Міністерство освіти і науки України

Інститут права ім. І. Малиновського

Київський національний університет імені Тараса Шевченка
Юридичний факультет
Кафедра правосуддя

Национальный исследовательский
Томский государственный университет (м. Томськ, Російська Федерація)

Южный федеральный университет (м. Ростов-на-Дону, Російська Федерація)

University of Pécs, Faculty of Law

Академія кіравання пры Прэзідэнце Рэспублікі Беларусь

Toshkent Davlat Yuridik Instituti

Қазақстан-Американдық еркін университеті

МАТЕРІАЛИ
ІІІ Міжнародної науково-практичної конференції

МАЛИНОВСЬКІ ЧИТАННЯ

14-15 листопада 2014 року

Острог
Видавництво Національного університету «Острозька академія»
2014

УДК 34
ББК 67.0
М 34

Друкується за ухвалою вченої ради Інституту права ім. І. Малиновського Національного університету «Острозька академія» (протокол № 3 від 29 жовтня 2014 року)

Редколегія випуску:
Пасічник І. Д., доктор психологічних наук, професор (головний редактор), Національний університет «Острозька академія»;
Попелюшко В. О., доктор юридичних наук, професор, Національний університет «Острозька академія»;
Скрипнюк В.М., доктор юридичних наук, професор, Національний університет «Острозька академія»;
Костюк В. Л., доктор юридичних наук, доцент Національний університет «Острозька академія»
Герасимчук О. П., кандидат юридичних наук, доцент, Національний університет «Острозька академія»;
Погорецький М. А., доктор юридичних наук, професор, Київський національний університет імені Тараса Шевченка;
Фоміних С. Ф., доктор історичних наук, професор, Національний дослідницький Томський державний університет (м. Томськ, Російська Федерація);
Іванніков І. А., доктор юридичних наук, доктор політичних наук, професор, Південний федеральний університет (м. Ростов-на-Дону, Російська Федерація);
Ковальчук В. Б., доктор юридичних наук, професор, Національний університет «Львівська політехніка»;
Нор В. Т., академік НАПрНУ, доктор юридичних наук, професор, Львівський національний університет імені Івана Франка;
Лук'янчиков Є. Д., доктор юридичних наук, професор, Національний технічний університет України «КПІ»;
Пилипенко П. Д., доктор юридичних наук, професор, Львівський національний університет імені Івана Франка;
Скрипнюк О. В., академік НАПрНУ, доктор юридичних наук, професор, Національна академія правових наук України;
Фесенко Є. В., доктор юридичних наук, професор, Академія адвокатури України;
Шульга М. В., доктор юридичних наук, професор, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого;
Шумило М. Є., доктор юридичних наук,професор, Київський національний університет імені Тараса Шевченка;
Кьогальмі Л., доктор юридичних наук, професор, Будапештський університет (м. Будапешт, Угорщина);
Шайхуллин М. С., кандидат юридичних наук, доцент, Директор Євразійського НДІ проблем права (м. Уфа, Російська Федерація);
Сороковик І. О., кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії та історії держави і права Академії управління при Президенті Республіки Білорусь (м. Мінськ, Білорусь);
Умаров Д. М., кандидат юридичних наук, завідувач кафедри екологічного та аграрного права Ташкентського державного юридичного університету Мінюсту Узбекистану (м. Ташкент, Узбекистан);
Абдрахманова А. К., старший викладач кафедри «Права та міжнародних відносин», Казахстансько-Американський вільний университет (м. Усть-Кам'яногорськ, Казахстан).

М 34

Матеріали ІІІ Міжнародної науково-практичної конференції «Малиновські читання», м. Острог, 14-15 листопада 2014 року. – Острог : Видавництво Національного університету «Острозька академія», 2014. – 302 с.

У збірнику публікуються матеріали ІІІ Міжнародної науково-практичної конференції «Малиновські читання» (м. Острог, 14-15 листопада 2014 року) на актуальну правову та державну проблематику. Наведені тези та статті науковців України, Білорусі, Російської Федерації, Казахстану та Угорщини будуть цікаві як дослідникам питань історії, права та держави, так і практикам, викладачам, аспірантам та студентам.

© Видавництво Національного університету «Острозька академія», 2014

Академік І. Малиновський – науковець, правник, державний та громадський діяч

Академик И. Малиновский – ученый, юрист, политический и общественный деятель

Academician I. Malynovskyi – scientist, lecturer, political and social activist

Грищук М. В.,
кандидат політичних наук, доцент кафедри державно-правових дисциплін Інституту права ім.І Малиновського Національного університету «Острозька академія», міський голова м. Острога 1988-1998р.р.

