member States' legal systems is achieved by various methods. The criterion that allows to define them is the "nature and intensity of legal action"¹. Unification and harmonization are examples of direct integration methods aimed to approach or unify national legal systems. Unification is the introduction of "uniform material rules"² in all Member States. Unification instruments are primarily treaties and regulations in so far as their provisions are directly effective while the concept of harmonization is interchangeably used in the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) with the term "approximation of the laws" (*zbliianie, rapprochement, rechtsangleichung*). This is due to the fact that harmonization is a process taking into account the diversity of legal traditions, theoretical assumptions and differences in law application practice in the Member States. Thus, harmonization leads to approximation of national legal systems³ and directives are the main instrument by which this method is implemented.

On the other hand, indirect methods of integration include: regulatory competition, structural method and new governance mechanisms (coordination, the use of soft law, informal administrative cooperation, peer review). The purpose of this article is to present these indirect methods of integration of national legal systems and to answer the question about the role played by these methods.

Structural method

The basis of the structural method is to create structures financing integration changes by means of legal instruments (treaties, regulations, decisions). The structural method is applicable for example in the case of cohesion policy implementation⁴: (European Social Fund - art. 162 TFEU, formerly art. 146 TEC),

¹ C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warsaw 2000, p. 592.

² *Ibid.*, p. 593.

³ B. Kurcz, *Dyrektywy Wspólnoty Europejskiej i ich implementacja do prawa krajowego*, Kraków 2004, p. 72.

⁴ <http://www.funduszeuropejskie.gov.pl/>

the European Regional Development Fund - art. 176 TFEU, formerly art. 160 TEC, the Cohesion Fund Article 177, formerly art. 161 TEC), as part of the EU's agricultural policy, the European Agricultural Guidance and Guarantee Funds (European Agricultural Fund for Rural Development, the European Agricultural Guarantee Fund – Art. 40, par. 3 of the TFEU, formerly article 34 TEC) and Fisheries (European Fisheries Fund).

The purpose of the projects financed under the funds is to support the restructuring and modernization of the economies of EU countries in order to enhance economic and social cohesion of the Union. The funds are directed to those sectors and regions which without financial assistance are not able to equal to the average level in the EU. However, the Cohesion Fund is implemented at the level of selected countries rather than regions. Its purpose is to facilitate the integration of less developed countries through the construction of trans-European networks in transport infrastructure and through financial support for environmental projects (art. 177 TFEU, formerly art. 161 TEC).

Other financial instruments supporting integration are educational programs such as Lifelong learning (Lifelong Learning Programme), the programme supporting pre-school, primary and secondary education (Comenius), higher education (Erasmus), vocational education (Leonardo da Vinci), adult education (Grundtvig), conducting studies and research on European integration (Jean Monnet). An example of the application of the structural structural method are also framework programs including Competitiveness and Innovation Framework Programme (CIP), designed especially for small and medium-sized enterprises. It includes: the Entrepreneurship and Innovation Programme (EIP), Information and Communication Technologies Policy Support Programme (ICT PSP) and the Intelligent Energy Europe programme (IEE)¹.

Regulatory competition

M. Szydło defines regulatory competition as “a process within which individual national legislators decide to consciously create a more and more competitive regulatory environment in order to strengthen the competitiveness of domestic businesses and discourage them from making attempts to seek another legal system, or also to attract to the given state (i. e. within the legal framework of the state) entities from other countries”². Legal regulations are, therefore, a tool used to create an environment which will be attractive for businesses, but also for workers and capital³.

Regulatory competition can only occur if the goods and services can move freely between Member States. Business entities will then have the opportunity to

¹http://ec.europa.eu/cip/index_pl.htm

²M. Szydło, *Konkurencja regulacyjna w prawie spółek*, Warsaw 2008, p. 13.

³G. Davies, *The Legal Framework of Regulatory Competition*, online: <http://www.ssrn.com>, p. 1, Sun and Pelkmans ‘Regulatory Competition in the Single Market’ (1995) 33.1 *JCMS*

67; A. Ogus, *Competition Between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis To Comparative Law*, “International and Comparative Law Quarterly” 1999, 48, p. 405.

choose the best possible legal regime for themselves, producing goods and providing services that can be sold across the EU. There are two principles of EU law which constitute the legal basis for the functioning of regulatory competition. First of all, it is the principle of mutual recognition of standards, according to which the standards adopted for products and services in one Member State should be recognized in the other Member States¹. In addition, the rule of origin should be mentioned. This rule was adopted in secondary law with regard to certain types of service sector activity (e. g. e-commerce, finance, media services). According to this rule, the law applicable to the providers and services from other Member States and to the control of these providers and services is the law of their country of origin / their home country.

The mechanism of regulatory competition is both criticized and praised in the legal and economic doctrine². Its supporters point out that it helps improve the quality of the laws, adapt them to new or existing local conditions, to maintain the diversity of legal systems and implement solutions that promote innovation. In view of the fact that regulatory competition may arise if the Member States have the possibility to freely create national law in a particular field, regulatory competition is often viewed as contrary to the harmonization and it is emphasized that regulatory competition does not require the creation of centralized rules, which correspond to a lesser extent to the specific needs of businesses, are more limited and static (it is harder to change them)³. On the other hand, critics of regulatory competition state that it is an economically and socially harmful phenomenon which allows business entities to succeed not because of the advantages of their business activity, but because of their location. Above all, however, the critics warn against the phenomenon of the race to the bottom, consisting in the lowering of standards and alleviating the conditions that business entities have to meet in order to make national legislation more attractive to businesses. Therefore, critics of regulatory competition see it as a mechanism threatening non-economic values and violating social regulations of the Member States⁴. Putting aside the issue of settling the dispute, it should be stated, that regulatory competition can be effective, that is to say, it can lead to an improvement of the economic situation and have a pro-social character, but only if adequate legal conditions are met. First of all, Member States must be free in the making of legal acts governing the conditions and standards of verification of the activities which are relevant from an economic perspective. Also, the European Union employer should be able to prevent unwanted development of regulatory competition, e. g. by issuing legal acts preventing specific risks (e. g., reducing the value of shares or

¹ Judgment of the Court of 20 February 1979 in Case 120/78, Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, ECR. 1979, p. 649.

²J.-M. Sun, J. Pelkmans, Regulatory Competition in the Single Market, "Journal of Common Market Studies" 1995 no. 33, p. 67–89; A. Ogus, Competition Between... p. 405-418.

³G. Davies, The Legal Framework... p. 2.

⁴N. Reich, Competition between Legal Orders: A New Paradigm of EC law?, "Common Market Law Review" 1992 no. 29 (5), p. 861–896.

stocks of companies, shifting the negative external costs on third parties) or establishing appropriate conflict of law rules¹.

Integration mechanisms resulting from the new governance

In legal literature the concept of “new governance” appears in the context of a “change in the law, rules, methods and means of action of the European Union, institutional structure or decision-making processes that lead to alternative and innovative way of implementing EU policies and executing EU law.”² The new governance understood in this way is aimed to lead to the creation of less detailed and more flexible regulations and to the implementation of the EU policies without the use of a hierarchical and imposed formula. The concept of “governance” was adopted to describe the various processes which do not use traditional, formal legal instruments. Also, “governance” means involving in decision-making process entities other than state authorities. Governance, therefore, can be characterized as a shift away from command and control approach to “regulative” approach which is characterized by the principles of partnership and flexibility, a lower degree of hierarchy and commands. It is also related primarily to the ability to make binding decisions jointly and on the basis of cooperation³. Examples of symptoms of deformed approach is the use of soft law, informal networks of administration authorities designed to help entities exercise their rights resulting from the EU *acquis* and conduct peer review of the solutions adopted in the legal systems of the Member States in order to implement EU directives.

Soft law acts

Acts of soft law are defined in law doctrine⁴ as acts to which the Treaties do not explicitly attribute binding effect, but which may create actual and legal effects. This definition should be completed by pointing out that soft law acts are subordinate to the binding legislation and must be compatible with it.

Legal literature⁵, according to the criteria of issuing authority, differentiates between: institutional soft law, Member States’ European soft law, private self-regulation and co-regulation and technical and financial standard-setting by or with private bodies. Within the soft law issued by the EU institutions, due to the functions of a soft law act we should point out: preparatory and informative instruments and steering instruments as well as interpretative and decisional

¹ M. Szydło, *Konkurencja regulacyjna...* p. 207 et seq.

² P. Dąbrowska, *Nowe rządy w Unii Europejskiej*, in: *Ustrój Unii Europejskiej*, J. Barcz (ed.), Warsaw 2010, p. I-216.

³ G. de Búrca, J. Scott, *Introduction: New Governance, Law and Constitutionalism*, in: *Law and New Governance in the EU and the US*, G. de Búrca, J. Scott (ed.), Oxford, Portland, Oregon 2006, p. 2; R. Comelle, *New Governance Fatigue? Administration and Democracy in the European Union*, “Jean Monnet Working Paper” 2006, no. 6, p. 9 et seq.; I. Kawka, *Zasady dobrego rządzenia w prawie Unii Europejskiej. Sektory infrastrukturalne*, Kraków 2011, p. 16 et seq.

⁴ O. Stefan, *Hybridity before the Court: a Hard Look at Soft Law in the EU Competition and State Aid Case Law*, *E.L. Rev.* 2012, no. 37, p. 49.

⁵ A. Peters, I. Pagotto, *Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective*, p. 16.

instruments¹. Examples of preparatory and informative instruments are Green Papers, White Papers, action programmes and informative Communications which aim at preparing for the development and adoption of legally binding rules as well as conducting related consultations with the parties to which the future EU legislation will be related. The function of these acts consisting in providing the impetus for conducting negotiations and reaching a political consensus is also known as *pre-law function*². The steering instruments include acts whose function is to achieve the objectives of EU law in the form of enhanced cooperation between the Member States of uniform application of Community law, and even the harmonization of national laws by means of declaratory and policy measures which are not legally binding (*para-law functions*)³. This category includes the recommendations mentioned in the art. 288 TFEU, but also the conclusions, declarations, resolutions and guidelines issued by the EU institutions. The third type of soft law acts are *interpretative and decisional instruments* performing a *law-plus function*. They include guidance on how the EU institutions should interpret and apply EU law⁴. Examples of such acts include commission communications, notices and guidelines, opinions, recommendations issued by the Commission in the field of competition and state aid⁵.

Article 288 TFEU (formerly art. 249 TEC) provides that binding effect can be attributed only certain acts of EU legislation (that is, regulations, directives, decisions). In accordance with art. 288 paragraph 5 of the TFEU, recommendations and opinions do not have such power. Other acts of secondary legislation, including guidelines issued by the Commission, should also be classified as legally non-binding instruments. The Treaty in the art. 263 TFEU (formerly 230 TEC) specifying the acts, the legality of which may be referred to the CJEU, also uses the term acts intended to produce legal effects vis-a-vis third parties. Despite the diversity of the terminology it is assumed in the literature that the *concepts legally binding and producing legal effects* have the same meaning. L. Senden states that legally binding acts have the „capability to affect a person’s legal position and rights and obligation contained in it can be enforced or have to be complied with”.⁶ It should be noted that, according to the CJEU case law, not only acts to which the Treaty assigns the status of legally binding can be acknowledged as such acts. The Court adopted a broader concept (*an umbrella concept*), whereby the non-binding legal acts may be binding incidentally, as a result of the specific features of these acts

¹L. Senden, Soft law and its implications for institutional balance in the EC, <http://www.utrechtlawreview.org/> Volume 1, Issue 2 (December) 2005, p. 81.

²A. Peters, Soft law as a new mode of governance, in: *The Dynamics of Change in EU Governance*, U. Diedrichs, W. Reiners, W. Wessels (ed.), Cheltenham, Northampton 2011, p. 34-35.

³L. A. J. Senden, *Soft law...* p. 82; W. Sanetra, *Europeizacja polskiego prawa pracy*, Warsaw 2004, p. 45.

⁴L. A. J. Senden, *Soft law...* p. 82;

⁵O. Stefan, *Hybridity before the Court...*p. 56; M. Aldestam, *Soft Law in the State Aid Policy Area*, in: *Soft Law in Governance and Regulation. An Interdisciplinary Analysis*, U. Mörth (ed.), Bodmin, p.11.

⁶L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, p. 237.

(*incidental legally binding force*)¹. In addition, the act which cannot be attributed legally binding force in the broad sense may produce indirect legal effects (*indirect legal effects*). According to the case law of the Court in Grimaldi's case², the fact that recommendations do not have binding effect does not mean that they do not produce any legal effects. They should be taken into account by the courts of the Member States in order to resolve the dispute pending before them. The judgment of the Court clearly indicates the hybrid nature of EU law which covers not only binding law, but also soft law specifying or indicating how to interpret Europeanized national law or EU law³. Indirect legal consequences may result from a particular interpretation of a legal act or from taking into account general principles of law above all the principle of legal certainty and the principle of protection of legitimate expectations. Soft law may in fact specify a policy or course of action used by the administration authorities, and thus create on the side of a given entity legitimate expectations that administrative decisions will be taken in accordance with the objectives of this policy, or in a certain way. The essence of indirect effects of non-binding legal acts is expressed in T.C. Hartley's statement: „legal effects is not an all-or-nothing characteristic : an instrument may have some legal effects but not others – for example, an instrument may not have direct legal consequences in its own right, but may affect the interpretation of another instrument and thus have indirect legal consequences”⁴. Soft law acts can thus only indirectly determine the legal situation of natural and legal persons, for example, by influencing legislative actions of the Member States and authorities which apply law in a particular area.

Coordination

Coordination cannot be regarded as harmonization, despite the fact that art. 50 par. 2 point g TFEU imprecisely describes coordination by means of directives. Coordination is the combination of national legal systems between one another without their unification or harmonization. Article 2 par. 5, indentation 2 of the TFEU provides explicitly that the means coordinating actions of Member States do not include harmonization of the laws and regulations of the Member States. Similar provision is stated in art. 149 TFEU (formerly art. 129 TEC) in the area of employment. Despite the fact that in the case of unification and harmonization TFEU does not list the areas in which these methods are used, the Union, according

¹ Ibid., p. 238.; A. Wróbel, Komentarz do art. 288 TFEU, in: Treaty on the Functioning of the European Union, Commentary, Volume III, A. Wróbel (ed.), Warsaw 2012, p. 632.

² Judgment of the Court of 13 December 1989, Case C-322/88, Salvatore Grimaldi v Fonds des maladies professionnelles, ECR 1989, p. 4407: „However, national courts are bound to take those recommendations into consideration in order to decide disputes submitted to them, in particular where they are capable of casting light on the interpretation of other provisions of national or Community law”.

³ O. Stefan, Hybridity before the Court : a Hard Look at Soft Law in the EU Competition and State Aide Case Law, E.L. Rev. (2012) 37, p. 49 et seq.; D. M. Trubek, P. Cottrell, and M. Nance, “Soft Law,” “Hard Law,” and European Integration: Toward a Theory of Hybridity, Legal Studies Research Paper Series, University of Wisconsin Law School, November 2005, p. 30.

⁴ T. C. Hartley, The Foundations of European Community Law: an Introduction to the Constitutional and Administrative Law of the European Community, Oxford 1998, p. 89.

to art. 6 TFEU, have competence to carry out actions to support, coordinate or supplement the actions of the Member States in the following areas: protection and improvement of human health, industry, culture, tourism, education, vocational training, youth and sport, civil protection, administrative cooperation. In addition, in accordance with art. 2 TFEU, the Member States coordinate their economic and employment policies. An example of coordination activity is the Open Method of Coordination (OMC), which is applicable, for example, in employment policy.

Another instrument for the coordination of national legal systems is the use of uniform rules of conflict. The assumption that it is useless to establish uniform material solutions is characteristic of this type of coordination. It suffices to establish the rules pointing out to the legislation of a Member State which can be applied in a particular situation of an individualized entity¹. An example of this type of coordination is the regulation on the coordination of social security systems in relation to EU citizens and members of their families who are moving within the EU².

Informal and non-hierarchical network of the authorities of Member States

Another informal solution helping resolve conflicts related to the application of EU law by national public administration authorities, and thus facilitate the integration of legal systems of Member States is the creation of informal networks. Examples of such networks are: On-line Problem Solving Network/Réseau de résolution de problèmes en ligne), PPN – (Public Procurement Network/Réseau européen des marchés publics) and ENO – (European Network of Ombudsmen/Réseau européen des Médiateurs). Although hierarchical relations are not the foundation of the activities of these networks, their activity is effective as the worked-out solutions require cooperation between administrations authorities of the Member States and are therefore acceptable for them.

Peer review

Another way to influence Member States in order to ensure their effective implementation of the directives is the peer review procedure. It has been mentioned, for example, in the Services Directive. In accordance with art. 39 of this legal act, Member States were required to conduct the review and evaluation of national law (by 28 December 2009) with regard to the requirements concerning running companies providing service activities (art. 9, 15 and 25 SD), as well as with regard to the requirements applied to service providers with company headquarters in another Member State, providing temporary services (art. 16 SD) and to transfer of this information to the European Commission.³ On the basis of

¹ C. Mik, *Europejskie prawo...* p. 603.

² Regulation of the European Parliament and of the Council (EC) No. 883/2004 of 29 April 2004 on the coordination of social security systems, O.J. 2004 L 200/1, Regulation of the European Parliament and of the Council (EC) No. 987/2009 of 16 September 2009 on the implementation of regulation (EC) No. 883/2004 on the coordination of social security systems, O.J. 2009, L 284/1.

³ Information on the obligations of the EU Member States related to the review of national legislation and the process of peer review under Directive 2006/123/EC on services in the internal market, approved by the The European Committee of the Council of Ministers on 16 December 2009

this information the peer review process was conducted in 2010. The process was concluded by a summary report of the Commission and proposals for additional initiatives¹. In an announcement summarizing the peer review process the Commission stressed the unprecedented nature of this procedure and its benefits. It allowed the introduction of a “structured dialogue between Member States”, provided “transparency of the results of the implementation of the Services Directive” and helped identify and popularize good regulatory practices². The Commission also stated that “discussions also accustomed Member States to engage in dialogue. As the process was going on Member States intensified interaction and exchange of information between them (in bilateral relations, in groups of five states and in large groups), thanks to which the process was successful.”³

Draft amendments to the Directive on recognition of professional qualifications provides a similar mechanism. In order to ensure greater transparency and to justify the fact of regulating specific professions with specific requirements in terms of qualifications, Member States will have to submit a list of their regulated professions and justify why these professions need to be recognized as regulated ones. Then, peer review supported by the European Commission is to be carried out. It will allow Member States to compare their regulatory approaches and, where appropriate, to simplify the national legal framework for regulated professions⁴.

Self-regulation

An example of informal influence of EU law into national law is the promotion of self-regulation in EU legislation (a sector regulates its action by itself). An example of self-regulation are good practice codes, which focus on adequate ways of solving problems, conflicts between the parties and on ensuring the quality of business activity conducted, and not on the specific substantive issues⁵. The definition of the codes of conduct is laid down in the directive on unfair commercial practices. In accordance with art. 1 point f) of this legal act a “code of conduct” means an agreement or set of rules that are not required by the laws, regulations and administrative provisions of the Member State and which define the behavior of entrepreneurs who undertook to comply with the code in relation to one or more specified commercial practices or business sectors⁶. Codes of conduct

¹ Communication from the Commission, Towards a better functioning Single Market for services – building on the results of the mutual evaluation process of the Services Directive, Brussels, 27.1.2011, COM (2011) 20 final version.

² Communication from the Commission, Towards a... p. 7.

³ Ibid.

⁴ Proposal from the Commission, Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2005/36/EC on the recognition of professional qualifications and regulation [...] on administrative cooperation through information exchange system on the internal market, Brussels, 19.12.2011, COM (2011) 883 final version, p. 13

⁵ A. Heritier, New Modes of Governance in Europe: Policy-Making without Legislating? MPI Collective Goods Preprint No. 2001/14, online: <http://ssrn.com/abstract=299431>

⁶ Examples of Polish codes of good practice are: 1. Code of Ethics in Advertising of 2004, <http://www.radareklamy.org/kodeks-etyki-reklamy.htm>, the entity liable: Advertising Council and the Commission of Ethics in Advertising; 2. The Code of Professional Ethics in Accounting in 2007, http://www.skwp.pl/files/zg/kodeks_etyki/kodeks_zawodowej.pdf, the entity liable: Accountants Association in Poland; 3. Code

are therefore adopted voluntarily and their power derives from the commitment of the signatory companies to comply with the code signed by them. Point 20 of the directive on unfair commercial practices clarifies the role of the European Union and Member States in the promotion of codes, stating that “appropriate importance should be given to codes of conduct, which enable entrepreneurs to effectively apply the principles of this directive in the various sectors of economy. In sectors where there are specific mandatory requirements governing business activities, the codes of conduct should also form the basis of the assessment of professional diligence. The control at national and community levels exercised by code creators in order to eliminate unfair commercial practices may remove the need to use administrative or judicial procedures and should therefore be encouraged”.

The creation of codes of conduct, and in particular the codes binding at EU level, is also promoted by the Services Directive (SD)¹. According to art. 37 SD, “Member States in cooperation with the Commission adopt accompanying measures to encourage the drawing up, at community level and particularly by societies, organizations and professional associations, of codes of conduct aimed to facilitate the provision of services or running a company by service provider in a different Member State, in accordance with community law. “Point 115 of the SD preamble

of professional conduct of members of the Polish Chamber of Civil Engineers <http://www.piib.org.pl/>, the entity liable: Polish Chamber of Civil Engineers; 4. Code of Ethics in Roof Construction, <http://www.dekarz.com.pl/>, the entity liable: Polish Association of Roofers; 5. Code of Ethics of the Members of the Polish Association of Home Builders, <http://www.psbdb.pl/>, the entity liable: Polish Association of Home Builders; 6. Professional Standards of Real Estate Agents of 2005 <http://www.pfrn.pl/>, the entity liable: Polish Real Estate Federation; 7. Principles of Good Practice of Banking of 2007 <http://www.zbp.pl/>, the entity liable: the Polish Bank Association; 8. Good Practice Recommendation on the Polish Market in Bancassurance with regard to protection insurance related banking products, <http://www.zbp.pl/>, the entity liable: Polish Bank Association; 9. The Principles of the Good Practice of the Companies who are members of the Conference of Financial Companies in Poland (including: Principles of Good Practice for Credit Product Sales, Principles of Good Practice for Debt Recovery, Principles of Good Practice in BiG InfoMonitor) of 2008, <http://www.kpf.pl/>, the entity liable: Conference of Financial Companies in Poland; 10. Code of Good Practice of the Polish Association of Translation Companies, <http://www.psbtp.pl/>, the liable: Polish Association of Translation Companies; 11. Sworn translator Code of 2005 <http://www.tepis.org.pl/>, the entity liable: Polish Society of Sworn and Specialised Translators TEPIS; 12. Code of Good Practice for Institutional Investors of 2006 <http://www.izfa.pl/>, the entity liable: Chamber of Fund and Asset Management; 13. Code of ethics for entrepreneurs, <http://www.kig.pl/>, the entity liable: Polish Chamber of Commerce; 13. Code of Good Practice for the safe use of mobile phones of 2009 <http://www.piiit.org.pl/>, the entity liable: Polish Chamber of Information Technology and Telecommunications; 14. Good Practice Canon for Financial Market of 2008 <http://www.knf.gov.pl/>, recommending entity: the Polish Financial Supervision Authority and others; 15. Code of Ethics in Legal Counseling of 2007 <http://www.kirp.pl/>, the entity liable: National Council of Legal Counselors; 16. Code of Ethics of Wedding Consultants (11.01.2008) <http://www.pskps.pl/>, the entity liable: Polish Association of Wedding Consultants; an online list of codes: <http://www.dobrapraktyka.pl/1701.html>

¹ An example of such a code is the European Code of Conduct for Mediators, http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_pl.pdf

adds that codes of conduct at the EU level are intended to set minimum standards of conduct and complement national legal requirements. This means that they do not prevent Member States from adopting more stringent law measures. This also means that they do not prevent national professional societies to provide greater protection in their national codes of conduct.

The eco-management system EMAS is another example of promoting at the European level the entities' voluntary compliance with specific requirements. According to art. 1, par. 2, of Regulation 1221/2009, EMAS is "an important instrument of the action plan regarding sustainable: consumption, production and industrial policy" and its goal is "to promote continuous improvement in the environmental performance of the organization¹ through the establishment and implementation, conducted by organizations, of the environmental management systems, systematic, impartial and periodic evaluation of the effectiveness of such systems, the provision of information on environmental performance, engagement in open dialogue with the public and other interested parties as well as active involvement of organizations' employees and proper training."²

Conclusion

The European Union governance mechanisms moves away from the traditional, formal, legal instruments, and puts more emphasis on new ways of governing. The new ways of governing increase the efficiency of the European governance mainly by widening the scope of satisfactory solutions; a good example could be the informal way of resolving disputes within SOLVIT.

The use of various methods of legal integration also results from the need to find answers to the multiple challenges of European integration. Frequently the use of indirect methods of integration is more efficient although it does not directly lead to unification or approximation of national legislation. An example of this phenomenon is a structural method, which focuses on the financing of specific projects whose direct aim is not the legal integration, but the economic and social cohesion, which in turn implies the connection of the Member States' legal systems.

It should be emphasized here that the less formalized forms of governing and the ones which are based on cooperation between various subjects cannot replace traditional binding European Union primary and secondary laws. Indirect methods of integration can only play a supportive role in European governance. In particular, the new ways of governing have only a supportive character and they cannot

¹ According to art. 2, point 21) of the Regulation of the European Parliament and of the Council (EC) No. 1221/2009 of 25 November 2009 on the voluntary participation by organizations in a Community eco-management and audit scheme (EMAS), repealing Regulation (EC) No. 761/2001 and Decisions of the Commission 2001/681/EC and 2006/193/EC, OJ L 2009, L 342/1, the term «organization» means «a company, corporation, firm, enterprise, authority or institution, located in or outside the Community, or part or combination of the entities mentioned, whether incorporated or not, public or private, having its own functions and administration.»

² Regulation of the European Parliament and of the Council (EC) No. 1221/2009 of 25 November 2009 on the voluntary participation by organizations in a Community eco-management and audit scheme (EMAS), repealing Regulation (EC) No. 761/2001 and Decisions of the Commission 2001 / 681/EC and 2006/193/EC, OJ L 2009, L 342/1.

replace a proper implementation of the European Union legislation into a particular national legal system as well as its proper enforcement in formal procedures by courts and administrative organs of the EU Member States.

BIBLIOGRAPHY

1. *M. Aldestam*, Soft Law in the State Aid Policy Area, in: *Soft Law in Governance and Regulation. An Interdisciplinary Analysis*, U. Mörth (ed.), Bodmin, p.11.

2. *G. de Búrca, J. Scott*, Introduction: New Governance, Law and Constitutionalism, in: *Law and New Governance in the EU and the US*, G. de Búrca, J. Scott (ed.), Oxford, Portland, Oregon 2006, p. 2.

3. *R. Comelle*, New Governance Fatigue? Administration and Democracy in the European Union, "Jean Monnet Working Paper" 2006, no. 6, p. 9 et seq.

4. Communication from the Commission, Towards a better functioning Single Market for services – building on the results of the mutual evaluation process of the Services Directive, Brussels, 27.1.2011, COM (2011) 20 final version.

5. Code of professional conduct of members of the Polish Chamber of Civil Engineers <http://www.piib.org.pl/>, the entity liable: Polish Chamber of Civil Engineers.

6. Code of Ethics in Roof Construction, <http://www.dekarz.com.pl/>, the entity liable: Polish Association of Roofers.

7. Code of Ethics of the Members of the Polish Association of Home Builders, <http://www.psbdb.pl/>, the entity liable: Polish Association of Home Builders.

8. Code of Good Practice of the Polish Association of Translation Companies, <http://www.psbtp.pl/>, the liable: Polish Association of Translation Companies.

9. The Code of Professional Ethics in Accounting in 2007, http://www.skwp.pl/files/zg/kodeks_etyki/kodeks_zawodowej.pdf, the entity liable: Accountants Association in Poland.

10. Code of Good Practice for Institutional Investors of 2006

<http://www.izfa.pl/>, the entity liable: Chamber of Fund and Asset Management.

11. Code of ethics for entrepreneurs, <http://www.kig.pl/>, the entity liable: Polish Chamber of Commerce.

12. Code of Good Practice for the safe use of mobile phones of 2009 <http://www.piiit.org.pl/>, the entity liable: Polish Chamber of Information Technology and Telecommunications.

13. Code of Ethics in Legal Counseling of 2007 <http://www.kirp.pl/>, the entity liable: National Council of Legal Counselors.

14. Code of Ethics of Wedding Consultants (11.01.2008) <http://www.pskp.pl/>, the entity liable: Polish Association of Wedding Consultants; an online list of codes: <http://www.dobrapraktyka.pl/1701.html>.

15. *P. Dąbrowska*, Nowe rządzenie w Unii Europejskiej, in: *Ustrój Unii Europejskiej*, J. Barcz (ed.), Warsaw 2010, p. I-216.

16. *G. Davies*, The Legal Framework of Regulatory Competition, online: <http://www.ssrn.com>, p. 1, Sun and Pelkmans 'Regulatory Competition in the Single Market' (1995) 33.1 *JCMS*

17. Examples of Polish codes of good practice are: 1. Code of Ethics in Advertising of 2004, <http://www.radareklamy.org/kodeks-etyki-reklamy.htm>, the entity liable: Advertising Council and the Commission of Ethics in Advertising.

18. Good Practice Recommendation on the Polish Market in Bancassurance with regard to protection insurance related banking products, <http://www.zbp.pl/>, the entity liable: Polish Bank Association.

19. Good Practice Canon for Financial Market of 2008 <http://www.knf.gov.pl/>, recommending entity: the Polish Financial Supervision Authority and others.

20. *T. C. Hartley*, *The Foundations of European Community Law: an Introduction to the Constitutional and Administrative Law of the European Community*, Oxford 1998, p. 89.

21. *A. Heritier*, *New Modes of Governance in Europe: Policy-Making without Legislating?* MPI Collective Goods Preprint No. 2001/14, online: <http://ssrn.com/abstract=299431>.

22. Information on the obligations of the EU Member States related to the review of national legislation and the process of peer review under Directive 2006/123/EC on services in the internal market, approved by the The European Committee of the Council of Ministers on 16 December 2009.

23. Judgment of the Court of 13 December 1989, Case C-322/88, *Salvatore Grimaldi v Fonds des maladies professionnelles*, ECR 1989, p. 4407.

24. Judgment of the Court of 20 February 1979 in Case 120/78, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, ECR. 1979, p. 649.

25. *I. Kawka*, *Zasady dobrego rządzenia w prawie Unii Europejskiej. Sektory infrastrukturalne*, Kraków 2011, p. 16 et seq.

26. *B. Kurcz*, *Dyrektywy Wspólnoty Europejskiej i ich implementacja do prawa krajowego*, Kraków 2004, p. 72.

27. *C. Mik*, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warsaw 2000, p. 592.

28. *A. Ogus*, *Competition Between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis To Comparative Law*, "International and Comparative Law Quarterly" 1999, 48, p. 405.

29. *A. Peters, I. Pagotto*, *Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective*, p. 16.

30. *A. Peters*, *Soft law as a new mode of governance*, in: *The Dynamics of Change in EU Governance*, U. Diedrichs, W. Reiners, W. Wessels (ed.), Cheltenham, Northampton 2011, p. 34-35.

31. *Professional Standards of Real Estate Agents of 2005* <http://www.pfrn.pl/>, the entity liable: Polish Real Estate Federation.

32. *Principles of Good Practice of Banking of 2007* <http://www.zbp.pl/>, the entity liable: the Polish Bank Association.

33. *The Principles of the Good Practice of the Companies who are members of the Conference of Financial Companies in Poland (including: Principles of Good Practice for Credit Product Sales, Principles of Good Practice for Debt Recovery, Principles of Good Practice in BiG InfoMonitor) of 2008*, <http://www.kpf.pl/>, the entity liable: Conference of Financial Companies in Poland.

34. *Proposal from the Commission, Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2005/36/EC on the recognition of professional qualifications and regulation [...] on administrative cooperation through information exchange system on the internal market*, Brussels, 19.12.2011, COM (2011) 883 final version, p. 13.

35. *N. Reich*, *Competition between Legal Orders: A New Paradigm of EC law?*, "Common Market Law Review" 1992 no. 29 (5), p. 861–896.

36. *Regulation of the European Parliament and of the Council (EC) No. 883/2004 of 29 April 2004 on the coordination of social security systems*, O.J. 2004 L 200/1, *Regulation of the European Parliament and of the Council (EC) No. 987/2009 of*

16 September 2009 on the implementation of regulation (EC) No. 883/2004 on the coordination of social security systems, O.J. 2009, L 284/1.

37 W. Sanetra, Europeizacja polskiego prawa pracy, Warsaw 2004, p. 45.

38. L. Senden, Soft law and its implications for institutional balance in the EC, <http://www.utrechtlawreview.org/> Volume 1, Issue 2 (December) 2005, p. 81.

39. O. Stefan, Hybridity before the Court: a Hard Look at Soft Law in the EU Competition and State Aide Case Law, E.L. Rev. 2012, no. 37, p. 49.

40. J-M. Sun, J. Pelkmans, Regulatory Competition in the Single Market, "Journal of Common Market Studies" 1995 no. 33, p. 67–89; A. Ogus, Competition Between... p. 405-418.

41. Sworn translator Code of 2005 <http://www.tepis.org.pl/>, the entity liable: Polish Society of Sworn and Specialised Translators TEPIS.

42. M. Szydło, Konkurencja regulacyjna w prawie spółek, Warsaw 2008, p. 13.

43. D. M. Trubek, P. Cottrell, and M. Nance, "Soft Law," "Hard Law," and European Integration: Toward a Theory of Hybridity, Legal Studies Research Paper Series, University of Wisconsin Law School, November 2005, p. 30.

44. A. Wróbel, Komentarz do art. 288 TFEU, in: Treaty on the Functioning of the European Union, Commentary, Volume III, A. Wróbel (ed.), Warsaw 2012, p. 632.

Инга Кавка. Непрямі методи інтеграції в правову систему держав-членів Європейського союзу

У статті розглянуті критерії, які дозволяють визначати методи інтеграції, серед яких: природа і інтенсивність судового позову, об'єднання і гармонізація - приклади прямих методів інтеграції, які прагнуть наблизитися або об'єднати національні правові системи. А також з іншого боку, непрямі методи інтеграції, які включають: регулярне змагання, структурний метод і нові механізми управління (координація, використання м'якого закону, неформальна адміністративна кооперація, огляд). У статті представлені і розкриті непрямі методи інтеграції національних правових систем і дана відповідь на питання про роль, яку грають ці методи.

Ключові слова: *Європейський союз, інтеграція, методи інтеграції.*

Инга Кавка. Косвенные методы интеграции в правовую систему государств-членов Европейского союза

В статье рассмотрены критерии, которые позволяют определять методы интеграции, среди которых: природа и интенсивность судебного иска, объединение и гармонизация - примеры прямых методов интеграции, которые стремятся приблизиться или объединить национальные правовые системы. А также с другой стороны, косвенные методы интеграции, которые включают: регулярное соревнование, структурный метод и новые механизмы управления (координация, использование мягкого закона, неформальная административная кооперація, обзор). В статье представлены и раскрыты косвенные методы интеграции национальных правовых систем и дан ответ на вопрос о роли, которую играют эти методы.

Ключевые слова: *Европейский союз, интеграция, методы интеграции.*

Inga Kawka. Indirect methods of integration into the legal system of the European Union Member States

In the article considered criterion, which allow to determine methods integrations among which: nature and intensity of court claim, association and harmonization, is examples of direct methods integrations which aim to be approached or unite the national legal systems.

And also de autre part, indirect methods are integrations which include: regular competition, structural method and new mechanisms of management (co-ordination, use of soft law, informal administrative co-operation, review). In the article presented and exposed indirect methods of integration of the national legal systems and an answer is given for a question about a role which is played by these methods.

Keywords: *European union, integration, methods of integration.*

Стаття надійшла до редакції 20.02.2013.

КАТЕГОРІЯ «ЖІНКА» У ПУБЛІЧНОМУ І ПРИВАТНОМУ ПРАВІ СТАРОДАВНЬОГО РИМУ

І.П. Малютіна

*кандидат історичних наук,
доцент кафедри суспільних наук
ВНЗ «Національна академія управління»*

Постановка проблеми. Римський соціальний світ вирізнявся строкатістю і неоднорідністю, що насамперед обумовлене особливістю контингенту його учасників, тобто суб'єктів. «Римський світ — це світ активних і дуже різних людей...» [1, с. 32], підтвердження знаходимо в сфері дії римського права, відповідно до якого бути людиною ще не означало бути його активним началом — суб'єктом права. Природна приналежність до роду людського не передбачала наявності в індивіда певних невід'ємних прав і можливостей. Ієрархічний правовий світ Риму вражав своєю багатомірністю. Горизонтальний вимір стосувався всіх людей, які жили на території Риму, і який чітко встановлював кордони для різних категорій населення, тобто мав чіткі локальні межі, вихід за які призводив до серйозних правових наслідків.

Існувало і декілька критеріїв для горизонтального поділу: відповідно до наявності свободи — вільні і раби; відповідно до статусу громадянства — вільні римські громадяни, латини, переїзники, вільновідпущеники і колони. Найповніше вертикальні аспекти виявлялися в середовищі вільних римських громадян, які формально мали повний обсяг громадянських і приватних прав, але різний ступінь можливості користування цими правами.

Аналіз досліджень та публікацій. Висвітлення питань співвідношення статі і правового положення індивідів у площині римського права є непопулярною тематикою в академічній царині. Аналізуючи ж виключно «жіноче» явище в римському праві, відповідних ґрунтовних досліджень виявлено не було. Отже, спробуємо порозумітися зі складним соціальним явищем правової активності жінки в контексті культурних, світоглядно-ідеологічних і психоемоційних характеристик римського соціуму.

Мета статті. З'ясувати місце «жінки» в Стародавньому Римі з огляду на її правові можливості, що визначаються пасивно-активним правовим потенціалом, зміщення акцентів в якому залежить від соціокультурних умов.

Основні результати дослідження. Стаття, біологічно-анатомічні відмінності між чоловіком і жінкою в римській культурі визнавалися природною даністю, яку неможливо змінити, але яка суттєво впливала на місце індивіда в праві. У Римі природна даність реалізувалася повною мірою, тобто «структура

чоловічого/жіночого збігається з тією привілейованістю, що визначається за генітальною функцією» [1, с. 195]. Стат'я вимагає від людини своєрідного кодексу поведінки, при чому ці поведінкові лінії відрізняються системою цінностей, вимогами, наявністю певної сукупності рис і чеснот, можливим полем соціальної реалізації і відмінністю у спроможності брати участь у правовому житті. Громадська думка засуджувала всі прояви невластивої поведінки представниками різних статевих груп наприклад, насмішки і зневагу викликали чоловіки, що виявляли жіночі риси. Отже існували чітко прописані жіночі і чоловічі правові практики і ролі, але слід враховувати і наявність у Римі двох паралельних явищ правового життя: реально-дієвого права і теорії природного права. За природним правом, усі люди рівні незалежно від статі, оскільки підґрунтям обов'язкової сили для природного права є те, що всі люди і всі народи частина єдиного роду людського, які прагнуть злагоди і згоди. Суб'єктом права природне право проголошує будь-яку людину [3, с. 277–278]: «...по природному праву всі народжуються вільними...» (Д, 1.1.4). Не відмовляючи жінці у правоздатності, римське право разом з тим обмежує її у дієздатності. Давньоримська традиція замикає жінку в межах фамілії, де проходило все її життя, яке суттєво відрізняється від життя чоловіка за родом занять, об'єктом праці, дозвіллям, нормами поведінки. Цю відмінність зазначив Колумена в I ст. до. н.е.: «Домашня праця була долею матрони, тому що батьки сімейств повертаються до домашніх пенат, від громадської діяльності, відклавши всі турботи, як для відпочинку» [4, с. 71].

Римська культура була мускулінною за своєю природою і визнала основне призначення жінок у вихованні дітей у власне римських традиціях, що згодом вплинуло на саму історико-культурну ситуацію і на роль жінки в сфері введення нових релігійних культів у переломні моменти римської історії. Водночас високий статус дружини в шлюбі і в домі (*dumus*) як матері означувався почесним званням *materfamilias*. Мати сімейства називалася матроною і користувалася повагою, на вулиці чоловіки поступалися їй дорогою, на похоронах виголошувалися хвалебні промови, як і на похоронах магістратів. Більше від інших шанувалися матрони, які мали лише одного чоловіка і свій храм патриціанської цнотливості.