УВІКОВІЧЕННЯ ПАМ'ЯТІ ІОАННИКІЯ ОЛЕКСІЙОВИЧА МАЛИНОВСЬКОГО В М. ОСТРОЗІ

Після проголошення Михайлом Горбачовим перебудови, особливо у кінці дев'яностих років, почався опозиційний процес «знизу», була пробуджена ініціатива та енергія різних верств населення. Проте, цей процес був більш характерний для великих міст, а в Острозі люди, як і раніше, були в основному байдужі до політичних проблем, їх не дуже хвилювали меморіальні дошки з написами: «Тут був, тут творив». На людей яких вдягнено в «ярмо забуття», ніхто не звертає увагу, і вони не заважають владі робити свою чорну справу щодо занепаду раніше процвітаючого краю. Зважаючи на це, потрібно було терміново активізувати громадське життя мешканців міста.

З метою пожвавлення громадського життя серед жителів міста, при міській Раді була створена «Координаційна рада по відродженню Острога» у складі міського голови Грищука М.В., краєзнавця Андрухова П.З., секретаря ради Захарчук Н.Д., директора Острозького державного заповідника Позіховської С.В., директора Острозької середньої школи №1 Михальчука М.Т. Координаційною радою було складено програму відродження м. Острога, якою передбачалося вирішення низки технічних питань: забезпечення теплом, питною водою, благоустрій та утримання міста у зразковому санітарному стані; реставрація пам'яток історії та архітектури; підвищення активності територіальної громади і громадських організацій; надання місту статусу обласного підпорядкування; надання Острозькому державному заповіднику статусу національного; відродження славнозвісної Острозької академії та ряд інших заходів.

Підвищенню активності громадян сприяло і проведення Днів міста, основною метою яких було розкриття перед острожанами сторінок історії міста, розвиток любові та поваги до рідного міста, гордості до його минулого та відповідальності за майбутнє, розширення краєзнавчих традицій.

Перший такий День був проведений у третю неділю вересня 1989 року. Треба зазначити, що Дні міста в Острозі почали проводити чи не вперше в Україні і тим більше – в Рівненській області. Крім того, цей день став стартовим для всієї роботи щодо увіковічення імен вихідців з Острога, які мали значні досягнення, але не були відомі на той час острожанам. Запрошений на це свято острожанин, доктор історичних наук, завідуючий кафедрою джерелознавства Дніпропетровського університету, Ковальський М.П. вперше відкрив для острожан ім'я славного сина Острога Іоанникія Олексійовича Малиновського (1868-1932 рр.), видатного вченого, просвітителя, політичного та громадського діяча, який народився 4(16) листопада 1868 р. в м. Острозі, незаслужено забутого дослідника історії держави і права, конституційного права, кримінального та кримінально-виконавчого права, автора близько 200 наукових та науково-просвітницьких робіт [1].

Проводячи широку і ґрунтовну роботу безпосередньо з жителями міста, залучаючи до проблем Острога науковців усіх рівнів з України та скликаючи острожан усього світу до Острога, товариство Спадщина та міська Рада робили це для вирішення найважливішої мети – відродження Острозької академії. Треба сказати, що десь на кінець 1993 року, підбиваючи підсумки роботи за період з 1989 -1993 років, можна було констатувати, що настала пора на весь голос порушувати питання про відродження академії.

Першим кроком у цьому питанні була організована в жовтні 1993 року, жителькою міста Острога Трусік Людмилою Станіславівною та киянином Ростиславом Радишевським зустріч міського голови м. Острога Грищука М.В. з віце-прем'єром з питань гуманітарної політики Жулинським Миколою Григоровичем. У листі, переданому п. Жулинському, де міський голова від імені острожан поділився своїми роздумами щодо відродження української історії і культури та запевнив, що в Острозі є сили, які працюють над духовним та національним відродженням, зокрема товариство «Спадщина», яке, разом з міською радою започаткувавши науково-краєзнавчі конференції «Острог на порозі 900-річчя»,

© Грищук М. В., 2014

знайшло широку підтримку відродження Острога у науковців України. М. Жулинський гаряче відгукнувся на звернення та запевнив, що буде робити все можливе, щоб вирішити порушені громадськістю міста питання. Він запропонував подати на розгляд Кабінету Міністрів та Президента України відповідні документи.

Проте самої згоди Жулинського працювати у питанні відродження Острозької академії було недостатньо. Потрібно було підготувати відповідні обґрунтування, проекти Указу Президента України та постанови Кабінету Міністрів України, і все це погодити у владних вертикалях, починаючи від районної адміністрації і закінчуючи більшістю міністерств України за підписом першої особи. Цьому передували консультації міського голови з провідними вченими України, міністром освіти Таланчуком П.М., міністром культури Дзюбою І.М., директором Інституту українознавства Ісаєвичем Я.Д. Особливо плідною була зустріч з ректором університету Києво-Могилянська академія Брюховецьким В'ячеславом Степановичем, який на прохання віце-прем'єра Жулинського, давши згоду прийняти під своє крило Острозький навчальний заклад, відкрив шлях до вирішення низки проблем, які без цього неможливо було б подолати.

Після погодження міським головою проекту Указу Президента України у більш як 20 міністерствах та відомствах України щодо відродження в Острозі Острозької академії двадцять років тому, 12 квітня 1994, року був підписаний і опублікований Указ Президента України Кравчука Л.М. «Про утворення Острозького колегіуму» такого змісту:

З метою відродження національно-освітніх традицій та враховуючи історичну роль, яку відіграла Острозька школа – греко-слов'яно-латинська колегія, для розвитку духовного життя суспільства, постановляю:

1. Підтримати ініціативу Представника Президента України у Рівненській області, Острозької міської Ради народних депутатів Рівненської області, Університету Києво-Могилянська академія та утворити Острозький колегіум як спеціалізований навчальний заклад.

2. Кабінету Міністрів України:

визначити у місячний строк статут Острозького колегіуму; ужити необхідних заходів до створення матеріально-технічної бази колегіуму.

3. Представникові Президента України у Рівненській області створити у двотижневий строк робочу групу для здійснення заходів щодо організації роботи Острозького колегіуму.

4. Університету Києво-Могилянська академія надати допомогу Острозькому колегіуму щодо забезпечення науково-педагогічними кадрами та програмно-методичними матеріалами.

Після цього пройшли роки. Колектив Національного університету «Острозька академія» не раз підтверджував своє прагнення створити в Острозі заклад європейського типу, який не забуває острожан, що своїм щоденним життям досягали успіхів на освітянській ниві, у науці, державотворенні. Прикладом цьому є увіковічнення пам'яті вихідця з Острога І. Малиновського ім'ям якого названо створений у 2011 р. інститут права ім. І. Малиновського Національного університету «Острозька академія».

Список використаних джерел:

1. Матеріали І Міжнародної науково-практичної конференції «Малиновські читання», м.Острог, 16-17 листопада 2012 р року, – Острог: Видавництво Національного університету «Острозька академія», 2012. – С. 4.

Зеленський С. М.,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри правознавства Кіровоградський державний педагогічний університет імені Володимира Винниченка

ДОСЛІДЖЕННЯ САМОСУДУ У ТВОРЧІЙ СПАДЩИНІ АКАДЕМІКА І. О. МАЛИНОВСЬКОГО ТА ЇХ СУЧАСНЕ ЗНАЧЕННЯ

Звичаї виявляють свою надзвичайну стійкість оскільки зароджуються ще в умовах родового ладу і завдяки своїй давності, неодноразовому та одноманітному застосуванню й досі в силу суспільної традиції продовжують керувати поведінкою людей. Звичаєве право функціонує виявляючи свої універсальні властивості, демонструє здібність окремих груп населення та й суспільства в цілому самостійно виробляти найбільш доцільні норми життєдіяльності. Невід'ємна складова будь-якого суспільства, звичаєве право, виступає одним із способів самозбереження людини і нації в цілому, сприяє розвитку національної самосвідомості, характеру окремої людини, формуванню патріотичних поглядів.

У процесі побудови судової системи України, яка відповідає сучасним вимогам доцільним є вивчення власного історичного досвіду, традицій, звичаїв. Це розширює можливості практичного вирішення у правовому полі багатьох суперечностей. Водночас дозволяє забезпечити подальший розвиток права загалом і кримінального процесуального права зокрема.

Звичаєве право вивчали відомі вчені, сучасники І. О. Малиновського: М. Ф. Володимирський-Буданов, О. Ф. Кістяківський, П. П. Чубинський та ін.

Важливими і актуальними залишаються праці академіка І. О. Малиновського у світлі подій збройного конфлікту, який триває нині в Україні. Сьогодні все так же люди вимагають докорінних змін. Відчуваючи несправедливість, і разом з тим, не довіряючи судові у вирішенні соціальних конфліктів, вони вдаються до силового протистояння (війни). Таким чином у сферу кримінального правосуддя потрапляють справи, у яких розглядають випадки самосуду, що кваліфікуються як кримінальні правопорушення.