Порівняно з дружинами в Греції римлянки вели відкритіший спосіб життя: ходили з чоловіками в гості, були присутніми на банкетах [5, с. 112]. Що ж стосується правового життя, то «жіноче питання» у римському праві може бути розглянуто в декількох напрямках, але обов'язково у контексті конкретного історичного періоду: коли йдеться про особливості правового статусу жінки, у сфері публічного права; крізь призму приватного права і в межах сімейного права.

Римська громадянка, як суб'єкт права, характеризувалася тими ж ознаками, що і чоловіки-громадяни (місце проживання, соціальне становище, статус свободи). Умови набуття римського громадянства були однаковими як для чоловіків, так і для жінок: народження в законному римському шлюбі, успадкування громадянства від незаміжньої матері, або матері, яка перебуває у незаконному шлюбі тощо. Це ж стосується і виникнення правоздатності у конкрет-

ного індивіда — в момент народження. Якщо йдеться про набуття римського громадянства вільновідпущениками (за громадянським статусом колишнього рабовласника), то вони теж не мають гендерних особливостей. Статус громадянства — це загальна якість усіх членів конкретної спільноти незалежно від їх статевої приналежності, тому стосовно Риму поняття *civitas* першопочатково втілювало не політичну ідею, а почуття і право приналежності до цієї общини. Поняттям *roculus* відпочатку охоплювалися лише квірити (дорослі чоловіки), але, починаючи з часів ранньої республіки, воно набуває демократичного забарвлення [6, с. 167–168].

У стародавньому Римі існувала чітка система символів, які дозволяли точно визначати правовий стан індивіда. Одним із таких символів був одяг. Вільні римські громадянки відрізнялися від жінок інших громадянських категорій тим, що мали право носити спеціальний одяг, так званий офіційний, який прямо вказував на її громадянство. Жіночий офіційний одяг був представлений столою (довгою і широкою тунікою, двічі підпоясаною — під грудьми і нижче талії), який засвідчував приналежність жінки до римської громадянської общини, її становище дружини і матері. Вільновідпущениці, хоча і могли мати номінальне римське громадянство, не носили столу. Заборона носити столу для римської жінки була пов'язана також з її віком (дівчата-підлітки носили чоловічий одяг — тогу), або з її сімейним станом (незаміжні жінки стол не носили), чи то з умалінням честі (столу не мали права вдягати жінки, які зрадили чоловікові, а жінки легкої поведінки — проститутки — повинні були вдягатися в тогу). Для жінок пристойними вважалися всі відтінки жовто-коричневого і зеленого кольорів, непристойними — червоний, ліловий. Усі відтінки коричнево-жовтого і сіро-чорного були природними кольорами овечої шерсті і сприймалися як ознака скромності і бережливості. Всі відтінки червоного, фіолетового і зеленого (синій майже не згадується в літературі) були штучними за походженням, вони асоціювалися з грошовим багатством.

Вилученість жіноцтва зі сфери публічно-правових відносин є найбільш повною та очевидною: жінки були позбавлені можливості брати участь у правотворчості. На думку відомого італійського дослідника римського права Л. Пеппе, усунення жінок зі сфери публічного права і від займання високих державних посад, подібно до «невидимості» рабів у публічному праві, пояснювалося звичаями, а не природою, або психологічними особливостями жінок [6, с. 99]. Жінки, не володіючи політичними правами, не мали й офіційного імені: вони носили те ім'я, яке їм присвоювалося у побуті, з приєднанням у родовому відмінку імені батька або чоловіка, під владою якого жінка перебувала, тобто дочка або дружина такого-то.

Правове становище жінки у приватному праві змінювалося в зв'язку зі зміною соціокультурних та економічних періодів римської держави. Ці зміни позначалися на правовій активності жінки і були етапами переходу жінки від недієздатності у приватному праві в архаїчні часи до її дієздатності в часи пізньої республіки та імперії.

Цікавим є питання про активну та пасивну заповідальну правоздатність римських громадянок. Відомо, що ще у 169 р. до н.е. був прийнятий закон

Воконія, який забороняв призначення жінок, спадкоємницями тих громадян, спадок яких перевищував 100 тисяч сестерціїв. І лише весталки — жриці богині Вести, хранительки державного вогнища, мали право самостійного розпорядження своїм майном. Межі майнової правоздатності жінки також залежали від форм шлюбу. Майнова правоздатність жінки зростала в міру того, як ставала слабшою агнатська опіка і визнавався рівноправний характер обох складових (чоловічої і жіночої) економічної основи сім'ї [6, с. 69]. Існування інституту *bona reserticia* свідчив про наявність у жінки майна із її приданого, яке перебувало в її власності і було нею кероване. В класичному сімейному праві існують особливі майнові норми, які діють в інтересах дружини, утворюючи традиційне «право дружин» (*ius uxorium*), яким володіє лише дружина, і на яке не може розраховувати співмешканка (конкубіна).

Звільнення з-під опіки агнатів правоздатних жінок відбулося у період принципату і пов'язане із прийняттям закону Клавдія, який відмінив цей інститут (*tutela mulieris*). Хоча ще наприкінці епохи республіки для ряду угод, які здійснювалися жінками, формальним було схвалення опікуна. Для республіканських часів характерним було надання чоловіком дружині права вибору опікуна (*optio tutoris*): у заповіті дружині дозволялося вибрати собі опікуна. Юридична практика того часу розробила спосіб досягнення того ж результату через посередництво купівлі для уникнення опіки (*coemptio tutelae evitandae causa*). Законодавство часів імперії містить ряд положень, спрямованих на нівелювання інституту опіки над жінками. Август звільнив з-під опіки жінок з «правом трьох дітей» (*ius liberorum*), а Клавдій відмінив опіку за законом. Хоча опіка збереглася для захисту жінок, яких згадано у заповіті батька. Жінка мала право вимагати від магістрату *tutela dativa*, але опіка носила лише формальний характер. Гай зауважував, що нема достатніх підстав для встановлення опіки над повнолітніми жінками, оскільки вони самі займаються своїми справами, а в деяких випадках опікун тільки для форми виявляє свою згоду [2, с. 293].

Сімейне право в Римі тривалий час зберігало свою автономність від державного регулювання і підпадало під контроль моралістів-цензорів. Особливістю сімейно-шлюбних стосунків було також і наявність так званого сімейного суду: у межах своєї фамілії домовласник був і суддею. Слід відзначити, що правова активність жінки в сім'ї, закріплена у римському праві, залежала від форми шлюбу. Становище жінки під владою чоловіка в архаїчній сім'ї прирівнювало її до становища доньки (*loco filiae*) і визначалося як *persona alieni iuris* — неправоздатна у сфері приватного права. Особливо це стосувалося спадкових прав дружини. Майнові наслідки чоловічої влади були такі: майно дружини повністю переходило чоловікові, в чий владі вона перебувала. Перебування дружини під владою чоловіка (*manus*) характерне для архаїчних часів, а у період імператорів зникає, тому у «*Corpus iuris*» Юстиніана ми не знаходимо згадок про *manus*. У шлюбі без чоловічої влади жінка була наділена більшою правовою активністю. Найяскравіше це проявляється в інституті *trinoctium* (право жінки в шлюбі без чоловічої влади три ночі раз у рік ночувати не вдома, уникаючи таким чином переходу під владу чоловіка). На думку

Л. Пеппе, реалізація цієї норми дозволяла враховувати різні групи інтересів самої жінки та її агнатів. Але найважливішими були воля і згода самої жінки [6, с. 103]. Правова активність жінки в шлюбі без чоловічої влади втілювалась в обов'язках і правах дружини, хоча завжди зберігалася свобода не виконувати, або не користуватися ними. У шлюбі без чоловічої влади дружина повинна була поважати чоловіка і коритися йому; бути йому вірною; допомагати в його турботах про благо сім'ї, слідувати за чоловіком, якщо він змінював місце проживання (якщо дружина цього не робила, то шлюб розривався). Жінка мала право: одержувати звання і громадянський статус чоловіка; бути власником *dos*; вимагати повернення майна; мала право на 1/2 скарбу, знайденого чоловіком. Обов'язки-права чоловіка у шлюбі також засвідчують право жінки на соціально-економічний захист. Так, по-перше, чоловік повинен бути вірним дружині впродовж усього існування шлюбу; давати утримання дружині відповідно до розміру одержаного приданого; оплатити всі витрати на похорони дружини, яка не залишила по собі спадку, і якщо вона не принесла приданого; по-друге, мав право вимагати повернення дружини від батька (і завжди з третіх рук); бути законним представником дружини (виступати за неї в суді); бути хранителем *dos*.

Ще один момент римського сімейного права заслуговує на увагу — йдеться про розлучення та шлюбозрозвідну ініціативу і роль жінки у цій сфері. У Стародавньому Римі розлучення були досить рідкісним явищем, оскільки сам інститут шлюбу мав магічно-релігійні риси. І тут прослідковувалася активна позиція жінки щодо припинення шлюбу, зокрема: при конфарреаційному шлюбі розлучення було можливе через здійснення ритуалу *diffarreatio*, який передбачав відрікання дружини від сімейних культів і богів свого чоловіка. Наприкінці епохи республіки розлучення стали досить частими. Для цього не було потрібним дотримання формальностей, достатньою вважалася поведінка, яка свідчила про небажання зберігати шлюб. У цей період шлюб залежав лише від взаємного бажання подружжя перебувати в ньому, зникнення цього бажання було підставою для перебування в шлюбних відносинах. У посткласичному праві шлюб трактується як першопочаткове волевиявлення чоловіка і жінки. Законодавство імператорських часів спрямовувалося проти розлучень, чим суттєво відрізняється від класичного законодавства. Константин у 331 р. н.е. зробив спробу ввести нові правила для розлучень, особливо для розлучень в односторонньому порядку, обмеживши можливість шлюбозрозвідної ініціативи трьома моментами (як для жінки, так і для чоловіка). Дружина могла розлучитися з чоловіком, якщо він був винним у вбивстві, отруєнні або оскверненні могил. Якщо чоловік розривав шлюб з інших причин (не було з боку дружини подружньої зради, отруєння або звідництва), то він повинен був повернути придане і не мав права укладати новий шлюб. У разі порушення другого припису дружина мала право вторгнення в його дім і заволодіння приданим нової дружини [7, с. 272]. Законодавство Юстиніана теж залишає за жінкою право ініціювання розлучення на законних підставах, до яких належать: залишення чоловіком дому, провокація з його боку, неправдиве звинувачення у подружній невірності, звідництво або сексуальний зв'язок чоловіка з

іншою жінкою в будинку подружжя або поза ним. До можливостей розлучення з однаковим ступенем суб'єктивного бажання кожного із подружжя віднесено розлучення за взаємною згодою (*communi consensus*).

Висновок. Розглянувши ряд аспектів римського права з позицій філософсько-правової антропології, маємо підстави стверджувати, що правове становище жінок у Стародавньому Римі певною мірою обумовлювалося її роллю в суспільстві. А отже, поведінка особи, яка регулюється правом, — це насамперед та поведінка, що передбачена в правах і обов'язках учасників правовідносин, включає в себе вступ у правовідносини, їх реалізацію, зміну, чи припинення правовідносин. Зв'язок поведінки із правовідносинами наглядно підтверджує те, що жодна юридично значима поведінка не є ізольованими вчинками однієї особи, що здійснюється в відриві від поведінки інших осіб, чи суспільства в цілому. Юридично значуща поведінка — це форма соціальної взаємодії осіб, колективів та інших соціальних об'єктів чи категорій. Це «клітина» складної системи суспільних відносин, що існують та розвиваються в соціумі.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Федорова Е.В. Люди императорского Рима / Е.В. Федорова. — М. : Изд-во МГУ, 1990. — 366 с.
2. Бодрияр Ж. Символічний обмін і смерть / Ж. Бодрияр; [пер. з франц. Л. Кононовича]. — Львів : Кальварія, 2004. — 376 с.
3. Юркевич П. З рукописної спадщини / П. Юркевич; [упор., пер. укр. й комент. М. Ткачук]. — К. : Видав. дім «KM Academia», Університетське видавництво «Пульсари», 1999. — 332 с.
4. Лапустин Б.С. Женщины в ремесленных мастерских Помпеи / Б.С. Лапустин // Быт и история в Античности. — М. : Наука, 1988. — 272 с.
5. Див.: Крылатые римские выражения / Авт-сост. Ю. Цибульник. — М. : ООО «Издательство АСТ»; Харьков «Фолио», 2003. — 830 с.
6. Perre L. Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in eta repubblicana / L. Perre. — Milano : Giuffre, 1984. — 182 с.

Малотіна І.П. Категорія «жінка» у публічному і приватному праві Стародавнього Риму

Крізь призму функціонування римського права розглядається категорія «жінка» у публічному і приватному праві; підкреслюється роль тілесності у праві, як засіб упорядкування соціально-правового виміру.

Ключові слова: римська громадянка, правова активність жінки, правові практики, майнова правоздатність жінки.

Малотіна І.П. Категорія «жінка» в публічному і частному праві Древнього Рима

Через призму функціонування римського права розглядається категорія «жінка» в публічному і частному праві; підкреслюється роль тілесності в праві, як средство упорядкування соціально-правового виміру.

Ключевые слова: римская гражданка, правовая активность женщины, правовые практики, имущественная правоспособность женщины.

Maliutina I.P. A «woman» concept in public and private law of ancient Rome

Through the prism of the functioning of Roman law the category of «woman» in the public and private law, emphasizes the role of physicality in the law as a means of ordering social and legal dimensions.

Keywords: *Roman citizen, a legal activity of women, legal practices, property standing woman.*

Стаття надійшла до редакції 08.01.2013.

ОСНОВНІ ТЕОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ ТА ЇХ ВПЛИВ НА РОЗВИТОК ОРГАНІЗАЦІЙНИХ ФОРМ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ

Р.Б. Прилуцький

*кандидат юридичних наук, доцент,
професор кафедри цивільного та господарського права
ВНЗ «Національна академія управління»*

Постановка проблеми. Категорія юридичної особи є однією з самих проблемних у цивілістичній науці, а проблема сутності юридичної особи є однією з фундаментальних і, можна сказати, «вічних» проблем цивільного права. З моменту появи в майновому обороті цієї найважливішої групи суб'єктів цивільного права й дотепер теоретичні спори по цій проблематиці не вщухають, а загальновизнаного підходу до її розкриття так і не вироблено. Майже кожний учений з відомим іменем розробив власну теорію юридичних осіб. Тим часом вичерпної відповіді на запитання, що таке юридична особа, поки що не знайдено [1, с. 8, 17].

Категорія юридичної особи нині не є надбанням виключно цивільного права. Вона активно використовується в господарському праві й законодавстві для визначення правосуб'єктності та організаційних форм суб'єктів господарювання – господарських організацій, що не перестає бути приводом для тривалих дискусій про співвідношення цих категорій, доцільність існування таких форм суб'єктів господарювання як підприємство, колективне підприємство, комерційних і некомерційних підприємств, об'єднання підприємств, про правову природу корпоративних підприємств тощо. Все це вимагає активних і комплексних наукових досліджень юридичної особи, у тому числі її природи з позицій потреб розбудови сучасної правової системи країни.

Аналіз останніх публікацій та досліджень. Слід визнати, що в Україні комплексні дослідження юридичних осіб майже відсутні. Переважають роботи, пов'язані здебільшого з дослідженням окремих організаційно-правових форм юридичних осіб і суб'єктів господарювання, особливо корпоративних. Серед них можна виділити праці таких вчених, як: С.В. Артеменко, В.І. Борисова, В.А. Васильєва, О.М. Вінник, Н.С. Глусь, С.М. Грудницька, В.О. Джурицький, О.Р. Кібенко, К.О. Кочергіна, В.М. Кравчук, І.М. Кучеренко, В.В. Луць, О.М. Переверзєв, В.В. Рябота, І.В. Спасибо-Фатєєва, В.С. Щербина та ін.

Разом з тим, не можна не відзначити активності досліджень вчень про юридичні особи російської правової науки. Значний вплив на нашу науку в цьому напрямку мають роботи російських вчених.

Мета дослідження полягає у тому, щоб розглянути основні теорії щодо поняття та правової природи юридичної особи й оцінити їхнє значення для вибору сучасних підходів до формування і розвитку законодавства про юридичні особи і суб'єктів господарювання.

Основні результати дослідження. У науці цивільного права дотепер дискусійним залишається питання про період появи юридичної особи як суб'єкта права. У літературі виділяються дві основні позиції. Одні автори заперечують яке-небудь існування юридичних осіб у римському приватному праві, другі – визнають факт появи конструкції юридичної особи саме в період розквіту римського приватного права. Можливо, як зазначає О.О. Серова, єдино вірним є констатація факту відсутності терміну «юридична особа» у римському праві й принципова зміна сучасного підходу до визначення суб'єктів (учасників) цивільного обороту. «У римському праві такого терміну не було. Поняття «юридична особа» виникло, очевидно, у німецькій літературі в першій половині XIX ст. й потім увійшло до законодавства» [2, с. 8]¹.

На думку Н. В. Козлової, інститут юридичної особи як сукупність правових норм, що регулюють процес виникнення, функціонування й припинення юридичних осіб, сформувався в західноєвропейському праві у другій половині XIX ст. Становлення й розвиток цього інституту відбувалися під впливом почасти римського права, почасти християнської теології, а пізніше – німецької класичної філософії, з врахуванням об'єктивно складної економічної й політичної ситуації.

Загальновизнано, пише вона, що юридична особа є суб'єктом права, як і особа фізична. Проте, чи можна стверджувати, що юридична особа є реально існуючим суб'єктом, самостійним учасником правовідносин, що володіє власною волею? Сама термінологія, яка використовується для позначення юридичної особи в різних правових системах, дає привід засумніватися в цьому: містична особа, фіктивна особа, штучна особа (*artificial person*), моральна особа (*personne morale, persona moralis*), але найчастіше – юридична особа (*legal person, juridical person, Juristische Person, personne juridique, personne civile and etc.*). У країнах англоамериканського права прийняті терміни компанія (*company*), корпорація (*corporation*). Російський термін юридична особа запозичений з німецького права².

¹ Видатний російський цивіліст Н. С. Суворов (1948–1909) зазначав, що іншого розряду осіб, як суб'єктів приватного права, поряд з фізичними особами, тобто з людьми, римська науково-юридична систематика не знала. Не існувало й назви «юридична особа». У джерелах для позначення юридичних осіб звичайно вживаються три терміни: *universitas, corpus, collegium* [3, с. 29, 31].

² На цю обставину звертав увагу Г.Ф. Шершеневич. За його словами, вже у той час (початок XX ст.) був відомим термін «юридична особа», прийнятий німецьким законодавством. У романських законодавствах під впливом французької літератури був прийнятий термін «моральна особа» – *personne morale*, тому що із цим виразом поєднується уявлення про все, що виходить за межі фізичного. Цей термін потрапив й у швейцарське цивільне укладення в його французькому тексті. В англійському праві був розповсюджений термін «штучна особа» (*artificial person*). Російське законодавство того періоду для позначення того ж поняття користувалося

Як відмічав О.О. Покровський (1868–1920), юридичні особи протягом усього XIX ст. були однією з найулюбленіших тем у цивілістичній літературі. Уже самий факт їх особливої правоздатності давав багату поживу для теорії права. Чим пояснити цю правоздатність, чим пояснити ту обставину, що певний суспільний утвір розглядається й діє в обороті як окрема реальна людина, як фізична особистість («*personae vicem fun gitur*»)? У відповідь на це питання протягом XIX ст. був запропонований цілий ряд вчень, починаючи з теорії фікції й закінчуючи теоріями, що заперечують взагалі саме поняття суб'єкта прав (у вченні Густава Шварца) [5, с. 144].

У літературі теорії про сутність юридичної особи зазвичай поділяють на групи. Наприклад, видатний російський вчений Л. Л. Герваген у своїй книзі, що вийшла друком ще у 1888 р., теорії, які з'явилися у XIX ст., розділив на чотири групи [6, с. 4]. Розглянемо основні й найбільш відомі нині теорії.

I. Теорія фікції. Першою теорією юридичної особи стала теорія фікції, поява якої завдячується християнській церкві.

У середні віки юриспруденція утворювала дві гілки: світську й канонічну, що були представлені легістами-гослаторами й каноністами. В уявленні як гослаторів, так і каноністів корпорації виступали як самостійні особи, у якості самостійних суб'єктів права. Але визнання за корпорацією самостійної особистості спантеличувало насамперед церкву, яка повинна була визначити своє відношення до цих осіб, виявити можливість підпорядкування їх церкві, а також відлучення від церкви. Відповідаючи на останнє питання у своїй промові на Ліонському соборі 1245 р. папа римський Інокентій IV заявив, що всяке відлучення поширюється на душу й совість і тому не можуть бути відлучені від церкви корпорації, у яких немає ні душі, ні совісті, ні волі, ні свідомості і які є лише абстрактними поняттями (*nomen intellectuale*), правовими найменуваннями (*nomina sunt juris*), фіктивними особами (*persona ficta*) [7, с. 70].

Проте, виходячи з насущних потреб господарського обороту й необхідності проведення кодифікації законодавства, цивілістика звернулася до цієї проблеми лише у XVIII–XIX ст.ст. [8, с. 28]. При цьому нові теорії так чи інакше ставали розвитком теорії фікції.

Остаточне своє вираження теорія фікції одержала в роботах Ф.К. Савін'ї (1840), Бірлінга (1894) й інших правознавців XIX ст. під назвою «**теорія уособлення**» (рос. *олицетворения*, нім. *Personificationstheorie*). Н.В. Козлова у цій теорії виділяє чотири напрямки [1, с. 108].

1. Автором першого напрямку був видатний німецький правознавець Фрідріх Карл фон Савін'ї (1779–1861), його прихильниками – Г.Ф. Пухта (1840), Резлер (1861) та ін., які вважали, що держава за допомогою фікції *створює* штучного суб'єкта права. Юридична особа, на думку Савін'ї, – це штучний, фіктивний суб'єкт, що допускається тільки для юридичних цілей, і штучна здатність цього суб'єкта поширюється тільки на відносини приватного права.

зовсім невідповідним терміном «стан осіб». У судовій же й адміністративній практиці термін «юридична особа» був загальноприйнятим [4].

Як проста фікція, юридична особа не може мати свідомості й волі, і отже є недієздатною; цей недолік дієздатності доповнюється представництвом, як при опіці й піклуванні над малолітніми й божевільними [3, с. 62].

2. Виразники другого напрямку (німецькі учені *Лфейфер* (1847), *Аридтс* (1859), *Унгер* (1859), *Рот* (1880) та ін.) вважали, що закон не створює, а тільки примиряється з існуванням штучного суб'єкта права, який відіграє роль особи.

3. Представники третього напрямку (персоніфікації) – російські вчені *Г.Ф. Шершеневич*, *А.М. Гуляев*, *Є.Н. Трубецької*, *І.М. Тютрюмов* (кінець XIX – початок XX ст.) – виходили з того, що юридична особа – це те, що, не будучи особою фізичною, визнається законом суб'єктом права. «Основна помилка теорії фікції, – писав Г.Ф. Шершеневич, – полягає в тому, що вона припустила, начебто людина стає суб'єктом права внаслідок своєї людської природи, ... але раб – людина, однак, не є суб'єктом права... Усякий суб'єкт права є тільки нашим уявленням, однаково, чи йде мова про юридичну чи про фізичну особу. Недарма для позначення суб'єкта права вживається римський термін *persona*, що означає маску» [4, с. 136].

4. Автор четвертого напрямку (російський професор *В.Б. Єльяшевич* – 1910) вважав, що юридична особа – це тільки **прийом юридичної техніки**.

До вищезгаданої концепції близькою є **теорія правових засобів** російського вченого *Б.І. Пугинського* (1984), згідно з якою юридична особа є засобом визначення кола учасників цивільного обороту [9, с. 91].

Послідовником даної теорії можна вважати російського правника *І.П. Грешнікова* (1997), який уважає, що юридична особа – це **правова конструкція**, яка дозволяє включити різні організованості в коло суб'єктів цивільного права. Правда, він пішов далі засновників цієї теорії й визнав фікціями, крім юридичних осіб, також фізичних осіб, а потім прийшов і до висновку про те, що все право складається з фікцій. На його погляд, фікція особи й фікція речі – це два вихідні моменти цивілістики [8, с. 28].

II. Теорії колективної власності, асоціації, цільового майна (персоніфікованої цілі).

Автором теорії колективної власності є французький учений М. Планіоль. Згідно з нею ознаки юридичної особи виводилися з визначення *корпорації*, що діє в інтересах її членів з метою об'єднання капіталів. Корпорація розумілась як особливий спосіб управління майном, що належить колективу власників. На думку Планіоля, фіктивна особа – лише засіб, призначений спростити управління колективною власністю... Під іменем юридичної особи треба розуміти колективне майно, узятє нарізно від інших осіб й існуюче у відокремленому від індивідуальної власності володінні більш-менш значної групи людей.

У Росії позицію М. Планіоля розділяв Ю.С. Гамбаров (1850–1926). Він не визнавав юридичну особу в якості суб'єкта права й говорив про неї як про форму колективного, суспільного володіння.

Автори теорії асоціації (Ван дер Йовель, Варейль-Соммьєр та їх послідовники) розуміли *асоціацію* як форму, що дозволяє її членам об'єднати своє майно, щоб тим самим застрахуватися від ризику накладення на майно стягнень за особистими боргами членів асоціації [8, с. 39–40].

Представниками теорії цільового майна (**персоніфікованої цілі**) були німецькі вчені А. Бринц (1857), Є.-І. Беккер (1861) та ін. А. Бринц вважав, що догмат «немає майна без особи», складений новітніми вченими довільно; насправді... щось (тобто яке-небудь майно або право) може належати не тільки кому-небудь (*pertinere ad aliquem*), але й чому-небудь (*pertinere ad aliquid*), тобто тільки для відомої мети, якій вони повинні служити і якій вони й належать; усі права, що існують для цієї мети, у сукупності становлять особливе майно, відповідальне за борги, зроблені для досягнення даної мети. Тому слід розрізняти *особисте* майно – *Personenvermogen* і *цільове* майно – *Zweckvermogen*.

Істотний внесок у розвиток даної теорії внесли правознавці *Демеліус* (1850), *Дцель* (1859), *Фіттинг* (1859), *Брунс* (1870), *К. Белау* (1871) та ін. На початку ХХ ст. в Росії аналогічних поглядів дотримувався *Б. С. Мартинов* (1927).

Розвитком теорії фікції стала також **концепція «безсуб'єктного майна»**. Можливість існування суб'єктивних прав без суб'єкта доводили німецькі юристи *Віндшейд* (1853) і *Кенпен* (1856). Закон, на думку Віндшейда, надає можливість перенесення права з однієї особи на іншу й не обмежує права життям першого одержувача, так що кожний наступний власник має не інше право порівняно з попереднім, а те ж саме, не подібне, а тотожне. Право, таким чином, залишається тим же самим, хоча носій його перемінився, із чого видно, що право – субстанція, а особа – акциденція. Отже, право, що не обмежується певною особою, не є визнаним законом пануванням волі (*Wollendurfen*) певної особи, але є визнаним законом пануванням волі певного роду, а звідси випливає, що суб'єкт – це щось несуттєве для права [3, с. 71–72].

III. Теорія інтересу Р. Ієринга (дестинатарії права).

Один із засновників *соціологічної школи права*, відомий німецький вчений Р. фон Ієринг (1877), уважав, що усяке цивільне право має своїм завданням забезпечити людині який-небудь **інтерес**. Дійсний носій права, дестинатарій (дестинатор), – це завжди людина. Будь-яку юридичну особу можна уявити як групу людей. Люди, що становлять юридичну особу, суть дестинатори права, заради яких воно й створюється [10, с. 356–360]. Виразниками цієї теорії були німецькі правники *Больце* (1873), *Карлова* (1885), *Кніпп* (1896), французький учений Л.Ж. Моран-дьер (1948), російський цивіліст М.М. Коркунов (1914), який розглядав юридичну особу як свого роду дужки, в які закладено одинорідні інтереси певної групи осіб [11, с. 73] та ін.

IV. Доктрина реального суб'єкта виходить з того, що юридична особа є реальним суб'єктом права і включає в себе три гілки – (1) органічну теорію, (2) теорію соціальної реальності, (3) теорію стану [1, с. 110–111].

Прихильниками органічної теорії були німецькі юристи (германісти) Г. Безелер (1835), О. фон Гірке (1868), *Кунце* (1863), *Блунчлі* (1864), *Регельсбергер* (1893) та ін. Вони виходили з того, що корпорація не може бути фіктивною особою, оскільки вона – дійсна, реальна, жива особа, а не штучний продукт мислення, і що не можна довільно обмежувати існування корпорації тільки приватним правом, тому що деякі види корпорацій можуть брати участь у публічному житті із самостійними правами [3, с. 69].

Виразником же юридичної особи може бути тільки людина як її орган, що передає назовні волю суб'єкта. При цьому між органом і юридичною особою не існує ніяких юридичних відносин. Це – одне юридичне ціле. Юридична особа, таким чином, є соціальним організмом, близьким до людини.

Згідно з *теорією соціальної реальності* юридична особа визнається існуючим у дійсності суб'єктом права, не людиною, але все-таки особою, хоча й «безтілесною». Її представниками є німецькі правознавці Бернатцик (1890), Дернбург (1896), Цительман (1873), більшість французьких учених, наприклад, Лассон (1871), Л. Мішу (1906), Р. Салейль (1922). У Росії ця концепція підтримувалася багатьма відомими вченими, серед яких професори Д.І. Мейєр (1853), Н.С. Суворов (1900), В.І. Синайський (1914), Й.О. Покровський (1915), Д.М. Генкін (1939), Б.Б. Черепакін (1958), В.А. Рахмілович (1984) та ін.

Теорія «стану» Р. Леонгарда (1883) визначає юридичну особу як реально існуючий поряд з фізичними особами суб'єкт, сутність якого є триваючий стан управління постійними адміністраторами якимось майном, що не має хазяїна, виділеним з усього іншого майна заради юридичної мети.

V. Теорія правопорядку. «Чиста» теорія права або нормативізм Г. Кельзена.

До техніко-правового або інструментального погляду на сутність юридичної особи близькою є позиція представників «*юридичної школи*», які розглядають її як дітище, утвір правопорядку, як те, що створюється законодавцем. Насамперед це стосується Г. Рюмеліна (1891), Г. Єллінека (1892), Г. Кельзена (1925) та ін. У юридичній особі Г. Рюмелін бачив центр додатку прав і обов'язків, без якого саме поняття права й обов'язку не має ніякого змісту. Для Г. Єллінека поняття суб'єкта права (незалежно від того, чи йде мова про фізичну чи юридичну особи) є поняттям чисто юридичним. Суб'єкт у юридичному змісті – це не істота або субстанція, дана ззовні, а створена волею правопорядку здатність [11, с. 74, 75].

Г. Кельзен, виводячи Право із трансцендентальної Grundnorm («грунд-норма»), стверджував, що у своєму аналізі юридичної особи легіст не повинен виходити за межі чисто правових явищ. Під Правом він розумів правопорядок, тобто – буквально – порядок, ієрархізовану систему норм: грунднорма (основна норма), загальні й індивідуальні норми: «Ефективність повного правопорядку є необхідною умовою для законності кожної окремої норми правопорядку, *conditio sine qua pop...* (умова, без якої немає)...». Господарське життя й феномени, що ним породжуються, є не тільки детермінованими правовими нормами, але й такими, що походять від даних норм. Юридична особа – це персоніфікована правова норма, явище, задане правом [12, с. 194–195].

Ця теорія сприяла більш детальній і точній класифікації «видів» юридичних осіб, законодавчому закріпленню такої класифікації [8, с. 55–56].

VI. Радянські доктрини юридичної особи.

Радянською правовою школою було розроблено і запропоновано низку теорій юридичної особи, серед яких найвідомішими були: (1) *теорія колективу*, (2) *держави*, (3) *директора*, (4) *соціальної реальності* та (5) *організації*.

Теорія колективу була сформульована і розвинена А.В. Венедиктовим [13, 14]. На його думку, єдність державної власності означає, що за кожним держорганом як юридичною особою стоїть власник майна, що перебуває в його управлінні, – радянський народ, організований у державу. Оперативне ж управління виділеною держоргану з волі народу частиною державного майна, провідником якої є призначений державою відповідальний керівник (директор, завідувач, начальник і т.п.), здійснює не тільки цей керівник, а й очолюваний ним колектив робітників та службовців держоргану в цілому, оскільки саме в їхніх виробничих й інших діях втілюється діяльність самої державної юридичної особи. Згідно із цим «радянський соціалістичний господарський орган (держпідприємство) – це організований державою колектив робітників та службовців на чолі з його відповідальним керівником, на який держава поклала виконання певних державних завдань і якому воно надало для здійснення цих завдань відповідну частину єдиного фонду державної власності» [14, с. 591].

Теорія колективу підтримувалась такими радянськими цивілістами, як С.Н. Братусь, О.С. Іоффе, Ю.Х. Калмиков, Г.К. Матвеев, В.П. Мозолін, В.А. Мусін, Р.О. Халфіна та ін.

Теорії колективу протистояли три інші теорії.

Автором *першої* з них – *теорії держави* – є С.І. Аскназій [15], який вважав, що основу цивільних правовідносин за участю державних органів складає державна власність, а єдиним власником державного майна є сама соціалістична держава. Таким чином, за кожним підприємством стоїть один і той же суб'єкт – держава.

Другу теорію – *теорію директора* – висунув Ю.К. Толстой. Вона ґрунтується на тому, що єдиним суб'єктом, уповноваженим виражати волю держоргану в сфері правовідносин, є його керівник – директор, воля якого визначається волею держави й у той же час не залежить від волі працівників держоргану. Директор, відповідно до планових завдань держави, здійснює правомочності з володіння, користування й, у певних межах, розпорядження виділеним в оперативне управління держоргану майном [16, с. 88]¹.

Третя теорія – *теорія соціальної реальності* – в своїх основних рисах, хоча й без використання цього найменування, була викладена 1948 р. М.Г. Олександровим [17, с. 202], а у подальшому розроблялась С.І. Вільнянським, Б.Б. Черепакіним, Д.М. Генкіним, на думку якого, цілком достатньо визнання юридичної особи такою ж соціальною реальністю, якою є інші суб'єкти права, щоб відпала необхідність у пошуках іншого його суспільного змісту [20, с. 8].

¹ Необхідно згадати, що у 50-х роках ХХ ст. М.Г. Олександров і С.Ф. Кечекьян розробляли теорію адміністрації Сермана (1877) і Гельдера (1905), за якою суб'єктом прав так званої юридичної особи є її керуючі [1, с. 112]. Радянські вчені вважали, що державна юридична особа – це організована сукупність посадових осіб, що є частиною єдиної державної організації, частина державного механізму [18, с. 104, 105], а правами юридичної особи наділяється адміністрація підприємства, яка управляє частиною державного майна відповідно до волі держави [19, с. 154]. Це було достатньо близьким до теорії директора.

Аналізуючи наведені теорії О.С. Іоффе прийшов до висновку, що головний недолік теорії держави вбачається в тому, що вона не розкриває сутності правових відносин, що встановлюються між держорганами. Якщо за кожним держорганом стоїть держава й тільки держава, то правові відносини між двома державними організаціями стають відносинами держави із самою собою.

Головним недоліком теорії директора є те, що вона приводить до отожднення державної юридичної особи з його органом, яким є директор. Внаслідок цього відносини, що виникають між держорганом і його директором виступають як відносини того самого суб'єкта (цілого) із самим собою. А прихильники теорії соціальної реальності не стільки вирішували проблему юридичної особи, скільки ухилялися від її вирішення. Соціальних реальностей існує величезна безліч... Вона не має й практичного значення, оскільки нею неможливо скористатися при вирішенні проблеми цивільно-правової відповідальності й багатьох інших проблем, для яких вчення про юридичних осіб має прикладну значимість [7, с. 268, 270].

Теорія «організації» була запропонована О. О. Красавчиковим (1972), згідно з якою юридична особа в радянському цивільному праві – це організація як певне соціальне утворення, тобто система істотних соціальних взаємозв'язків, за допомогою яких люди (або їх групи) поєднуються у єдине структурно й функціонально диференційоване соціальне ціле для досягнення поставлених цілей. Він розрізняє два поняття: *юридичну особу* – *організацію* і її *юридичну особистість*. *Юридична особа* – це організація, що володіє певними ознаками (організаційна єдність, майнова відособленість, участь в обороті від свого імені, самостійна майнова відповідальність, участь у цивільному процесі від свого імені). *Юридична особистість* – це встановлена законом міра можливості й необхідності участі організації в цивільних й інших правовідносинах, визначення меж її правосуб'єктності [21, с. 51–55]. Пізніше цю теорію підтримав український вчений професор А.О. Пушкін, на думку якого, сутність юридичної особи можна визначити тільки через поняття організації як соціального осередка, що створюється людьми й іншими організаціями на певних умовах і для досягнення визначеної цілі [22, с. 117].

Значення теорії юридичної особи.

Як вже було зазначено, вчення про юридичну особу мали не тільки теоретичне, але й важливе практичне значення. Так, завдяки **теорії фікції** в юриспруденції було зроблено декілька важливих висновків: (1) якщо дієздатними є органи юридичної особи, як формування, спеціально створені для організаційних і представницьких цілей, то тільки вони правочинні виступати від імені самої юридичної особи. Дане положення увійшло в законодавство багатьох країн Європи і Нового Світу¹; (2) якщо юридичні особи існують не самі по собі,

¹ Теорія фікції (уособлення) одержала широке поширення в Англії й США як теорія штучного утвору (artificial entity) або правової фікції (legal fiction). На початку XIX ст. у рішенні у справі *The Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. (4 Wheat.) 518, 636, 657, 4 L.Ed. 629 голова Верховного Суду США Деніел Маршалл дав визначення корпорації: корпорація – це штучний суб'єкт або юридична особа, створена відповідно до законодавства держави... [23, с. 341].

а лише внаслідок визначення права, то вони не можуть створюватися вільно, а виникають лише в порядку й на основі спеціального державного дозволу. Так були закладені основи майбутньої *обов'язкової реєстрації* юридичних осіб (дозвільного порядку) і ліквідації за рішенням органів влади; (3) юридична особа не визнавалась суб'єктом кримінальної відповідальності.

Теорія безсуб'єктного майна або **цільового майна** зберегла свій вплив до наших днів. Авторитетними сучасними прихильниками цієї теорії є, наприклад, російські вчені В.Ф. Попондопуло, Є.А. Суханов, які вважають, що сутність юридичної особи становить відособлене майно, що приймає участь у цивільному обороті [1, с. 111]. Майнова самостійність і відокремленість майна юридичної особи залишаються однією із основних ознак останньої.

Разом з тим, припущення можливості існування суб'єктивного права без суб'єкта викликала критику з боку багатьох вчених. Законодавство багатьох країн допускає створення юридичних осіб взагалі без майна. В Україні прикладом можуть служити повні товариства (ч. 5 ст. 80 Господарського кодексу України, далі – ГКУ) [24]. Правда, це положення дещо не співпадає з ч. 2 ст. 120 Цивільного кодексу України, далі – ЦКУ) [25], що, як видається, не має достатньо обґрунтованих підстав.

Теорія інтересу нині є популярною у зв'язку з розвитком підприємництва і корпоративних форм господарювання. Саме мета отримання прибутку нині вважається визначальною ознакою підприємницьких товариств (ч. 1 ст. 83 ЦКУ) і комерційних підприємств (ч. 2 ст. 62, ч. 2 ст. 3, ст. 42 ГКУ). Для суб'єктів господарювання, у тому числі господарських організацій із статусом юридичної особи, ГКУ передбачає можливість досягнення і такої мети як «досягнення економічних, соціальних та інших результатів» (ст. 52).

Здійснення господарської діяльності з такою метою, але без прагнення отримання прибутку у ГКУ визначається як ненекомерційна діяльність, а підприємства, що здійснюють таку діяльність, – некомерційними підприємствами. Діяльність таких підприємств, наприклад, казенних має нерідко неоціненне соціальне значення як для окремих верств населення, регіонів, так і для усієї країни. В умовах обмежених ресурсів і загрози глобальних змін клімату значення некомерційної діяльності і некомерційних підприємств, з нашої точки зору, буде тільки зростати [26].

Стосовно **органічної теорії** і **теорії соціальної реальності** необхідно відзначити те, що відповідно до цих теорій і, на відміну від теорії персоніфікації Ф.К. Савін'ї, юридична особа як союзна особа не створюється, а лише визнається правопорядком. Висновок з **теорії реальності** був простий: необхідно не створювати, а лише враховувати утворення, що отримують статус юридичної особи. Вона, таким чином, дала життя *явочному порядку* реєстрації юридичних осіб. Крім того, дана теорія стала прологом до визнання за юридичними особами загальної правоздатності. Із прийняттям у країнах СНД нових цивільних кодексів у 1990-тих роках теорія соціальної реальності одержала закріплення в окремих статтях ЦК РФ, ЦК Республіки Казахстан і ЦК низки інших країн [8, с. 48–50, 54–55].