Узагальнюючи настрої населення Росії на початку революційного 1905 року І. О. Малиновський констатує, що потрібна докорінна реформа тогочасного державного і суспільного устрою на началах політичної і громадянської свободи. Населенню, продовжує він, повинні бути надані громадянські права і свободи такі, як недоторканість особи, свобода слова і совісті, спілок і зборів, а гарантіями цих прав повинен бути незалежний суд [1, с. 66].

І. О. Малиновський як академік кафедри народного (звичаєвого) права України був тривалий час головою Комісії для виучування звичаєвого права України в складі соціально-економічного відділу ВУАН. Він вважав її завданням зібрати й вивчити норми звичаєвого права, користуючись друкованими пам'ятками, архівними матеріалами і безпосередньо стикаючись з народним життям.

Ґрунтовний аналіз самосуду як явища дав С. Г. Борисенок, один із найближчих співробітників і учнів академіка І. О. Малиновського, у статті «Самосуд над карними злочинцями у 1917 році», що була опублікована у «Працях комісії для виучування звичаєвого права України» [2, с. 113-234]. Причиною поширення самосудів автор вважав паралізованість роботи державних судів і те, що селянство перестало їх поважати. Дослідник вирізнив типи самосуду і виділив його стадії. Відзначав зокрема, що самосуди траплялися й у 20-х рр. XX ст. Він кваліфікував їх, на відміну від самосудів революційного 1917 р., як звичайні злочини, що караються відповідно до конкретного складу.

Визнання принципу розподілу влади вимагає незалежності і неупередженості суддів під час вирішення кримінальних справ. У сфері кримінального правосуддя суди у демократичній державі не можуть бути каральними органами, а лише вершити правосуддя. Проте люди все ще не мають звички вирішувати соціальні конфлікти у судах, вдаючись до самосуду. Багато спорів, що мали б розглядати суди у порядку адміністративного або цивільного судочинства, вирішення справ про адміністративні правопорушення, вирішуються в кримінальному процесуальному порядку. Це відомі нині випадки самосуду обливання зеленкою, вкидання людей у сміттєві баки тощо. Так, у Кіровському районному суді м. Кіровограда 16 вересня 2014 року ухвалено обвинувальний вирок, у якому ОСОБУ_1 визнано

© Зеленський С. М., 2014

винним у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 296 КК України, та призначено йому покарання у виді обмеження волі строком на 1 (один) рік [3]. Суть справи полягає у тому, що обвинувачуваний облив потерпілу невідомою речовиною зеленого кольору (зеленкою), перед тим образивши її нецензурною лайкою і звинувативши у загибелі людей на майдані, потім схопив за волосся і наніс декілька ударів правою рукою в область голови, зрештою залишив приміщення кабінету.

Допитаний у судовому засіданні обвинувачений вину у вчиненні зазначеного кримінального правопорушення не визнав та пояснив, що з потерпілою у нього були неприязні стосунки з приводу її політичних поглядів, крім того, зайшовши 25.02.2014 року до її кабінету, почув на свою адресу щось на кшталт: «Прийшов бандера». Дана фраза його обурила і, оскільки у нього в руках була банка з розчином зеленки, вилив її вміст на потерпілу.

Такі випадки непоодинокі. Звичай помсти – почуття образи, яке штовхає скривджену людину на шлях власної розправи зі своїм супротивником. Шлях помсти – це відновлення справедливості власними силами без сподівання на державу. У таких випадках сама природа людини виступає джерелом права. Не виправдовуючи людей, які діють у такий спосіб, слід визнати, що вони переймають саме цю модель поведінки на підставі подібного керуючись власним почуттям образи. Наносять образу своєму кривднику не меншу, ніж зазнали самі, а інколи і більшу.

В аналізованому нами вироку не йдеться про вирішення соціального конфлікту. Він залишається не вирішеним. Немає там реакції на образу, якої зазнав і сам обвинувачений. Лише відображена реакція держави на саме такі правопорушення.

Суд як орган правосуддя повинен бути доступним, користуватися довірою людей. Між двома елементами держави – владою і населенням – повинна бути повна гармонія: влада повинна діяти в ім'я загального блага всього населення, захищаючи і оберігаючи права і інтереси всіх; населення повинно виконувати веління влади не тільки за страх, а за совість [4, с. 117].

Крім того І. О. Малиновський звертав увагу на те, що, коли пануючою формою права є закон, приписи права не завжди виконуються. Якщо закон не відповідає народній правосвідомості; він не користується повагою і авторитетом в очах населення; йому підкорюються тільки через страх, сама влада вимушена буває миритися з його порушенням, дивлячись крізь пальці на його невиконання [4, с. 19].

Конфлікти завжди мали місце у житті людей. Проте не завжди вони вирішувались шляхом звернення до суду. Навпаки міжособистісні конфлікти переважно вирішувались за допомогою грубої сили за принципом: хто сильніший – той і правий. Така форма нераціональна, вона суттєво ослаблює або ж взагалі руйнує соціальні зв'язки. Їй на зміну приходить нова форма у подоланні будь-яких конфліктів – звернення до суду.

Список використаних джерел:

1. Малиновський І. О. Народъ и власть в русской исторіи / І. О. Малиновський. – К. – Первая Кіевская Артель Печатнаго Дела, ул. Трехсвятительская 5. – 1905. – 68 с.

2. Борисенок С. Самосуд над карними злочинцями в 1917 році // Праці комісії для виучування звичаєвого права України. Всеукраїнська академія наук. За ред. І. О. Малиновського. – К., 1928. – Вип. 3. – 318 с.

3. Вирок Кіровського районного суду м. Кіровограда від 16 вересня 2014 року по справі № 404/3342/14-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40483165

4. Малиновський І. О. Кровавая месть и смертныя казни / І. О. Малиновський. – Томск. Типо-литографія. Сибирскаго т-ва печатн. дела. 1908. – 210 с.

Иванников И. А.,
доктор юридических наук, доктор политических наук, профессор, профессор кафедры теории и истории государства и права Южного федерального университета

И. А. МАЛИНОВСКИЙ – ОДИН ИЗ ПЕРВЫХ ПРОФЕССОРОВ ЮРИДИЧЕСКОГО ФАКУЛЬТЕТА

Иоанникий Алексеевич Малиновский (04.11.1868 – 1932) родился в городе Острог Волынской губернии (ныне город Острог находится в составе Ровенской области Украины) в семье ремесленника. После окончания юридического факультета Императорского университета Св. Владимира И.А. Малиновский получил диплом первой степени и был оставлен в университете для приготовления к профессорскому званию по кафедре государственного права без назначения стипендии. Второй и третий год пребывания в данном статусе И.А. Малиновский получал стипендию.

Биограф И. А. Малиновского Д. Н. Диновский отмечал: «Свой трудовой путь Иоаникий Алексеевич начал на Полтавщине, где на протяжении двух лет (1892 – 1894 гг.) был учителем в семье городского помещика Трифановского, позднее преподавал законоведение в Киевском кадетском корпусе, работал немного домашним учителем сына известного собирателя украинской старины В.В. Тарановского. В 1895 – 1899 годах он профессорский степендиат Киевского университета Св. Владимира» [1; С. 32]. Вскоре он знакомиться с дочерью известного украинофила А.Я Конисского Марией Конисской. Их брак был зарегистрирован в Киево – Владимирском соборе города Киева 1 июля 1898 года. И.А. Малиновский любил украинскую культуру, но считал себя русским человеком и выступал за единую Россию.

В 1894 году в Киеве была издана его книга «Учение о преступлении по Литовскому Статуту», которую он начал писать еще студентом. В этой работе И.А. Малиновский изложил учение о сущности преступления, дал классификацию видов преступлений по Статуту Великого княжества Литовского. Он проделал большую работу. Им были исследованы три законодательных памятника XVI века: Литовский Статут 1529 года (Старый Статут), Статут Великого княжества Литовского 1566 года (Волынский статут) и Статут Великого княжества Литовского 1588 года, которые, как он считал, связны между собою. Каждый предшествующий был источником последующего. Уже в «Предисловии» он высказал свою точку зрения: литовское право есть русское право.

После выхода этой работы его карьера складывалась очень успешно. Специальным приказом попечителя Киевского учебного округа от 13 марта 1898 года ему было разрешено читать лекции в качестве приват – доцента университета с начала нового учебного 1898 – 1899 года. Но уже 4 октября 1898 года И.А. Малиновский назначается на должность экстраординарного профессора Императорского Томского университета по кафедре истории русского права. В Томске с 1 июля 1900 года по 1903 год он был почетным мировым судьей томского окружного суда. В 1900 – 1902 годах И.А. Малиновский в каникулярное время работал в архивах Москвы, Киева и других городов собирая материалы для будущей диссертации. В 1904 году в совете юридического факультета Киевского университета И.А. Малиновский защитил диссертацию на степень магистра государственного права, в которой обосновывал, что в основе государственного строя древней России было три начала: монархическое, аристократическое и демократическое.