Разом з тим, ця теорія не скасовує важливого питання про те, що сприяття юридичної особи як реального суб'єкта не пояснює, кому належить і як проявляється воля цього суб'єкта. Щоб пояснити це, прибічникам реальної теорії знову ж таки прийшлося звертатись до фікції. У зв'язку з цим актуальним залишається питання про вину юридичної особи як психічне ставлення суб'єкта до наслідків свого діяння. Відсутність легального визначення людського субстрату юридичної особи, на думку В.П. Мозоліна, є серйозним недоліком цивільного законодавства, який негативно позначається на змісті норм про правоздатність і дієздатність юридичних осіб, присвячених договірній відповідальності [27, с. 12–13].

Саме *теорія колективу*, висунута А. В. Венедиктовим, допомогла Г.К. Матвееву зробити висновок, що у випадку порушення юридичною особою договірних зобов'язань або заподіяння їм шкоди іншій особі, необхідною умовою відповідальності організації є винні дії або недогляд його працівників у зв'язку з невиконанням ними своїх трудових обов'язків, тому що провина працівників є власна провина юридичної особи [28, с. 43], а С.Н. Братусю – сформулювати концепцію про відповідальність юридичної особи за дії його працівників як за свої власні [29, с. 64]. Дана позиція була закріплена у ст. 1172 ЦКУ.

Теорія колективу знайшла своє відображення у ГКУ. Так ст. 63 передбачає можливість створення та діяльності підприємств на основі колективної власності (підприємство колективної власності). Поняття та правове положення у сфері господарювання таких підприємств визначено у спеціальній гл. 10 кодексу під назвою «Підприємства колективної власності». Представники цивільно-правової концепції (українські) об'явили, однак, такі підприємства ворогом приватної власності й «поза законом». За словами Я.М. Шевченко, ГКУ не рахується з установленим ЦКУ правом приватної власності, у тому числі юридичних осіб, і вводить поняття колективної власності, яке своє віджило, будучи заснованим на Законі «Про власність» [30, с. 12].

У цій статті ми не ставимо за мету доведення раціональності у діях українського законодавця, який, як стверджується у літературі, випадково скасував дію вказаного закону [31], проте не відмінив дію положень ГКУ про підприємства колективної власності. Разом з тим, не можемо не сказати, що теорії колективу і колективної власності залишаються актуальними у багатьох зарубіжних країнах, у тому числі й таких, де приватна власність є дійсно недоторканою¹, і, що «цікаво», це не заважає їхнім економікам.

¹ Для прикладу наведемо: Федеральний закон РФ «Про особливості правового становища акціонерних товариств працівників (народних підприємств)» від 24 червня 1998 р.; Закони ФРН про участь в управлінні підприємствами гірничодобувної й металургійної промисловості 1952 р., про участь в управлінні підприємством 1976 р., Акціонерний закон ФРН від 6 вересня 1965 р., який надає можливість працівникам акціонерного товариства впливати на рішення, що приймаються наглядовою радою, шляхом участі в її діяльності; норвезький Закон про акціонерні товариства 1976 р., згідно з яким акціонерні товариства, що мають більш ніж 200 службовців, повинні створити Корпоративні збори, третина членів яких обирається з числа службовців, а дві третини – загальними зборами акціонерів.

Сучасне законодавство про компанії країн Європейського союзу також рекомендує залучати до прекрасного та розвиватись.

Слід зазначити, що у визначенні поняття юридичної особи законодавець виходить із **теорії організації**: «Юридичною особою є організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку» (ч. 1 ст. 80 ЦКУ). При цьому законодавець по суті відмовився від вимоги щодо майнової самостійності юридичної особи. Для її створення достатньо розробити передбачені законом установчі документи і зареєструвати у встановленому порядку (ст. 87 ЦКУ). Більш того, у подальшому він повністю скасував мінімальний розмір статутного капіталу товариства з обмеженою відповідальністю (ТОВ), яке за своєю природою, разом з акціонерним товариством (АТ) і товариством з додатковою відповідальністю (ТДВ), завжди відносилось до об'єднань капіталів, що витікає й із ч. 1 ст. 113 і ч. ст. 140 ЦКУ.

Такий підхід законодавця не дуже зрозумілий, оскільки, за його ж (законодавця) версією, юридична особа самостійно відповідає за своїми зобов'язаннями усім належним їй майном (ч. 1, 2 ст. 96 ЦКУ). А яким майном? Теорія організації не дає відповіді на питання про те, чим забезпечується відповідальність юридичної особи, тим більше, коли відсутні навіть мінімальні вимоги до її майнової самостійності.

На відміну від ЦКУ **теорія цільового майна** у певній мірі була сприйнята ГКУ. І це зрозуміло, оскільки ціллю створення суб'єкта господарювання є господарська діяльність. А яка господарська діяльність може здійснюватись без відповідного майна, майнової самостійності? Тому згідно з ч. 1 ст. 55 ГКУ суб'єкт господарювання може бути утворений за рішенням власника (власників) майна або уповноваженого ним (ними) органу, а установчі документи повинні визначати порядок формування майна (ст. 57). Стаття 66 ГКУ визначає майно підприємства. Суб'єкти господарювання – господарські організації відповідно до частин 3, 4 ст. 55 ГКУ реалізують свою господарську компетенцію на основі права власності, права господарського відання, права оперативного управління і мають статус юридичної особи.

Виходячи із наведеного можна, як видається, цілком обґрунтовано стверджувати, що юридична особа, сприйнята ЦКУ, – це дійсно штучно створений суб'єкт правовідносин з якоюсь віртуальною метою, у той час, як суб'єкт господарювання – господарська організація зі статусом юридичної особи – це суб'єкт, призначений для здійснення господарської діяльності. Підприємство ж, у тому числі корпоративне, – це не чергова форма юридичної особи, а економіко-правова форма організації виробництва товарів, надання послуг, виконання робіт тощо, що вимагає відповідної інфраструктури, зовнішніх і внутрішніх зв'язків.

Разом з тим, підприємство може виступати й об'єктом правовідносин – об'єктом оренди, приватизації державного чи комунального майна, купівлі-продажу і т.п. Вид підприємства в залежності від форми власності, на основі якої воно створене, дозволяє чітко ідентифікувати власника, що саме по собі у сфері господарювання має важливе значення. При цьому приватне підприєм-

ство (ПП) набагато краще відтіняє сутність «приватності» й устремління до неї, ніж штучно створене «товариство однієї особи»¹.

Відповідаючи на питання: «Приватне підприємство чи товариство з обмеженою відповідальністю?» [32] слід зазначити, що ТОВ – це дійсно ширма, за якою реально діюча людина ховається від відповідальності за свої дії. За відсутності відповідальності завжди буде спокуса, яка може негативно позначитись і на обов'язковості узятих на себе зобов'язань, і на якості товарів, робіт, послуг: «вивіску» чергового ТОВ змінити не важко.

Тому ми повністю розділяємо позицію авторів, які зазначають, що одночасне введення у законодавчу систему таких організаційно-правових форм як закрите акціонерне товариство (в Україні нині – приватне АТ) і ТОВ порушило баланс відповідальності у сфері господарювання, витіснило з використання такі види господарських товариств як повні та командитні, спричинило масові правопорушення й завдало шкоди економіці (неповернуті кредити, незабезпечені зобов'язання тощо). Це сталося внаслідок відсутності прогнозованості законотворчої діяльності [1, с. 268; 34, с. 241–242]. Тому для виправлення ситуації було б корисним значно обмежити можливість використання ТОВ у господарській діяльності, оскільки їхній статутний капітал абсолютно не гарантує виконання вимог кредиторів².

Висновки. Проведений аналіз основних теорій юридичної особи й окремих положень діючих ЦКУ і ГКУ, з одного боку, показує складність визначення її правової природи, а, з другого, – безумовний вплив цих теорій і концепцій на формування сучасного законодавства й правової системи. При цьому найбільш цілісний підхід до формування останніх у цій частині забезпечує зважене використання раціональних ідей кожної з існуючих теорій. Вибір при цьому повинен бути абсолютно усвідомленим і співвідноситися з існуючими економічно-соціальними умовами. Саме такого, «осмисленого» підходу, у нашому законодавстві бракує. Тому для України дослідження проблематики, пов'язаної з феноменом юридичної особи, мають залишатися актуальними.

Розроблене в межах цивілістики вчення про юридичну особу не може залишатись навечно ексклюзивом виключно цивільного права. Воно використовується іншими галузями права із зрозумілими особливостями. Ортодоксальність цивілістів у цьому питанні й намагання заставити усіх діяти за принципом: «Делай, как я!» – далеко не завжди є корисним для інших сфер соціального буття, що яскраво демонструється господарським правом. З урахуванням цього й повинна формуватись правова система і система законодавства.

¹ Станом на 15.01.2013 р. питома вага ПП у загальній чисельності суб'єктів господарювання в Україні – юридичних осіб складає 280073 (22,83%), а ТОВ – 488781 (35,96%) [33].

² У розвинених європейських країнах закон передбачає тільки одну із цих форм – або товариство з обмеженою відповідальністю (Франція, ФРН та ін.), або закриті акціонерне товариство (Нідерланди, Фінляндія та ін.).

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. *Козлова Н.В.* Понятие и сущность юридического лица. Очерк истории и теории [Текст]: Учебное пособие / Н.В. Козлова. – М. : Статут, 2003. – 318 с.
2. *Серова О.А.* Классификация юридических лиц: Монография / О.А. Серова. – М. : Издательская группа «Юрист», 2009. – 232 с.
3. *Суворов Н.С.* Об юридических лицах по римскому праву [Текст] / Н.С. Суворов. – М. : Статут, 2000. – 299 с. (Классика российской цивилистики).
4. *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. – Т. 1. / Г.Ф. Шершеневич. – М. : Статут, 2005. – 461 с. (Классика российской цивилистики).
5. *Покровский А.И.* Основные проблемы гражданского права. – Изд. 4-е, испр. / А. И. Покровский. – М. : Статут, 2003. – 351 с. (Классика российской цивилистики).
6. *Герваген Л.Л.* Развитие учения о юридическомъ лицѣ / Л. Л. Герваген. – С-Петербургъ : Тип. И. Н. Скороходова, 1888. – 104 с.; див. також: Герваген Л. Л. Развитие учения о юридическом лице / Л. Л. Герваген – М. : Книга по Требованию, 2012. – 107 с.
7. *Иоффе О.С.* Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственно-го права» / О.С. Иоффе. – М. : Статут, 2000. – 777 с.
8. *Грешников И.П.* Субъекты гражданского права: юридическое лицо в праве и законодательстве. / И. П. Грешников. – СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. – 331 с.
9. *Пугинский Б.И.* Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. / Б. И. Пугинский. – М. : Юрид. лит., 1984. – 224 с.
10. *Ihering R. v. Der Geist des romischen Rechts: Bd. I–III. Leipzig, 1888. Bd. III. S. 356–360.*
11. *Архипов С.И.* Сущность юридического лица // Правоведение. – 2004. – С. 71–87.
12. *Kelsen Hans.* Pure theory of law. Berkeley, Translation from the Second German Edition by Max Knight. Berkeley: University of California Press, 1967. x, 356 pp.
13. *Венедиктов А.В.* Органы управления государственной социалистической собственностью. / А.В. Венедиктов // Советское государство и право. – 1940. – № 5–6. – С. 24–51.
14. *Венедиктов А.В.* Государственная социалистическая собственность [Текст] / А. В. Венедиктов. – Москва-Ленинград : Изд-во Академии наук СССР, 1948. – 834 с.
15. *Аскназий С.И.* Об основаниях правовых отношений между государственными социалистическими организациями. / С. И. Аскназий. – Учен. зап. Ленингр. юрид. ин-та. – Вып. IV. – Л., 1947. – С. 5–47.
16. *Толстой Ю.К.* Содержание и гражданско-правовая защита права собственности в СССР [Текст] / Ю.К. Толстой. – Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1955. – 219 с.
17. *Александров Н.Г.* Трудовое правоотношение. / Н.Г. Александров. – М. : Юридическое издательство министерства юстиции СССР, 1948. – 337 с.
18. *Кечекьян С.Ф.* Правоотношения в социалистическом обществе / С.Ф. Кечекьян. – М. : Изд-во АН СССР, 1958. – 187 с.
19. *Александров Н.Г.* Законность и правоотношения в социалистическом обществе. / Н.Г. Александров. – М. : Госюриздат, 1955. – 176 с.

20. *Генкин Д.М.* Значение применения института юридической личности во внутреннем и внешнем товарообороте СССР. – Сб. научн. трудов Московск. ин-та народного хозяйства им. Г.В. Плеханова. – Вып. IX. – 1955. – С. 3–36.

21. *Красавчиков О.А.* Сущность юридического лица. / О.А. Красавчиков // Советское государство и право. – 1976. – № 1. – С. 51–55.

22. Гражданское право Украины: Учебник для вузов системы МВД Украины: В 2-х частях. Часть 1 / А.А. Пушкин, В.К. Самойленко, Р.Б. Шишка и др.; под ред. проф. А.А. Пушкина, доц. В.М. Самойленко. – Х. : Ун-т внутр. дел; «Основа», 1996. – 440 с.

23. Black's Law Dictionary. Seventh edition. – St. Paul, Minn., – 1999. – S. 341. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://johnwademoore.net/_files/Blacks7thEdition/Blacks%20Law%207th%20Edition%20-%20Sec.%20C.pdf

24. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. N 436-IV (із змінами) [Текст] // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2003. – № 18–22. – Ст. 144.

25. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV (із змінами) [Текст] // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2003. – № 40-44. – Ст. 356.

26. Див., напр.: Прилуцький Р. Б. Особливості правового регулювання відносин у сфері господарювання в умовах обмежених ресурсів планети та глобальних змін клімату (постановка проблеми) [Текст] / Р. Б. Прилуцький // Актуальні проблеми цивільного та господарського права. – 2010. – № 3 (22). – С. 49–54.

27. *Мозолин В.П.* Формирование гражданского права развернутого социализма [Текст] / В.П. Мозолин // XXVI съезд КПСС и проблемы гражданского и трудового права, гражданского процесса : сб. статей / ред.: Р.З. Лившиц, А.А. Мельников, М.М. Славин; Акад. наук СССР, ин-т гос. и права; Науч. совет «Закономерности развития гос-ва, управления и права». – М. : Ин-т гос-ва и права АН СССР, 1982. – С. 7–15.

28. *Матвеев Г.К.* Психологический аспект вины советских юридических лиц [Текст] / Г.К. Матвеев // Советское государство и право. – 1978. – № 8. – С. 39–47.

29. *Братусь С.Н.* Субъекты гражданского права. – М. : Госюриздат, 1950. – 367 с.

30. Еволюція цивільного законодавства України: проблеми теорії і практики. / Кол. монографія; За ред. Я. М. Шевченко. – К. : Юридична думка, 2007. – 340 с.

31. *Мамутов В.* «Дерибан» кодифікації. Кому мешаєт Хозяйственный кодекс и кто дирижирует нападками на него [Електронний ресурс] / Валентин Мамутов. – Режим доступу: // http://iepd.dn.ua/Stat_18.htm

32. Див., напр.: *Спасибо-Фатеева И.* Частные предприятия – ошибка ХК? [Текст] / И. Спасибо-Фатеева, Я. Шевченко // Юридическая практика. – 2007. – № 8 (20 февраля). – С. 1.

33. Державна служба статистики України. Кількість суб'єктів ЄДРПОУ за організаційно-правовими формами господарювання. Дата останньої модифікації: 15.01.2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ukrstat.gov.ua>

34. *Пилецкий А.Е.* Теоретические проблемы предпринимательской правосубъектности в смешанной экономике: Монография. / А.Е. Пилецкий – М. : ЧеРо, 2005. – 336 с.

Прилуцький Р.Б. Основні теорії юридичної особи та їх вплив на розвиток організаційних форм суб'єктів господарювання

У статті розглянуто основні теорії юридичної особи, їхній вплив на формування сучасного цивільного законодавства та розвиток положень господарського законодавства про суб'єкти господарювання.

Ключові слова: юридична особа, теорія, фікція, персоніфікована ціль, соціальна реальність, колективне майно, організація, суб'єкт господарювання, підприємство, колективне підприємство, приватне підприємство, цивільний кодекс, господарський кодекс.

Прилуцкий Р.Б. Основные теории юридического лица и их влияние на развитие организационных форм субъектов хозяйствования

В статье рассмотрено основные теории юридического лица, их влияние на формирование современного гражданского законодательства и развитие положений хозяйственного законодательства о субъектах хозяйствования.

Ключевые слова: юридическое лицо, теория, фикция, персонифицированная цель, социальная реальность, коллективное имущество, организация, субъект хозяйствования, предприятие, коллективное предприятие, частное предприятие, гражданский кодекс, хозяйственный кодекс.

Prylutskyi R.B. The basic theories of legal entity and their impact on the development of organizational forms of business entities

In clause their influence on formation of the modern civil legislation and development of rules of the commercial legislation about the business entities is considered the basic theories of the legal person (entity).

Keywords: the legal person (entity), theory, fiction, personal the purpose, social reality, collective property, organization, business entities, enterprise, collective enterprise, private enterprise, civil code, commercial code.

Стаття надійшла до редакції 24.01.2013.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ БЕЗКОШТОВНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РОЗРАХУНКОВИХ ОПЕРАЦІЙ ШЛЯХОМ НАДАННЯ СПОЖИВАЧЕВІ ІНФОРМАЦІЇ ПРО СТАН РАХУНКІВ ЗА СПОЖИТІ ПОСЛУГИ РУХОМОГО (МОБІЛЬНОГО) ЗВ'ЯЗКУ

М.А. Самбор

*доктор філософії, кандидат юридичних наук,
лауреат Всеукраїнського фонду юридичної науки
академіка права В.В. Сташиса,
лауреат премії академіка П.П. Михайленка
Міжнародної академії фундаментальних основ буття,
заступник начальника штабу (на правах сектора)
Прилуцького міського відділу
(з обслуговування міста Прилук та Прилуцького району)
Управління МВС України в Чернігівській області*

Постановка проблеми. Суспільство цікавиться двома основними питаннями: економіки та забезпечення їх регулювання, що у своїй сукупності практично визначають зміст і спрямованість будь-якої особи, а у поєднанні з духовними складовими становлять єдину цілісну систему, яка оточує людину. Питання матеріальні та духовні визначають інтереси особи, що спрямовані на задоволення потреб людини.

Вільний ринок, відсутність позаекономічної залежності та державної опіки сформували соціально активну особистість, яка звикла розраховувати на власні сили, самостійно вирішувати проблеми, що виникають [7, с. 725]. Однак, країна, яку ми успадкували і розбудовуємо, сприймається в першу чергу з соціально орієнтованими функціями, спрямованими на створення гарантій повноцінного розвитку особистості, реалізації її різнобічних інтересів. Соціальна орієнтованість держави визначена Конституцією України [8], як один із основних політико-правових ідеалів, які мають привести суспільство до такої його форми, як громадянське суспільство. Разом з тим держава і суспільство потребують ефективних регуляторів відносин, які забезпечуються за допомогою норм позитивного права, які визначають права, свободи та обов'язки осіб, а також способи реалізації їх інтересів, спрямованих на задоволення потреб, що виникають у осіб. Соціальне існування особи не можливе без її спілкування, обміну інформацією, розвитком інформаційно-комунікативної системи суспільства¹. Суспільство аби бути захищеним повинно мати певні системоутворюючі зв'язки, забезпечуватимуть соціальне благополуччя

¹ Доповідь на тему «Мобильная связь как институт информационной системы гражданского общества», з якою автор – Самбор М.А., брав участь у Всеросійській науково-практичній конференції «Актуальные проблемы развития гражданского общества в Российской Федерации», що проходила 28 вересня 2012 року на базі Московського державного інституту міжнародних відносин МЗС Росії (Університет).

населення. У такому разі кожна особа матиме певні гарантії, серед яких, на нашу думку, правові гарантії у вигляді юридичних механізмів мають відігравати ключові ролі у формуванні ринкових механізмів, забезпечення правової форми організації суспільних відносин.

Період реформ, який ми маємо в Україні, слід пов'язувати не лише зі зміною суспільного устрою, розвитком ринкових відносин, однак і з формуванням інститутів громадянського суспільства, які неможливі без впровадження результатів науково-технічного прогресу, втягненням у соціальну сферу раніше незнаних технологій. Серед таких елементів є рухомий (мобільний) зв'язок. Правове урегулювання його впровадження не завжди співпадали із фактичними відносинами з користування цими технологіями. Однак, як у будь-якій іншій сфері, галузь телекомунікаційних технологій і серед неї рухомий (мобільний) зв'язок завжди мали економічне підґрунтя: для операторів – отримання прибутку, як власна ціль створення і функціонування, так і для споживача (абонента) – як допоміжна роль у налагодженні соціальних зв'язків або реалізації власних економічних інтересів.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Покажемо те, що правове регулювання рухомого (мобільного) зв'язку не стало предметом наукових дискусій та здійснення глибинних наукових розробок у цьому напрямку серед представників юридичної професії. Істотний вклад у розвиток телекомунікаційних технологій зробили представники технічних професій, які вдосконалювали, пропонували кардинально нові способи забезпечення населення зв'язком, розробляли новітні мобільні термінали, засоби забезпечення зв'язком широких верств населення. Разом з тим неможливо оминати увагою наукові дослідження сфери інформаційного права, яке є дотичним до предмета дослідження правових основ регулювання послуг рухомого (мобільного) зв'язку. Розв'язанню актуальних питань інформаційного права і його становлення як самостійної галузі права присвятили свої праці такі знані юристи-науковці, як: К.І. Беляков, В.М. Брижко, Р.А. Калюжний, О.В. Копан, В.Г. Пилипчук та інші. Не дивлячись на це рухомий (мобільний) зв'язок, як предмет наукових пошукових, не був належним чином висвітлений. Такий стан справ не відповідає тій ролі, який виконує рухомий (мобільний) зв'язок у суспільстві. Це особливо відноситься до процесів фінансового забезпечення користування послугами рухомого (мобільного) зв'язку. Автором було започатковано процес висвітлення правового регулювання фінансових питань розрахунків за надання послуг рухомого (мобільного) зв'язку¹ [10]. Це лише позначає правове регулювання оплати послуг рухомого (мобільного) зв'язку об'єктом прискіпливої уваги, аби дослідити та віднайти ефективні способи правового регулювання цих питань шляхом забезпечення рівних прав, свобод сторін таких договірних відносин.

Виходячи зі сказаного **метою нашої статті** є дослідження правового регулювання забезпечення розрахункових операцій шляхом надання споживача-

¹ Самбор М.А. Фінансові питання розрахунків за надання послуг рухомого (мобільного) зв'язку / М.А. Самбор // Юридична наука. – 2012. – № 10. – С. 18-24.

чеві інформації про стан рахунків за надані телекомунікаційні послуги оператором рухомого (мобільного) зв'язку.

Основні результати дослідження. Саме вирішенню даних завдань, зокрема питанню надання рахунку абонентові про вартість наданих послуг, покликана дана стаття.

У відповідності до абз. 15 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про телекомунікації» від 18 листопада 2003 р. загальнодоступні (універсальні) телекомунікаційні послуги — мінімальний набір визначених цим Законом послуг нормованої якості, доступний усім споживачам на всій території України. Згідно до ч. 1 ст. 62 України «Про телекомунікації» від 18 листопада 2003 р. до загальнодоступних телекомунікаційних послуг належать: *підключення кінцевого обладнання споживача до телекомунікаційних мереж* загального користування (універсальний доступ), послуги фіксованого телефонного зв'язку в межах зони нумерації (місцевий телефонний зв'язок), а також *виклик служб екстреної допомоги*, послуги довідкових служб і зв'язку за допомогою таксофонів, за винятком послуг, що надаються з використанням безпроводового доступу (виділено нами – М.С.).

Згідно до п. 2 ч. 1 ст. 39 Закону України «Про телекомунікації» від 18 листопада 2003 р. Оператори телекомунікацій зобов'язані: надавати безоплатний доступ споживачам до телекомунікаційних мереж загального користування для виклику пожежної охорони, міліції, швидкої допомоги, аварійних служб газу.

Ст. 67 Закону України «Про телекомунікації» від 18 листопада 2003 р. зазначає, що зокрема тарифне регулювання на ринку телекомунікацій України базується на таких принципах: базування розрахунків тарифів на собівартості цих послуг з урахуванням отримання прибутку; залежність рівня тарифів від рівня якості телекомунікаційних послуг.

У відповідності до п. 16 ч. 1 ст. 32 Закону України «Про телекомунікації» від 18 листопада 2003 р. споживачі під час замовлення та/або отримання телекомунікаційних послуг мають право на *безоплатне отримання від оператора, провайдера телекомунікацій рахунків за надані телекомунікаційні послуги. За особистим зверненням споживача з урахуванням технічної можливості обладнання телекомунікаційної мережі нарахована до оплати сума за надані послуги повинна бути розшифрована* тільки за той розрахунковий період, до якого споживач має претензії, із зазначенням номера абонента, якого викликав споживач, виду послуги, часу початку і закінчення кожного сеансу зв'язку, обсягу наданих послуг, суми коштів до сплати за кожний сеанс зв'язку. Телекомунікаційні послуги, які надаються знеособлено (анонімно), розшифровці не підлягають (виділено нами – М.С.). Таким чином, законодавчо закріплено, що абоненти (споживачі послуг рухомого (мобільного) зв'язку) мають передбачене законом право на отримання від оператора розшифровку послуг безкоштовно. На практиці спробуйте звернутися до оператора за такою розшифровкою, відразу отримаєте рахунок до оплати, або ж у відповідь почуєте, що така послуга надається виключно абонентам з якими укладені договори про надання послуг рухомого (мобільного) зв'язку, у разі коли Ви користуєтесь послугами рухомого (мобіль-

ного) зв'язку без договору за готівкову оплату чи за допомогою карток тощо в разі одержання споживачем замовленої за передоплатою (авансованої) послуги за тарифами, затвердженими згідно із законодавством (ст. 68 Закону України «Про телекомунікації» від 18 листопада 2003 року), що з огляду оператора унеможливає ідентифікацію споживача.

Розглянемо чинне законодавство, в якому розглядається питання ідентифікації телекомунікаційних мереж та споживачів послуг у таких мережах.

У відповідності до Положення про державне регулювання номерного ресурсу телекомунікаційної мережі загального користування України, затвердженого Рішенням Національної комісії з питань регулювання зв'язку України від 1 червня 2007 р. № 769 та зареєстрованого у Міністерстві юстиції України 20 червня 2007 р. за № 679/13946 [3], індекси номерного ресурсу – це сукупність цифрових знаків, що позначають діапазон абонентських номерів, виділений оператору телекомунікацій відповідно до діючого плану нумерації. Отже, початково відбувається ідентифікація мереж та номерів глобальних телекомунікаційних послуг у форматі, визначеному Національним планом нумерації України.

Згідно до абз. 3 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про телекомунікації» від 18 листопада 2003 р. [2] абонентський номер – це сукупність цифрових знаків для позначення (*ідентифікації*) *кінцевого обладнання абонента в телекомунікаційній мережі* (виділено нами – М.С.). Таким чином, можна зробити висновок проте, що унікальний абонентський номер є ідентифікуючою ознакою конкретного споживача (абонента) послуг рухомого (мобільного) – зв'язку.

П. 3.5.1. Основних вимог до договору про надання телекомунікаційних послуг, затверджених Рішенням Національної комісії з питань регулювання зв'язку України від 26.03.2009 року № 1420 «Про затвердження Основних вимог до договору про надання телекомунікаційних послуг» [5] зазначає, що *номер телефону* чи інша інформація *щодо ідентифікації кінцевого обладнання споживача* (виділено нами – М.С.), зокрема щодо адреси в IP-мережі, підстави, терміни і порядок зміни оператором, провайдером номера телефону та/або інших ідентифікаторів кінцевого обладнання споживача є одними з організаційних та технічних умов надання телекомунікаційних послуг. Отже, можна зробити висновок про те, що унікальним ідентифікуючим способом абонента рухомого (мобільного) зв'язку у телекомунікаційній мережі є номер телефону, наданий споживачеві у межах номерного ресурсу, виділеного операторові Національною комісією з питань регулювання зв'язку України. Таким чином, на нашу думку, необґрунтованим є відмова окремих операторів від надання інформації про дзвінки та їх плату чи інші послуги, які надаються оператором рухомого (мобільного) зв'язку своїм споживачам, оскільки це є обов'язком оператора. Крім того, аргумент про те, що споживача неможливо ідентифікувати також спростовується викладеними вище аргументами. Єдине, що залишається актуальним – це відстеження взаємозв'язку між конкретною особою та кінцевим обладнанням. За таких умов з метою повноцінної реалізації прав сторін (абонента та оператора), абонент зобов'язаний прибути до провайдера із кінцевим телекомунікаційним обладнанням, тобто ідентифікаційною теле-

комунікаційною карткою, яка використовується для позначення (ідентифікації) кінцевого обладнання абонента в телекомунікаційній мережі (SIM-картка, USIM-картка, R-UIM-картка тощо) [9], що й забезпечує доступ до телекомунікаційної мережі рухомого (мобільного) зв'язку або безпосередньо мобільним терміналом, адже останній також має свій унікальний ідентифікуючий номер, а саме електронний код (ідентифікатор) кінцевого обладнання — код, який присвоюється виробником технічних засобів телекомунікацій для унікальної ідентифікації кінцевого обладнання (міжнародні серійні коди IMEI, ESN, MEID тощо) [9]. Разом з тим, вважаємо, що оскільки провайдер свідомо пропонує на ринку телекомунікаційних послуг, а саме послуг рухомого (мобільного) зв'язку, картки замовленої за передоплатою (авансованої) послуги рухомого (мобільного) зв'язку, останній повинен мати відповідні кореспондуючі обов'язки до таких споживачів, а саме обов'язок надавати на вказану абонентом адресу інформацію про розрахунки за послуги рухомого (мобільного) зв'язку у разі замовлення останньої у представника оператора із картки доступу, за якою абонент і бажає отримати відповідну фінансову інформацію. Така інформація має надаватися безкоштовною на користь цього наведемо наступні аргументи.

Згідно до п. 2.4. Порядку регулювання тарифів на загальнодоступні телекомунікаційні послуги, затвердженого рішенням Національної комісії з питань регулювання зв'язку України від 2 квітня 2009 р. № 1438 та зареєстрованого у Міністерстві юстиції України 22 квітня 2009 р. за № 363/16379 [1], до витрат з операційної діяльності включаються: собівартість реалізованої продукції (послуг); адміністративні витрати; *витрати на збут*; інші операційні витрати. П. 2.7. цього Порядку передбачає, що до *складу витрат на збут включаються витрати з операційної діяльності*, безпосередньо пов'язані з наданням загальнодоступних телекомунікаційних послуг, зокрема: оплата праці персоналу, який забезпечує збут послуг; відрахування на соціальні заходи; службові відраджень персоналу, пов'язані з вирішенням питань реалізації послуг; інформаційні послуги; *виготовлення розрахункових документів* (виділено нами — М.С.); амортизація та утримання основних засобів, інших необоротних матеріальних і нематеріальних активів, пов'язаних із збутом послуг; збереження продукції, тари, упаковки, передпродажна підготовка; транспортування; підвищення кваліфікації та перепідготовка кадрів; супровід програмного забезпечення; проведення маркетингових заходів; податки, збори та інші обов'язкові платежі. Отже, виготовлення розрахункових документів закладається у тарифи на надання послуг рухомого (мобільного) зв'язку. Виходить, що фактично споживачі сплачують кошти за виготовлення оператором та надання абонентам розрахункових документів про отримані телекомунікаційні послуги, оскільки останні закладаються у тарифи на послуги. Однак, споживачі послуг рухомого (мобільного) зв'язку замовленої за передоплатою (авансованої) послуги не мають можливості бачити, які саме послуги та за якою вартістю вони споживали, внаслідок чого фактично порушуються їхні права.

У відповідності до п. 1 Рішення Національної комісії з питань регулювання зв'язку України від 9 липня 2009 року № 1579 [6] операторам телекому-

нікацій заборонено встановлювати тарифи на послуги рухомого (мобільного) зв'язку у розмірі 0,00 грн. за тарифну одиницю послуги (часову чи кількісну) без урахування собівартості цих послуг та отримання прибутку, оскільки такі дії є порушенням вимог законодавства у сфері телекомунікацій. Але всім користувачам ряду операторів рухомого (мобільного) зв'язку було відомо, що у період з липня 2009 р. до середини 2012 р. вони мали можливість безкоштовно спілкуватися у середині відповідних мереж безоплатно, лише поповнивши свій рахунок на певну суму (яка залишалася абонентові для оплати інших послуг, зокрема оплати за послуги зв'язку, пов'язаних із необхідністю взаємоз'єднання телекомунікаційних мереж операторів. Лише у 2012 р. оператори почали брати плату за користування послугами рухомого (мобільного) зв'язку у середині мережі (це спостерігається, коли абонент зараховує кошти на свій абонентський рахунок і звідти здійснюється їх автоматичне списання. Безперечно, вважаємо, що плата має бути, однак остання має бути доступною для всіх верств населення. Запропоновані можливості щодо передплати послуг у межах однієї телекомунікаційної системи звісно вигідно як операторові, так і абонентові, оскільки за незначну плату (5 грн.) він має можливість від 25 до 80 діб спілкуватися у мережі безкоштовно (вірніше платно, оскільки це плата за надані так звані «безкоштовні» хвилини, адже останні тарифікуються також).

Однак, одним із головних чинників, які мають турбувати громадськість і законодавця – це перспективи розвитку телекомунікаційних мереж в Україні, зокрема мережі рухомого (мобільного) зв'язку. З цією метою була розроблена та схвалена Концепція розвитку телекомунікацій в Україні. Одне з провідних місць у цій Концепції посідають питання тарифікації.

Концепція розвитку телекомунікацій в Україні, затвердженої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 7 червня 2006 р. № 316-р «Про схвалення Концепції розвитку телекомунікацій в Україні» [4] зазначає, що система тарифікації телекомунікаційних послуг включає державне регулювання тарифів та вільне ринкове ціноутворення. Державному регулюванню підлягають тарифи на загальнодоступні послуги та тарифи на надання в користування каналів електровз'язку операторів телекомунікацій, які займають монопольне (домінуюче) становище на ринку цих послуг. Таким чином, фактично, тарифи на послуги, якими користуються споживачі, віддано на вирішення самих операторів, виходячи зі змісту даного договору, який за своєю природою є договором публічним, який передбачає те, що власне оператор рухомого (мобільного) зв'язку особисто визначає тарифи на послуги, а потенційні споживачі або погоджуються з ними і споживають такі послуги, або відмовляються – шукаючи інших операторів або взагалі відмовляючись від можливостей рухомого (мобільного) зв'язку.

У відповідності до Концепції розвитку телекомунікацій в Україні, затвердженої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 7 червня 2006 р. № 316-р «Про схвалення Концепції розвитку телекомунікацій в Україні» [4], загальнодоступні телекомунікаційні послуги повинні надаватися всім бажаючим за регульованими державою тарифами. Вважаємо, що загаль-

нодоступні телекомунікаційні послуги слід суттєво розширити, оскільки у розумінні ч. 1 ст. 62 до останніх належать: підключення кінцевого обладнання споживача до телекомунікаційних мереж загального користування (універсальний доступ), послуги фіксованого телефонного зв'язку в межах зони нумерації (місцевий телефонний зв'язок), а також виклик служб екстреної допомоги, послуги довідкових служб і зв'язку за допомогою таксофонів, за винятком послуг, що надаються з використанням безпроводового доступу. Виходячи з цього до рухомого (мобільного) зв'язку відносяться лише підключення кінцевого обладнання споживача до телекомунікаційних мереж загального користування (універсальний доступ), виклик служб екстреної допомоги. На нашу думку, до загальнодоступних послуг слід віднести рухомий (мобільний) зв'язок у межах однієї телекомунікаційної мережі, що не потребує взаємоз'єднання телекомунікаційних мереж операторів. Разом з тим такі послуги мають бути безкоштовні або плата здійснюватися за фіксованим державною тарифом, який має бути прив'язаний до часових рамок, а не до часу розмов, тобто, наприклад, безлімітні розмови у мережі протягом 1 місяця вартістю 1 грн. Це фактично сприйнято рядом операторів рухомого (мобільного) зв'язку, які відчують суттєве збільшення абонентів, а відтак і надходжень за послуги рухомого (мобільного) зв'язку. У той же час це сприяє реалізації громадянам своїм прав та інтересів на спілкування.

У відповідності до Концепції розвитку телекомунікацій в Україні, затвердженої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 7 червня 2006 р. № 316-р «Про схвалення Концепції розвитку телекомунікацій в Україні», має проводитися пошук найбільш ефективних технічних та організаційних рішень для створення високошвидкісних масових мереж доступу (стаціонарного і рухомого (мобільного) зв'язку), які забезпечать невисокі тарифи для всіх категорій користувачів, зокрема з невідоміючими операторами телекомунікацій та Internet-провайдерми. Це має реалізовуватися у діяльності державних органів, перш за все центральними органами виконавчої влади у серії телекомунікацій, Національною комісією з питань регулювання зв'язку.

Висновки. Вважаємо, що спектр загальнодоступних послуг рухомого (мобільного) зв'язку слід розширювати, долучати до цієї сфери послуги доступу до загальної мережі Internet. Разом з цим тарифи на такі послуги мають бути мінімальними, що дозволить, особливо у віддалених населених пунктах (селах, селищах, хуторах) розв'язати проблему спілкування, доступу до служб екстреного зв'язку, доступу до інформаційних ресурсів, які є вже звичними для міського населення, жителів мегаполісів тощо. Все це має відбуватися за підтримки держави, саме підтримки а не контролю. Це сприятиме формуванню інформаційного громадянського суспільства, а відповідне законодавче регулювання цієї сфери, спрямованої на не лише забезпечення формальної рівності та формальної можливості у доступі до послуг рухомого (мобільного) зв'язку, а практичну реалізацію таких прав громадян, забезпечуватиме сприйняття держави як правової.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Про затвердження Порядку регулювання тарифів на загальнодоступні телекомунікаційні послуги: Рішення Національної комісії з питань регулювання зв'язку України від 2 квітня 2009 року № 1438, зареєстроване у Міністерстві юстиції України 22 квітня 2009 року за № 363/16379. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу. – <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0363-09>. – Дата доступу 29 листопада 2012 року.

2. Про телекомунікації: Закон України від 18 листопада 2003 року. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу. – http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/про_телекомунікації. – Дата доступу 29 листопада 2012 року.

3. Про затвердження Положення про державне регулювання номерного ресурсу телекомунікаційної мережі загального користування України: Рішення Національної комісії з питань регулювання зв'язку України від 1 червня 2007 року № 769 та зареєстрованого у Міністерстві юстиції України 20 червня 2007 року за № 679/13946. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу. – <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0679-07>. – Дата доступу 29 листопада 2012 року.

4. Про схвалення Концепції розвитку телекомунікацій в Україні: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 7 червня 2006 року № 316-р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу. – <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/316-2006-%D1%80>. – Дата доступу 29 листопада 2012 року.

5. Про затвердження Основних вимог до договору про надання телекомунікаційних послуг: Рішення Національної комісії з питань регулювання зв'язку України від 26.03.2009 року № 1420. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу. – <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0422-09>. – Дата доступу 29 листопада 2012 року.

6. Рішення Національної комісії з питань регулювання зв'язку України від 9 липня 2009 року № 1579. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу. – <http://www.nkrz.gov.ua/uk/activities/ruling/1247239925/>. – Дата доступу 30 листопада 2012 року.

7. Проблемы общей теории права и государства: Учебник для ВУЗов / [Н.В. Варламова, В.В. Лазарев, В.В. Лапаева и др.]; под общ. ред. В.С. Нерсесянца. – М. : Норма, 2004. – 832 с.

8. Конституція України прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. – К. : Вид-во «Право», Українська Правнича Фундація, 1996. – 64 с.

9. Про затвердження Правил надання та отримання телекомунікаційних послуг: Постанова кабінету Міністрів України від 11 квітня 2012 року № 295. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу. – <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/295-2012-%D0%BF/print1329892382911932>. – Дата доступу 22 жовтня 2012 року.

10. Самбор М.А. Фінансові питання розрахунків за надання послуг рухомого (мобільного) зв'язку / М.А. Самбор // Юридична наука. – 2012. – № 10. – С. 18-24.