Жизнь и научная деятельность И. А. Малиновского, с момента создания в России в 1905 году Конституционно – демократической партии (партии Народной Свободы), сильно изменилась. Он не только вступает в члены этой партии, но и становиться пропагандистом ее идей, проявляя небывалую толерантность.

И.А. Малиновского заметили как ученого. «Так, – отмечал И.Б. Усенко, – на первый значительный труд И.А. Малиновского – монографию «Учение о наказании по Литовскому статуту», опубликованную университетом Св. Владимира (по итогам конкурса студенческих работ) позитивную рецензию в альманахе юридического товарищества при Санкт – Петербургском университете дал А. Михельсон. Со временем ряд хвалебных откликов вызвал главный труд ученого «Рада Великого княжества Литов-

© Иванников И. А., 2014

ского в связи с Боярской думой древней России». Первая часть была им защищена как магистерская, а вторая – как докторская диссертация. Высокая оценка этого исследования нашла отражение в информации газеты «Право» об острой научной дискуссии во время защиты магистерской диссертации И.А. Малиновского. Со временем монография … была награждена в 1914 г. премией им. П.М. Батюшкова Российской академии наук, как лучшая работа по истории Юго – Западного края» [2; с. 5].

В 1909 году в Томске он издал книгу «Кровавая месть и смертная казнь», которая неоднозначно была оценена критиками. Он выступил за отмену смертной казни. В этой работе осуждался самодержавно – бюрократический и крепостнический порядок, который в России должен уступить место новому, республиканскому и демократическому порядку. В силу того, что это не было сделано во – время, то ликвидация старого порядка в России происходит революционным путем. По мнению И.А. Малиновского революция в России 1905 года «есть позднейший в русской истории момент возрождения кровной мести» [4; С. 3]. Причина этого явления в социальном неравенстве, социальной несправедливости, которые порождают зло и месть. Террор правительства Малиновский рассматривал как форму репрессий. Приговоры смертной казни, по его мнению, не есть «уголовное наказание, а кровная месть. В основе их лежит не идея права, просветленного разумом и облагороженного нравственными началами, а животный инстинкт, опирающийся на грубую силу» [4; С. 76]. Важным являлся вывод автора о том, что «законы о смертной казни всегда были направлены…против низших классов общества…»[4; С. 109].

После издания книги авторитет И.А. Малиновского вырос. «Осенью 1910 г. его избирают деканом юридического факультета, но И.А. Малиновский не был утвержден в этой должности Министерством народного просвещения» [3; с. 107]. В 1911 году за свою книгу «Кровавая месть и смертная казнь» И.А. Малиновский привлекается к юридической ответственности по 129 статье Уголовного Уложения. Приговором Омского окружного суда от 27 сентября 1912 года был осужден и приговорен к месячному сроку тюремного заключения.

Подвергнувшись осуждению за свою книгу, И.А. Малиновский был 4 октября 1911 года уволен из профессоров Томского университета и причислен к Министерству народного просвещения [3; с.108]. 7 февраля 1913 года в Императорском Харьковском университете И.А. Малиновский защитил докторскую диссертацию, 16 марта 1913 года ему выдали диплом доктора государственного права, а 7 октября 1913 года его назначили экстраординарным профессором Императорского Варшавского университета по кафедре истории русского права. В Варшаве он был восторженно встречен студентами и профессурой. Малиновский правильно оценил политическую психологию поляков, их отношение к русским. Русские в Варшаве были нежелательны и считались завоевателями. Началась первая мировая война и 23 июля 1915 года Императорский Варшавский Университет был эвакуирован в Ростов – на – Дону. Среди профессоров, прибывших в Ростов – на – Дону был и И.А. Малиновский.

Ростовский период его научно – педагогической деятельности совпал с кризисом политической власти в Российской империи и актуализацией проблемы формы Российского государства. 2 сентября 1917 года Временное правительство России объявило о том, что Россия по форме правления является республикой. И.А. Малиновский начинает писать брошюры, в которых прославляет республиканский строй в России. В Ростове – на – Дону были опубликованы его работы «Монархия и республика», «Учредительное собрание», «Партия Народной Свободы и революция», «Ф.Ф. Кокошкин». Он много публикует статей в газете «Приазовский край». По его публикациям тех лет можно получить представление о том, как начал работать университет в Ростове и о преподавании в нём. До 1917 года в России писал И.А. Малиновский, считали, что методам научного исследования учит профессорская лекция. Для чтения лекции нужны аудитории и профессора. «Профессорская лекция не пьеса, – писал И.А. Малиновский, – исполняемая граммофоном. …Лекция – результат неустанной научной работы. Профессор – вечный работник. Он не только учит других; он сам постоянно учится» [8].