Самбор М.А. Правове регулювання безкоштовного забезпечення розрахункових операцій шляхом надання споживачеві інформації про стан рахунків за спожиті послуги рухомого (мобільного) зв'язку

У статті розглядаються питання правового регулювання безкоштовного забезпечення розрахункових операцій шляхом надання оператором споживачам інформації про стан рахунків за спожиті послуги рухомого (мобільного) зв'язку. Автором розглядається чинне законодавство, яке регулює порядок здійснення розра-

хунків за спожиті послуги рухомого (мобільного) зв'язку. Зазначається, що до витрат з операційної діяльності провайдером послуг рухомого (мобільного) зв'язку закладаються витрати на виготовлення розрахункових документів. Відстоюється думка про те, що вказані розрахункові документи мають надаватися оператором за першою вимогою споживача за умови їх вимоги із терміналів мобільного зв'язку, за якими вимагаються розрахункові документи. Відстоюється думка про те, що видача таких розрахункових документів можлива виключно за умови ідентифікації абонента.

Ключові слова: рухомий (мобільний) зв'язок, розрахункові документи, безкоштовне забезпечення розрахункових операцій та виготовлення розрахункових документів.

Самбор Н.А. Правовое регулирование бесплатного обеспечения расчетных операций путем предоставления потребителю информации о состоянии счетов за потребленные услуги подвижной (мобильной) связи

В статье рассматриваются вопросы правового регулирования бесплатного обеспечения расчетных операций путем предоставления оператором потребителям информации о состоянии счетов за потребленные услуги подвижной (мобильной) связи. Автором рассматривается действующее законодательство, регулирующее порядок осуществления расчетов за потребленные услуги подвижной (мобильной) связи. Отмечается, что в состав расходов по операционной деятельности провайдером услуг подвижной (мобильной) связи закладываются расходы на изготовление расчетных документов. Отстаивается мысль о том, что указанные расчетные документы должны предоставляться оператором по первому требованию потребителя при условии их затребования с терминалов мобильной связи, по которым требуются расчетные документы. Отстаивается мысль о том, что выдача таких расчетных документов возможна только при условии идентификации абонента.

Ключевые слова: подвижная (мобильная) связь, расчетные документы, бесплатное обеспечение расчетных операций и изготовление расчетных документов.

Sambor M.A. Legal framework to ensure free payment transactions by providing the consumer with information on the status of their accounts for mobile communication services

The article deals with the regulation of free settlement operations by providing consumers with information about the operator state bills for services moving (mobile) communication. The author has considered legislation that regulates the order of payment for services consumed moving (mobile) communication. It is reported that the cost of operating mobile service providers (mobile) communication lays the costs of making settlement documents. Defended the idea that these settlement documents have to be provided by the operator at the first request of the consumer, subject to the implementation of mobile terminals, which required settlement documents. Defended the idea that the issue of settlement documents is possible only if caller ID (identification number).

Keywords: moving (mobile) communications, accounting documents, free of clearing transactions and making settlement documents.

Стаття надійшла до редакції 04.02.2013.

ПРАВОВІДНОСИНИ З ПРИВОДУ ОСОБИСТОГО НЕМАЙНОВОГО ПРАВА НА СПРИЯТЛИВЕ НАВКОЛИШНЄ ПРИРОДНЕ СЕРЕДОВИЩЕ: СУБ'ЄКТНИЙ СКЛАД

А.О. Матвійчук

*здобувач кафедри цивільного та господарського права
ВНЗ «Національна академія управління»*

Постановка проблеми. Дослідження будь-якого правового інституту, у тому числі інституту особистого немайнового права на сприятливе навколишнє природне середовище в Україні, доцільно проводити через аналіз структури відповідних правовідносин. У рамках цієї статті вважаємо за необхідне розглянути суб'єктну сторону цивільних правовідносин з приводу особистого немайнового права на сприятливе навколишнє природне середовище.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. У вітчизняній науковій літературі дослідженням інституту права на сприятливе навколишнє природне середовище приділено вкрай мало уваги. З публічно-правових позицій порушене питання розглядали В.В. Іванюшенко, В.Л. Бредіхіна, з цивільно-правових позицій — І. Боровська. Структура цивільних правовідносин з приводу особистого немайнового права на сприятливе навколишнє природне середовище розглядається нами вперше.

Мета статті полягає у дослідженні суб'єктного складу правовідносин з приводу особистого немайнового права на сприятливе навколишнє природне середовище в Україні.

Основні результати дослідження. Прийнято вважати, що до складу правовідносин входять такі елементи: 1) суб'єкти; 2) об'єкт; 3) суб'єктивне право; 4) юридичний обов'язок. Керуючись запропонованим підходом розглянемо одну зі складових структури правовідносин з приводу особистого немайнового права на сприятливе навколишнє природне середовище, а саме — суб'єктний склад. Одразу зробимо застереження, що зважаючи на практично повну відсутність наукових праць щодо особистого немайнового права на сприятливе навколишнє природне середовище (тобто, з позицій цивільного права), для дослідження ми використовуємо і роботи авторів, виконані з точки зору конституційного та екологічного права.

У правовідносини з приводу особистого немайнового права на сприятливе навколишнє природне середовище вступають усі суб'єкти цивільного права, визнані українським законодавством, за винятком українського народу.

Насамперед це фізичні особи, які у даних правовідносинах є носіями суб'єктивного права, а також суб'єкти права, обтяжені обов'язками. Український народ згідно чинного Цивільного кодексу України є суб'єктом права власності на визначене майно і об'єктивно в інших відносинах (окрім відносин з приводу власності) брати участі не може.

Ми вже розглядали коло суб'єктів особистого немайнового права на сприятливе навколишнє природне середовище, тож зараз лише коротко зупинимось на цьому питанні [1, с. 47-56]. На нашу думку, суб'єктом особистого немайнового права на сприятливе навколишнє природне середовище можуть бути лише фізичні особи протягом усього їхнього життя: від народження до смерті, незалежно від обсягу дієздатності. Ми використовуємо саме категорію «фізичні особи», яка характерна для цивільного права, а не «людина» чи «громадянин», що використовуються в інших галузях права.

Юридичні особи як приватного, так і публічного права зазначеним правом не наділені, оскільки це суперечить їх фіктивній природі. Ми підтримуємо В.С. Толстого, який пропонує закріпити у цивільному законодавстві Росії виключний перелік особистих немайнових прав юридичних осіб: право на існування, право на автономну діяльність, право на ділову репутацію та право на найменування [2, с. 79].

Органи влади, які не є юридичними особами, хоча і є суб'єктами цивільного права, по своїй природі також не можуть бути суб'єктом особистого немайнового права, що розглядається. Тут слід зазначити, що в юридичній науці висловлюється думка, що органи влади, які не є юридичними особами, наприклад, Верховна Рада України та Кабінет Міністрів України, не є учасниками цивільних правовідносин, оскільки в законодавстві прямо не передбачена така можливість [3, с. 24]. Ми не погоджуємося з такою позицією і вважаємо, що автор заперечує сам собі, оскільки водночас стверджує, що в межах ст. 2 ЦК України встановлена диференціація на два різновиди учасників цивільних відносин: осіб (ч.1 ст. 2) та суб'єктів публічного права. Інакше кажучи, суб'єкти публічного права є учасниками цивільних відносин, незалежно від того, чи є вони юридичними особами, чи ні.

Держава Україна, іноземні держави, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, а також народ України як учасники цивільних відносин не можуть діяти безпосередньо, є аморфними за своєю суттю і не можуть мати право на сприятливе навколишнє природне середовище.

Таким чином, з усіх суб'єктів цивільного права лише фізичні особи є суб'єктом особистого немайнового права на сприятливе навколишнє природне середовище. Поряд з цим, зважаючи на абсолютний характер цього немайнового права, на кожній фізичній особі лежить обов'язок своїми діями чи бездіяльністю не порушувати права інших фізичних осіб на сприятливе навколишнє природне середовище.

Решта суб'єктів цивільного права можуть бути лише зобов'язаною стороною цивільного правовідношення з приводу особистого немайнового права на сприятливе навколишнє природне середовище, тобто зобов'язані не порушувати його, а в разі порушення несуть цивільну відповідальність, однак чи

завжди? З юридичними особами приватного права все зрозуміло: як повноцінні учасники цивільних відносин вони можуть заподіювати шкоду, нести відповідальність за це, а також відшкодовувати шкоду з інших підстав (наприклад, без вини, у разі страхування), а отже є суб'єктами правовідносин, що розглядаються. Однак хто і в якому обсязі несе відповідальність за заподіяння шкоди здоров'ю населення внаслідок законодавчо закріпленого дозволу скид у воду чи викид у повітря небезпечних хімічних речовин: Верховна Рада України, що видала закон; Уряд, який видав постанову про порядок реалізації цього закону; держава, від імені якої функціонують згадані органи влади; підприємства, які фактично вчиняють діяння, всі разом чи ніхто конкретно? Таких питань та прикладів мільйон у нашому житті: споживання питаної води низької якості; масові руйнації внаслідок селевих потоків під час сильних опадів, викликаних, у свою чергу, надмірною вирубкою лісу, санкціонованою державою, тощо. Якщо держава, територіальні громади, створені ними органи влади та місцевого самоврядування є рівноправними учасниками цивільних відносин, то вони повинні в повній мірі нести цивільну відповідальність за шкоду, заподіяну їхніми рішеннями, діями та бездіяльністю життю і здоров'ю фізичних осіб, майну учасників цивільних відносин, незалежно від законності та форми прийнятих рішень. Однак у Цивільному кодексі України відображено інший підхід. Розглянемо це питання детальніше.

Так, аналіз гл. 82 ЦК України свідчить, що держава несе відповідальність за заподіяння шкоди лише у таких випадках:

1) за заподіяння майнової шкоди: у разі прийняття закону, що припиняє право власності (ст. 1170); за шкоду, заподіяну незаконними рішеннями, дією чи бездіяльністю органу державної влади (ст. 1173); за шкоду, завдану незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю посадової або службової особи органу державної влади (ст. 1174); у разі прийняття органом державної влади нормативно-правового акта, що був визнаний незаконним і скасований (ст. 1175); якщо шкода завдана фізичній особі внаслідок її незаконного засудження, незаконного притягнення до кримінальної відповідальності, незаконного застосування запобіжного заходу, незаконного затримання, незаконного накладення адміністративного стягнення у вигляді арешту чи виправних робіт (ст. 1176); завдану злочином в установленому порядку (ст. 1177 ЦК України) [4].

2) за заподіяння моральної шкоди: незалежно від вини органу державної влади — за шкоду, завдану каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи внаслідок дії джерела підвищеної небезпеки, а також якщо шкоди завдано фізичній особі внаслідок незаконного застосування ряду кримінально- та адміністративно-правових заходів, в інших випадках, встановлених законом (ч. 2 ст. 1167); за шкоду, заподіяну незаконними рішеннями, дією чи бездіяльністю органу державної влади (ст. 1173); за шкоду, завдану незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю посадової або службової особи органу державної влади (ст. 1174); у разі прийняття органом державної влади нормативно-правового акта, що був визнаний незаконним і скасований

(ст. 1175); за шкоду, заподіяну злочином в установленому порядку(ст. 1207 ЦК України) [4].

З наведеного випливає кілька висновків. По-перше, відповідно до положень глави ЦК України держава несе відповідальність виключно за шкоду, заподіяну іншими суб'єктами цивільних відносин — органами державної влади (і їх посадовими та службовими особами), які, однак, діють від імені держави. По-друге, держава не несе цивільної відповідальності за прийняття законів, що порушують чи неминуче призведуть до порушення будь-яких майнових прав, окрім випадку припинення права власності. По-третє, держава не несе цивільної відповідальності за видання закону, що порушує будь-які немайнові права людини, у тому числі право на сприятливе навколишнє природне середовище, якщо тільки це не пов'язано із заподіянням шкоди життю та здоров'ю джерелом підвищеної небезпеки. Як зазначено у ч. 3 ст. 152 Конституції України, матеріальна чи моральна шкода, завдана фізичним або юридичним особам актами і діями, що визнані неконституційними, відшкодовується державою у встановленому законом порядку [5]. А закон, як бачимо, ні до чого державу не зобов'язує. Власне, сучасна історія України має чимало випадків прийняття державою неконституційних законів, що обмежували права людини на достатній рівень життя, на пенсійне забезпечення тощо, з метою економії бюджетних коштів. Щоразу мета була досягнута, адже визнання законів неконституційними не має зворотної дії у часі і не зобов'язує державу відшкодувати шкоду, заподіяну під час їх чинності. Аналогічно вітчизняна правотворчість має не один приклад надання законам зворотної сили, хоча це прямо суперечить нормам Конституції України.

Автономна Республіка Крим несе відповідальність:

1) за заподіяння майнової шкоди — незаконним рішенням, дією чи бездіяльністю органу влади Автономної Республіки Крим (ст. 1173 ЦК України), його посадовою чи службовою особою (ст. 1174 ЦК України), а також у разі прийняття органом влади Автономної Республіки Крим нормативно-правового акта, що був визнаний незаконним і скасований (ст. 1175 ЦК України) [4].

2) за заподіяння моральної шкоди — незалежно від наявності вини, якщо шкоди завдано каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи внаслідок дії джерела підвищеної небезпеки (ст. 1167 ЦК України); за наявності вини — з підстав, передбачених ст.ст. 1173-1175 ЦК України [4].

У разі заподіяння шкоди внаслідок видання законних, однак неконституційних нормативно-правових актів Автономної Республіки Крим відповідальність не наступає, у тому числі — у разі порушення особистих немайнових прав, крім випадку заподіяння шкоди життю та здоров'ю джерелом підвищеної небезпеки, доки такий акт не буде визнано неконституційним чи скасовано.

Територіальна громада згідно ЦК України взагалі не є суб'єктом відповідальності, однак саме їй належить право зворотної вимоги до винних осіб [4]. Таким чином, з одного боку територіальна громада, будучи суб'єктом цивільного права, має права та щонайменше один обов'язок — не порушувати права

інших суб'єктів, однак з іншого боку — вона не є суб'єктом цивільної відповідальності, а отже за невиконання свого обов'язку відповідальності не несе. Ці висновки мають радше теоретичне, аніж практичне значення, оскільки об'єктивно територіальна громада не може безпосередньо брати участь у цивільних відносинах, незважаючи на положення ст. 143 Конституції України [5]. Однак подібні недоліки у нормативному регулюванні недопустимі, оскільки можуть стати на заваді реалізації та захисту прав та інтересів. Зважаючи на це, слід внести відповідні зміни до ЦК України з метою гармонізації положень ст.ст. 173, 1173-1175 та ст. 1191 цього нормативно-правового акта. У протилежному випадку питання віднесення територіальних громад до суб'єктів відносин з приводу права на сприятливе навколишнє природне середовище є спірним.

Органи державної влади та органи влади Автономної Республіки Крим також не є суб'єктами відповідальності за заподіяння позадоговірної шкоди, хоча як учасники цивільних відносин мають обов'язок не порушувати прав та інтересів інших учасників цих відносин. Зазначені органи лише представлятимуть відповідно державу чи Автономну Республіку Крим у разі подання позову та в інших подібних випадках.

Органи місцевого самоврядування несуть відповідальність за заподіяння шкоди на підставах, визначених у ст.ст. 1173-1175 ЦК України, а також якщо шкоди завдано каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи внаслідок дії джерела підвищеної небезпеки (ст. 1167 ЦК України) [4].

Окремо слід зробити застереження щодо застосування формули генерального делікту до суб'єктів публічного права, які не є юридичними особами: держави, Автономної Республіки Крим, територіальних громад та органів місцевого самоврядування. Деякі науковці вважають, що існуючі особливості притягнення держави України та територіальних громад до цивільно-правової відповідальності не можуть впливати на підставу та умови такої відповідальності, що у формулі так званого генерального делікту закріплені у ст.ст. 1166, 1167 ЦК України [3, с. 315]. Водночас, якщо з колом суб'єктів, що підпадають під дію статті 1167 все, начебто, зрозуміло, то про ст. 1166 такого сказати не можна. Відповідно до ч. 1 та 2 ст. 1166 ЦК України майнова шкода, завдана немайновим правам, а також шкода, завдана майну фізичної чи юридичної особи, відшкодовується в повному обсязі особою, яка її завдала (курсив — наш); особа, яка завдала шкоди, звільняється від її відшкодування, якщо вона доведе, що шкоди завдано не з її вини (курсив — наш) [4]. Оскільки згадані суб'єкти публічного права не є особами, доходимо до висновку, що положення ч. 1 та 2 ст. 1166 ЦК України, що встановлюють загальні засади відшкодування майнової шкоди, не стосуються суб'єктів публічного права.

Висновки. Суб'єктами цивільних правовідносин з приводу особистого немайнового права на сприятливе навколишнє природне середовище є всі суб'єкти цивільного права, визнані законодавцем, окрім українського народу. Управненою стороною є фізична особа, а всі інші учасники зазначених правовідносин виступають зобов'язаною стороною. При цьому територіальна грома-

да, хоча і є зобов'язаною стороною, однак не несе цивільної відповідальності за порушення особистого немайнового права. Органи державної влади та органи влади Автономної Республіки Крим не несуть відповідальності за заподіяння позадоговірної шкоди, а отже, маючи обов'язок не порушувати особисте немайнове право на сприятливе навколишнє природне середовище, водночас не є суб'єктом відповідальності за його порушення. Свої особливості має і цивільна відповідальність держави. Наведене вище яскраво демонструє істотні недоліки у правовому статусі суб'єктів публічного права як учасників цивільних відносин. Пошук способів усунення цих недоліків стане предметом подальшого наукового дослідження.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. *Матвійчук А.О.* Суб'єкти особистого немайнового права на сприятливе навколишнє природне середовище / А.О. Матвійчук // Юридична наука. — К., 2011. — №4-5. — С. 47-56.

2. *Толстой В.С.* Личные неимущественные правоотношения / В.С. Толстой — М. : Изд-во АПК и ППРО, 2009. — 216 с.

3. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації х використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції. Науковців, фахівців). — Т.1: Загальні положення / За ред. проф. І.В. Спасибо-Фатєєвої. — Серія «Коментарі та аналітика». — Х. : ФО-П Колісник А.А., 2010. — 302 с.

4. Цивільний кодекс України: Кодекс від 16.01.2003 № 435-IV (Редакція станом на 02.12.2012)// Офіційний вісник України від 28.03.2003. — № 11. — Ст. 461, код акту 24654/2003.

5. Конституція України: Закон 254к/96-ВР від 28.06.1996 // Офіційний вісник України від 01.10.2010 2010 р. — № 72/1 Спеціальний випуск . — Ст. 2598.

Матвійчук А.О. Правовідносини з приводу особистого немайнового права на сприятливе навколишнє природне середовище: суб'єктний склад

У статті досліджується суб'єктна сторона цивільних правовідносин з приводу особистого немайнового права на сприятливе навколишнє природне середовище. Розкриваються особливості цивільно-правової відповідальності суб'єктів публічного права у разі порушення ними особистого немайнового права на сприятливе навколишнє природне середовище.

Ключові слова: особисті немайнові правовідносини, суб'єктний склад, відповідальність, сприятливе навколишнє природне середовище.

Матвейчук А.А. Правоотношения по поводу личного неимущественного права на благоприятную окружающую природную среду: субъектный состав

В статье исследуется субъектная сторона гражданских правоотношений по поводу личного неимущественного права на благоприятную окружающую среду. Раскрываются особенности гражданско-правовой ответственности субъектов публичного права в случае нарушения ими личного неимущественного права на благоприятную окружающую природную среду.

Ключевые слова: личные неимущественные правоотношения, субъектный состав, ответственность, благоприятная окружающая природная среда.

Matviichuk A.O. The right of future generations to favourable environment: reality and perspectives

In this article subjective aspect of the civil relations on the personal non-property right to favorable environment is analyzed. Some specific features of civil responsibility of public law subjects in case of infringement of personal non-property right to favorable environment are detected.

Key words: *personal non-property legal relations, subjective aspect, responsibility, favorable environment.*

Стаття надійшла до редакції 27.12.2012.

РЕФОРМУВАННЯ СИСТЕМИ РЕГІОНАЛЬНИХ ПІДРОЗДІЛІВ (МІЛІЦІЇ) ПОЛІЦІЇ

І.В. Сервецький

*доктор юридичних наук, доцент,
начальник кафедри управління
Національної академії внутрішніх справ*

О.В. Сапрун

*ад'юнкту кафедри управління
в органах внутрішніх справ
Національної академії внутрішніх справ*

Постановка проблеми. Формування сучасної системи правоохоронних органів проходить у надзвичайно складних умовах у першу чергу це пов'язана з негативними тенденціями у злочинному середовищі, консолідація зусиль членів злочинних організацій, поява нових видів злочинів, не належне фінансування правоохоронних органів, кадрові проблеми, недосконалість правового забезпечення, відставання від потреб практики. Усе це вказує на недосконалість існуючої системи, яка в свою чергу не може справитись із завданням, щодо захисту прав, свобод і законних інтересів людини і громадянина. Ці недоліки зазначені в Указі Президента України «Про нову редакцію Стратегії національної безпеки України» [1]. Україна проголосила своїм основним обов'язком: «Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю [2].

Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави» [2].

Мета статті. Відповідну функцію держави покладено на правоохоронні органи і питання системи регіональних підрозділів поліції повинно глибоко та різноманітно дослідженні, для вирішення завдання щодо захисту прав, свобод і законних інтересів людини і громадянина.

Аналіз основних досліджень та публікацій. Г.А. Туманов одним із перших, здійснив дослідження системи органів внутрішніх справ, [3, с. 75-126], а також вагомими і фундаментальними вважаються дослідження зроблені О.М. Бандуркою [4], Ю.Ф. Кравченком [5].

Окрім того, дослідженням системи займались В.Б. Аверьянов [6, с. 60-68], В.З. Веселий [7, с. 40-45], В.Т. Вишняков [8], Г.Г. Зуйков [9], В.Ф. Сухорев [10, с. 36], А.Ф. Майдиків [11, с. 156] та інші.

Основні результати дослідження. Визначення системи, на наш погляд, потребує додаткового уточнення у зв'язку з розробкою і вдосконаленням організаційної структури системи МВС України як в цілому, так і в окремих його підрозділах, її необхідно дослідити як найбільш функціонуючий порядок взаємопов'язаних елементів: органів апаратів, підрозділів, посад тощо.

Щодо поняття система існує чимало точок зору, де система – це:

- порядок, зумовлений правильним, планомірним розташуванням та взаємним зв'язком частин чого-небудь;
- класифікація;
- форма організації, будова чого-небудь (державних, політичних, господарських одиниць, установ і т. ін.);
- сукупність яких-небудь елементів, одиниць, частин, об'єднаних за спільною ознакою, призначенням;
- сукупність принципів, які є основою певного вчення;
- будова, структура, що становить єдність закономірно розташованих та функціонуючих частин [12].

Термін «система» використовується для опису об'єднання певного різноманіття в єдине та чітко розмежоване ціле, елементи якого, по відношенню до цілого та інших частин, займають відповідні їм місця [13, с. 415, 438].

Поняття «система» як стійку сукупність взаємозалежних, упорядкованих певним чином елементів, що утворюють цілісну єдність, компоненти якої взаємодіють один з одним, а також з середовищем [14, с. 194].

У Законі України «Про центральні органи виконавчої влади» [15], а також у положенні про Міністерство внутрішніх справ України зазначено, що МВС України є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України. МВС України входить до системи органів виконавчої влади і є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади у формуванні та реалізації державної політики у сфері захисту прав і свобод людини та громадянина, власності, інтересів суспільства і держави від злочинних посягань, боротьби зі злочинністю, розкриття та розслідування злочинів, охорони громадського порядку, забезпечення громадської безпеки, безпеки дорожнього руху, а також з питань формування державної політики у сферах міграції (імміграції та еміграції), у тому числі протидії нелегальній (незаконній) міграції, громадянства, реєстрації фізичних осіб, біженців та інших визначених законодавством категорій мігрантів [16].

Будь-яка система має основні характеристики – в статичній структурі (впорядкованість і організованість системи), в динамічній меті і функції.

Сутність системи в статичній розкривається шляхом виявлення та усвідомлення структури, вираженої закономірними зв'язками та відносинами. Компонент – частина системи, що вступає в певні зв'язки і відносини з іншими частинами даної системи. Сутність системи в динамічній розкривається через аналіз мети, функцій кожного елемента та функціонування і тенденцій розвитку системи в цілому. Отже, мета, структура і функції – це невід'ємні характеристики кожної системи, лише в їх єдності розкривається сутність останньої.

Особливе значення для теорії і практики досліджень, які мають справу із такими різновидами систем, як система регіональних підрозділів поліції.

Мета – це, до чого хтось прагне, чого хоче досягти; ціль. Заздалегідь намічене завдання [12].

Структура – це взаєморозміщення та взаємозв'язок складових частин цілого; будова. Устрій, організація чого-небудь [12].

Функції – це явище, яке залежить від іншого явища, є формою його виявлення і змінюється відповідно до його змін. Робота кого-, чого-небудь, обов'язок, коло діяльності когось, чогось. Призначення, роль чого-небудь [12].

Модернізація та становлення системи регіональних підрозділів поліції має бути орієнтовано на створення відомства європейського зразка на вдосконалення та оптимізацію її структури, організації діяльності з метою комплексного вирішення питання з підвищення рівня захисту прав і свобод громадян, що діє на правових засадах та користується довірою і підтримкою суспільства, а не спробою пристосувати систему до зовнішніх умов.

На теперішньому етапі реформування ОВС успадкована система правоохоронних органів (міліції) з радянських часів, яка здійснює свою діяльність на підставі закону прийнятого, ще за часів існування радянського союзу, в якому також задекларовано, завдання, щодо захисту життя, здоров'я, прав і свобод, законних інтересів громадян [17].

Забезпечення громадського порядку представляє сукупність організаційно-правових форм, кожна з яких має свою специфіку, зумовлену її призначенням. Серед таких форм можна виділити діяльність адміністративну, профілактичну, оперативно-розшукову, кримінально-процесуальну.

Адміністративна діяльність ОВС займає найбільший обсяг. Вона, переважно, є зовнішньою по відношенню до системи ОВС, оскільки здійснюється поза даною системою. Зміст її полягає у створенні умов для реалізації громадянами своїх прав і законних інтересів, виконання покладених на них обов'язків, нормального функціонування підприємств, установ; у наданні дозволу на здійснення приватної детективної та охоронної діяльності; у здійсненні адміністративного нагляду; в охороні власності; у контролі за дотриманням правил перебування в Україні іноземних громадян та осіб без громадянства тощо.

Профілактична діяльність полягає у виконанні обов'язків щодо попередження злочинів та інших правопорушень, виявлення причин, що породжують злочинність і порушення громадського порядку, а також умов, які сприяють їх вчиненню, вжиття заходів для усунення таких причин та умов. Профілактичну діяльність здійснюють практично всі служби й підрозділи органів внутрішніх справ.

Розшукова діяльність здійснюється відповідно до Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» від 18 лютого 1992 р. [18, с. 304]. Вона полягає в застосуванні заходів для виявлення інформації: про злочини, що готуються або вчинені неповнолітніми особами; про осіб, які переховуються від органів розслідування або ухиляються від відбування кримінального покарання; про осіб, які зникли безвісти; про розвідувально-підривною діяльність

спецслужб іноземних держав, організацій та окремих осіб проти України. Важливим напрямом цієї діяльності на сучасному етапі є боротьба з організованою злочинністю.

Кримінально-процесуальна діяльність ОВС полягає в розгляді заяв і повідомлень про вчинені злочини, початок досудового розслідування. Діюче законодавство поклало цю функцію на широке коло підрозділів і служб ОВС: кримінальну міліцію і міліцію громадської безпеки, державну автомобільну інспекцію, спеціальну міліцію, командирів військових частин і підрозділів внутрішніх військ МВС України.

Кожен елемент системи більш високого порядку, у свою чергу, також є системою. У цьому полягає одна з істотних закономірностей об'єктивної реальності систем.

Що, в свою чергу, підтверджує твердження, що система регіональних підрозділів ОВС – є складний організм, що складається з структури невід'ємно пов'язаних частин, елементів, які мають свою мету, завдання та функції та діють з індивідуально специфічними регіональними ознаками на загальний результат роботи системи в цілому.

Система регіональних підрозділів поліції доцільно розглядати як частиною системи органів внутрішніх справ, чи держави. Дослідження в побудові системи органів внутрішніх справ визначають організаційну і функціональну структуру [19, с. 109].

Відповідності структурної побудови органів внутрішніх справ їх функціям, згідно зі ст. 7 Закону України «Про міліцію», система міліції поділяється на кримінальну міліцію, міліцію громадської безпеки, транспортну міліцію, міліцію охорони, спеціальну міліцію, ДАІ та судову міліцію. Вони, у свою чергу, містять у собі сукупність елементів апаратів і підрозділів, утворюючи при цьому системи вказаних галузевих напрямків [17].

У науку управління було введено поняття системи органів внутрішніх справ, яка включає до себе широке коло різноякісних елементів і зв'язків, виділили соціальну, фінансову, технічну, інформаційну, інші підсистеми [21, с. 8]; зазначили поняття «функціональної структури», яка визначає зміст системи, а організаційна структура – її форму [19, с. 109]; ввели поняття відповідності організаційної структури органів внутрішніх справ соціально-економічним та іншим особливостям території [20, с. 27].

Організаційна структура, залежить від характеру покладених на систему функцій та завдань і зумовлена необхідністю їх реалізації, тоді як вона суттєво впливає на функціонування системи в цілому.

Цей вплив може бути позитивним у тих випадках, коли структура відповідає функціям органу, пов'язаним з специфікою регіону; але він може бути і негативним – тоді, коли такої відповідності немає. Крім того, структура органу внутрішніх справ як кожного органу управління має відповідати адміністративно-територіальному поділові території обслуговування. Невідповідність, призводить до негативних наслідків, які відображаються на оптимальності структурної побудови органу внутрішніх справ на місцях, зниження ефективності оперативно-службової діяльності, дублювання й паралелізму в роботі

підрозділів та служб, при одночасному зниженні показників оперативної службової діяльності, погіршенні стану охорони громадського порядку і боротьби зі злочинністю, втраті управлінських важелів впливу.

Реформування система регіональних підрозділів може бути проведена таким чином: державна поліція, – це центральний апарат, на який покладається впровадження загальнодержавної політики в сфері правоохоронної діяльності.

Регіональні поліція – це регіональні підрозділи поліції; які можуть бути побудовані на двох рівнях: перший рівень може об'єднувати декілька областей, об'єднуючи певний регіон, а другий рівень може бути об'єднання декількох районів в один міжрайонний базовий орган.

Місцевий – рівень поліції, може складатись з поліцейських дільниць з цілодобовим функціонуванням (у залежності від кількості населення тощо) та з вільним графіком функціонування в залежності від криміногенної обстановки. Який може бути організований трьома різними способами, що широко обговорюються в наукових колах: перший спосіб, повторює міські і районні органи внутрішніх справ і може майже цілком їх замінити, а другий, місцева міліція і місцеві органи охорони громадського порядку.

У цьому випадку на місцеві органи охорони громадського порядку повинні бути покладені ті функції, що здійснює сьогодні міліція громадської безпеки в містах і районах. Третій місцеві органи охорони громадського порядку діють не замість органів міліції на місцях, а поряд з ними, вирішуючи вузьке коло задач при чіткому розмежуванні компетенції, належному контролі й у тісній взаємодії з ними.

Удосконалення системи МВС проводиться з моменту здобуття Україною незалежності. Зроблено чимало спроб, але на жаль, плани повністю не реалізовані. Кожній системі притаманне таке поняття, як самозбереження, тому для її кардинального реформування насамперед потрібна політична воля «стратегічні рішення є не тільки прерогативою, а й обов'язком керівництва, а їх втілення повністю залежить від колективу» [20]. Тому в даній ситуації потрібно врахувати «дві сторони», як бажання вищого керівництва держави та міністерства, так і небажання, або невміння керівників нижчого рівня перелаштовуватись на нову організацію роботи, страх втратити «посаду». Тому для вдалих перемін одною з умов необхідно кардинальне «оздоровлення» керівних кадрів ОВС.

Висновок. Вищенаведене наочно демонструє те, що вдосконалення системи органів внутрішніх справ та підрозділів на регіональному рівні має бути об'єктивним та науково обґрунтованим, головним пріоритетом повинно бути служіння народові, національним інтересом. Нова система повинна бути підконтрольною народові, прозорою та ефективною.

Одним із виходів, на нашу думку, є проведення адміністративно-територіальної реформи яка в свою чергу приведе до запровадження раціонального адміністративно-територіального устрою та зможе наблизити підрозділи міліції до народу.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Про нову редакцію Стратегії національної безпеки України: Указ Президента України № 389/2012 «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України» від 8 червня 2012 року [Електронний ресурс] //Офіційне інтернет представництво Президента України: Офіційні документи. Укази – Режим доступу: <http://www.president.gov.ua>
2. Конституція України: Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 черв. 1996 р. – К. : Преса України, 1997. – 80 с.
3. *Туманов Г.А.* Организация управления в сфере охраны общественного порядка. – М., 1972. – 138 с.
4. *Бандурка О.М.* Управління в органах внутрішніх справ України: Підручник. – Х., 1998. – 480 с.; Бандурка А.М. Основы управления в органах внутренних дел Украины: теория, опыт, пути совершенствования: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук/ Одесский государственный университет им. И.И. Мечникова. – Одесса, 1996.
5. *Кравченко Ю.Ф.* Актуальні проблеми реформування органів внутрішніх справ України (організаційно-правові питання): Дис... канд. юрид. наук. – Х., 1998. – 245 с.
6. *Аверьянов В.Б.* Содержание деятельности аппарата государственного управления и его организационная структура // Сов. государство и право. – 1988. – № 6. – С. 60-68.
7. *Весельй В.З.* Формирование теории управления в сфере правоохранительной деятельности. – М. : Академия МВД СССР, 1988. – 86 с.
8. *Вишняков В.Г.* Структура и штаты органов советского государственного управления. – М. : Наука, 1972.
9. Научная организация управления органами внутренних дел / Под ред. доктора юридических наук, профессора Г.Г. Зуйкова: Учебное пособие для слушателей Академии МВД СССР. – М., 1984.
10. *Сухорев В.Ф.* Проблемы совершенствования организационных структур органов внутренних дел: Учебное пособие. – М. : Академия МВД СССР, 1985. – 36 с.
11. *Майдьков А.Ф.* Совершенствование управления городскими и районными органами внутренних дел // Теория и практика управления. – М. : Академия МВД СССР, 1989. – 156 с.
12. Академічний тлумачний словник Української мови [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://sum.in.ua/s/chynnyky>.
13. Философский энциклопедический словарь. – М. : Инфра, 1997. – 576с.
14. *Яськов Е.Ф.* Теория и практика социального управления: Словарь-справочник. – М. : Академия МВД РФ, 1997. – 445 с.
15. Про центральні органи виконавчої влади: Закон України (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2011, № 38, ст. 385) {з змінами, внесеними згідно із Законами № 4731-VI (4731-17) від 17.05.2012 № 4719-VI (4719-17) від 17.05.2012}
16. Про затвердження Положення про Міністерство внутрішніх справ України: Указ Президента України від 6 квітня 2011 року № 383/2011. Офіційний вісник Президента України від 18.04.2011 – 2011 р., № 9. – С 16. – Ст. 536.
17. Про міліцію: Закон України від 20 грудня 1990 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 4 (з наступними змінами та доповненнями).
18. Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України від 18.02.1992 № 2135-XII [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України: Законодавство України. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>

19. Научная организация управления органами внутренних дел / Под ред. доктора юридических наук, профессора Г.Г. Зуйкова: Учебное пособие для слушателей Академии МВД СССР. – М., 1984.

20. *Майдыков А.Ф.* Совершенствование управления городскими и районными органами внутренних дел // Теория и практика управления. – М. : Академия МВД СССР, 1989. – 156 с.

Сервецький І.В., Сапрун О.В. Реформування системи регіональних підрозділів (міліції) поліції

У статті розглянуто питання деяких напрямків системної побудови діяльності реформування регіональних підрозділів (міліції) поліції. Висвітлено основні погляди формування системи регіональних підрозділів (міліції) поліції.

Ключові слова: *система, регіональні підрозділи поліції, середовище, реформування.*

Сервецкий И.В., Сапрун А.В. Реформирование системы региональных подразделений (милиции) полиции

В статье рассмотрены вопросы некоторых направлений системного построения деятельности реформирования региональных подразделений (милиции) полиции. Освещены основные взгляды формирования системы региональных подразделений (милиции) полиции.

Ключевые слова: *система, региональные подразделения полиции, среда, реформирования.*

Servetskyi I.V., Saprun A.V. Reformation of police regional units

The paper deals with some areas of the system construction of the reform of regional units (police) police. Highlight the major views the formation of regional units (police) police.

Keywords: *system, regional police forces, environment, reform.*

Стаття надійшла до редакції 06.02.2013.

ВИКЛЮЧНА МІРА ПОКАРАННЯ ЯК НЕОБХІДНИЙ ЧИННИК ЕФЕКТИВНОЇ ПРОТИДІЇ НАСИЛЬНИЦЬКІЙ ЗЛОЧИННОСТІ

О.В. Александренко

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінально-процесуальної діяльності
Національної академії внутрішніх справ*

М.В. Самойлов

*студент 4 курсу юридичного факультету
ВНЗ «Національна академія управління»*

Коли справедливість зникає, то не залишається нічого,
що могло б надати цінність життю людей.
Імануїл Кант

Постановка проблеми. Застосування смертної кари бере початок з часів виникнення перших держав. Смертна кара тоді була законним видом покарання, що з'явилося з початком інституалізації влади, при переході до суспільства, та вже регулювалося закріпленими правовими відносинами. Смертна кара мала досить широке застосування в античні часи, в період Київської Русі, Римської імперії, у Росії за часи Івана Грозного, Петра I тощо. Смертна кара є винятковим видом покарання, що полягає в примусовому позбавленні життя засудженого від імені держави і за вироком суду, яке призначається за особливо тяжкі та найбільш небезпечні злочини (умисне вбивство при обтяжуючих обставинах і деякі інші).

Протягом багатьох років ведуться суперечки між прихильниками скасування смертної кари та їх противниками, при цьому сторони висувають різні аргументи.

Противники смертної кари запевняють суспільство, що ані наявність цього покарання, ані його відміна неефективні, оскільки цей інститут не впливає на криміногенну ситуацію в країні. На підтвердження цього наводяться приклади з історії людства, зокрема, з Середньовіччя, коли під час публічних страт відзначалося зростання кількості кишенькових крадіжок. Проте, на нашу думку, цей приклад навряд чи можна визнати вдалим, оскільки, якщо неефективна смертна кара, то слушно запитати, який вплив може бути від інших, менш суворих видів покарання. Проте, багато країн світу не відмовилися від застосування найсуворішого покарання до злочинців.

Метою даної статті є дослідження питання щодо ефективності застосування смертної кари в Україні як чинника, що здатний певним чином стримати процес зростання насильницької злочинності.

Основні результати дослідження. У США проводяться соціолого-правові дослідження, які свідчать про значний вплив смертної кари на стан злочинності в країні. Американські вчені-кримінологи Х. Дежбах, С. Лейсон, П. Рубін, Дж. Шеферд розрахували загально превентивний потенціал смертної кари і встановили, що виконання одного такого вироку потенційно рятує життя від 8 до 28 осіб, які могли б стати жертвами [1, с. 8-11].

На даний час смертна кара застосовується в 86 з 195 країн світу, зокрема в Ірані, Китаї, Туреччині, Саудівській Аравії, Японії та ін. У Сполучених Штатах Америки смертна кара діє в 38 з 50 штатів, причому застосовуються декілька її видів. При цьому інколи страту злочинця демонструють громадськості через ЗМІ (телебачення). Вважають, що даний вид покарання є надзвичайним засобом впливу на злочинність, який застосовується за вчинення найбільш небезпечних злочинів при обтяжуючих обставинах у випадках, спеціально передбачених законом. Необхідною підставою для застосування смертної кари є досягнення винним 18-річного віку та врахування судом обставин, що обтяжують або пом'якшують покарання.

Рішенням Конституційного Суду України від 29 грудня 1999 р. положення статей Кримінального кодексу 1960 р., які передбачають смертну кару, були визнані такими, що не відповідають Конституції України. В ст. 24 Кримінального кодексу 1960 р. було закріплено про застосування смертної кари (розстрілу) як альтернативної міри покарання, що допускалася за особливо тяжкі злочини у випадках, передбачених в Особливій частині КК України, і лише тоді, коли суд дійде висновку про неможливість застосування до винного іншої міри покарання та про надзвичайну небезпеку для суспільства. Практика свідчила, що надзвичайна міра покарання застосовувалася за навмисне вбивство за обтяжуючих обставин, а саме: 1) з корисливих мотивів; 2) з хуліганських мотивів; 3) вчинене у зв'язку з виконанням потерпілим службового або громадського обов'язку; 4) двох або більше осіб; 5) жінки, яка завідомо для винного була в стані вагітності; 6) вчинене з особливою жорстокістю або способом, небезпечним для життя багатьох осіб; 7) вчинене з метою приховати інший злочин або полегшити його вчинення, а так само поєднане із зґвалтуванням; 8) вчинене особливо небезпечним рецидивістом або особою, яка раніше вчинила умисне вбивство. Особи, які до вчинення злочину не досягли 18-річного віку, жінки, які були в стані вагітності на час вчинення злочину або на момент винесення вироку, не могли бути засуджені до смертної кари [2, с. 581].

Вказане рішення Конституційного Суду пришвидшило підготовку і прийняття нового Кримінального кодексу України, що діє з 2001 р., в якому смертна кара відсутня в системі покарань. Здавалося б, справедливість відновлена, тому що Конституція України нібито забороняє смертну кару. Так, відповідно до ст. 3 та 27 Конституції України людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціаль-

ною цінністю. Кожна людина має невід'ємне право на життя. Ніхто не може бути свавільно позбавлений життя.

Проте, якщо уважно прочитати Основний Закон, то можна помітити: у ньому не йде мова про те, що хтось має право забрати життя в іншої людини, а зазначається, що держава захищає право людини на життя. І якщо сьогодні існує загроза для її життя, а це щодня підтверджується повідомленнями правоохоронних органів, повідомленнями в ЗМІ, потрібно застосовувати необхідні заходи, у тому числі законодавчі, і створити відповідні умови, щоб усунути або хоча б значно знизити загрозу для життя громадян. Одним із таких засобів може бути відновлення інституту смертної кари як вищої міри покарання.

Мораторій на застосування смертної кари в Україні є умовою вступу України до Ради Європи. В останні десятиліття ця тенденція стала характерною для більшості країн Західної Європи; там смертна кара скасована повністю, або її застосування забороняється у мирний час. Імплементация міжнародно-правових норм, а саме Протоколу № 6 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, в якому йдеться мова про скасування смертної кари на території держав-учасниць (Протокол набув чинності 1 березня 1985 р.; Україна підписала Протокол 5 травня 1997 р.). Це зберегло життя серійному вбивці А. Онопрієнку, жертвами якого стали 52 людини, і «пологівському маніяку» С. Ткачу, який зізнався у вчиненні більше 100 вбивств зі згвалтуваннями дівчат і жінок. Також, Україна 3 травня 2002 р. приєдналася до Протоколу № 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., де передбачено скасування смертної кари за будь-яких обставин як у мирний, так і воєнний час.

Безумовно, смертна кара є крайньою формою реагування держави на порушення прав людини на життя та здоров'я. Це надзвичайно суворий, але в жодному випадку не «жорстокий», не «нелюдський» чи такий, «що принижує» людську гідність від покарання. Оскільки застосовується він лише за вироком суду, який набуває сили лише після проходження зазвичай декількох рівнів перегляду судового рішення та виконується заради справедливості. Вирок суду про застосування смертної кари не є вбивством, хоча зовні має такі ж наслідки — припинення життя, оскільки не може бути «вбивства по праву». Сам кримінальний закон дає таку відповідь, зазначаючи у ст. 115 Кодексу, що «вбивство — це протиправне (виділено нами — О.В., М.В.) позбавлення життя». Це принципове положення й про нього не слід забувати. Виконуючи вирок, держава лише припиняє життя злочинця, внаслідок дій якого протиправно, з особливою жорстокістю, були позбавлені життя багато людей (у тому числі дітей); людини, яка обрала для себе такий життєвий шлях — жити самому, позбавляючи цього права інших. Тому засуджуючи до страти і виконуючи цей вирок, держава здійснює не вбивство, а справедливий акт відплати, ставлячи крапку серії вбивств і попереджуючи появу нових жертв вбивць, поновлюючи тим самим справедливість.

Загальна Декларація прав людини, прийнята Генеральною Асамблеєю ООН у грудні 1948 р., проголошує та визнає за кожним право на життя. Відповідно до ст. 5 Декларації, «Ніхто не повинен зазнавати тортур або жор-

стокого, нелюдського, або такого, що принижує його гідність, поведження і покарання». Сьогодні ж, майже кожного дня в нашій державі вчиняються злочини проти життя та здоров'я людей. Звичайно, що на ці факти необхідно реагувати, шукаючи й застосовуючи ефективні методи і засоби, у тому числі правові, зокрема, встановлюючи більш суворе покарання.

Крім аспекту поновлення справедливості, слід враховувати й інші обставини, пов'язані із застосуванням смертної кари.

Так, за даними результатів дослідження «Дотримання прав ув'язнених в Україні 2010», проведеного громадською організацією «Донецький меморіал» за участю фахівців пенітенціарної служби України за період 2010 – першої половини 2011 р., збільшується кількість довічно ув'язнених в Україні. Так, станом на 1 липня 2011 р. їх було 1727 осіб, з яких 20 – жінки. Загальна статистика по Україні свідчить, що зараз на 100 тис. населення припадає 345 осіб, які перебувають за ґратами. Говорячи про вартість утримання одного засудженого на рік, слід зазначити, що в Україні ця сума змінюється щороку: у 2001 р. – 1656 грн., в 2002 р. – 2132 грн., в 2003 р. – 2285 грн., в 2004 р. – 3176 грн., в 2005 р. – 4374 грн., в 2006 р. – 6289 грн., в 2007 р. – 9369 грн., 2008 р. – 13250 грн. і станом на сьогодні ця сума складає приблизно 14 000 грн. (1750 дол. США), що набагато більше річного доходу пенсіонерів [3]. Така несправедливість призводить до справедливого обурення населення, оскільки платники податків змушені фінансувати довічне утримання вбивць і маніяків, які й без того завдали значних моральних і матеріальних збитків громадянам. Жінка, яка внаслідок вчинення злочину втратила свою доньку, слушно запитує: «Я вимагаю смертної кари. Чому я повинна сплачувати податки, які підуть на утримання вбивці моєї дитини?» [4].

Обґрунтовано відзначається, що, відбуваючи тривалі строки позбавлення волі, засуджені не стільки виправляються, скільки деградують, а при довічному позбавленні волі питання про виправлення взагалі втрачає сенс [5, с. 24]. Крім цього, довічне ув'язнення окремі вчені вважають «захороненням живою» або «сухою гільотиною». Тим більше за реальні умови української пенітенціарної системи. Відбуваючи покарання, засуджені до довічного ув'язнення часто пишуть звернення з проханням скасувати помилювання та призвести вирок до виконання [6]. Не випадково 60 % опитаних засуджених висловилися за збереження смертної кари [7].

Ситуація зі злочинністю в Україні залишається достатньо складною: значна кількість тяжких та особливо тяжких злочинів проти життя, в тому числі вчинених з особливою жорстокістю, як серійні сексуальні вбивства. Тільки на Київщині за останні кілька років з'явилися ще два серійних вбивці, названих за назвою районів області «васильківським» (Ю. Кузьменко) та «фастівським» маніяками. Зростання кількості тяжких та особливо тяжких злочинів є причиною, за якою держава змушена відповідним чином реагувати на злочини з метою захисту своїх громадян і громадської безпеки.

Слушно наголошується, що смертна кара має стримуючий потенціал у плані протидії злочинності. Але її превентивний вплив може бути знівельований різними обставинами, в тому числі низьким рівнем правосвідомості насе-

лення і неефективною діяльністю правоохоронних органів. Противники смертної кари висувають також аргумент, що головне в боротьбі зі злочинністю — не жорстокість покарання, а його невідворотність. Навряд чи можна з цим погодитися, оскільки невідворотність покарання не можна розглядати окремо від чинників, які її забезпечують: ефективності діяльності правоохоронних органів та суду, в суворому дотриманні основних принципів призначення покарання, до числа яких відносять законність, доцільність, справедливість, рівність перед законом і судом та ін. Проте, про яку «справедливість» і «рівність» може йти мова, якщо, забравши життя в іншої людини, злочинець за допомогою держави зберігає свою. Страта злочинця також забезпечує гарантію його потенційним жертвам у випадку, якщо злочинець вийде на свободу або здійснить втечу з місць відбування покарання.

Одна з цілей покарання, як зазначено у Кримінальному кодексі України, полягає в карі злочинця за вчинене ним, у попередженні вчинення злочину ним та іншими особами. Прихильники скасування смертної кари, напевно, забули про те, що засуджені до своїх жертв не виявляли ніякого гуманізму, діяли з особливою жорстокістю і садизмом, стосовно дітей, жінок, літніх людей, розтягуючи їх муки на довгі години і дні. Чим же можна покарати жорстоких і серійних вбивць, маніяків? Як поновити справедливість та віру людей у якщо не швидкий, але справедливий суд? Остаточне вирішення питання про застосування смертної кари можливе лише після проведення реформ правоохоронної системи України.

Ми розуміємо, що питання щодо «несправедливості» застосування смертної кари виникло й тому, що достатньо часто в Україні та в інших країнах в різні часті траплялися (і трапляються досі) випадки притягнення невинуватих до кримінальної відповідальності та їх страта.

Щодо питання про попередження і виключення судової помилки при застосуванні вищої міри покарання, слід сказати наступне: цю проблему можна вирішити вже існуючими можливостями. Наприклад, підвищенням вимогливості до повноти і всебічності досудового слідства, забезпеченні права на захист, ефективним здійсненням прокурорського нагляду за розслідуванням, об'єктивним судовим розглядом кримінальних проваджень, у разі апеляції та касації — ретельною перевіркою доказів засудженого і його захисту, у законодавчому встановленні достатнього терміну між оголошенням вироку і приведенням його у виконання, протягом якого можна буде переконатися в законності винесеного судом вироку.

Дослідження, проведені в різні роки В.В. Воскресенським, В.М. Ісаєнко, Л.П. Ісмаєвим, В.О. Лазаревою, А.О. Леві, В.М. Маховим, Е.С. Радутною, А.Б. Соловйовим, І.Є. Токаревою, М.М. Кітаєвим, показали, що у більшості випадків необґрунтоване притягнення громадян до кримінальної відповідальності є результатом порушень вимог закону про всебічність, об'єктивність і повноту дослідження всіх обставин справи. Ще одним важливим чинником такого положення стало те, що практично не відкритий суд, як це повинно бути, а закрите досудове розслідування стало основною стадією кримінально-

го процесу, на якій у значному ступені вирішується наперед питання про невинуватість людини [8, с. 13-15].

Вважаємо, що дещо відмінні від старих нова організація і порядок проведення досудового розслідування та судового розгляду, передбачені чинним Кримінальним процесуальним кодексом України (2012 р.), дадуть суду можливість уникнути або значно зменшити кількість таких випадків й постановити справедливий обвинувальний вирок.

Можливо також, що злочинці на суді дуже майстерно грали роль «випадкових жертв помилок слідчих», що поряд із засудженням їх до виняткової міри покарання спричинило неабиякий вплив на багатьох пересічних громадян, не обізнаних із процедурою досудового слідства, тонкощами доказування й необізнаністю щодо особливостей вчинених засудженими злочинів та їх жертв. Тут доречно навести спостереження Еріха Анушата, який зазначав: «... езкінечна кількість вбивць, як чоловіків, так і жінок, справляла спочатку «добре» враження і вводила в оману багатьох «знавців людей» [9].

Більш слушною нам видається думка, що кампанію проти застосування смертної кари здійняли самі злочинці та їх оточення, щоб в разі затримання після вчинених злочинів і засудження надто «не постраждати» й надалі мати можливість займатися своїм «ремеслом», годуючи себе й коло «своїх» людей.

У сучасних умовах в Україні злочинність характеризується не лише збільшенням кількості злочинів, але й удосконаленням способів їх вчинення, найчастіше в бік надмірної жорстокості, нелюдського ставлення до потерпілих, особливо при скоєнні вбивств, зґвалтувань, нанесенні тяжких тілесних ушкоджень, інших насильницьких злочинів. Яскравий приклад цьому гучна кримінальна справа щодо жорстокого вбивства Оксани Макар у Миколаєві. Чого в подальшому можна очікувати від цих молодиків-злочинців, якого виправлення, якщо свій перший (сподіваємося, що й останній) злочин вони вчинили в такий страшний спосіб? Хтось підраховував наші втрати населення від війни, оголошеної злочинцями? Не завжди населенню доводяться реальні цифри втрат від злочинності. Проте, у 1993 р. у Росії жертвами вбивць стали більше 32 тис. громадян [10, с. 30]. І це тільки за один рік, в одній країні. Такі втрати порівнювані лише з втратами у військовий час. Навряд чи зараз положення стало кращим. Проте, дізнатися про це вкрай важко, оскільки реальна статистика приховується від громадськості. Жертви вбивств у статистичних даних можуть ховатися серед зниклих безвісти, жертв транспортних подій, інших злочинів.

Один серійний сексуальний вбивця, у середньому, позбавляє жорстоким способом життя більше десяти людей. У деяких з маніяків налічується десятки й сотні жертв. Ця категорія вбивць самі не можуть зупинитися, вони вчиняють злочини саме таким наджорстоким способом тому, що без цього не можуть існувати. Джек Унтервегер з міста Грац (Австрія) у 24 роки був довічно засуджений за вбивство. У в'язниці він почав писати романи, які стали бестселерами в Австрії та Німеччині, його п'єси були поставлені театрами Відня. Всі лише й говорили про ув'язненого-письменника. Пішли листи на його захист. У 1990 р., після 14 років ув'язнення, він вийшов на волю. Вже з вересня 1990 р.

у Відні, Граці, в інших містах країни починають зникати жінки. Таким же способом вчинено вбивства у Празі, в Лос-Анджелесі. На осінь 1991 р. в Європі вбито вже вісім жінок. Як встановило розслідування, всі вбивства вчинені Унтервергером. У квітні 1994 р. він був засуджений на довічне ув'язнення, згодом, через два місяці повісився в камері в'язниці. У своєму останньому слові в суді він заявив: «Я шукач пригод і жив повним життям...». Слушне запитання: скільки жертв було б на його рахунку, якби він не був знову затриманий, і хіба не можна було попередити появу нових жертв убивці, залишивши його за ґратами? Ще у 70-80-х роках ХХ ст. США відмовились від ідеї реабілітації ув'язнених, оскільки «...переважна більшість правопорушників знову проходять крізь двері системи судочинства, які обертаються» [11].

Застосування смертної кари до засудженого дає стовідсоткову гарантію не вчинення їм у подальшому злочину, що будуть збережені життя і здоров'я потерпілих, мир і спокій в їх родинях, у рідних і близьких людей.

Висновки. Тяжкі та особливо тяжкі злочини, як і всі злочини порушують право людини на життя, здоров'я тощо. Збереження смертної кари та скасування мораторію на її здійснення викликано нагальною потребою адекватної протидії вчиненню тяжких злочинів, збереженням життя багатьом громадянам, а також попередженням таких злочинів. Застосування вказаного виду покарання є стримуючим фактором щодо насильницької злочинності і засобом поновлення справедливості щодо потерпілих від злочинів.

У цьому ми одностайно приєднуємося до думки вітчизняних і зарубіжних науковців і практиків: В.П. Бахіна, В.Д. Бринцева, М.А. Голубєва, Н.С. Карпова, Р.С. Нагорного, М.О. Торкунова, О.П. Сауляка, В.П. Флоря та інших, які свідомо й обґрунтовано виступають за відновлення смертної кари за тяжкі та особливо тяжкі злочини, що тільки так можна, якщо не зупинити зростаючу кількість вбивств, зґвалтувань, інших тяжких злочинів, то хоча б відновити справедливість по відношенню до сімей жертв.

Питання щодо ефективності вказаного виду покарання та скасування мораторію на його застосування видається нам актуальним і потребує проведення подальших ґрунтовних комплексних наукових досліджень фахівцями багатьох галузей права та знань (фахівців з кримінального права та кримінального процесу, кримінологів, психологів і патопсихологів, криміналістів, соціологів, практичних працівників правоохоронних органів і суду тощо). Крім цього, питання про відновлення смертної кари повинно вирішуватися шляхом проведення референдуму, при якому громадяни країни зможуть висловити своє ставлення до цього виду покарання, і оголошенням його реальних, а не прикрашених результатів населенню.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. *Александренко Е.В., Самойлов Н.В.* О применении смертной казни // Теория и практика противодействия преступности: современные тенденции. Межд.научно-практическая конференция. Тезисы докладов. — Минск, Академия МВД, 2012. — 154 с.

2. *Брецько Ф.Ф.* Основи держави і права: Навчальний посібник у 2-х книгах. — У. : Вид-во «Закарпаття», 1998.

3. Скільки коштує утримання засуджених? [Електронний ресурс] / Режим доступу: <http://ukrprison.org.ua/news/1258958403>
4. Факты, № 46 (3301), Киев 15 марта 2011 г. — С. 4.
5. Ходжсон П. Высшая мера наказания: уважение прав жертв преступлений // Пожизненное заключение. Международные стандарты и практика в Украине и за рубежом / Сост. А.П. Букалов. — Донецк, 2001. — С. 24.
6. Волкова Т. Пожизненная альтернатива: уместна ли гуманность // Уголовное право. — 2003. — № 3. — С. 19.
7. Маркин А.В., Яковлев В.В. Стратегия сдерживания преступности // Вест. Моск. ун-та МВД России. — 2006. — № 1.
8. Китаев Н.Н. Неправосудные приговоры к смертной казни: Системный анализ допущенных ошибок. — СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. — 390 с.
9. Анушат Э. Искусство раскрытия преступлений и законы логики. — М., 1927. — С. 31.
10. Кузьменко П. Антихрист и его банда. — М. : «НТВ», «Изограф», 1996. — 175 с.
11. Янина Я.Ю. Компромиссные модели разрешения конфликтов уголовного судопроизводства: анализ зарубежного опыта и возможности его применения в России // Уголовный процесс и криминалистика: современные проблемы и пути их решения: Сб. ст. / Под ред. Т.С. Волчецкой. — Калининград : Изд-во РГУ им. И. Канта, 2006.

Александренко О.В., Самойлов М.В. Виключна міра покарання як необхідний чинник ефективної протидії насильницькій злочинності

У статті досліджено питання ефективності застосування смертної кари в Україні як важливого стримуючого чинника зростання насильницької злочинності і засобу поновлення справедливості щодо потерпілих від злочинів.

Ключові слова: смертна кара, покарання, протидія злочинності, справедливість.

Александренко Е.В., Самойлов Н.В. Исключительная мера наказания как необходимый фактор эффективного противодействия насильственной преступности

В статье исследованы вопросы эффективности применения смертной казни в Украине как важного сдерживающего фактора роста насильственной преступности и средства восстановления справедливости относительно потерпевших от преступлений.

Ключевые слова: смертная казнь, наказание, противодействие преступности, справедливость.

Aleksandrenko O.V., Samoilov M.V. Exclusive penalty as a necessary factor of effective prevention of violent crime

The article examines the effectiveness of the death penalty in Ukraine as an important deterrent increase in violent crime and vehicle renovation justice for victims of crime.

Keywords: death penalty, penalty, combating crime, justice.

Стаття надійшла до ред акції 11.02.10213.

ПРИЧИНИ І ЗАПОБІГАННЯ ВІЙСЬКОВИМ ЗЛОЧИНАМ АНАРХІЧНОЇ МОТИВАЦІЇ

М.І. Карпенко

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права та процесу
ВНЗ «Національна академія управління»,
полковник юстиції запасу*

Постановка проблеми. До діянь анархічної мотивації можуть бути віднесені деякі умисні посягання проти порядку управління, а також окремі злочини в сфері господарської діяльності, злочини в сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг і військові злочини, які не відносяться до корисливих і насильницьких діянь. Основна доля таких злочинів стосується військових злочинів (самовільне залишення військової частини або місця служби, дезертирство, ухилення від військової служби шляхом самокалічення або іншим способом). Інша частина відносно рівномірно розподіляється між іншими військовими злочинами (порушення правил несення бойового чергування, порушення правил несення прикордонної служби, порушення статутних правил вартової служби чи патрулювання, військовими службовими злочинами) і загальнокримінальними злочинами.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питанням стосовно причин і запобіганню військовим злочинам анархічної мотивації приділяли увагу такі вчені, як: З.М. Абдуллаєв, Х.М. Ахметшин, С.М. Іншаков, В.В. Лунєєв, В.П. Маслов, І.М. Мацкевич, Є.М. Самойлов, Є.В. Прокопович та інші.

В Україні аспекти злочинів анархічної мотивації, вчинених військовослужбовцями, досліджували в тій чи іншій мірі щодо кримінально-правової і кримінологічної характеристики Г.М. Анісімов [1], В.О. Бугаєв [2], Ю.П. Дзюба [1], С.І. Дячук [3], В.І. Касинюк [1], М.І. Панов [1], Є.Б. Пузиревський [6], М.М. Сенько [7], М.С. Туркот [8], М.І. Хавронюк [9; 10], С.О. Харитонов [1] та інші. Але і сьогодні зазначені питання не отримали достатнього відображення і тому потребують подальшого дослідження. Зокрема, кримінально – правову характеристику злочину, передбаченого ст. 419 Кримінального кодексу України (порушення правил несення прикордонної служби) досліджує Ю.Б. Курилюк [9].

Мета статті полягає в подальшому з'ясуванні причин і запобіганню військовим злочинам анархічної мотивації.

Основні результати дослідження. На відміну від злочинної поведінки корисливої, насильницької і легковажної мотивації у злочинах анархічної мотивації немає жертви, немає прямої і безпосередньої шкоди, якої-небудь видимої шкоди, що суттєво відображається на змісті їх мотивації і причинної обумовленості. Конкретні збудження їх зовнішньо мало схожі між собою. Взяті поза зв'язком з конкретними відносинами суб'єкта, ці збудження уявляються правопорушнику соціально нейтральними чи корисними. Виходячи з

такої оцінки, суб'єкт, як правило, вважає, що нікому не наніс шкоди, а шкоди, яка спричиняється суспільним відносинам, він не бачить. Кримінально-правові заборони в цьому випадку розцінюються ним як формальні. Специфічне відношення суб'єкта до «формальних» обов'язків і є з'єднуючою ланкою групи злочинів, що розглядаються. Суть відношення: анархічно – індивідуалістичне знехтування правилами і обов'язками (загально цивільними, службовими, посадовими, військовими, сімейними), які суперечать актуальним потребам і інтересам особистого чи квазіслужбового характеру, задоволення яких безпосередньо не наносить шкоди громадянам і суспільству.

Світоглядна позиція індивідуалізму полягає в протипоставленні індивіда, взятого поза його соціальних зв'язків, суспільства. Моральні і правові норми, вимоги, приписи і обов'язки розглядаються в плані даної позиції як деякі зовнішні обмеження, які внутрішньо приймаються лише тоді, коли вони не суперечать конкретним інтересам індивіда. В поєднанні з анархічними пориваннями (не визнання авторитету, порядку, дисципліни) індивідуалізм набуває крайню і антисоціальну форму. Анархічно-індивідуалістична мотивація правопорушників – військовослужбовців утилітарна і примітивна. Абсолютна більшість їх, розглядає свої спонукання у відриві від інтересів суспільства, збройних сил, військової частини, вважає відступи від чинних норм для досягнення бажаних життєвих цілей допустимими і навіть виправданими. Все, що заважає їм жити «по своєму», зачіпає їх особисту свободу, сковує їх діяльність, відкрито чи таємно заперечується ними.

Спонукання анархічної мотивації злочинної поведінки військовослужбовців суттєво відрізняється від мотивів корисливої і насильницько – егоїстичної направленості по своєму змісту, соціально – психологічній формі, структурі і процесу формування. Якщо корисливі детермінанти знаходяться в сфері матеріальних потреб, а насильницько – егоїстичні – головним чином у сфері негативних емоцій, то значна частина злочинів цієї групи (анархічної мотивації) мотивується потребами спілкування суб'єкта з близькими (батьками, дружинами, дітьми, подругами, друзями), псевдо потребами до спиртного, інтересами розваг, побутовими потребами, а менша частина – почуттями і іншими детермінантами поведінки.

Намір зустрітися з знайомими і святково провести час – найбільш поширений мотив серед військовослужбовців. Частіше всього цей мотив представляє собою сполучення: бажання зустрітися з жінкою і вжити спиртні напої. По цих мотивах, як правило, вчинюються тимчасові ухилення від військової служби, а також порушення правил несення спеціальних служб.

В основі мотиву «бажання відвідати близьких родичів» лежать соціальні потреби спілкування, родинні почуття, а інколи і намагання надати допомогу рідним, вирішити конфлікт між ними тощо. Ці мотиви головним чином властиві солдатам у перші місяці служби.

Відкрито негативний мотив «небажання переносити тяготи військової служби», як правило, знаходяться в основі небезпечних ухилень від військової служби: дезертирств, самокалічення і відмов від несення обов'язків військової служби. Як об'єктивні труднощі армійської дійсності молодими воїнами інко-

ли сприймаються глумлення старших за призовом військовослужбовців і протиправні дії окремих начальників.

Не правильно зрозумілі інтереси військової служби – мотив синтетичний і багатоаспектний. Він поєднується з корисливими, насильницькими, і навіть легкокажними (необережними) злочинами. Основний його зміст анархічно-індивідуалістичний. Ним мотивуються головним чином військові службовці діяння, порушення статутних правил несення спеціальних служб і ін. Злочини анархічно-індивідуалістичної мотивації обумовлені боязню відповідальності суб'єкта за вчинення правопорушення. Даний мотив звичайно спонукає суб'єкта до ухилень від військової служби зовсім чи тимчасово.

Мотиви, що розглядаються, в більшості своїй складаються поступово і носять умисний характер. Цілі злочинної поведінки повсякденні. Прагнення досягти їх неправомірним шляхом для соціально зрілої людини не можна порівняти з тими втратами, які можуть наступити, тим паче, що більшість цілей можна досягти шляхом добросовісного виконання обов'язків по службі. Антисуспільна направленість зазначених мотивів і цілей набувають у зв'язку з обранням суб'єктом неправомірних шляхів їх досягнення, які головним чином зводяться до одного: самовільного припинення виконання загальних чи спеціальних обов'язків по службі. Як і в любому злочині, вибір способів визначається рівнем знань і досвіду суб'єкта, доступністю їх для правопорушника тощо. Вирішальний вплив на вибір роблять фактичні відступи командирів і начальників від встановленого порядку, які дозволяють уникати покарання за порушення. Підставою виникнення переконаності в уникненні покарання є багаточисленні випадки покриття, потурання, безконтрольність, неправомірні дії у відношенні таких суб'єктів, заземлення їх прав і інтересів і інші криміногенні обставини. Актуальність бажань, цілеспямованість, анархічно-індивідуалістичне відношення до своїх обов'язків і надія на уникнення покарання – основні опорні пункти помилкових рішень, що приймаються суб'єктами цих злочинів. Головним чином, вчинення цих злочинів характерно для військовослужбовців строкової служби, при чому з певною соціальною характеристикою [5, с. 205-209].

У свою чергу, Пузиревський Є.Б. робить висновок, що «для структури мотивації військових злочинів характерно: 1) порушення рівноваги, коли домінуюче положення здобувають особисті інтереси і потреби; 2) діапазон спонукань військових злочинів значно вузьчий, ніж діапазон людської поведінки взагалі; 3) мотивація більшості військових злочинів носить ситуативний і при цьому вузько особистісний і примітивно-побутовий характер; 4) серед криміногенних факторів значна роль у мотивації військових злочинів ... належить факторам педагогічного і психологічного плану...» [6, с. 17-18].

Анархічно-індивідуалістичне відношення до громадянських, посадових, військових і інших обов'язків суперечить суті правової держави. Але формування такого відношення в окремих громадян, у тому числі й у військовослужбовців, пов'язано не тільки з пережитками минулого в свідомості і поведінці людей, але й з наявністю об'єктивних причин пережиткового характеру: соціально-економічних, ідеологічних, організаційних, правових, соціально-психо-

логічних. При чому економічні причини у генезисі цих злочинів опосередковуються через конкретні матеріальні і житлово-побутові умови, в яких знаходилась особа до служби в армії, і через матеріальне забезпечення життя, побуту і дозвілля військовослужбовців у військових частинах і підрозділах. Неблагополучні матеріальні умови формування особистості правопорушника відображаються на рівні їх освіти, культури і правового виховання.

Недостатня загальна і правова культура окремих верств населення, поглиблюючи соціально-економічні і культурно-побутові відмінності між людьми, сприяють формуванню в окремих з них неповажного ставлення до конкретних обов'язків, державної і військової дисципліни, правопорядку. Низький рівень політичної, військової, правової, моральної свідомості і культури окремих громадян, як результат суттєвих недоліків виховання, має визначальне значення в генезисі цих злочинів. Зокрема, ця причина обумовлює те, що правопорушники глибоко не усвідомлюють необхідності виконання загальних і спеціальних обов'язків або не вважають їх виконання для себе обов'язковими.

У структурі причин організаційного характеру, які формують анархічно-індивідуалістичну направленість у першу чергу необхідно назвати випадки, коли ті чи інші правові вимоги, які пред'являються до громадян і військовослужбовців, не підкріплюються дійсним станом справ, коли слова окремих командирів і начальників розходяться з їх справами і їх поведінкою. Порушення законів і інших нормативно – правових актів для формування мотивації, яка розглядається, особливо значимі тоді, коли вони зачіпають права і інтереси самого суб'єкта. Правопорушник у цих випадках нерідко внутрішньо переконаний, що його дії – не злочин, а поновлення порушеної справедливості.

Загальні і специфічні причини, які формують анархічно – індивідуалістичне відношення до тих чи інших обов'язків, у своєму конкретному вияві реалізується через безпосередні криміногенні фактори.

1) *Причини, що зачіпають особисті права й інтереси суб'єктів, проходження ними військової служби чи покладення на них обов'язків, які погіршують умови їх служби.* Деякі з цих порушень, такі як: штучне обмеження звільнень, необґрунтована відмова в наданні короткострокових відпусток по сімейних і інших обставинах, неухильне відношення начальників до прохань підлеглих, не надання призовникам передбачених по закону відстрочок від призову, бюрократичне відношення співробітників військкоматів і інших місцевих органів до листів військовослужбовців і їх близьких, неправомірні дії старших по призову військовослужбовців і інші – розцінюються правопорушниками як обставини, що виправдовують їхні діяння.

2) *Причини, що обумовлені недоліками виховання військовослужбовців до призову на військову службу.* Деякі з призовників, які не підготовлені до виконання обов'язків по військовій службі, що не привчені до суворої дисципліни і порядку, до психічних і фізичних навантажень, не витримують їх і ухиляються від військової служби.

3) *Причини, що зв'язані з недоліками в контролі за особовим складом.* В окремих підрозділах недостатній чи погано організований контроль за наяв-

ністю військовослужбовців на ранкових оглядах, під час проведення занять і робіт, на вечірніх перевірках; за військовослужбовцями, які убувають у шпиталь, відпустку, відрядження; за військовослужбовцями, які проживають невеликими групами у відриві від підрозділів.

4) *При вчиненні анархічних злочинів значна роль неправильних дій офіцерського складу.* Це пояснюється наявністю в офіцерів вирішального права в наданні звільнень, короткострокових відпусток і дозволів при вирішенні інших прохань військовослужбовців, чим окремі з них зловживають, приймаючи неправомірні рішення по відношенню до підлеглих.

5) *Потурання й уникнення покарання за попередні порушення військової дисципліни.*

Специфічними обставинами, які сприяють вчиненню порушень правил несення бойового чергування, прикордонної служби, вартової служби й інших спеціальних служб, є недоліки в їхній організації, матеріально-технічна незабезпеченість, помилки в плануванні, комплектуванні і призначенні нарядів, недоліки в їх підготовці до несення служби і ін. Особливо негативно позначається призначення в наряд, варту, розрахунок тощо осіб недостатньо навчених, які досконало не вміють працювати з бойовою технікою і поводитись зі зброєю, які не здали необхідних заліків, недисципліновані. Вчиненню цих злочинів часто сприяє недотримання статутних вимог у підготовці і відпочинку перед заступленням на службу, в перевірці знань конкретних обов'язків і практичної підготовки до їх виконання, а в необхідних випадках і в перевірці стану здоров'я осіб, що заступають у наряд. Дуже згубно відображається на порядку несення спеціальних служб безконтрольність зі сторони відповідних службових осіб і чергових, у підпорядкуванні яких знаходиться той чи інший наряд.

До безпосередніх причин військових службових злочинів анархічної мотивації варто віднести: а) низький рівень ідеологічної і виховної роботи серед окремих офіцерів і інших службових осіб; б) неухвалене відношення вищестоящих командирів і начальників до потреб підлеглих; в) недостатня загальна і професійна культура окремих військових службових осіб; г) слабке знання військовими службовими особами основ права; д) втрата окремими офіцерами службової перспективи, інтересу до військової служби, почуття відповідальності за поручену справу; е) недоліки, пов'язані з підбором, розстановкою і переміщенням військових службових осіб; є) слабкий контроль за їх діяльністю зі сторони вищестоящего командування, штабів і інших органів військового управління; ж) уникнення покарання військових службових осіб за проступки, прорахунки, упущення по службі і, особливо, за пицтво; з) випадки необгрунтованого звільнення від кримінальної відповідальності офіцерів і інших військових службових осіб, які вчинили військові службові злочини; и) низький рівень прокурорського нагляду за дотриманням законності в діяльності командирів, начальників і інших військових службових осіб [5, с. 212-215].

Загальносоціальні заходи попередження ухилень від військової служби, порушень правил несення спеціальних служб і інших анархічних злочинів представляють собою заходи, які направлені на ліквідацію соціальних причин анархізму й індивідуалізму на основі розвитку України як правової держави.

В умовах військової служби до загальних заходів необхідно віднести виховання у військовослужбовців почуття відповідальності за захист України, турботи про забезпечення боєготовності військ і сил; підвищення загального рівня підготовки особового складу, зміцнення дисципліни і порядку у військових частинах.

Спеціально-кримінологічні заходи запобігання злочинів проти порядку проходження військової служби в першу чергу направлені на ліквідацію причин і умов, що сприяють вчиненню цих злочинів. Розробка і реалізація таких заходів повинна опиратися на систематичне вивчення конкретних причин ухиленя у військових частинах і підрозділах.

Заходи ідеологічного і виховного характеру в запобіганні злочинів даної групи мають суттєве значення. Оскільки ці злочини, особливо дезертирство, ухилення від військової служби шляхом самокалічення або іншим способом вчинюються військовослужбовцями, які характеризуються низьким рівнем культури, моральної, правової свідомості тощо, то необхідно, щоб виховна робота враховувала вказані особливості. Такі люди потребують цілеспрямованої індивідуальної роботи, яка б полегшила процес їх адаптації і пристосування до нових, нерідко для них не привичних і складних умов військової служби. Вирішенню цих завдань може сприяти роз'яснення кримінального законодавства про відповідальність військовослужбовців за вчинення злочинів проти порядку проходження військової служби, правових основ отримання короткострокових відпусток (звільнень) з військової частини і інших питань військового правопорядку.

З метою попередження самовільного залишення військової частини або місця служби у виховній роботі необхідно більше уваги приділяти розкриттю негативних наслідків пияцтва, а також питанням статевого виховання військовослужбовців строкової служби, виробленню в них витримки і вміння підпорядковувати свої особисті устремління інтересам військової служби. Попередженню злочинів проти порядку проходження військової служби сприяє формування правильних взаємовідносин між військовослужбовцями, роз'яснення соціальної небезпеки кругової поруки, створення в кожному військовому колективі обстановки нетерпимості до порушників порядку проходження військової служби.

Потребує уваги і застосування при запобіганні злочинів групи профілактичних заходів, які направлені на усунення організаційних недоліків. Це перш за все заходи по усуненню криміногенних обставин, які ущемляють законні права і інтереси військовослужбовців строкової служби, по недопущенню неправомірних дій, бюрократизму, безсердечності і неухважності до підлеглих зі сторони окремих командирів і начальників. Перш ніж пред'являти до підлеглих високі вимоги по службі, необхідно спочатку задовольнити їх законні права і інтереси. Тільки на цій основі можлива успішна боротьба з анархічно-індивідуалістичними спрямуваннями. Попередженню посягань на порядок проходження військової служби сприяє, крім того, покращення роботи військкоматів і призивних комісій по дослідженню здоров'я призовників, вивчення їх особистості і сімейного стану, відбору по відповідним родам і

видам військ і сил, а також своєчасне надання відстрочок тим, кому вони передбачені, уважне відношення до заяв, листів і скарг військовослужбовців і їх близьких, турбота про сім'ї військовослужбовців. Ефективним заходом є наведення твердого статутного порядку в житті, діяльності і дозвіллі військовослужбовців строкової служби, в наданні відпусток і звільнень особовому складу, у взаємостосунках між товаришами по службі, в розгляді прохань, листів, скарг військовослужбовців тощо. Суворе дотримання командирами всіх рівнів вимог статутів Збройних Сил України в сферах, які зачіпають особисті інтереси військовослужбовців, вносить у службу підлеглих ясність і визначеність, виховує поважне відношення до військового правопорядку.

Позитивно відображається на відношенні особового складу до порядку проходження військової служби організація чіткого статутного контролю за наявністю військовослужбовців на ранкових оглядах, заняттях і на вечірніх перевірках. Особливе спостереження необхідно встановити за військовослужбовцями строкової служби, які виконують конкретні завдання у відриві від підрозділів. Командування, відповідні підрозділи Військової служби правопорядку у Збройних Силах України, військкомати і військово-лікувальні установи зобов'язані здійснювати відповідний контроль за поверненням у строк військовослужбовців у свої військові частини з відраджень, відпусток і шпиталів. Для цих цілей існує відповідний порядок реєстрації військовослужбовців, поставлення відміток у їх відпускних чи інших документах, повідомлення про прибуття в шпиталь і вибуття з нього тощо. Суворе дотримання такого порядку служить попередженням самовільних залишень військової частини, які вчинюються шляхом неявки військовослужбовців у термін без поважних причин. Організація суворого контролю у військових частинах і підрозділах дисциплінує військовослужбовців, підвищує їх переконаність у невідворотності покарання за вчинення порушень порядку проходження військової служби, сприяє попередженню чи своєчасному припиненню вказаних злочинів. Вирішення даних питань також зв'язано з організацією внутрішньої служби в підрозділах, на контрольно-пропускних пунктах, з несенням патрулювання в гарнізонах.

Спеціально-кримінологічні заходи попередження правил несення бойового чергування, вартової, внутрішньої і інших спеціальних служб направлено на навчання особового складу виконанню обов'язків по тій чи іншій службі, на виховання поваги до чинних правил її несення, на удосконалення організації спеціальних служб і контролю за ними, на запровадження в життя принципу невідворотності покарання осіб, які допустили порушення правил несення служби.

Для несення спеціальної служби будь-якого виду необхідна відповідна підготовка, виучка і натренованість військовослужбовців, що має особливе значення при несенні бойового чергування, прикордонної, вартової (вахтової) служб. Глибоке знання своїх обов'язків, вміння працювати з бойовою технікою, поводитися з зброєю – запорука успішного несення військової служби. Тому особовий склад повинен досконало знати вимоги статутів Збройних Сил України, настанов, інструкцій і інших документів, які регламентують порядок

несення військової служби. В нього необхідно виховувати переконаність у необхідності суворого дотримання встановленого порядку, усвідомлення суспільної небезпеки навіть невеликих відступів від діючих правил, прагнення добросовісно виконувати обов'язки з військової служби.

Ефективним заходом запобігання злочинів, що розглядаються, є організація правил несення спеціальних служб у суворій відповідності з чинними нормами. Кожний наряд, варта, вахта, екіпаж, розрахунок повинні бути забезпечені всім необхідним для виконання поставленого перед ними завдання: бойовою технікою, зброєю, спорядженням, транспортом, одягом і т. д. Призначення на службу повинно бути завчасним. Військовослужбовцям перед заступленням у наряд надається час для вивчення спеціальних обов'язків, інструктажу і відпочинку. Підбір людей проводиться з урахуванням їх особистих якостей, рівня підготовки, службового досвіду і важливості виконання завдання.

Одним із дійових засобів попередження порушень правил несення спеціальних служб є добре поставлений контроль зі сторони відповідних командирів, штабів і чергових, у підпорядкуванні яких знаходиться наряд. Контроль повинен бути статутним, систематичним, який змінюється в часі і просторі, що дозволяє підтримувати в особового складу наряду постійну пильність.