К лекциям нужно готовиться каждый раз, а для подготовки к ним нужны условия: лаборатории, клиники, кабинеты, библиотека. Университеты в Российской империи имели хорошие библиотеки. Эвакуированный в 1915 году в Ростов-на-Дону Варшавский университет оставил в Варшаве замечательную библиотеку, одну из лучших в России, пожалуй, самую лучшую после Императорской в Петрограде. Малиновский приводил пример Томского университета, где хорошую библиотеку создали на пожертвования.

Обострение политической борьбы в России в 1917 году отразилось на творчестве И.А. Малиновского. Как либерал, он был убежден в эволюционном пути развития общества. В силу этого, абсолютная

монархия в России должна быть заменена монархией ограниченной, а на смену ограниченной монархии должна прийти республиканская форма правления.

По мнению И.А. Малиновского, «республика, именно демократическая республика как более совершенная форма государственного устройства. Нам, русским, в течение столетий, задыхавшимся в тисках самодержавия, идеал политического совершенства рисуется в виде народоправства» [5; С.5 – 6]. Почему республика? А потому, что, по мнению И.А. Малиновского, республика есть наиболее чистый вид народовластия. Когда народ решает задачу установить новую форму правления, то, по мнению И.А.Малиновского, он должен отдать предпочтение республике. И.А.Малиновский считал, что «Самодержавие несамобытный устой русской жизни, не исканное начало русской истории. Это явление историческое. При изменившихся условиях исторической жизни русского народа оно должно было сойти с исторической сцены и уступить свое место другому образу правления» [5; С.13].

Сам И.А. Малиновский писал, что о республике в России мечтал еще император Александр I, многие декабристы и все революционеры второй половины XIX – начала XX века. Малиновский отмечал: «После опубликования манифеста 17 октября 1905 г. юридически, а после открытия заседаний Государственной Думы 27 апреля 1906 г. фактически, Россия сделалась конституционным государством в форме ограниченной монархии» [5; С.17] За 11 лет после установления в России ограниченной монархии народ увидел несовершенство монархической формы правления. Фактически сама жизнь выдвинула требования замены монархии республикой. «Если раньше, всего каких-нибудь 11-12 лет тому назад, установление республики было бы актом насилия над русским народом, над его политическими воззрениями и традициями, то теперь актом насилия над русским народом была бы реставрация монархии» [5; С.25].

Еще ранее, VII Съезд партии Народной Свободы, по предложению ее лидера Ф. Ф. Кокошкина, принял резолюцию «Россия должна быть демократической парламентской республикой». Эту форму правления члены партии собирались защищать в Учредительном Собрании. Наиболее совершенной формой народоправства, по мнению И.А. Малиновского следует считать «республику демократическую и парламентскую» [5; С. 29].

Летом 1918 года, на основании приказа ректора от 7 июня, И.А. Малиновский уезжает в научную командировку по России и за рубеж [7; л.1].

15 сентября декан юридического факультета Ф.Ф. Зигель (1845 – 1921) просит разрешить выделить И.А. Малиновскому 100 рублей авансом, чтобы приобрести новейшую политическую литературу для кабинета русского права, которая появилась после переворота. 30 сентября это ходатайство подписал ректор[7; л.2].

В 1918 году в ростовском кооперативном издательстве «Единение» были опубликованы его «Лекции по истории русского права», которые представляют прекрасное пособие по изучению истории русского права и методическое пособие по преподаванию этой юридической дисциплины. Когда в Ростове – на – Дону к власти пришел А.И. Деникин, начальником управления народного просвещения становится приятель Малиновского профессор Н.М. Малинин, который предложил ему пост своего заместителя.