Послідовне викорінення військових службових злочинів суттєво відображається на підвищенні порядку і дисципліни у військах і силах. Тому запобігання військових службових злочинів взагалі і анархічної мотивації зокрема, особливо серед начальницького складу, завжди розглядалось як першочергове завдання. Спеціально – кримінологічні заходи по попередженню військових службових злочинів анархічно-індивідуалістичної мотивації пов'язані: а) з удосконаленням підбору кадрів військових службових осіб при прийомі у військові навчальні заклади, призначеннях, переводах і переміщеннях по службі; б) з забезпеченням необхідної спеціальної підготовки службових осіб, яка дозволить їм зі знанням справи виконувати свої обов'язки. Особливого значення набувають знання правових основ своєї діяльності, а також норм матеріальної, адміністративної, дисциплінарної і кримінальної відповідальності, яка може наступити при недотриманні службових обов'язків; в) з покращенням роботи по правовому вихованню військових службових осіб. Вирішальне значення в цій роботі належить принципу суворого дотримання законності зі сторони вищестоящих службових осіб, що особливо важливо для попередження правопорушень серед службових осіб сержантського, старшинського і рядового складу строкової служби; г) з більш чітким і повним визначенням прав і обов'язків військових службових осіб, перш за все там, де вони не регламентовані статутами Збройних Сил України, настановами і іншими правовими актами; д) з створенням для військових службових осіб всіх необхідних умов, які забезпечують реальне виконання ними своїх службових обов'язків; е) з організацією ефективного контролю за діяльністю військових службових осіб зі сторони вищестоящого командування, штабів і служб військових частин.

Важливе місце в запобіганні ухиленню від військової служби, порушень статутних правил несення спеціальних служб і військових службових злочинів належить заходам дисциплінарного і кримінально-правового характеру. Їх

дієвість пов'язана з послідовним викориненням потурання і безкарності при вчиненні правопорушень і злочинів цієї групи, їх приховуванням зі сторони окремих командирів і начальників. З метою приватної і загальної превенції військове командування і органи юстиції повинні прагнути до неухильної реалізації в житті принципу невідворотності матеріальної, дисциплінарної, адміністративної і кримінальної відповідальності за злочини і правопорушення анархічної мотивації [5, с. 216 - 221].

Частина висновків, що витікають із змісту цієї статті: 1) В аспекті загальносоціальних факторів запобігання військових злочинів анархічної мотивації потребує вдосконалення кадрова робота щодо призначень на вищестоящі посади військових службових осіб. Запровадження ротації цих військовослужбовців і перепризначення через кожні 3-5 років на інші посади з урахуванням результатів атестування, які б дозволяли зменшити до мінімуму вчинення злочинів, передбачених ст. ст. 423-426 Кримінального кодексу України. 2) Стосовно злочинів проти порядку проходження військової служби (ст. ст. 407-409 КК), то найбільш дієвими заходами їх запобігання залишаються поліпшення підбору призовників для проходження військової строкової служби з одночасним зменшенням загальної кількості їх призову і збільшенням на посадах сержантського, старшинського і рядового складу військовослужбовців військової служби за контрактом. 3) Щодо злочинів проти порядку несення бойового чергування та інших спеціальних служб (ст. ст. 418-421 КК), то потребує постійного контролю й удосконалення, на ряду з іншими, індивідуальне запобігання, спрямоване на особистість військовослужбовців, які залучаються до виконання обов'язків по несенню спеціальних видів військової служби.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини) : Навч. посіб. / Г.М. Анісімов, Ю.П. Дзюба, В.І. Касинюк та ін.; за ред. М.І. Панова. – Х. : Право, 2011. – 184 с.

2. *Бугаєв В.О.* Військові злочини і покарання: Автореф. дис. ... канд. юр. наук: 12.00.08 / В.О. Бугаєв. – Одеська національна юридична академія, 2001. – 21 с.

3. *Дячук С. І.* Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини) / С. І. Дячук // Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – За заг. ред. Гончаренка В. Г., Андрушка П. П. / С.І. Дячук. – У 3-х кн. / Кн. 3. Особлива частина. – Коментарі до статей 255–447 Кримінального кодексу України. – К. : ФОРУМ, 2005, – С. 442–547. 2 584 с.

4. *Курилюк Ю.Б.* Використання завідомо підробленого документу під час перетинання державного кордону / Ю.Б. Курилюк // Юридична наука. – 2012. – № 1. – С. 124–128.

5. *Лунеев В.В.* Криминология (Причины, предупреждение и методы изучения преступлений в Вооруженных Силах СССР): Учебник / Под ред. А.Г. Горного / В.В. Лунеев. – М. : Военный Краснознаменный институт, 1986. – 356 с.

6. *Пузиревський Є.Б.* Криминологічний аналіз і запобігання військовим злочинам: Автореф. дис. ... канд. юр. наук: 12.00.08 / Є.Б.Пузиревський. – Харківський національний університет внутрішніх справ, 2011. – 21 с.

7. *Сенько М.М.* Кримінальна відповідальність за самовільне залишення військової частини або місця служби: Автореф. дис. ... канд. юр. наук: 12.00.08. / М.М. Сенько. – Інститут держави і права ім. В.М. Корецького, 2005. – 20 с.

8. *Туркот М.С.* Кримінальна відповідальність за зловживання військовою службовою особою владою або службовим становищем: Автореф. дис. ... канд. юр. наук: 12.00.08 / М.С. Туркот. – Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого, 2007. – 20 с.

9. *Хавронюк М.І.* Кримінальна відповідальність за перевищення військовою посадовою особою влади чи посадових повноважень: Автореф. дис. ... канд. юр. наук: 12.00.08 / М.І. Хавронюк. – Академія Служби безпеки України, 1997. – 19 с.

10. *Хавронюк М.І.* Військові злочини: Комент. законодавства / М.І. Хавронюк // М. І. Хавронюк, С.І. Дячук, М.І. Мельник; відп. ред. : М.Д. Дрига, В.І. Кравченко. – К. : Вид-во А.С.К., 2003. – 272 с. – (Економіка. Фінанси, Право).

Карпенко М.І. Причини і запобігання військовим злочинам анархічної мотивації

У статті розглядаються причини військових злочинів анархічної мотивації. Пропонуються конкретні заходи по їх запобіганню в подальшому.

Ключові слова: *причини, умови, запобігання військовим злочинам анархічної мотивації.*

Карпенко Н.И. Причины и предупреждение воинских преступлений анархической мотивации

В статье рассматриваются причины воинских преступлений анархической мотивации. Предлагаются конкретные мероприятия по их предупреждению в дальнейшем.

Ключевые слова: *причины, условия, предупреждение воинских преступлений анархической мотивации.*

Karpenko M.I. Causes and prevention of military crimes with anarchist motivation

The article deals with the reasons of military crimes anarchist motivation. Proposes concrete measures for their prevention in the future.

Keywords: *causes, conditions, prevention of military crimes anarchist motivation.*

Стаття надійшла до редакції 21.02.2013.

**ОКРЕМІ АСПЕКТИ ЗАЛУЧЕННЯ ЗАХИСНИКА
У КРИМІНАЛЬНЕ ПРОВАДЖЕННЯ ЗА НОВИМ
КРИМІНАЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ
ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ**

Гідаят Закир-огли Алиєв

адвокат, м. Київ;

О.О. Самодіна

кандидат юридичних наук,

адвокат, м. Київ;

А.В. Самодін

кандидат юридичних наук,

викладач кафедри

кримінально-процесуальної діяльності

Національної академії внутрішніх справ.

Постановка проблеми. З огляду на стрімке реформування законодавства України у розрізі Європейських стандартів забезпечення прав і свобод людини у сфері кримінально-процесуальних відносин, а також нормативно-правового забезпечення діяльності інституцій адвокатури, на наш погляд, особливої уваги заслуговують окремі правові аспекти реалізації конституційних положень щодо забезпечення права підозрюваного на захист у кримінальному провадженні. Адже ст. 59 Конституції України закріплено, що кожен має право на правову допомогу, а для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура.

Основним із завдань нового Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), за твердженням його авторів, є створення рівних можливостей для кожної із сторін у кримінальному процесі та реальне впровадження у кримінальне судочинство принципу змагальності, за якого результат розгляду судом конкретного випадку притягнення особи до кримінальної відповідальності залежатиме виключно від обґрунтованості позицій сторін, яким надаються рівні права щодо подання доказів безпосередньо до суду. Такий підхід дасть змогу одночасно вирішити питання, пов'язані із підвищенням захисту прав особи на стадії досудового розслідування, оскільки у результаті запровадження таких новацій зникне сенс отримання показань слідчим чи прокурором із застосуванням насильства або погроз, адже такі відомості за законом не будуть доказами [5]. Разом з цим, в окремих провідних вчених-процесуалістів, а також у практиків-адвокатів, виникають питання, щодо проблематики сучас-

них нормативних тенденцій забезпечення засад змагальності та реалізації права на захист у сфері кримінально-процесуальних відносин.

У зв'язку з цим, відомий учений В.Г. Гончаренко значає, що змінилися підходи до співвідношення начал (або функцій) обвинувачення і захисту. У новому Кодексі домінуючим є принцип «Favor defensionis» — давній Римський принцип, який означає «перевага захисту»...[7].

Водночас О.Г. Яновська звертає увагу на те, що відповідно до ч. 2 ст. 22 КПК змагальна побудова кримінального провадження забезпечує сторонам рівні права на збирання та подання до суду доказів. Однак, на практиці, представляється, що сторона захисту не буде знаходитись у рівних умовах із стороною обвинувачення. Адже, існує пряма залежність сторони захисту від рішення сторони обвинувачення щодо доцільності проведення тих чи інших процесуальних дій, та явна невідповідність строків реагування судового органу на звернення двох сторін при вирішенні ідентичних питань у процесі досудового розслідування, що свідчить про відсутність рівності сторін та недостатню процесуальну забезпеченість засади змагальності у кримінальному провадженні [12].

Окреслені питання можливо розглядати у таких площинах як: реалізація загальних засад кримінального провадження щодо забезпечення права на захист (ст. 20 КПК) та змагальності сторін (ст. 22); професійна діяльність адвоката-захисника, в цілому, та його процесуальний статус у кримінальному провадженні, зокрема.

Звертаючи увагу на, в цілому позитивність, та прогресивність положень КПК, щодо реалізації права на захист у кримінальному провадженні, окремі положення процесуального порядку залучення захисника, на наш погляд, все ж таки потребують часткового доопрацювання.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Дослідженню питань, пов'язаних із забезпеченням права на захист у кримінальному провадженні, а також процесуального статусу захисника у сфері кримінально-процесуальних правовідносин безпосередньо приділяли свою увагу вітчизняні вчені, зокрема Т.В. Варфоломєєва, І.Ю. Головацький, Ю.М. Грошевой, В.Г. Гончаренко, Я.П. Зейкан, Л.М. Лобойко, В.Т. Маляренко, М.М. Михеєнко, В.Т. Нор, В.О. Попелюшко, О.Д. Святоцький, А.М. Титов, О.Г. Яновська та ін. Протягом 2012 та початку 2013 року у світлі нового кримінального процесуального законодавства проводилось чимало наукових заходів та робочих зустрічей вчених і практиків, щодо питань процесуального статусу та залучення захисника у кримінальному провадженні.

Мета дослідження полягає у з'ясуванні теоретичних та практичних аспектів залучення захисника за новим кримінальним процесуальним законодавством України, а також формулюванні окремих власних пропозицій щодо вдосконалення чинного кримінального процесуального законодавства України з окреслених питань.

Основні результати дослідження. На відміну від вимог ст. 21 КПК України 1960 р., у якій забезпечення права на захист визначалося через імперативну норму, щодо обов'язку органів досудового розслідування, прокурора

та суду роз'яснити право мати захисника, а також надати можливість особі захищатись встановленими законом засобами від пред'явленого обвинувачення та забезпечення охорони її особистісних інтересів, чинний КПК значно розширив нормативне тлумачення забезпечення права на захист як загальної засади кримінального провадження. Зокрема, ст. 20 розглядає забезпечення права на захист не тільки як обов'язок слідчого, прокурора, слідчого судді, суду роз'яснити підозрюваному, обвинуваченому його права та забезпечити право на кваліфіковану правову допомогу з боку обраного ним або призначеного захисника, а й більш повно деталізує саме поняття права на захист, яке полягає у наданні підозрюваному, обвинуваченому, виправданому, засудженому можливості надати усні або письмові пояснення з приводу підозри чи обвинувачення, право збирати і подавати докази, брати особисту участь у кримінальному провадженні, користуватися правовою допомогою захисника, а також реалізовувати інші процесуальні права, передбачені КПК. Законодавцем звертається увага і на можливість надання правової допомоги зазначеним особам безоплатно за рахунок держави. За своєю внутрішньою суттю та, фактично, й кінцевою метою, забезпечення права на захист безпосередньо пов'язане із реалізацією засади змагальності (ст. 22 КПК), що передбачає самостійне обстоювання стороною обвинувачення і стороною захисту їхніх правових позицій, прав, свобод і законних інтересів засобами, передбаченими КПК, зважаючи на положення рівності прав на збирання та подання до суду речей, документів, інших доказів, клопотань, скарг, а також на реалізацію інших процесуальних прав. При цьому, визначається, що захист здійснюється підозрюваним або обвинуваченим, його захисником або законним представником.

Основні процесуальні питання залучення захисника до участі у кримінальному провадженні регламентовано параграфом 3 КПК «Сторона захисту». З огляду на техніку нормотворчості, цікавим є визначення захисника подане у ст. 45 КПК, що захисником є адвокат, який здійснює захист підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, а також особи, стосовно якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію). На противагу цьому, КПК України 1960 р. визначав захисника як особу, яка у порядку, встановленому законом, уповноважена здійснювати захист прав і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого та надання їм необхідної юридичної допомоги при провадженні у кримінальній справі (ч. 1 ст. 44). Відразу зауважимо, що у Конституції України та у новому КПК використовується термін «правова допомога», а не «юридична допомога» як у КПК України 1960 р., і як вже відзначалось у правовій літературі, правова допомога є поняттям ширшим за змістом і охоплює всі види юридичної допомоги [11, с. 148].

Прогресивністю нового формулювання у ст. 45 КПК є те, що норма відразу визначає суб'єкта надання послуг захисту у кримінальному провадженні – адвоката як фізичної особи, яка здійснює адвокатську діяльність на підставах та в порядку, що передбачені Законом України «Про адвокатуру та

адвокатську діяльність». За такої умови законодавець подбав не тільки про професійний захист особи у сфері кримінально-процесуальних відносин, а й про самих адвокатів, усунувши можливості конкуренції з надання офіційної правової допомоги у кримінальному провадженні з боку фахівців у галузі права та близьких родичів, опікунів або піклувальників, як це було визначено у пунктах 2 та 3 ч. 3 ст. 44 КПК України 1960 р.

На необхідності законодавчого закріплення виключно професійного захисту у кримінальному судочинстві наголошував і обґрунтовував у своєму дисертаційному дослідженні А.М. Титов, зазначаючи, що такий захисник (фахівець у галузі права, близькі родичі) має брати участь у кримінальній справі лише поруч із захисником – адвокатом, бо лише останній відповідає всім світовим критеріям, визначеним для захисника у кримінальних справах [9, с. 125]. При цьому, поняття «фахівець у галузі права» не має свого офіційного визначення, не може бути співвіднесене з поняттям «вища або повна вища юридична освіта» відповідно до освітньо-кваліфікаційних рівнів визначених Законом України «Про вищу освіту». У цьому разі, як справедливо вказує І.Ю. Головацький, на такого захисника не поширюватимуться Правила адвокатської етики [6, с. 141].

На необхідності реформування приписів кримінального процесуального закону з огляду на процедуру залучення захисника пише і Я.П. Зейкан, зазначаючи, про необережність держави у зв'язку з допуском до участі у справі осіб, які не мають адвокатського посвідчення [8, с. 8]. Тому, варто підтримати висловлену у літературі тезу, що лише адвокатська діяльність, базується на перевірці професійних знань, дотриманні Правил адвокатської етики, дисциплінарній відповідальності, а надаючи можливість іншим фахівцям у галузі права здійснювати захист, можна лише знизити його кваліфікованість та ефективність [10, с. 106-107].

Сьогодні у КПК такий стан речей виправлено, оскільки, про професійність та належну компетенцію адвоката у сфері надання правової допомоги свідчать положення Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», зокрема, щодо вимог до осіб, які бажають стати адвокатом (ст.ст. 6 та 7), необхідності складання кваліфікаційного іспиту (ст.ст. 8 та 9), проходження стажування та прийняття присяги (ст.ст. 10, 11, 12), обов'язків адвоката (ст. 21), а також можливостей зупинення та припинення права на зайняття адвокатською діяльністю (розд. 5).

У КПК України 1960 р. правовим положенням ч. 5 ст. 44 визначалось, що про допуск захисника до участі в справі особа, яка проводить дізнання, слідчий, прокурор, суддя виносить постанову, а суд – ухвалу. У свій час науковцями пропонувалось встановити й строк винесення такої постанови, зокрема негайно, але не пізніше 24 годин з моменту звернення захисника [6, с. 140]. При цьому допуск захисника на підставі процесуального документа критикувався, оскільки така новація спрямована на погіршення становища обвинуваченого та його захисника [8, с. 11].

Поняття «запрошення захисника» (стосується підозрюваного, обвинуваченого, підсудного чи засудженого, їх законних представників, а також

інших осіб за проханням чи згодою підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого) і «призначення захисника» (стосується особи, яка провадить дізнання, слідчого чи суду), використані у ст. 47 КПК України 1960 р. у новому КПК замінено поняттям «залучення захисника» (ст. 48), у формі припису, про те, що захисник може у будь-який момент бути залученим підозрюваним, обвинуваченим, їх законними представниками, а також іншими особами за проханням чи згодою підозрюваного, обвинуваченого до участі у кримінальному провадженні. Залучається захисник і слідчим, прокурором, слідчим суддею чи судом для здійснення захисту за призначенням у випадках та в порядку, визначеному ст.ст. 49 та 53 КПК. Фактично, законодавець вклав у поняття «залучення захисника» два різнопланові аспекти: і реалізацію права підозрюваного, обвинуваченого на професійний захист адвокатом, і обов'язок слідчого, прокурора, слідчого судді чи суду. При цьому, вже у ч. 2 ст. 53 КПК використовується термін «запрошення захисника». У новому КПК використовується і термін «призначення захисника», але він стосується виключно органу (установи), яка уповноважена законом на надання безоплатної правової допомоги (ч. 2 ст. 49). У нашому розумінні, щодо забезпечення права на професійний захист самим підозрюваним та іншими особами визначеними у ч. 1 ст. 48 КПК, доцільніше було б вжити термін «запрошення», а щодо обов'язку органів перерахованих у ч. 2 ст. 48 КПК використовувати – «залучення», оскільки у випадку залучення захисника слідчий, прокурор виносить постанову, а слідчий суддя та суд постановляє ухвалу (ч. 2 ст. 49 КПК). У випадку залучення захисника у формі передбаченій ч. 1 ст. 48 КПК, ніяких процесуальних рішень у формі постанови або ухвали не приймається, а ведеться мова виключно про подання захисником документів, які підтверджують повноваження захисника.

Не заперечуючи позитивні аспекти нового КПК, щодо забезпечення права на захист у кримінальному провадженні, неоднозначно може тлумачитись положення ч. 2 ст. 45 КПК, про те, що захисником не може бути адвокат, відомості про якого не внесено до Єдиного реєстру адвокатів України або стосовно якого у Єдиному реєстрі адвокатів України містяться відомості про зупинення або припинення права на зайняття адвокатською діяльністю. Вже сьогодні у практиці адвокатської діяльності зустрічаються випадки, коли органи досудового розслідування вимагають на підтвердження повноважень захисника не тільки свідоцтво про право на зайняття адвокатською діяльністю, а також ордер, договір із захисником чи доручення органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги (ч. 1 ст. 50 КПК), а й підтверджений Радою адвокатів України або відповідною радою адвокатів регіонів, витяг з Єдиного реєстру адвокатів України про дійсність відповідного свідоцтва на право зайняття адвокатською діяльністю. При цьому, ч. 2 ст. 50 КПК прямо визначає недопустимість встановлення будь-яких додаткових вимог, крім пред'явлення захисником документа, що посвідчує його особу, або умов для підтвердження повноважень захисника чи для його залучення до участі в кримінальному провадженні. Дійсно на практиці можуть мати місце випадки коли, беручи участь у кримінальному провадженні як захисник, особа (адвокат), може бути позбавлена права займатись адвокат-

ською діяльністю, або така діяльність може бути призупинена відповідно до положень Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». З такої точки зору, зазначена вимога органів досудового розслідування є виправданою, з іншого боку постають питання щодо: 1) законності вимоги, що встановлення обов'язку адвоката подавати відомості про себе з Єдиного реєстру адвокатів України, якщо це прямо не передбачено у КПК; 2) випадків, у яких адвокат зобов'язаний надавати таку інформацію органам досудового розслідування, прокурору, слідчому судді або суду: у момент залучення у кримінальне провадження; при проведенні будь-якої процесуальної дії за участю адвоката; у випадку виникнення сумнівів у сторони обвинувачення або суду у професійній компетенції захисника; 3) терміну дії та форми витягу з Єдиного реєстру адвокатів України тощо.

Положення ч. 2 ст. 45 КПК хоча і викладені у формі заборони, разом з тим не передбачає підстав та обов'язку перевірки дійсності свідцтва на право зайняття адвокатською діяльністю. У зв'язку із цим ми пропонуємо доповнити ст. 45 КПК ч. 3 таким змістом: «У випадку виникнення обґрунтованого сумніву, щодо невнесення відомостей про адвоката до Єдиного реєстру адвокатів України або наявності у ньому відомостей про зупинення чи припинення права особи на зайняття адвокатською діяльністю, слідчий, прокурор, слідчий суддя або суд мають право надіслати запит до Ради адвокатів України або відповідної ради адвокатів регіонів про, що повідомляється адвокат відносно, якого такий запит направлено. Направлення запиту не є підставою для позбавлення адвоката права здійснювати захист у кримінальному провадженні».

Під обґрунтованістю сумніву ми розуміємо ситуацію в якій слідчий, прокурор, слідчий суддя або суд у режимі прямого доступу до офіційного веб-сайту Національної асоціації адвокатів України (<http://www.unba.org.ua>) перевірів відкриту інформацію, щодо конкретної особи адвоката, яка внесена до Єдиного реєстру адвокатів України і не отримав відомостей визначених ч. 2 ст. 45 КПК. Адже, відповідно до ч. 2 ст. 17 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», до Єдиного реєстру адвокатів України вносяться такі відомості: прізвище, ім'я та по батькові адвоката; номер і дата видачі свідцтва про право на заняття адвокатською діяльністю, номер і дата прийняття рішення про видачу свідцтва про право на заняття адвокатською діяльністю (номер і дата прийняття рішення про включення адвоката іноземної держави до Єдиного реєстру адвокатів України); найменування і місцезнаходження організаційної форми адвокатської діяльності, номери засобів зв'язку; адреса робочого місця адвоката, номери засобів зв'язку; інформація про зупинення або припинення права на заняття адвокатською діяльністю; інші відомості, передбачені зазначеним Законом. Тому, без такої попередньої перевірки сумнів слідчого, прокурора, слідчого судді або суду, щодо неможливості конкретної особи (адвоката) здійснювати захист у кримінальному провадженні участь не може бути обґрунтованим.

Пропоноване положення буде перебувати у взаємозв'язку з ч. 4 ст. 17 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» відповідно до якої, Рада адвокатів України і відповідні ради адвокатів регіонів надають витя-

ги з Єдиного реєстру адвокатів України за зверненням адвоката або іншої особи. У зв'язку із цим, доцільно внести відповідні зміни і до вказаної правової норми, зазначивши наступне: «За зверненням (письмовим запитом) органів досудового розслідування, прокурора, слідчого судді або суду, щодо підтвердження дійсності свідоцтва на право зайняття адвокатською діяльністю і внесення відповідних відомостей до Єдиного реєстру адвокатів України, у зв'язку із участю адвоката у кримінальному провадженні, Рада адвокатів України і відповідні ради адвокатів регіонів надають письмову відповідь (письмовий витяг з Єдиного реєстру адвокатів України) негайно».

Водночас, зазначимо, що документально підтверджений факт зупинення або припинення права на зайняття адвокатською діяльністю (зупинення дії свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю або його анулювання) в порядку, передбаченому законом є підставою для відводу захисника (п. 2 ч. 2 ст. 78 КПК), який вирішується у порядку передбаченому статтями 81 та 83 КПК.

Потребує дослідження і п. 2 ч. 1 ст. 50 КПК щодо підтвердження повноважень захисника ордером, договором із захисником або дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги. Законодавець не вказує на обов'язковість письмової форми договору, хоча на практиці така форма договору із захисником є обов'язковою з моменту фактичного надання правової допомоги. За загальним правилом, визначеним ст. 51 КПК, договір із захисником має право укласти особа, передбачена в ч. 1 ст. 45 КПК, а також інші особи, які діють у її інтересах, за її клопотанням або за її наступною згодою. Адже яким чином може укласти договір із захисником особа, яка, наприклад, перебуває під вартою, при цьому щодо якої виконано слідчим вимоги ч. 1 ст. 48 КПК, тобто надано допомогу у встановленні зв'язку із захисником або особами, які можуть запросити захисника, або надано можливість використати засоби зв'язку для запрошення захисника. Виходячи з цього виникає питання, щодо можливості попереднього укладення так званого «усного договору» з використанням засобів телефонного або електронного зв'язку.

Відповідно до ст. 26 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» документами, що посвідчують повноваження адвоката на надання правової допомоги, можуть бути: договір про надання правової допомоги; довіреність; ордер; доручення органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги. При цьому, відповідно до ст. 27 цього Закону договір про надання правової допомоги укладається в письмовій формі, як виключення договір про надання правової допомоги може вчинятися усно у випадку якщо клієнт невідкладно потребує надання правової допомоги, а укладення письмового договору за конкретних обставин є неможливим – з подальшим укладенням договору в письмовій формі протягом трьох днів, а якщо для цього існують об'єктивні перешкоди – у найближчий можливий строк. На наш погляд, таке положення має бути відображено й у ст. 51 КПК, у такій формі: «Як виняток, договір із захисником може вчинятися усно за умови, якщо затримана особа чи особа, яка тримається під вартою вислови-

ла вимогу, щодо особистого залучення захисника і така правова допомога потребується негайно, а конкретні обставини унеможливають укладення письмового договору. Про факт укладення усного договору про надання правової допомоги захисник негайно письмово повідомляє слідчого, прокурора, слідчого суддю або суд, який здійснює кримінальне провадження. Договір із захисником про правову допомогу у письмовій формі має бути укладений протягом трьох днів, а якщо для цього існують об'єктивні перешкоди – у найближчий можливий строк».

При усному укладенні договору про правову допомогу адвокату слід враховувати й вимоги ст. 28 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», щодо підстав для відмови в укладенні договору про надання правової допомоги, які не зовсім узгоджуються з положеннями ч. 4 ст. 47 КПК.

Висновки. Зазначене свідчить про те, що реформування інституту захисту у кримінальному провадженні відповідно до нового КПК відповідає положенням § 3 (с) статті 6 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. і § 3 (d) ст. 14 ч. 3 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права 1966 р., а також реалізує положення Концепції реформування кримінальної юстиції, відповідно до розд. II, якої захисник (представник) має обиратися підозрюваним, обвинуваченим, потерпілим, як правило, з числа адвокатів, а органи досудового розслідування, державний обвинувач і суд мають бути позбавлені процесуальних можливостей втручатися у вибір захисника та перешкоджати його участі у справі [4]. Проте окремі положення нового КПК, щодо участі захисника у кримінальному провадженні потребують подальшого обговорення на шпальтах наукової періодики за участю провідних вчених-процесуалістів та адвокатів-практиків, нормативного вдосконалення та додаткового тлумачення відповідних норм чинного КПК з метою забезпечення якісної та своєчасної реалізації права на захист особи у сфері кримінально-процесуальних правовідносин.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Кримінальний процесуальний кодекс України. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України: Закон України: чинне законодавство з 19 листопада 2012 року: (Офіц. текст). – К. : ПАЛИВОДА А.В., 2012. – 382 с. – (Кодекси України).

2. Кримінально-процесуальний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 8 верес. 2011 р.: (Офіц. текст). – К. : ПАЛИВОДА А.В., 2011. – 264 с. – (Кодекси України).

3. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>.

4. Концепція реформування кримінальної юстиції України: Затверджена Указом Президента України від 8 квітня 2008 року № 311/2008: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://w1.c1.rada.gov.ua>.

5. Пояснювальна записка до проекту Кримінального процесуального кодексу України: (реєстр. № 9700 від 13.01.2012, розроблений робочою групою з питань реформування кримінального судочинства, яка утворена Указом Президента

України від 17.08.2010 р. № 820): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_2?pf3516=9700&skl=7.

6. Головацький І.Ю. Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесі. Навч. посібник. / І.Ю. Головацький. – К. : Атіка, 2003. – 352 с.

7. Гончаренко В.Г. Цитата до відео лекції «Деякі концептуальні новели нового кримінального процесуального законодавства України» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://kpk.uinfo/pro_goncharenko.html#prettyPhoto.

8. Зейкан Я.П. Захист у кримінальній справі: Наук. – практ. посіб. / Я.П. Зейкан. – К. : Вища шк., 2002. – 271 с.

9. Титов А.М. Основні принципи та особливості участі захисника на досудовому слідстві: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 (Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза): Донецький юрид. ін-т. – Донецьк, 2005. – 232 с.

10. Хмелевська Н.В. Поняття гарантій забезпечення правової допомоги громадян в Україні / Н.В. Хмелевська // Вісник Академії адвокатури України. – 1(20) 2011. – С. 105-108.

11. Хмелевська Н.В. Розмежування понять «правова допомога» та «юридична допомога» як основа цілісної системи правової допомоги / Н.В. Хмелевська // Вісник Академії адвокатури України. – 3(25) 2012. – С. 143-149.

12. Яновська О.Г. Змагальність як засада кримінального провадження за новим Кримінальним процесуальним кодексом України: Тези виступу: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://nsj.gov.ua/training/judges/kpk4/>.

Алієв Г.З., Самодіна О.О., Самодін А.В. Окремі аспекти залучення захисника у кримінальне провадження за новим кримінальним процесуальним законодавством України

У статті розглянуто теоретичні та практичні аспекти залучення захисника за новим кримінальним процесуальним законодавством України, а також сформульовані окремі пропозиції щодо його вдосконалення.

Ключові слова: забезпечення права на захист, участь захисника у кримінальному провадженні, захисник, адвокат, Єдиний реєстр адвокатів України.

Алиев Г.З., Самодина Е.А., Самодин А.В. Отдельные аспекты привлечения защитника в уголовное производство по новому уголовному процессуальному законодательству Украины

В статье рассматриваются теоретические и практические аспекты привлечения защитника по новому уголовному процессуальному законодательству Украины, а также сформулированы отдельные предложения касательно его усовершенствования.

Ключевые слова: обеспечение права на защиту, участие защитника в уголовном производстве, защитник, адвокат, Единый реестр адвокатов Украины.

Aliiev H.Z., Samodina O.O., Samodin A.V. Aspects of defender involvement practice in a criminal procedure in the context of the new criminal procedure legislation of Ukraine

In the article the theoretical and practical aspects of bringing in of defender are examined on the new criminal judicial statute of Ukraine, and also separate suggestions are set forth concerning his improvement.

Keywords: providing of right of defenses, participating of defender in a criminal production, defender, advocate, Single register of advocates of Ukraine.

Стаття надійшла до редакції 17.02.2013 р.

КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНА ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ЗАПОБІЖНИХ ЗАХОДІВ В АСПЕКТІ ПРИЙНЯТТЯ НОВОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

М.І. Карпенко

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права та процесу
ВНЗ «Національна академія управління»,
полковник юстиції запасу*

М.В. Самойлов

*студент 4 курсу юридичного факультету
ВНЗ «Національна академія управління»*

Постановка проблеми. Відповідно до статті 3 Конституції України людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави [1, с. 5]. Для того, щоб забезпечення виконання державою положень, закріплених в Основному Законі стало більш ефективнішим, було розроблено та прийнято 13 квітня 2012 р. Верховною Радою України Кримінальний процесуальний кодекс України, який набрав чинності 20 листопада того ж року.

Стаття 1 Конституції України зазначає, що Україна є суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова держава [1, с. 5]. Президент України Віктор Янукович зазначив: «Одним із найважливіших напрямів розвитку України як правової держави є охорона громадян та суспільства від кримінальних правопорушень і формування правоохоронної політики на засадах демократії, гуманізму та ефективності. Досягнення зазначених цілей неможливе без наявності законодавчої бази, яка відповідає сучасним стандартам у сфері захисту прав людини [4]. Генеральний прокурор України Віктор Пшонка переконаний, що: «Прийняття нового Кримінального процесуального кодексу є визначною подією та основою реформування кримінальної юстиції в Україні. Усі його положення спрямовані на досягнення одного з основних завдань кримінального судочинства – захист прав, свобод та законних інтересів учасників процесу. Новий КПК передбачає застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою лише у виняткових випадках [6, с. 12-13]. Для того, щоб застосувати такий запобіжний захід слідчий за погодженням з прокурором або прокурор у клопотанні про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою повинні обґрунтувати та довести слідчому судді, що застосування інших запобіжних заходів не зможе забезпечити належної поведінки підозрюваного [7, с. 84].

Заглянувши в історію реформування кримінальної юстиції, варто звернути увагу на те, що зміни, які були внесені до КПК України 21 червня 2001 р.,

запровадили новий порядок обрання щодо підозрюваного, обвинуваченого запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. До цього право обрати такий запобіжний захід належало прокуратурі, то після змін – це компетенція виключно судів [9, с. 66; 10, с. 8]. З огляду на це, можна констатувати, що питання ефективного забезпечення дотримання права кожної людини на свободу та особисту недоторканність в кримінальному судочинстві почалось реалізовуватись ще в 2001 р. Адже, відповідно до ст. 29 Конституції України ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом [1, с. 11]. Так, згідно із ст. 9 Основного Закону чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Загальна декларація прав людини і громадянина, Європейська конвенція про захист прав людини та основоположних свобод, Міжнародний пакт про громадянські та політичні права, Мінімальні стандартні правила ООН поводження з в'язнями, Кодекс поведінки посадових осіб по підтриманню правопорядку – це міжнародні документи, в яких закріплено стандарти забезпечення права на свободу та особисту недоторканність у сфері кримінального судочинства [10, с. 10].

Такий вид забезпечення кримінального провадження як запобіжні заходи в цілому та, зокрема, тримання під вартою не містять в собі факторів покарання та ставлення держави до затриманої особи як до злочинця. Конституційний Суд України також поділяє цю думку: «За правовою природою запобіжні заходи до підозрюваного, обвинуваченого не є кримінальним покаранням» [11, с. 12]. Це твердження є вірним, оскільки в Україні діє презумпція невинуватості, де відповідно до ст. 62 Конституції України особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду [1, с. 22]. Перелік запобіжних заходів є вичерпним, тобто застосування інших запобіжних заходів, які не передбачені законом заборонено.

На думку доктора юридичних наук Матвійчука В.К.: «Запобіжні заходи – це способи примусового впливу на обвинуваченого або на підозрюваного, щоб запобігти такій їхній поведінці, яка може перешкодити досягненню завдань кримінального судочинства, тобто встановленню обставин справи, правильному застосуванню закону, покаранню винних, запобіганню притягнення до кримінальної відповідальності невинуватих осіб і засудженню осіб винних у вчиненні того чи іншого злочину» [5, с. 181]. В.Я. Тацій, В.П. Пшонка, А.В. Портнов стверджують: «Запобіжні заходи – це заходи забезпечення кримінального провадження, застосування яких супроводжується обмеженням конституційних прав і свобод осіб, які підозрюються (обвинувачуються) у вчиненні кримінальних правопорушень. Ці обмеження стосуються свободи пересування та вільного вибору місця перебування» [4, с. 452]. Оскільки здійснення кримінального провадження неможливе без інституту запобіжних заходів та той факт, що застосування запобіжних заходів забезпечує ефективне, якісне та повне проведення такого провадження, продовжуючи розпочатий реформістський напрям

на гуманізацію кримінального провадження, законодавець оптимізував систему запобіжних заходів крізь призму європейських стандартів. Він виключив із системи запобіжних заходів підписку про невиїзд, поруку громадської організації або трудового колективу, нагляд командування військової частини. В свою чергу, додав нові запобіжні заходи, про які тільки чули з європейської практики, — особисте зобов'язання та домашній арешт [8, с. 4].

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Такі загальні для всіх запобіжних заходів категорії як поняття запобіжних заходів, їх специфічні правові властивості, підстави застосування або тільки окремі види неізоляційних запобіжних заходів досліджувалися в працях таких науковців: І.А. Богова, В.П. Бож'єва, Є.Г. Васильєва, А.В. Величка, В.Г. Гончаренка, П.В. Гридюшка, Ю.М. Грошевого, Т.В. Данченка, З.Д. Єнікеєва, О.В. Капліна, Є.Г. Коваленка, Л.М. Лобойка, П.І. Люблінського, В.Т. Маляренка, О.В. Медведєва, Р.І. Мельника, О.Р. Михайленка, В.А. Михайлова, М.М. Михеєнка, В.Т. Нора, І.В. Овсянникова, Ю.Г. Овчинникова, В.В. Онопенка, І.Л. Петрухіна, П.П. Пилипчука, О.П. Рижакова, В.В. Рожнова, В.В. Скворцова, В.В. Сташиса, Н.В. Ткачова, О.М. Толочка, І.Л. Трунова, В.І. Чорнобука, В.П. Шибіка, І.С. Яковця та ін.

Метою статті є аналіз та порівняння положень Кримінально-процесуального кодексу України 1960 р. та Кримінального процесуального кодексу України 2012 р. в частині застосування такого виду забезпечення кримінального провадження як запобіжні заходи.

Основні результати дослідження. Для того, щоб більш детальніше здійснити кримінально-процесуальну правову характеристику запобіжних заходів, ми вважаємо за необхідне проаналізувати постатейно норми двох нормативно-правових актів: Кримінально-процесуального кодексу України 1960 р. та Кримінального процесуального кодексу України 2012 р. у частині запобіжних заходів.

Відповідно до ст. 148 Кримінально-процесуального кодексу України (далі – КПК 1960 р.) запобіжні заходи застосовувалися до підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого з метою запобігти спробам ухилитися від дізнання, слідства або суду, перешкодити встановленню істини у кримінальній справі або продовжити злочинну діяльність, а також для забезпечення виконання процесуальних рішень [2, с. 90]. Відповідно до ч. 1 ст. 177 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК 2012 р.) метою застосування запобіжного заходу є забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього процесуальних обов'язків, а також запобігання спробам: 1) переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду; 2) знищити, сховати або створити будь-яку із речей чи документів, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення; 3) незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого, експерта, спеціаліста у цьому ж кримінальному провадженні; 4) перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином; 5) вчинити інше кримінальне правопорушення чи продовжити кримінальне правопорушення, у якому підозрюється, обвинувачується [3, с. 94-95]. Як ми бачимо,

законодавець в новому КПК більш детально систематизував та розширив мету застосування запобіжного заходу. Такий підхід дає змогу практичним працівникам правоохоронних органів, суддям та суду краще розуміння для чого застосовується запобіжний захід та виключити випадки неповного та неправильного тлумачення норм КПК України. Що стосується підстав застосування запобіжного заходу, то в обох кодексах вони майже однакові, але враховуючи те, що було розширено та систематизовано мету їх застосування, то підстави застосування запобіжних заходів в КПК 2012 р. більше охарактеризовано та розширено, бо мета та підстави застосування запобіжного заходу не можуть розглядатись окремо один від одного.

Згідно із ст. 148 КПК 1960 р. запобіжні заходи застосовувалися до підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого. Згідно із ч. 1 ст. 177 КПК 2012 р. метою застосування запобіжного заходу є забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього процесуальних обов'язків. Відбулося скорочення об'єктів застосування запобіжного заходу. Враховуючи те, що за КПК 1960 р. підозрюваний, обвинувачений, підсудний, засуджений – це особи, які були різними за своїм процесуальним статусом, то в КПК 2012 р. є окремо підозрюваний та обвинувачений (підсудний), тобто за новим законодавством особа набуває процесуального статусу обвинуваченого (підсудного) лише у випадку передання обвинувального акту до суду. В новому КПК засуджений вже не є об'єктом застосування запобіжного заходу.

Позитивною новелою є те, що в ч. 3 ст. 176 КПК 2012 р. зазначено, що найбільш м'яким запобіжним заходом є особисте зобов'язання, а найбільш суворим – тримання під вартою [3, с. 94] та те, що відповідно до ч. 1 цієї статті запобіжні заходи розташовані у порядку від найбільш м'якого – особистого зобов'язання – до найбільш суворого – тримання під вартою [4, с. 453]. Таке розмежування з точки зору такого критерію дає можливість застосовувати запобіжні заходи до особи більш ефективно, точно та співрозмірному її підозрінню та обвинуваченню у вчиненні кримінального правопорушення.

У зв'язку з тим, що з'явився новий самостійний суб'єкт кримінальної процесуальної діяльності – слідчий суддя, на якого покладено здійснення судового контролю за дотриманням прав, свобод та законних інтересів осіб у кримінальному провадженні під час здійснення досудового розслідування [12, с. 99], компетенція в частині вирішення питання про обрання всіх, передбачених КПК України запобіжних заходів перейшла виключно до нього. Так, у відповідності із ч. 4 ст. 176 КПК 2012 р. запобіжні заходи застосовуються: під час досудового розслідування – слідчим суддею за клопотанням слідчого, погодженим з прокурором, або за клопотанням прокурора, а під час судового провадження – судом за клопотанням прокурора [3, с. 94]. При цьому, згідно із ч. 6 ст. 132 КПК 2012 р. до клопотання слідчого, прокурора про застосування, зміну або скасування заходу забезпечення кримінального провадження додається витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань щодо кримінального провадження, в рамках якого подається клопотання [3, с. 73]. Це дозволяє суду пересвідчитися у наявності відповідної правової підстави для розгляду клопотання в судовому засіданні [4, с. 371]. Єдиний реєстр досудових розслідувань

(ЄРДР) – це створена за допомогою автоматизованої системи електронна база даних, відповідно до якої здійснюється збирання, зберігання, захист, облік, пошук, узагальнення даних, які використовуються для формування звітності та надання інформації про відомості, внесені до Реєстру. Витяг з ЄРДР – документ про внесення певних відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР або про відсутність таких у ЄРДР, отриманих за параметрами пошуку [4, с. 529-530].

В новому КПК України законодавець розширив перелік обставин, що враховуються при обранні запобіжного заходу та більш детально їх описав. Так, відповідно до ст. 150 КПК 1960 р. при вирішенні питання про застосування запобіжного заходу крім обставин, зазначених у статті 148 цього Кодексу, враховувалися тяжкість злочину, у вчиненні якого підозрювалася, обвинувачувалася особа, її вік, стан здоров'я, сімейний і матеріальний стан, вид діяльності, місце проживання та інші обставини, що її характеризували [2, с. 91]. Здійснивши елементарні арифметичні операції, можна сказати, що таких обставин було 7, а також частина речення «інші обставини, що її характеризують». В даному випадку, на нашу думку, є незрозумілим така частина речення, і що потрібно розуміти під «іншими обставинами». Положення КПК 2012 р., що стосується обставин, що враховуються при обранні запобіжного заходу містить крім наявності ризиків, зазначених у статті 177 цього Кодексу, 11 таких обставин, перелік яких є вичерпним, зокрема: 1) вагомість наявних доказів про вчинення підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення; 2) тяжкість покарання, що загрожує відповідній особі у разі визнання підозрюваного, обвинуваченого винуватим у кримінальному правопорушенні, у вчиненні якого він підозрюється, обвинувачується; 3) вік та стан здоров'я підозрюваного, обвинуваченого; 4) міцність соціальних зв'язків підозрюваного, обвинуваченого в місці його постійного проживання, у тому числі наявність в нього родини й утриманців; 5) наявність у підозрюваного, обвинуваченого постійного місця роботи або навчання; 6) репутацію підозрюваного, обвинуваченого; 7) майновий стан підозрюваного, обвинуваченого; 8) наявність судимостей у підозрюваного, обвинуваченого; 9) дотримання підозрюваним, обвинуваченим умов застосованих запобіжних заходів, якщо вони застосовувалися до нього раніше; 10) наявність повідомлення особі про підозру у вчиненні іншого кримінального правопорушення; 11) розмір майнової шкоди, у завданні якої підозрюється, обвинувачується особа, або розмір доходу, в отриманні якого внаслідок вчинення кримінального правопорушення підозрюється, обвинувачується особа, а також вагомість наявних доказів, якими обґрунтовуються відповідні обставини [3, с. 95].

В двох нормативно-правових актах має місце запобіжний захід у вигляді особистої поруки. Порівнявши та проаналізувавши диспозиції ст. 152 КПК 1960 р. та ст. 180 КПК 2012 р., ми дійшли висновку, що вони мають суттєву різницю. По-перше, зміст ст. 180 КПК 2012 р. є значно ширшим та детальнішим в порівнянні з аналогічною статтею Кодексу 1960 р. По-друге, нова норма закріпила коло обов'язків, які покладаються на підозрюваного, обвинуваченого за виконання яких особа поручилася (ст. 194 КПК 2012 р.), що не закріпле-

но в ст. 152 КПК 1960 р. По-третє, положення Кодексу 1960 р. передбачало, що число поручителів не може бути менше двох, на відміну від нового законодавства, де зазначено, що наявність одного поручителя може бути визнано достатньо лише в тому разі, коли ним є особа, яка заслуговує на особливу довіру [2, с. 91; 3, с. 96]. Відразу виникає цілком логічне запитання: яка різниця між довірою та особливою довірою. Так, під особливою довірою до особи розуміється те, що вона користується авторитетом у суспільстві, раніше належним чином виконувала роль поручителя тощо [4, с. 461]. По-четверте, у відповідності з Кодексом 1960 р., якщо поручитель не виконував зобов'язання, які на нього поклалися, то на нього могло бути накладене грошове стягнення до 200 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян [2, с. 91]. В новому ж Законі відбулася градація суми грошового стягнення, яке може бути накладено на поручителя залежно від ступеня тяжкості кримінального правопорушення. Так, згідно із ч. 5 ст. 180 КПК 2012 р. у разі невиконання поручителем взятих на себе зобов'язань на нього накладається грошове стягнення в розмірі: 1) у провадженні щодо кримінального правопорушення, за вчинення якого передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк не більше трьох років, або інше, більш м'яке покарання, – від двох до п'яти розмірів мінімальної заробітної плати; 2) у провадженні щодо злочину, за вчинення якого передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк від трьох до п'яти років, – від п'яти до десяти розмірів мінімальної заробітної плати; 3) у провадженні щодо злочину, за вчинення якого передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк від п'яти до десяти років, – від десяти до двадцяти розмірів мінімальної заробітної плати; 4) у провадженні щодо злочину, за вчинення якого передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк понад десять років, – від двадцяти до п'ятдесяти розмірів мінімальної заробітної плати [3, с. 96].

Після прийняття нового Закону застава залишилася в системі запобіжних заходів, але зазнала кардинальних змін. В КПК 1960 р. застава полягала у внесенні грошей чи передачі інших матеріальних цінностей, а в КПК 2012 р. – лише у внесенні коштів у грошовій одиниці України. Тобто законодавець виключив можливість передачі матеріальних цінностей у вигляді застави. Також було збільшено межі розміру застави, що визначається залежно від ступеня тяжкості кримінального правопорушення. Відповідно до ст. 154-1 КПК 1960 р. межі розміру застави становили від 50 до 1000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, враховуючи те, що розмір застави не міг бути меншим розміру цивільного позову, обґрунтованого достатніми доказами [2, с. 92]. Згідно із ч. 5 ст. 182 нового Кодексу розмір застави має межі від 1 до 300 розмірів мінімальної заробітної плати залежно від ступеня тяжкості злочину, в якому особу підозрюють чи обвинувачують, а також у виключних випадках, якщо слідчий суддя, суд встановить, що застава у зазначених межах не здатна забезпечити виконання особою, що підозрюється, обвинувачується у вчиненні тяжкого або особливо тяжкого злочину, покладених на неї обов'язків, застава може бути призначена у розмірі, який перевищує 80 чи 300 розмірів мінімальної заробітної плати відповідно [3, с. 98]. Збільшення меж розміру застави, на нашу думку, є прогнотозованим та буде ефективним чинником фор-

мування державного бюджету, запобіжним засобом в разі, якщо особа надумає не виконати покладені на неї обов'язки.

В новій редакції КПК України формально відсутній запобіжний захід у вигляді взяття під варту, а має місце тримання під вартою. На перший погляд, здається, що різниця тільки в зміні назви, але це не так, оскільки ці водночас однакові запобіжні заходи є різними за своєю сутністю. Відповідно до ч. 1 ст. 183 КПК 2012 р. тримання під вартою є винятковим запобіжним заходом, який застосовується виключно у разі, якщо прокурор доведе, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів не зможе запобігти ризикам, передбаченим ст. 177 цього Кодексу [3, с. 99-100]. Тобто законодавець зобов'язав прокурора доводити слідчому судді, що в кожному окремому випадку потрібно застосувати саме цей запобіжний захід, чого немає в Кодексі 1960 р. Відповідно до ст. 155 КПК 1960 р. взяття під варту як запобіжний захід застосовувався в справах про злочини, за які законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк понад 3 роки. У виняткових випадках цей запобіжний захід міг бути застосований в справах про злочини, за які законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі і на строк не більше 3 років [2, с. 93]. Такий критерій при застосуванні такого запобіжного заходу, на нашу думку, є недоцільним, оскільки Кримінальний кодекс України містить більшу частину складів злочинів, в яких є вид і міра покарання у вигляді позбавлення волі на строк понад 3 роки. А також те, що особа, яка підозрюється у вчиненні економічного злочину за положенням КПК 1960 р. повинна сидіти в слідчому ізоляторі чи ізоляторі тимчасового тримання. Це є неправильним, оскільки така особа не становить прямої небезпеки чи загрози для населення. Нехай вносить кошти у вигляді застави і перебуває на волі, допомагаючи в розслідуванні кримінального правопорушення. В підтвердження цього можна також звернути увагу на нещодавно комуніковану Уряду України справу Охріменко проти України, в якій запобіжний захід взяття під варту застосували до обвинуваченого в умисному вбивстві, який вже на момент затримання мав четверту стадію раку нирок із метастазами в легенях, тобто страждав від нестримного болю і майже був нерухливим. Після того, як Європейський Суд застосував правила ст. 39 Регламенту Суду (термінові заходи), його перевели із СІЗО до лікарні. З огляду на це, можна зробити висновок, що застосування такого суворого запобіжного заходу до особи, яка не є суспільно небезпечною та її фізична неспроможність не може перешкоджати встановленню істини по справі є неприпустимим і становить собою порушення прав і свобод людини та громадянина. В новому Кодексі законодавець визначив вичерпний перелік випадків за яких запобіжний захід у вигляді тримання під вартою може бути застосовано. Так, відповідно до ч. 2 ст. 183 КПК 2012 р. запобіжний захід у вигляді тримання під вартою не може бути застосований, окрім як: 1) до особи, яка підозрюється або обвинувачується у вчиненні злочину, за який законом передбачено основне покарання у виді штрафу в розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, — виключно у разі, якщо прокурором, крім наявності підстав, передбачених ст. 177 цього Кодексу, буде доведено, що підозрюваний, обвинувачений не виконав обов'язки, покладені на нього при

застосуванні іншого, раніше обраного запобіжного заходу, або не виконав у встановленому порядку вимог щодо внесення коштів як застави та надання документа, що це підтверджує; 2) до раніше судимої особи, яка підозрюється або обвинувачується у вчиненні злочину, за який законом передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк до трьох років, виключно у разі, якщо прокурором, крім наявності підстав, передбачених ст. 177 цього Кодексу, буде доведено, що перебуваючи на волі, ця особа переховувалася від органу досудового розслідування чи суду, перешкоджала кримінальному провадженню або їй повідомлено про підозру у вчиненні іншого злочину; 3) до раніше не судимої особи, яка підозрюється чи обвинувачується у вчиненні злочину, за який законом передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк до п'яти років, — виключно у разі, якщо прокурором, крім наявності підстав, передбачених ст. 177 цього Кодексу, буде доведено, що перебуваючи на волі, ця особа переховувалася від органу досудового розслідування чи суду, перешкоджала кримінальному провадженню або їй повідомлено про підозру у вчиненні іншого злочину; 4) до раніше не судимої особи, яка підозрюється або обвинувачується у вчиненні злочину, за який законом передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк понад п'ять років; 5) до раніше судимої особи, яка підозрюється або обвинувачується у вчиненні злочину, за який законом передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк понад три роки; 6) до особи, яку розшукують компетентні органи іноземної держави за кримінальне правопорушення, у зв'язку з яким може бути вирішено питання про видачу особи (екстрадицію) такій державі для притягнення до кримінальної відповідальності або виконання вироку, в порядку і на підставах, передбачених розд. IX цього Кодексу або міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України [3, с. 100].

У зв'язку з реформуванням кримінальної юстиції було скорочено строки тримання під вартою. Так, згідно із ст. 156 КПК 1960 р. тримання під вартою під час досудового розслідування не повинно тривати більше двох місяців. У випадках, коли у строк, передбачений частиною першою цієї статті, розслідування справи закінчити неможливо, а підстав для скасування чи заміни запобіжного заходу на більш м'який немає, він міг бути продовжений:

1) до чотирьох місяців – за поданням, погодженим з прокурором, який здійснює нагляд за додержанням законів органами дізнання і досудового слідства, або самим цим прокурором, суддею того суду, який виніс постанову про застосування запобіжного заходу; 2) до дев'яти місяців – за поданням, погодженим з заступником Генерального прокурора України, прокурором Автономної Республіки Крим, області, міст Києва і Севастополя та прирівняних до них прокурорів, або самим цим прокурором у справах про тяжкі і особливо тяжкі злочини, суддею апеляційного суду; 3) до вісімнадцяти місяців – за поданням, погодженим з Генеральним прокурором України, його заступником, або самим цим прокурором в особливо складних справах про особливо тяжкі злочини, суддею Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ [2, с. 94]. Як ми бачимо, максимальний строк тримання під вартою дорівнював 18 місяцям. Відповідно до ч. 1,3 ст. 197 КПК

2012 р. строк дії ухвали слідчого судді, суду про тримання під вартою або продовження строку тримання під вартою не може перевищувати шістдесяті днів. Строк тримання під вартою може бути продовжений слідчим суддею в межах строку досудового розслідування в порядку, передбаченому цим Кодексом. Сукупний строк тримання під вартою підозрюваного, обвинуваченого під час досудового розслідування не повинен перевищувати:

1) шести місяців – у кримінальному провадженні щодо злочинів невеликої або середньої тяжкості; 2) дванадцяти місяців – у кримінальному провадженні щодо тяжких або особливо тяжких злочинів [3, с. 110]. Така зміна пов'язана із скороченням строків досудового розслідування.

Впровадження нового запобіжного заходу викликало велику кількість думок з цього приводу. Особисте зобов'язання – це запобіжний захід, що полягає в покладенні на підозрюваного, обвинуваченого зобов'язання виконувати покладені на нього слідчим суддею, судом обов'язки: 1) перебувати до визначеної службової особи із встановленою періодичністю; 2) не відлучатися із населеного пункту, в якому він зареєстрований, проживає чи перебуває, без дозволу слідчого, прокурора або суду; 3) повідомляти слідчого, прокурора чи суд про зміну свого місця проживання та/або місця роботи; 4) утримуватися від спілкування з будь-якою особою, визначеною слідчим суддею, судом, або спілкуватися з нею із дотриманням умов, визначених слідчим суддею, судом; 5) не відвідувати місця, визначені слідчим суддею або судом; 6) пройти курс лікування від наркотичної або алкогольної залежності; 7) докласти зусиль до пошуку роботи або до навчання; 8) здати на зберігання до відповідних органів державної влади свій паспорт (паспорти) для виїзду за кордон, інші документи, що дають право на виїзд з України і в'їзд в Україну; 9) носити електронний засіб контролю [3, с. 95-108]. Побутує думка, що запобіжний захід у вигляді підписки про невиїзд виключено і його більше не існує. З формальної точки зору – це саме так, але фактично – ні. Відповідно до ст. 151 КПК 1960 р. підписка про невиїзд полягає у відібранні від підозрюваного або обвинуваченого письмового зобов'язання не відлучатися із зареєстрованого місця проживання чи перебування або з місця тимчасового знаходження без дозволу слідчого [2, с. 91]. Цей обов'язок особи охоплюється КПК 2012 р., а саме запобіжним заходом у вигляді особистого зобов'язання (п. 2 ч. 5 ст. 194 КПК України). Таким чином, лише з формальних міркувань підписка про невиїзд не існує в новому КПК, а фактично вона є складовою частиною особистого зобов'язання. Порівнюючи ці два запобіжні заходи, можна беззаперечно стверджувати, що особисте зобов'язання – це «крок вперед».

У Кримінальному процесуальному кодексі України з'явився новий раніше невідомий вітчизняному законодавству запобіжний захід у вигляді домашнього арешту. Але якщо звернутися до історії, то варто зазначити, що домашній арешт як запобіжний захід існував у Росії ще з часів Статуту кримінального судочинства 1864 р. та КПК УРСР 1922 р. [4, с. 463; 13, с. 18]. Під час науково-практичної конференції «Практичне застосування нового Кримінального процесуального кодексу України», яка відбулася 14 листопада 2012 р. у Національній академії внутрішніх справ, заступник Міністра внутрішніх справ

України – начальник Головного слідчого управління генерал-майор міліції Фаринник В.І. сказав, що кожен рік 35 тисячам особам обирається запобіжний захід у вигляді тримання під вартою. З огляду на це, ми вважаємо, що така кількість осіб є досить великою, адже до половини можна застосувати домашній арешт, що і буде робитися відповідно до вимог нового КПК. На підтвердження цього, за словами Генерального прокурора України Віктора Пшонки, запровадження нового Кримінального процесуального кодексу вже має позитивні результати. Зокрема, переглянуто запобіжні заходи, обрані обвинуваченим, внаслідок чого розвантажено слідчі ізолятори більш ніж на 6 тисяч осіб [14].

Висновки. Застосування запобіжних заходів як виду забезпечення кримінального провадження є одним із основних питань, які виникають в процесі досудового розслідування та судового провадження. Дотримання процесуальної форми під час застосування запобіжних заходів є основною метою. Так у ст. 2 Кримінального процесуального кодексу України йде мова про те, що завдання кримінального провадження полягає в тому, щоб жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура. Тобто захист та охорона прав, свобод та законних інтересів людини і громадянина в кримінальному провадженні на першому плані.

Сутність правової природи запобіжних заходів полягає в тому, що вони є примусовими засобами, які застосовуються до особи, яка ще не визнана винною у вчиненні кримінального правопорушення та згідно з принципом презумпції невинуватості, вважається невинуватою [13, с. 18].

Той факт, що застосування запобіжних заходів в умовах сьогодення є актуальним – свідчать дані Єдиного реєстру досудових розслідувань (ЄРДР). За даними відділу зв'язків із засобами масової інформації Генеральної прокуратури України станом на 27.11.2012 року, до ЄРДР внесено 50064 заяв про кримінальні правопорушення та станом на 20.12.2012 р., до ЄРДР внесено 184301 заяв про кримінальні правопорушення, за якими відкриті кримінальні провадження [15; 16]. Як ми бачимо, через тиждень після набрання чинності Кримінального процесуального кодексу України відкрито вже більше 50 тисяч кримінальних проваджень та упродовж першого місяця дії нового Закону – майже 185 тисяч кримінальних проваджень.

Тим не менш, слідчий суддя як суддя суду першої інстанції, до повноважень якого належить здійснення у порядку, передбаченому КПК України, судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні, – цей той суб'єкт кримінального процесу, від якого залежить під час здійснення досудового розслідування законне, неупереджене та справедливе вирішення питання про застосування запобіжних заходів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Конституція України: Офіц. видання. Станом на 8 жовтня. – К. : Центр учбової літератури, 2010. – 80 с.

2. Кримінально-процесуальний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та доповненнями станом на 5 квітня 2011 р. (ОФІЦ. ТЕКСТ) – К.: Паливода А.В., 2011. – 248 с. – (Кодекси України).

3. Кримінальний процесуальний кодекс України, Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України»: чинне законодавство з 20 листопада 2012 року: (ОФІЦ. ТЕКСТ) – К.: Паливода А.В., 2012. 382 с. – (Кодекси України).

4. 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. редакцією В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова. – Х. : Право, 2012. – 768 с.

5. Науково-практичний коментар до Кримінального-процесуального кодексу України / За заг. ред. Матвійчука В.К. / В.К. Матвійчук, І.О. Харь., – К. : Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2010. – 460 с.

6. Зустріч Генерального прокурора України з Головою Представництва ЄС в Україні // Вісник прокуратури. – 2012. – № 9 – С. 12-13.

7. Коваль П. Новий КПК України – крок до європейських стандартів / П. Коваль // Вісник прокуратури. – 2012. – № 6 – С. 84.

8. Попелюшко В. Запобіжні заходи в новому КПК України: поняття, мета, підстави, порядок та суб'єкти застосування. / В. Попелюшко // Адвокат. – 2012. – № 9. – С. 4.

9. Приміч І. Запобіжний захід – взяття під варту / І. Приміч. // Прокуратура. Людина. Держава. – 2004. – № 6. – С. 66.

10. Губська О. Взяття під варту як запобіжний захід у світлі національного та міжнародного законодавства. / О. Губська // Адвокат. – 2007. – № 3. – С. 8-10.

11. Юджівська Г. Затримання особи та взяття під варту у світлі вимог презумпції невинуватості. / Г. Юджівська. // Адвокат. – 2008. – № 3. – С. 12-20.

12. Дячук С. Особливі процесуальні повноваження слідчого судді у суді першої інстанції за новим КПК України. / С. Дячук. // Юридична наука. – 2012. – № 9. – С. 99.

13. Кучинська О. Домашній арешт як запобіжний захід в кримінально-процесуальному законодавстві. / О. Кучинська. // Адвокат. – 2010. – № 7. – С. 18.

14. Новини. 18.12.2012. СІЗО розвантажено більше ніж на 6 тисяч осіб, – Віктор Пшонка [Електронний ресурс]/ Режим доступу: http://www.gp.gov.ua/ua/news.html?_m=publications&_t=rec&id=114290&fp=11

15. Новини. 27.11.2012. Розпочато вже більше 50 тисяч кримінальних проваджень [Електронний ресурс] / Режим доступу: http://www.gp.gov.ua/ua/news.html?_m=publications&_t=rec&id=113772&fp=51

16. Новини. 20.12.2012. Упродовж першого місяця дії нового КПК відкрито майже 185 тис кримінальних проваджень [Електронний ресурс]/ Режим доступу: http://www.gp.gov.ua/ua/news.html?_m=publications&_t=rec&id=114337&fp=1

Карпенко М.І., Самойлов М.В. Кримінально-процесуальна правова характеристика запобіжних заходів в аспекті прийняття нового Кримінального процесуального кодексу України

У статті на підставі проведеного порівняння та аналізу норм Кримінально-процесуального кодексу України 1960 р. та Кримінального процесуального кодексу України 2012 р. наведено кримінально-процесуальну правову характеристику запобіжних заходів.

Ключові слова: заходи забезпечення кримінального провадження, запобіжні заходи, КПК 1960 р., КПК 2012 р., новий Закон.

Карпенко Н.И., Самойлов Н.В. Уголовно-процессуальная правовая характеристика мер пресечения в аспекте принятия нового Уголовного процессуального кодекса Украины

В статье на основании проведенного сравнения и анализа норм Уголовно-процессуального кодекса Украины 1960 г. и Уголовного процессуального кодекса Украины 2012 г. приведено уголовно-процессуальную правовую характеристику мер пресечения.

Ключевые слова: меры обеспечения уголовного производства, меры пресечения, УПК 1960 г., УПК 2012 г., новый Закон.

Karpenko M.I., Samoilov M.V. Criminal procedural law characteristic of legal restraints in the context of the new Criminal Procedural Code of Ukraine

The article is based on our comparison and analysis of the Criminal Procedure Code of Ukraine in 1960 and the Criminal Procedure Code of Ukraine in 2012 are criminal procedural safeguards legal characteristic.

Keywords: measures of criminal proceedings, precautions, CPC 1960, CPC 2012, the new Law.

Стаття надійшла до редакції 30.01.2013.

OFFICIALS OF THE STATE BORDER GUARD OF UKRAINE AUTHORIZED TO DETAIN PERSONS SUSPECTED IN COMMITMENT OF A CRIME

Y.B. Kuryliuk

*Competitor of Chair of Criminal law and procedure
of the National Academy of Management
Kyiv, Ukraine*

Problem. On the 20-th of November, 2012 the Criminal Procedural Code of Ukraine (hereafter as CPC of Ukraine) [1], adopted the same year on the 13-th of April, came into force, which made large changes to the order of realization of the criminal proceeding in Ukraine.

The main task of the criminal proceeding is determined: human, society and State protection from criminal offences, protection of rights and freedoms and State interests of participants of the criminal proceeding as well as providing speedy, full and impartial investigation and trial in order to provide that every person who committed a criminal offence has been brought to the responsibility according to its guilt, any innocent has not been accused or convicted, no person has been subjected to unjustified procedural coercion and to provide that respective legal procedure has been used to every participant of the criminal proceeding.

In accordance with the Constitution of Ukraine [2] the highest social value is inviolability of human being and human rights and freedoms, its guarantee determine the content and direction of the State activity. The Article 29 of the Main Law also covers that that no one shall be arrested or held in custody other than pursuant to a substantiated court decision and only on the grounds and in the manner prescribed by law. In the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 [3] an exhaustive list of reasons is determined, which afford grounds for deprivation of liberty, such as bringing a person before the competent judicial authority if any reasonable suspicion in committing an offense by this person; if the person reasonably consider that it necessary to prevent a committing an offense; preventing the escape of the person after the commission of the offense. Taking into account the mentioned provisions the legislator slightly changed the procedure of detention of a person on suspicion of committing a crime.

The purpose of the article is determination of the scope of persons, authorized to detain a person suspected in committing a crime as well as an order of their actions in the light of requirements of the new CPC of Ukraine.

Analysis of recent research and publications. Institution of detention of a person, suspected in commitment of a crime, long ago exist in the criminal procedure, attention to determination of its distinctions is paid by such scientists as V. Goncharenko, S. Zaika, V. Maliarenko, V. Matviychuk, M. Mikheienko, V. Nor, V. Tertyshnyk, O. Tyshchenko, V. Shybiko and many others. Studying a problem

of implementation of this measure of proving the criminal proceeding within new legislation is started by V. Popeliushko, S. Soroka, O. Tatarov, V. Farynnyk and others.

Key research findings. Due to content of the Articles 176, 208–211 of the CPC of Ukraine the detention of a person, suspected in committing a crime, is a temporary measure of restriction which has a number of such distinctions.

I. Detention, which can be carried out without decision of an investigative judge or court.

In accordance with point 1, Article 207 CPC of Ukraine nobody can be detained without decision of an investigative judge, court, excluding cases, covered by the CPC of Ukraine. Full list of cases, under which a person may be detained on suspicion of committing a crime, covered by the Article 208 of the CPC of Ukraine and provides the following two main groups of vestiges:

1) Vestige that proceed from the sanction of a crime in committing which the person is suspected:

– the punishment in the form of deprivation of liberty is fixed in the sanction of the Article of the Criminal Code of Ukraine (hereinafter referred to as the CC of Ukraine);

– the main punishment in the form of penalty in the size of more than three thousand non-taxable income, only if the suspected person has not fulfilled obligations imposed on him during electing the previous measure of restriction, is fixed in the sanction of the Article of the CC of Ukraine.

2) Vestige of reflex of criminal actions of a person:

– a person is caught during the commission of a crime or attempt to commit it;

– immediately after the committing a crime a witness, including the victim, or a set of obvious signs on the body, clothes or scene indicate that especially this person has just committed a crime.

II. Detention could not be more than 72 hours.

A person detained on suspicion on committing a crime without a decision of an investigative judge or court can't be detained more than 72 hours from the moment when he/she by force or because of conquest to the order is bound to stay near the authorized official or in the areas, designated by the authorized official.

Also it is necessary to take into account that such a person no later that in 60 hours from the moment of the detention, has to be brought to the investigative judge or court for election of an respective measure of restriction. In case if this bringing is not carried out because of reasons, for example: uncomfoting of suspicion of the person in committing a crime or information on suspicion is not registered in the Consistent register of pre-trial investigation, a person has to be released. In this content it is not possible to agree with a point of view of O. Tatarov that such release has to be carried out by the reasoned decree of the investigator or prosecutor [4, p. 521]. After the ending of 60 hours term of detention in accordance with the requirement of the point 3 of the Article 212 of the CPC of Ukraine a person, who is responsible for detention of the detained person, is obliged to release

this detained person after the end of the ground of the detention or expiration of term of detention. Because of it in this case the decree of the investigator or prosecutor is not necessary condition for release of a person.

III. Detention is carried out by the authorized official.

In accordance with the point 3 of the Article 207 of the CPC of Ukraine it is strictly determined that authorized official is a person, who is by the law given a right to carry out detention of a person. With a view of it the thought of S. Soroka that legislator does not give a definition on who is an authorized official, is mistaken [5, p. 153]. Also it is not possible to agree with a point of view of O. Tatarov that authorized officials are representatives of the such law-enforcement agencies as the State Customs Service of Ukraine, the State Penitentiary Service of Ukraine [4, p. 516], so as these authorities are given a right to detain persons especially because of committing an administrative offense.

The analysis of the Ukrainian legislation is showed that nowadays a right to detain a person, who under suspicion in committing a crime, is given only to the State Border Guard of Ukraine as well as to the authorities of the pre-trial investigation. So to the police, in order to fulfill its duties, is given a right to detain and to held in specially designated areas for that persons, suspected in committing a crime, covered by the point 5 of the Article 11 of the Law of Ukraine "On Police" [6]. A right to detain persons who committed offenses covered by the Article 350.2 of the Tax Code of Ukraine [7] and is given to respective officials of the tax police. A right to prevent a crime, prosecute and detain persons who suspected in its commitment is given to the Security Service of Ukraine, its bodies and representatives, covered by the point 6 of the Article 25 of the Law of Ukraine "On Security Service of Ukraine" [8].

Concerning the authorized officials of the State Border Guard – a right to detain persons who committed crimes and are subject to criminal responsibility according to the Ukrainian legislation with further transferring these persons to the authorities of pre-trial investigation, is determined by the point 5 of the Article 28 of the Law of Ukraine "On State Border of Ukraine" [9].

With the aim to determine an order of actions of the officials of the bodies (subdivisions) of guarding of the State border during detention of persons, suspected in committing a crime without a decision of an investigative judge or court as well as to determine an order of further cooperation of bodies (subdivisions) of guarding of the State border with authorities of pre-trial investigation in the State Border Guard of Ukraine, the Instruction on an order of such actions is considered. This Instruction is validated by the Order of the Administration of the State Border Guard of Ukraine dated 14.11.2012 № 931 and is registered in the Ministry of justice of Ukraine on the December 5, 2012, № 2033/22345 [10]. It is necessary to note that the Instruction is approved by the Prosecutor General's Office of Ukraine, Ministry of Interior of Ukraine and Security Service of Ukraine. This regulatory legal act fills some legislative gaps concerning an order and grounds of detention during carrying out guarding of the State border by the staff of the State Border Guard of Ukraine of persons, who are suspected in committing a crime.

Particularly, the Instruction specifies that border guard has rights to detain persons suspected in committing crimes in the sphere of guarding of the State border. To our mind such crimes could be smuggling (Article 201 of the CC of Ukraine), smuggling of narcotics, psychotropic substances or their analogues or precursors (Article 305 of the CC of Ukraine), the use of a knowingly forged document (point 4 Article 358 of the CC of Ukraine) and illegal movement of persons across the state border of Ukraine (Article 332 of the CC of Ukraine) as well as in a sort human trafficking in human beings and other illegal transfer deals in respect of a human being (Article 149 of the CC of Ukraine). But it is necessary to underline that detention of a person for committing a crime, covered by the point 4 of the Article 358 of the CC of Ukraine, on the base of the Article 208 of the CPC of Ukraine is not possible because of the sanction of this Article which does not cover deprivation of liberty.

Also the officials who authorized to conduct the detention of the suspected persons in the committing a crime are concentered in the Instruction. Such persons, excluding the operative workers to which this right is given by the CPC of Ukraine, are determined: officials of a body (subdivision) of guarding of the State border which directly fulfill a task on guarding of the State border of Ukraine.

Herewith in accordance with the requirement of the Article 104 and point 5 of the Article 208 of the CPC of Ukraine a right to execute a process-verbal have the officials are determined by the head of the division of the Border Guard among the officer or sergeant corps.

In less than two months of the new CPC of Ukraine more than 100 notifications on fact of finding and termination of criminal offenses (crimes) on the state border, among them more than 70 % with detention of a person, have been sent by the bodies and subdivisions for guarding State borders of Ukraine.

Conclusions. Taking into account the aforesaid, it is possible to make a conclusion that authorized officials, which have a right to detain persons, suspected in commitment a crime, are officials of the Security Service of Ukraine, Ministry of Interior of Ukraine, State Tax Service of Ukraine and Border Guard of Ukraine.

Making conclusion we underline that Border Guard of Ukraine, in spite of some changes in the legal field, continues to fulfill one of the tasks assigned to them concerning fighting against organized crime on the State border of Ukraine and was able to adjust its work quickly and effective in the sphere of the reformation of the criminal justice.

Covered by the CPC of Ukraine provisions are based on the experience of work of the international law-enforcement authorities and included more democratic among them. Of course, especially further practice will show efficiency and rationale under Ukrainian conditions.

LIST OF USED SOURCES

1. Кримінальний процесуальний кодекс України // Голос України. – 2012. – № 90–91.

2. Конституція України прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1998 року за № 254к/96-ВР : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua>.

3. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод: Закон України від 17.07.1997 № 475/97-ВР // Офіційний вісник України. – 1998. – № 13.

4. *Татаров О.Ю.* Запобіжні заходи, затримання особи // 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. – Х.: Право, 2012. – 768 с.

5. *Сорока С.О.* Процесуальний порядок затримання / С.О. Сорока // Митна справа: науково-аналітичний журнал. – 2012. – № 3 (81), ч. 2, кн. 1. – С. 151–155.

6. Про міліцію: Закон України від 20.12.1990 № 565-ХІІ // Голос України. – 1991. – 04 січ.

7. Податковий кодекс України від 02.12.2010 № 2755-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 13. – Ст. 112.

8. Про Службу безпеки України: Закон України від 25.03.1992 № 2229-ХІІ // Голос України. – 1992. – 13 трав.

9. Про державний кордон України: Закон України від 04.11.1991 № 1777-ХІІ // Голос України. – 1991. – 18 груд.

10. Наказ Адміністрації Держприкордонслужби України від 14.11.2012 № 931 «Про затвердження Інструкції про порядок дій посадових осіб органів (підрозділів) охорони державного кордону під час затримання осіб, підозрюваних у вчиненні злочину, без ухвали слідчого судді або суду та порядок подальшої взаємодії органів (підрозділів) охорони державного кордону з органами досудового розслідування» // Офіційний вісник України. – 2012. – № 94. – Ст. 3834.

Kuryliuk Y.B. Officials of the State Border Guard of Ukraine authorized to detain persons suspected in commitment of a crime

In the article the provisions of the new Criminal Procedure Code of Ukraine concerning definition of authorized officials, which are given right to detain persons, suspected in commitment of a crime, are studied. It is determined that such persons, excluding officials of the investigative bodies, are the staff of the State Border Guard of Ukraine.

Keywords: *detention of a suspected person, authorized officials, border guard.*

Курилюк Ю.Б. Посадові особи Державної прикордонної служби України як уповноважені на затримання осіб, підозрюваних у вчиненні злочину

У статті досліджено положення нового Кримінального процесуального кодексу України щодо визначення уповноважених службових осіб, яким надано право затримувати осіб, підозрюваних у вчиненні злочину. Визначено, що такими особами, окрім посадових осіб слідчих органів, є персонал Держприкордонслужби України.

Ключові слова: *затримання підозрюваного, уповноважена службова особа, прикордонна служба.*

Курылюк Ю.Б. Должностные лица Государственной пограничной службы Украины как уполномоченные на задержание лиц, подозреваемых в совершении преступления

В статье исследовано положение нового Уголовного процессуального кодекса Украины относительно определения уполномоченных служебных лиц, которым

предоставлено право задерживать лиц, подозреваемых в совершении преступления. Определено, что такими лицами, кроме должностных лиц следственных органов, является персонал Госпогранслужбы Украины.

Ключевые слова: *задержание подозреваемого, уполномоченные служебные лица, пограничная служба.*

Стаття надійшла до редакції 15.02.2013.

СВОБОДА СОВІСТІ ТА СВОБОДА РЕЛІГІЇ: КОНЦЕПТУАЛЬНА МАТРИЦЯ КАТОЛИЦЬКОЇ ЦЕРКВИ

М.Ю. Бабій

*провідний науковий співробітник Інституту філософії
імені Г. С. Сковороди НАН України,
кандидат філософських наук;*

С.І. Присухін

*доцент кафедри суспільних наук
ВНЗ «Національна академія управління»,
доцент кафедри філософії
ДВНЗ «КНЕУ ім. Вадима Гетьмана»,
кандидат філософських наук*

Постановка проблеми. Серед проблем наукового і теологічного дискурсів в історично-темпоральному аспекті константними у своїй актуальності постають теоретичні й практичні питання, пов'язані зі свободою совісті та свободою релігії. Актуалізація уваги до них вітчизняних і зарубіжних науковців та теологів в останні десятиліття значною мірою обумовлена глобалізаційними процесами, суспільними трансформаціями, прагненнями до утвердження вільного, сповненого справедливості життя людей, а також значного заострення проблем формування світоглядно-сміслової (в тому числі й релігійної) бази сучасного буття особистості. Самовизначення і самореалізація якої у сфері світогляду й моралі постають сьогодні необхідними й екстраординарними. Означені проблеми без перебільшення є одними з важливих тем соціальної філософії, релігієзнавчої і юридичної наук. Сутнісній, концептуальній своєрідності свободи совісті та свободи релігії, їх парадигмальним основам, присвячений значний масив наукової, теологічної літератури, спеціальних досліджень.

Свобода совісті, свобода віросповідання — постають основою буття демократичного суспільства, важливою передумовою правової демократії та існування інших прав і свобод людини як особи. У цьому зв'язку варто нагадати слова Папи Йоана Павла II про те, що «громадянське й загальне соціальне право на свободу релігії та совісті, оскільки воно заторкує саму глибоку інтимну сферу духу, постає як точка опори, а у відповідному сенсі — є мірилом всіх інших основних прав» [8, с. 41].

Свобода совісті, як і важлива складова частина її структури — свобода віросповідання, явище багатопланове, що заторкує різні аспекти суперечливо-

го буття людини. А це, зрозуміло, вимагає розмаїття підходів щодо пояснення сутнісних характеристик цього феномена і його осмислення в суб'єктивно-екзистенціальному та суб'єктивно-діяльнісному вимірах, у світському й теологічному аспектах. На нашу думку, свобода совісті як категорія соціально-філософського ряду постає однією з найважливіших синтезуючих категорій. Її зміст розкривається через такі субординовані поняття як толерантність, віротерпимість, свобода світогляду, свобода віросповідання, свобода в релігії, самовизначення і самореалізація.

Найважливішим компонентом, системотвірним елементом свободи («свободи без власного імені») постає індивідуальна свобода в аспекті свободи совісті. Адже без свободи совісті людина — це тільки ланка в ланцюзі природних і соціальних детермінацій: без неї вона не може (що дуже важливо. — Авт.) бути суб'єктом духовної діяльності, тобто володіти духовною суб'єктивністю [10, с. 32]. Свобода совісті (свобода віросповідання) як особистісна внутрішня інтенція проявляється лише тоді, коли особа здатна зробити світоглядний вибір.

Важливо зазначити, що сучасна парадигма свободи совісті, а також свободи релігії, відзеркалює багатосторонній розвиток і осмислення цих складних феноменів, драматичної практики реалізації їх принципів у соціальному житті. Парадигма свободи совісті, як і свободи релігії, не є незалежна й самодостатня. Вона постає як наслідок дії (в процесі історичного формування) різних факторів об'єктивного і суб'єктивного виміру, має темпоральні межі, підлягає певному вдосконаленню та уточненню. Йдеться про певну обґрунтовану визначеність позицій, концептуальних підходів, узгодженості щодо сутності свободи совісті і свободи релігії, теоретико-методологічні засади дослідження та інтерпретації.

Існують різні парадигмальні модифікації свободи совісті, а, отже, й свободи релігії, як у філософському, так і в етично-правовому тлумаченнях. Хоча при цьому зберігається так зване «парадигмальне ядро», яке властиве для більшості інтерпретацій означених феноменів: філософська, правова, політична, теологічна, релігієзнавча. Останні мають свої специфічні концептуальні засади, свої підходи та обґрунтування. Сьогодні, як свідчить аналіз літератури, переважає правова парадигма свободи совісті та свободи релігії, яка склалася історично й відображає юридично оформлені концепти, що розкривають правові можливості свободи совісті та свободи буття релігій. Такий підхід є не лише важливим компонентом теорії права, а таким, що знайшов своє відображення у відповідних конституційно-правових нормах, законодавчих актах багатьох держав світу та міжнародних документах щодо права на свободу думки, совісті, релігії та переконань.

Проблема суперечливого утвердження свободи совісті в найширшому значенні (насамперед у релігійній та моральній сферах суспільного життя) продовжує бути предметом перманентних дискусій. Останні нерідко породжують скепсис, відтермінують отримання узагальнених висновків, стають підставою релятивізму, волюнтаризму та суб'єктивізму. Піддається сумніву сама можливість реалізувати в соціально-етичній та правовій сферах принцип свободи совісті. Як наслідок, правова реальність, зокрема постсоціалістичних

держав, втрачає для себе істинний зміст категорії «свобода совісті» та субординуваних з нею понять.

Результати теоретичних досліджень змісту категорії «свобода совісті», здійснених в рамках соціальної філософії, філософії права, юридичних наук, та зокрема католицької теології, свідчать, що віднайти її змістовні характеристики є досить складним завданням. Тому сучасний філософсько-правовий дискурс потребує додаткової аргументації. Постає необхідність зробити певну в теоретичному плані корекцію змісту, структури понять «свобода совісті» та «свобода релігії», внести відповідні поправки в їх парадигму, що визначає їх смислову специфіку, а також певну перспективу подальших досліджень.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Означені нами проблеми свободи совісті, свободи релігії не були позбавлені уваги вітчизняних і зарубіжних учених, теологів, зокрема християнських церков. Накопичено якісно новий теоретичний і емпіричний матеріал, цікаві методологічні підходи в осмисленні феномена свободи совісті, свободи буття релігій як в Україні, так і за кордоном. У цьому аспекті представляють релігієзнавчий та правовий, філософський інтерес праці вітчизняних і зарубіжних релігієзнавців, філософів, правознавців, які вивчають проблеми, пов'язані зі свободою совісті, зокрема: В. Бондаренка, В. Єленського, М. Бабія, В. Климова, А. Колодного, С. Бур'янова, А. Пчелінцева, М. Стецкевича, Л. Филипович, П. Яроцького, К. Дурема, Н. Лернера, Т. Ліндхольма, П. Рабіновича та ін. Для нашого дослідження важливим у контексті вищезначеного постають проблеми концептуальної матриці свободи совісті, свободи релігії, репрезентовані у вченні Католицької церкви рішеннями Другого Ватиканського Собору (насамперед Декларація про релігійну свободу «*Dignitatis Humanae*»), енцикліками Пап Римських та іншими документами Магістеріуму.

Мета статті. Дослідити парадигмальні особливості категорій «свобода совісті» і «свобода релігії», які лежать в основі концептуальної матриці Католицької церкви в питаннях свободи совісті.

Основні результати дослідження. Відомо, що кожна конфесія має чіткі, всебічно розроблені норми свого буття: етичні, правові; власні концепти справедливості, особистості та її гідності, прав і свобод, у тому числі свободи совісті. Свобода совісті історично склалася як політично-правова категорія, яка традиційно пов'язується зі ставленням людини як особи до релігії. Однак автори вважають, що категорію «свобода совісті» недоцільно зводити лише до сфери релігійного чи секулярного світосприймання, хоча до них вона має саме безпосереднє відношення.

Загалом світоглядна база людини як особистості — це складне, інтегроване переплетіння різних суб'єктизованих цінностей, орієнтирів, ідей, ідеалів релігійного чи арелігійного, раціонального, ірраціонального, філософського, політичного та правового змісту. Тому прив'язка змісту узагальненого поняття до проблем релігійного самовизначення й самореалізації особистості звучує предметне поле її вияву, «деформує» її сутність.

Очевидним є і той факт, що релігія в просторі означеної сфери постає лише як один із важливих її структурних елементів, однак не покриває її. Тому,

коли ми ведемо мову про проблеми вільного самовизначення і самореалізації людини як особи в релігійній площині, то цей процес ми характеризуємо через поняття «свобода релігії». Це дає можливість стверджувати, що поняття «свобода совісті» і «свобода релігії» тісно взаємопов'язані, однак не є тотожними. Вони співвідносяться як ціле (свобода совісті) і частина (свобода релігії). Свобода релігії постає як свобода релігійної совісті. Тому, аналізуючи католицький підхід до проблем свободи совісті, варто вести мову про поняття «свобода релігії», «релігійна свобода», «свобода релігійної спільноти», а також і «свобода церкви».

Загалом категорія «свобода совісті» охоплює своїм змістом сферу духовного і світоглядного буття людини, в якій особистість вільно самовизначається і самоактуалізується. Якщо коротко, то свобода совісті – це умова і можливість вільного духовного самовизначення особистості, спосіб її самореалізації. В філософсько-етичному контексті ця категорія віддзеркалює внутрішню здатність особистості осмислювати, оцінювати різні моральні, світоглядні, в тому числі й релігійні парадигми, вільно, без будь-якого зовнішнього примусу робити завизований власною совістю вибір, переводити їх ціннісно-сміслові параметри в площину своїх переконань, життєвих орієнтирів, забезпечуючи можливість безперешкодної їх самореалізації на основі свого самовизначення. В означеній інтерпретації свобода совісті характеризується як специфічно вибіркова й узгоджена активність свідомості, совісті, волі індивіда, спрямованих на його самовизначення у світоглядній сфері щодо необхідних життєво-сміслових засад його буття. Свободу совісті справедливо розглядають як атрибутивну ознаку особистості. Попередньо зазначимо, що категорію «свобода совісті» в католицькому її прочитанні почасти тлумачать як одне з визначальних прав людини: право кожної людини вибирати для себе систему духовних цінностей [6, с. 575]. Отже, свобода совісті (як аспект вільного самовизначення особистості) у сфері конкретного віросповідання постає як свобода релігійної совісті або як свобода віросповідання.

Філософсько-етичний підхід в аналізі проблеми зумовлює необхідність розгляду діалектики взаємозв'язку свободи і совісті, що виключає осягнення філософської суті досліджуваного феномену лише через етимологічний поділ поняття «свободи совісті» на його складові «свобода» і «совість». Свобода і совість мають багато спільного і водночас окремого. Совість нерідко визначають як здатність особи здійснювати моральний самоконтроль, самостійно формулювати для себе моральні обов'язки, вимагати від себе їх виконання і водночас давати критичну самооцінку своїх дій і вчинків. Це також здатність особи до «самовизначення» в діях і вчинках. Останнє лежить в основі поняття «свобода». Однак маючи спільну природу і спільне предметне поле, кожне з цих понять має свій специфічний зміст, форму прояву, свої оціночні критерії та функції, свої основи.

Свобода совісті не є простим етимологічним поєднанням цих двох понять. Відомо, щоб вивчити ціле, в ньому виокремлюють більш прості складові, і лише потім досліджують його. В нашому випадку окремі частини цілого (свобода і совість) за своєю сутністю не дають можливості повного осягнення

цілого (свободи совісті). Зауважимо у цьому зв'язку, що своєрідність загально-методологічного підходу до означеної проблеми полягає не просто в механічному поєднанні складових елементів поняття «свободи совісті», а в їх діалектичній взаємодії, з урахуванням того, що загальне завжди виявляє себе в конкретному. Ціле є складнішим за просту суму його структурних компонентів. Унікальність цього цілого (свободи совісті) зумовлена не тільки багатоаспектністю його вияву, а і взаємодії з іншими поняттями і категоріями, зокрема такими, як «свобода думки», «свобода слова», «свобода переконань», а також взаємообумовленості «свободи совісті» і понять, що розкривають її релігійно-навчу сутність: «віротерпимість», «свобода релігії» (свобода релігійної совісті), «свобода віросповідань», «свобода в релігії». Підкреслюючи відносну самостійність зазначених понять, варто наголосити на неподільній єдності їх як стосовно теоретичного змісту, так і явищ та процесів індивідуального та суспільного буття, які вони відбивають.

Філософська категорія «свобода совісті» виявляє свою сутність і специфічність через єдність внутрішнього і зовнішнього аспектів. Саме тому прояв внутрішнього аспекту свободи совісті через процес самовизначення дає змогу зрозуміти механізм і зміст «набуття внутрішнього духовного досвіду». На думку відомого російського філософа І. О. Ільїна, «зовнішня свобода потрібна людині для того, щоб стати духовним центром, щоб набути внутрішньої свободи. Внутрішня свобода є ніщо інше, як жива духовність людини» [3, с. 176].

Зауважимо, що зміст внутрішнього аспекту свободи совісті (внутрішньої свободи совісті) інтегрує у собі два важливих моменти: це, по-перше, автономність, незалежність, суверенність вільного суб'єкта, що духовно і світоглядно самовизначається, набуває «внутрішнього духовного досвіду» і, по-друге, спрямованість цих дій (вибір) на саму особистість, тобто через самовизначення в площині духовних, життєво-смыслових орієнтирів і цінностей. Автономність суб'єкта свободи, плюралізм цінностей складають важливу умову для вільного вибору. Водночас свобода совісті постає умовою і засобом, можливістю самоствердження, саморозвитку, самовдосконалення особистості. В такому контексті самореалізація, це, одночасно, і спосіб формування життєвої мети, і засіб її досягнення, і результат. Самореалізація потребує відповідних умов, правового забезпечення, певних визначених законом обмежень і самообмеження на особистісному рівні.

Ці два (внутрішній і зовнішній) аспекти свободи совісті у своїй нерозривній єдності і дають змогу осягнути сутнісний зміст цього феномена. Відзначимо, що релігійне самопізнання особистості, або свобода у виборі одного чи іншого віросповідання теж підпадають під запропоновану дефініцію свободи совісті. Однак у цьому випадку остання постає як свобода релігійної совісті і співвідноситься лише з релігійною сферою надзвичайно широкого предметного поля, духовного, морального, і культурного світоглядного буття людини.

Означене дає можливість експлікувати сучасні концептуальні підходи Католицької церкви до проблеми свободи совісті, до проблеми свободи релігії. З огляду на це варто нагадати, що Католицька церква пройшла важкий тернис-

тий шлях як до визнання свободи совісті як важливого права людини, так і в аспекті формування нею власних узагальнених концептуальних підходів із цих питань. Практично до Другого Ватиканського Собору (1962-1965 рр.) церква негативно ставилась до того, що «називалося модерним лібералізмом з його наголошуванням на свободі в усіх її формах» [12, с. 350].

Відомо, що на початку виникнення і розвитку християнської культури були уже сформульовані і озвучені для широкого загалу принципи християнської віротерпимості. Наприклад, Тертуліан (бл. 160-222 рр.) стверджував, що «природне і цивільне право потребує, щоб кожний міг поклонятися тому, чому бажає» [6, с. 575]. На цій основі Тертуліан робить висновок – заклик: «Тож дайте можливість одним поклонятися істинному Богу, а іншим – Юпітеру; одним підіймати руки до неба, а іншим – до жертovníка віри» [9, с. 60].

Скажімо, Міланський едикт Костантина I (313 р.) містить ряд положень, згідно з якими утверджується право віруючих на свободу віросповідання: «Нікому не забороняється вільно вибирати і дотримуватися християнської віри, і кожному дарується свобода звернути свої думки до тієї віри, яка, на його думку, найбільше йому підходить» [6, с. 575-576]. Але незважаючи на це, римські імператори активно використовували державну владу для регулювання релігійного життя за допомогою насильства, підтримуючи ті чи ті релігійні організації через заперечення (знищення) інших релігійних організацій як опозиції.

Августин Блаженний (354-430 рр.), який спочатку виступав проти використання сили щодо релігійної опозиції (єретиків), але згодом він поміняв свою позицію, озвучив своє кредо (принцип) «*compelle intrate*» («застав увійти»), що співзвучно з біблійним «наполягай увійти, щоб дім мій наповнився» (Лк. 14, 23), згідно з яким людину потрібно «переконати прийти» до церкви.

Відомий діяч Католицької церкви Тома Аквінський (бл. 1224-1274 рр.) активно наголошував на тому, що християнам не потрібно насильно залучати до своєї віри нових послідовників. Наприклад, у своїй знаній «Сумі теології» він писав: «Існують невірні, які ніколи не мали християнської віри, це язичники і іудеї, таких у жодному разі не можна насильно залучати до віри, щоб вони повірили, тому що віра є актом волі... Але є невір'я людей, які вже колись прийняли віру, які є єретиками і відступниками. Таких потрібно тілесно примушувати, щоб вони ... притримувались того, що колись прийняли» [6, с. 576]. Він акцентував увагу на відповідальності щодо дій і вчинків, які торкаються людської совісті: діяти проти совісті завжди погано, навіть тоді, коли совість помиляється («Сума теології»). Згодом св. Альфонс Марія де Лігуорі (1696-1787 р.), а потім фундатори християнської етики розвинули зазначене положення в принцип: особа має моральний обов'язок слідувати настановам своєї совісті [5, с. 199-201]. Але загалом у Середньовіччі принцип свободи совісті і свободи віросповідання так і не став помітним у контексті морально-правової культури того часу.

Розвиток і утвердження ідей релігійної свободи в межах європейської духовної культури розпочинається з Нового часу під впливом Реформації (особливо пуританських громад). Наприклад, виникнення ідеї про існування

єдиної універсальної «природної релігії», яка лежить в основі всіх істинних релігій і конфесій. Значний внесок в осмислення і захист релігійної толерантності зробили Б. Спіноза, Д. Локк, а також окремі представники філософії доби Просвітництва.

Лібералізм XVIII-XIX ст. став пропагувати принцип свободи совісті як один із основних пріоритетів у розвитку соціально-економічного життя. Ліберальні вчення того періоду у вирішенні політичних проблем виступали з позиції гострої критики клерикалізму, що зачіпало інтереси церкви загалом. Магістеріум Католицької церкви був вимушений надати критику позиції лібералізму, в тому числі і в питаннях щодо тлумачення свободи совісті у сучасному світі (наприклад, в енцикліці Папи Григорія XVI (понтіфікат 1831-1846 рр.) «*Mirari vos arbitratur*» (15.08.1832 р.) підкреслювалось, що ліберальна свобода совісті є об'єктом для критики тому, що вона є наслідком індиферентизму, а, отже, може кваліфікуватися «як абсурдно помилкове судження») [5, с. 1458].

З другої половини XIX ст. в Католицькій церкві відбулась трансформація підходу в тлумаченні свободи совісті. В енцикліці «*Libertas*» («Свобода», 20.06.1888 р.) Папа Лев XIII (понтіфікат 1878-1903 рр.) зазначав, що церква заперечує свободу совісті не саму по собі, а лише її викривлений зміст, що є наслідком окремих підходів лібералізму, які вважали, що тільки людський розум є джерелом істини в питаннях моральності.

Відзначимо також, що в енцикліці «*Mystici Corporis Christi*» («Містичне тіло Христа», 29.06.1943 р.) Папа Пій XII (понтіфікат 1939-1958 рр.) засудив насильницькі методи залучення нових віруючих до Католицької церкви: «Якщо хтось змушений прийняти католицьку віру проти його волі, наше почуття обов'язку вимагає, щоб ми засудили цей факт» (*Mystici*, п. 104) [13].

Папа Йоан XXIII (понтіфікат 1958-1963 рр.) в енцикліці «*Pacem in terris*» («Мир на землі», 11.04.1963 р.) дав своє бачення права на свободу думки і віросповідання. «До прав людини слід зараховувати і те, що вона повинна мати змогу поклонитися Богові, згідно з мірилом власної совісті та публічно сповідувати свою релігію... людина має непорушне право вибирати той спосіб життя, якому віддає перевагу: або створити сім'ю, в розбудові якої чоловік і жінка користуються рівними правами й обов'язками, або прийняти чин священничого чи монашого життя» [4, с. 6].

Другий Ватиканський Собор (1962-1965 рр.) став переломним моментом у житті Католицької церкви, в тому числі й щодо проблем свободи релігії. Він започаткував екстраординарні зміни у позиції церкви щодо прав людини, її свобод. Собор прийняв Декларацію про релігійну свободу — «*Dignitatis Humanae*» («Гідності людської», 07.12.1965 р.), яка вивела католицьке вчення про свободу совісті і релігії на рівень із модерною Західною думкою щодо цих проблем. Собор сформулював свою доктринальну позицію щодо свободи релігії, головним принципом якої постала гідність людської особи.

Декларація «*Dignitatis Humanae*» констатувала, що «людська особа має право на релігійну свободу. А ця свобода є в тому, що всі люди повинні бути вільні від примусу, чи з боку одиниць, чи з боку громадських спільнот і всякої

людської влади, і то так, щоб у релігійних справах ніхто ані не був змушений поступати проти власної совісті, ані був перешкоджуваний діяти по своїй совісті і приватно, і публічно, особисто, чи в спілці з іншими, в належних межах» [1, с. 376-377]. Крім того Декларація наголошувала, «що право на релігійну свободу є справді основане в самій гідності людської особи, як її пізнаємо і з Божого об'явленого слова, і з самого розуму. Це право людської особи на релігійну свободу в правовому устрої суспільності треба так визнати, щоб стало воно правом громадянським» [1, с. 377].

Разом з тим підкреслюється, що люди зобов'язані також прийняти пізнану правду й усе своє життя підпорядковувати вимогам цієї правди: «Всі люди зобов'язані шукати правду, передовсім у тому, що відноситься до Бога та Його Церкви і її, пізнавши, прийняти і зберігати» [1, с. 376]. Декларація «*Dignitatis Humanae*» центром концепції свободи релігії визначила принцип захисту та утвердження людської гідності, який став своєрідним базисом свободи релігії. Католицька церква наголошує на своїй вірності «євангельській правді» і стверджує, що йде «слідами Христа і апостолів», коли визнає модус гідності людини та «підтримує справу релігійної свободи (коректніше, свободу релігії, свободу віросповідань. — Авт.) як таку, що відповідає Божому об'явленню» [1, с. 376]. З огляду на це, Католицька церква розуміє людську гідність як моральну передумову й джерело самої ідеї права людини на свободу віросповідання і всіх її інших прав.

Останнє розглядається у площині християнських антропології та етики і есплікується як найвища сакральна цінність. Характерно, що в Преамбулі Хартії основних прав Європейського Союзу (07.12.2000 р.) гідність особи подається в такому ж значенні — як «неподільна та універсальна цінність»: людська гідність є недоторканною, вона підлягає повазі та захисту (розд. 1, ст. 1); кожен має право на свободу і особисту недоторканність (розд. 2, ст. 6) [11]. Таким чином, категорію гідність людини варто розглядати як основоположний фундаментальний принцип католицького вчення про права людини і зокрема права на свободу віросповідання.

Декларація про релігійну свободу «*Dignitatis Humanae*» розкриває смисл і основні складові концептуальної матриці католицького розуміння свободи релігії (релігійної свободи), визначає принципи її уможливлення як на індивідуальному, так і спільнотному рівнях. Декларація наголошує на необхідності визнання колективної свободи віросповідання, тому що «в суспільній природі людини та в самому характері релігії ґрунтується право, згідно з яким люди за своїми релігійними переконаннями, можуть свобідно скликати сходи, чи основувати виховні, культурні, харитативні, громадські товариства» [1, с. 380]. За громадами віруючих людей визнається право на самоврядування за умов поваги до існуючого громадського порядку, право публічно здійснювати і сповідувати віру в найвище Божество, право на релігійну освіту віруючих.

Другий Ватиканський Собор визнав право кожної сім'ї «свобідно улагоджувати своє домашнє релігійне життя, під кермою батьків» [1, с. 380], надаючи батькам право самостійно «визначати справу релігійного вишколу своїх дітей, відповідно до свого власного релігійного переконання» [1, с. 380]. Обов'язком

світської влади Другий Ватиканський Собор вважає охорону і підтримку недоторканності прав людини: «Зasadничо до обов'язків кожної цивільної влади належить берегти і спомагати непорушні права кожної людини. Тому цивільна влада справедливими законами і іншими пригожими засобами має успішно перейнятися охороною релігійної свободи всіх громадян та створити сприятливі умови для плекання релігійного життя, щоб громадяни справді користалися правом свободи релігії та виконували свої обов'язки, а сама суспільність, щоб могла втішатися благами справедливості й миру, які походять з вірності людей стосовно бога і його святої волі» [1, с. 381]. Суспільство і світська влада, на думку церкви, мають право захищати себе від зловживань, які можуть виникнути під прикриттям реалізації принципів свободи совісті.

Відзначимо, що принцип свободи релігії поступово постав одним з аксіоматичних зобов'язань більшості держав світу, багатьох конфесій і сьогодні він визнається практично повсюдно. Цей принцип, хоча і з певними модифікаціями, прийнятий і законодавчо легітимізований в більшій частині країн. Разом із тим існують принципи свободи віросповідання, які не визнаються як окремими державами, так і окремими християнськими конфесіями, зокрема й католицькою. Йдеться передовсім про принцип свободи на можливу зміну католицького віросповідання (хоча II Ватиканський Собор зауважив, що повага, на яку може претендувати кожна релігійна традиція, має гарантуватися також кожному релігійному переконанню та релігійній спільноті).

Право на свободу релігії не може бути підставою для зухвалого і нетолерантного ставлення до інших релігій та церков. Подібних випадків, на жаль, у міжконфесійних відносинах сьогодні є чимало. Свобода релігії і повага до права на свободу совісті (віросповідання) в реальній дійсності ще далека від свого ідеалу. Спектр дискримінацій і нетерпимості в міжрелігійних відносинах залишається достатньо широким. І тому, повторимо ще раз, справедливу вимогу, зафіксовану в Декларації про релігійну свободу: «В користуванні всякими свободами треба зберігати моральну засаду особистої і громадської відповідальності: в користуванні своїми правами поодинокі люди і соціальні громади обов'язані моральним законом зважати і на права інших, і на свої обов'язки стосовно інших, і на загальне благо всіх. З усіма треба поводитися по справедливості й гуманності» [1, с. 382].

Таким чином, Декларація «*Dignitatis Humanae*» дала своєрідний ключ до вирішення проблеми свободи совісті і свободи релігії Католицькою церквою в контексті «взаємозалежності та інституціоналізації» прав людини. Після Собору розпочалася активна робота з розширення богословської бази прав людини. Значну роль у цьому процесі відіграв Папа Йоган Павло II, який права людини, її свободи, зокрема й свободу релігій, поставив у центр своєї діяльності. Як слушно зауважує Дж. Браєн Гер, «католицька церква, яка так довго жила підозрою щодо ідеї релігійної свободи, мала Папу, який стверджував, що право на релігійну свободу є фундаментальним або основоположним, на яке опираються всі інші права людини» [2, с. 216].

Висновки. Католицька церква в різних документах, зокрема в Декларації «*Dignitatis Humanae*» (прийнятій Другим Ватиканським Собором), теологіч-

но обґрунтувала право на свободу релігії і практично підтримала закріплені в світській системі людських прав принципи свободи совісті (свободи віросповідання), до яких належать: фундаментальність і універсальність права на свободу віросповідання; вільне самовизначення особистості щодо конкретного релігійного світогляду (принцип внутрішньої свободи); вільна самореалізація віруючої людини в рамках свого віросповідного вибору (зовнішня свобода); безперешкодна діяльність відповідно до вимог власного сумління; свобода сповідання своєї релігії як приватно, так і публічно, індивідуально чи разом зі своїми одновірцями; відокремлення церкви від держави і свобода церкви; свобода від приневолення «з боку будь-якої людської влади». Люди мають бути вільними від примусу в релігійних справах. У цій площині ніхто не повинен поступати проти власної совісті; обов'язку й відповідальності; свобода одержання релігійної освіти, релігійної інформації. Права батьків, опікунів забезпечувати навчання і виховання своїх дітей у відповідності з власними релігійними переконаннями; обмеження свободи релігії мають бути визначені законом і бути необхідними.

Ці принципи певною мірою контамінують з принципами свободи релігії, які знайшли своє відображення в міжнародних правових документах, що стосуються свободи совісті, свободи віросповідання, зокрема в Загальній Декларації прав людини (ст. 2, 18, 19), Міжнародному пакті про громадянські й політичні права (ст. 18), Декларації про ліквідацію всіх форм нетерпимості та дискримінації на підставі релігії чи переконань (ст. 1-8), Європейської конвенції прав людини (ст. 9, 10), Підсумковому документі Віденської зустрічі представників держав-учасниць наради з безпеки і співробітництва в Європі (ст. 16-19) та інших документах такого типу [7]. В них йдеться про тісну співвідносність, а не конфронтацію принципів, концептуальних засад католицького розуміння свободи релігії і основоположень сучасної ліберально-індивідуалістичної парадигми свободи совісті й віросповідання.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Декларація про релігійну свободу «Гідності людської — *Dignitatis Humanae*» / Документи Другого Ватиканського Собору. Конституції, декрети, декларації. — Львів: Монастир Монахів Студійського Уставу, Видавничий відділ «Свічадо», 1996. — С. 375-392.
2. Дж. Браєн Гер. Католицизм і демократія: конфлікт зміни та співпраця // Релігійна свобода і права людини: Богословські аспекти. У 2-х т. — Т. 1. — Львів, 2000. — С. 201-218.
3. Ильин И.А. Путь к очевидности. — М.: Республика, 1993. — 432 с.
4. Іван ХХІІІ. Мир на землі. Енцикліка Папи Івана ХХІІІ про встановлення миру між усіма народами в істині, справедливості, любові та свободі. — Львів: Вид-во «Свічадо», 2008. — 53 с.
5. Католическая энциклопедия. Т. I. А-З. — М.: Изд-во Францисканцев, 2002. — 1906 с.
6. Католическая энциклопедия. Т. IV. Р-Я. — М.: Научная книга, Изд-во Францисканцев, 2011. — 1910 с.

7. Свобода совісті та віросповідання в контексті міжнародних й українських правових актів та релігійних документів (витяги). — Видання друге (допрацьоване і доповнене) / Упорядник, автор передмови і приміток к. філос. н. М. Ю. Бабій. — К., 2006. — 164 с.

8. *Султанов А.Р.* О свободе совести и ее защите. // Религия и право. — 2008. — № 2. — С. 40-43.

9. *Тертуллиан К.* Апология // Творения Тертуллиана. — СПб, 1849. — С. 60.

10. *Финогентов В.* О свободе совести и мировоззренческом детерминизме. // За здравый смысл. — 2009. — № 2. — С. 32

11. Хартия основных прав Европейского Союза [Електрон. дан.]. — Режим доступу: http://www.zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_524, вільний. — Мова рос.

12. *Чарльз Е. Курран.* Релігійна свобода і права людини у світі та церкві: християнська перспектива // Релігійна свобода і права людини: Богословські аспекти. У 2-х т. Т. I. — Львів : Свічадо, 2000. — С. 342-369.

13. *Mystici Corporis Christi.* Encyclical of Pope Pius XII on the Mystical Body of Christ to our venerable brethren, patriarchs, primates, archbishops, bishops, and other local ordinaries enjoying peace and communion with the apostolic see [Електрон. дан.]. — Режим доступу: http://www.vatican.va/holy_father/pius_xii/encyclicals/documents/hf_p-xii_enc_29061943_mystici-corporis-christi_en.html, вільний. — Мова англ.

Бабій М., Присухін С. Свобода совісті та свобода релігії: концептуальна матриця Католицької церкви

Стаття присвячена дослідженню парадигмальних особливостей категорій «свобода совісті» і «свобода релігії», які лежать в основі концептуальної матриці Католицької церкви в питаннях свободи совісті.

Ключові слова: свобода, свобода совісті, свобода релігії, релігійна свобода.

Бабій М., Присухин С. Свобода совести и свобода религии: концептуальная матрица Католической церкви

Статья посвящена исследованию парадигмальных особенностей категорий «свобода совести» и «свобода религии», которые лежат в основе концептуальной матрицы Католической церкви в вопросах свободы совести.

Ключевые слова: свобода, свобода совести, свобода религии, религиозная свобода.

Babii M., Prysukhin S. The freedom of conscience and liberty of religion: a conceptual matrix of the Catholic Church

The article is concerned with research into the paradigm peculiarities of categories «freedom of conscience» and «liberty of religion» which underlie of conceptual matrix of Catholic Church regarding liberty of conscience.

Keywords: freedom, freedom of conscience, liberty of religion, religious liberty.

Стаття надійшла до редакції 01.02.2013.

ЩЕ ОДИН КРОК НА ШЛЯХУ РОЗВИТКУ ДОКТРИНИ СПАДКОВОГО ПРАВА

Рецензія на монографію В.В. Валах «Наследственные правоотношения в Украине, Российской Федерации, Франции, Германии и США (сравнительно-правовое исследование)». – Харьков: «БУРУН КНИГА», 2012. – 320 с.)

Сучасний світ характеризується розвитком інтеграційних процесів. Порівняльно-правовий аналіз відмінностей в регулюванні окремих спадкових інститутів різних правових систем дозволяє виявити закономірності відображення в праві об'єктивних законів, які впливають як на економічні відносини, так і відносини в сфері політики, ідеології, моралі.

Обрання для дослідження України, Російської Федерації, Франції, Німеччини та США не є випадковим, оскільки перші країни є класичними представниками континентальної системи права, а аналіз особливостей регулювання спадкових правовідносин у США дозволяє врахувати розвиток сучасних тенденцій в регулюванні спадкових відносин у країнах американської системи права.

Незважаючи на те, що деякі аспекти спадкових правовідносин згаданих країн висвітлювалися в працях окремих вчених рецензована праця є першим у вітчизняній науці монографічним дослідженням порівняльно-правового характеру, де в такому розрізі, обсязі і рівні досліджуються спадкові правовідносини.

Автор виявив глибоку обізнаність з теоретичними і практичними аспектами особливостей спадкування як за заповітом, так і за законом згаданих зарубіжних країн. Вільне володіння автором історичним матеріалом, наукова ерудиція дозволила автору переосмислити значення походження деяких теоретичних концепцій, нетрадиційно підійти до висвітлення окремих проблем.

Дослідження починається розділом «Поняття та характеристика спадкування (спадкового правонаступництва)» в якому зроблена досить вдала спроба на підставі аналізу та узагальнення, систематизації наукових праць, розглянути історичні аспекти становлення та розвитку принципу правонаступництва в цивільному праві взагалі, а також висвітлені питання, пов'язані із поняттям, видами, та особливостями спадкового правонаступництва, зокрема. Заслуговує на увагу обґрунтована автором концепція, відповідно якої спадковому правонаступництву притаманні як ознаки універсального і сингулярного правонаступництва, так і окремі ознаки, що знаходять своє вираження лише у спадкуванні, до останніх автор відносить опосередкованість (здійснення спадкоємцями з моменту відкриття спадщини та до її прийняття певних юридичних та фактичних дій заради її прийняття, спадкування за правом представлення тощо). Ще одною відмінністю є особливості спадкування в США, де на відміну від правових систем країн континентальної Європи, права та обов'язки померлого не переходять до інших осіб в порядку універсального правонаступництва.

Другий розділ присвячений дослідженню динаміці спадкового правонаступництва. Аналізуються підстави виникнення, зміни та припинення спадкового правонаступництва. Цікавим за змістом, і, відповідно, має право на існування запропоноване автором поняття «модельне спадкове правовідношення», під яким розуміється модель поведінки, закріплену у нормах спадкового права, що є загальним взірцем, на який повинні орієнтуватися та з яким повинні погоджувати свою поведінку суб'єкти спадкового права, вступаючи у те чи інше конкретне спадкове правовідношення (спадкоємець, кредитор, виконавець заповіту та ін.)

У третьому розділ безпосередньо аналізується структура спадкового правонаступництва, з'ясовується коло учасників, які мають юридичний інтерес щодо спадщини, та учасники, які сприяють здійсненню прав та виконанню обов'язків щодо спадщини, об'єкту та змісту спадкового правонаступництва. Певна увага приділена дослідженню рецепції римської ідеї щодо надання тестаментоздатності певним категоріям осіб, як знайшла своє відображення в сучасному цивільному законодавстві Європи.

Ретельний огляд існуючих вітчизняних та зарубіжних концепцій щодо правової природи спадкування, дозволяє автору обґрунтувати висновок щодо тотожності принципових підходів до правового регулювання спадкових відносин в Україні, Російській Федерації, Франції, Німеччині та США, де спадкування розглядається як особливий механізм переходу прав та обов'язків від померлої особи до спадкоємців, у визнанні абсолютного характеру та обмеженості строків існування спадкового правовідношення, у погляді на спадщину як на єдиний об'єкт спадкового правовідношення, у визнанні суб'єктивного спадкового права як майнового права, яке є юридичною умовою виникнення інших цивільних правовідносин.

Автор вміло поєднує комплексність і диференційованість у викладенні різноманітних за характером норм спадкового права. Послідовність і логічність думки характерні для всіх структурних частин монографії. В умовах подальшого розвитку міжнародних відносин особливою перевагою рецензованої праці є широке залучення прикладів із судової та нотаріальної практики справ даної категорії зарубіжних країн.

Монографія відрізняється актуальністю проблем, які досліджуються, є логічним продовженням наукових досліджень молодого перспективного вченого Вікторії Володимирівни Валах, доцента кафедри цивільно-правових дисциплін економіко-правового факультету Одеського національного університету ім. І.І. Мечнікова, і, безумовно, стане помітним явищем у науці спадкового права.

*Заїка Юрій Олександрович,
начальник кафедри цивільного права і процесу
Національної академії внутрішніх справ,
доктор юридичних наук, професор*

ДО УВАГИ АВТОРІВ ЖУРНАЛУ «ЮРИДИЧНА НАУКА»

Статті, що надсилаються до редакції журналу «Юридична наука», відповідно до постанови президії Вищої атестаційної комісії України 7D05/1 від 15 січня 2003 р. «Про підвищення вимог до фахових видань, внесених до переліків ВАК України», **повинні містити такі елементи:**

- наукова стаття повинна бути актуальною, з виразно окресленою проблематикою, містити наукові положення, розроблені особисто автором, висновки про наукове та практичне значення наукової розробки.

- Стаття має включати наступні необхідні елементи:
 - постановка проблеми та її зв'язок з важливими науковими чи практичними завданнями;

- аналіз останніх досліджень і публікацій з проблеми, що розглядається;

- визначення окремих питань, що не вирішені в обраній для дослідження проблемі;

- формулювання цілей статті;

- виклад основних обґрунтованих результатів дослідження;

- висновки з даного дослідження;

- внутрішню структуру — розділи з назвами або виділені частини.

- Посилання на ту чи іншу роботу у тексті повинні позначатися в дужках за порядковим номером цієї роботи в списку використаних джерел з вказівкою на відповідну сторінку ([3, с. 12]).

- Список використаних джерел у кінці статті складається відповідно до вимог державного стандарту України ДСТУ ГОСТ 7.1:2006 «Система стандартів з інформації, бібліотечної та видавничої справи. Бібліографічний запис. Бібліографічний опис. Загальні вимоги та правила складання».

- Після списку використаних джерел подаються анотації та ключові слова трьома мовами (українська, російська, англійська).

- Анотації мають містити також прізвище та ім'я автора, назву статті відповідними мовами.

- Загальний обсяг публікації (назва статті, відомості про автора, текст статті, використані матеріали, анотація, ключові слова) не повинен перевищувати 20–30 тис. знаків, як виняток, не більше 40 тис. знаків.

До наукової статті необхідно додавати:

- електронний варіант статті у форматі Word;

- інформаційну довідку про автора українською та англійською мовами: прізвище, ім'я, по батькові (повністю), науковий ступінь, вчене звання, місце роботи і посада, поштова адреса, контактний телефон;

- заява з підписами автора (ів) про те, що надіслана стаття не друкувалася і не подана до будь-яких інших видань;

- фото автора (ів) у форматі jpg, tif;

- якісні ілюстративні матеріали з назвою та нумерацією, придатні для сканування;
- витяг з протоколу засідання кафедри про рекомендацію статті до друку, засвідчений належним чином (до статей аспірантів, ад'юнктів і здобувачів наукового ступеня).

- Стаття, подана до редакції без дотримання зазначених вимог, опублікуванню не підлягає.

Редакція залишає за собою право на рецензування, редагування, скорочення і відхилення статей.

За достовірність поданої інформації відповідальність несе автор.

Гонорар за публікацію не сплачується.

Передрук опублікованих матеріалів журналу здійснюється тільки з дозволу автора і редакції.

Надані матеріали не повертаються.

ВНИМАНИЮ АВТОРОВ ЖУРНАЛА «ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА»

Статьи, присылаемые в редакцию журнала «Юридическая наука», согласно постановлению президиума ВАК Украины № 7D05/1 от 15 января 2003 г. «О повышении требований к профессиональным изданиям, внесенным в перечень ВАК Украины», **должны соответствовать следующим требованиям:**

- научная статья должна быть актуальной, с отчетливо очерченной проблематикой, содержать научные положения, разработанные лично автором, научно-обоснованные выводы и предложения по практическому применению научного исследования.

- Статья должна включать такие необходимые элементы:
 - постановка проблемы и ее связь с важными научными и практическими задачами;

- анализ последних исследований и публикаций по рассматриваемой проблеме;
- определение отдельных вопросов, не решенных в выбранной для исследования проблеме;

- формулирование целей статьи;

- изложение основных обоснованных результатов исследования;

- выводы из данного исследования;

- внутреннюю структуризацию (разделы с названиями или выделенные части).

- Ссылки на ту или иную работу в тексте должны обозначаться в скобках согласно порядковому номеру цитируемой работы в библиографии с указанием на соответствующую страницу ([3, с. 12]).

- Список литературы в конце статьи должен быть составлен в соответствии с требованиями межгосударственного стандарта ДСТУ ГОСТ 7.1:2006 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая запись. Библиографическое описание. Общие требования и правила составления».

- После списка литературы подаются аннотации и ключевые слова на трех языках (украинский, русский, английский). Аннотации должны содержать также фамилию и имя автора, название статьи соответствующими языками.

- Общий объем публикации (название статьи, сведения об авторе, текст статьи, использованные материалы, аннотации, ключевые слова) не должен превышать 20–30 тыс. знаков, в порядке исключения, не более 40 тыс. знаков.

- **К научной статье необходимо представить:**

- электронный вариант статьи в формате Word;

- информационная справка об авторе на украинском и английском языках;

- фамилия, имя, отчество (полностью), научная степень, ученое звание, место работы и должность, почтовый адрес, контактный телефон;

- заявление с подписями автора (ов) о том, что присланная статья не публиковалась и не подана в любые другие издания;

- фото автора (ов) в формате jpg, tif;

- качественные иллюстративные материалы с названием и нумерацией, пригодные для сканирования;

- выписку из протокола заседания кафедры о рекомендации статьи к печати, заверенную надлежащим образом (для статей аспирантов, адъюнктов и соискателей ученой степени).

- Статья, представленная в редакцию без соблюдения указанных требований, опубликована не будет.

Редакция оставляет за собой право на рецензирование, редактирование, сокращение и отклонение статей.

За достоверность представленной информации ответственность несет автор.

Гонорар за публикацию не оплачивается.

Перепечатка публикуемых материалов журнала осуществляется только с разрешения автора и редакции.

Предоставленные материалы не возвращаются.

INSTRUCTIONS TO AUTHORS OF THE «JURIDICAL SCIENCE» JOURNAL

The articles to be published in the «Juridical Science» journal, according to the decision of the Supreme Certification Commission of Ukraine № 7D05/1 of January, 15, 2003 «On the increase of requirements to professional publications, registered with VAK of Ukraine», **have to include the structural elements below:**

- a research article has to be relevant, with the key issues clearly outlined, contain scientific provisions designed personally by the author, draw the findings of scientific and practical value of the scientific research;

- the article must include the following required elements:

- determination of the problem in its relation to the key scientific and practical tasks;
- critical review of the latest research and publications on the topic considered;
- a layout of the unresolved target issues on the given problem;
- setting up the key objectives of the article;
- reasonable presentation of the basic research results;
- conclusions and findings of the given research;
- the internal structuring – titled sections or parts underlined.

- References to the sources within the text should be marked with square brackets by the sequence number of the given paper in the list of sources indicating the appropriate page, e.g. [3, p. 12].

- A bibliography list at the bottom of the article must meet the requirements of the State Standard of Ukraine GOST 7.1:2006 «System of standards on information, librarianship and publishing. Bibliographic record. Bibliographic description. General requirements and arrangement rules».

- The bibliography list must be followed by the summary and the key words in three languages (Ukrainian, Russian, English);

- The summary should also include author's full name, title of the article in three languages respectively;

- Total size of the publication (article title, information about the author, text of the article, bibliography, summary, key words) should not exceed 20–30 thousand printing characters, no more than 40 thousand characters as an exception.

- **The submitted article should be accompanied by:**

- an electronic version of the article in a MS Word format;

- information about the author in Ukrainian and English:

- full name (family name, name and the patronymic), academic and scientific degrees, title of your position and the full name of the institution/organization you represent, contact (postal) address, telephone numbers;

- a statement signed by the author (s) confirming that the article has not been printed or submitted to any other publications;

- a recent photo of the author (s) in the jpg or tif format;

- high quality illustrative materials titled and numbered, suitable for scanning;

- an extract from the minutes of the chair approving the article for publication, properly certified (for articles submitted by postgraduates and degree seeking associates).

- The articles which do not meet the above requirements, will not be published.

The Editorial Board reserves the right to review, edit, make reductions and reject the articles.

The reliability of the information is the responsibility of the author.

Fees for publication are not paid.

Reproduction of materials published in the journal will require the permission of the author and publisher.

The materials submitted are not to be returned.