Еще до взятия Ростова – на – Дону «большевиками», И.А. Малиновский «в начале второй половины декабря» 1919 года уезжает в Царицын. Официально поездка была по делам издательского дела кооперативного товарищества «Единение», председателем правления которого он состоял. Однако из – за боев, как он сам отмечал, «не удалось ни проехать в Царицын, ни вернуться назад в Ростов. После долгих скитаний я попал в самом конце декабря 1919 года в Екатеринодар, откуда предполагал при первой возможности выехать в Ростов» [7; л.26]. Но проехать до Ростова было так же невозможно и И.А. Малиновский воспользовался приглашением экономического факультета Кубанского политехнического института почитать лекции. Ему предложили прочесть специальный курс лекции по истории государственного строя России (сам он позже писал, что читал лекции по истории Российского права). Об этом ему была выдана справка с печатью и за подписью декана экономического факультета от 1 апреля 1920 года [7; л.25]. В этом путешествии И.А. Малиновского много не понятного. Как он, например, двигаясь на Восток в Царицын, оказывается западнее Ростова в Екатеринодаре? По сути это было бегство от «большевиков». В Екатеринодаре господствовали эмигрантские настроения. Но у Малиновского в Ростове остались жена и три дочери.

11 апреля 1920 года И.А. Малиновский возвращается из Екатеринодара в Ростов – на – Дону. Уезжал он из города при «белых», а вернулся при «большевиках». О его возвращении донесли в Донское ЧК.

14 апреля И.А. Малиновский обратился в местком университета с заявлением с просьбой допустить к работе. 3 мая И.А. Малиновский обратился с заявлением к Председателю Комитета Профессионального Союза Донского университета с просьбой выдать ему жалование и пайку[7; л.27], которые ему не заплатили.

4 мая Местком профсоюза рассмотрел его заявление и посчитал возможным использовать Малиновского как специалиста. Однако, 6 мая в Местком профсоюза университета поступило заявление из Дончека, в котором отмечалось, что возможным использовать И.А. Малиновского как специалиста можно, «если на то будет получена санкция Дончека». Но поскольку это решение Месткома было принято до первомайской амнистия, то его нужно пересмотреть [7; л.36]. Появилась явная угроза потери И.А. Малиновским работы. Он это почувствовал, а поэтому уже на следующий день 7 мая 1920 года написал письмо в «В Комитет Профессионального Союза служащих Донского университета», в котором отмечал:

«4 сего мая комитет принял постановление по поводу моего заявления от 14 минувшего апреля. Я вынужден заявить, что означенное постановление для меня не приемлемо, и выяснить по каким основаниям.

1). Как преподаватель высшей школы, и деятель науки и просвещения, я считаю ниже своего достоинства обращаться по собственной инициативе в то учреждение, которое призвано надзирать за политической благонадежностью граждан, с просьбой разрешить мне заниматься моей профессиональной деятельностью.

2). Полагаю также, что не соответствует задачам и Профессионального Союза работников культуры и просвещения требовать санкций своим постановлением от постороннего учреждения, преследующего другие цели, ничего общего не имеющие с наукой и просвещением.

3). Полагаю, что принципиально недопустимо смешение политики с наукой и просвещением. Школа вообще и высшая школа в частности, должны стоять вне политики. В самые мрачные времена старого режима политика вторгалась в школу, и это причиняло громадный вред школьному делу. При новом строе нужно избежать этих ошибок прошлого.

4). Во всяком случае, в настоящий момент вопросы о политической благонадежности отпадают в виду объявленной Всероссийским Центральным Исполнительным Комитетом Советов амнистии.

5). Указывая на то, что недопустимо вмешательство политики в школьное дело и что в силу объявления амнистии отпадает и самый вопрос о политической благонадежности, я отнюдь не хочу воспользоваться этим для того, чтобы скрыть от товарищей свои политические убеждения, раз комитет ими интересуется [7; л. 24]... Я всегда стоял и продолжаю неуклонно стоять на той точке зрения, что власть должна принадлежать народу, ибо такая власть в состоянии управлять государством в интересах народа, что труд лежит в основе общественной жизни, что недопустима эксплуатация привилегированным меньшинством массы трудового населения. Эту точку зрения я разрабатывал и развивал в своих сочинениях, и на своих лекциях, докладах, статьях и т.п. С этой точки зрения идеи советской власти, как власти трудового народа, вполне соответствуют моим убеждениям. … Но в тоже время я открыто протестовал и при старом режиме и при новом советском строе против тех методов управления, которые противоречат моим убеждениям о народном благе, о свободе, о правах человека и гражданина, о справедливости: я протестовал против смертной казни, расстрелов, самовольных арестов, насилия и произвола, грабежей, разрушения культурных ценностей. Не я один протестовал. Протестовала вся интеллигенция. В частности, очень резко протестовал известный писатель Максим Горький [7; л.25] … Я не могу не приветствовать отмены смертной казни советской властью теперь. Но я не мог протестовать раньше, когда так часто применялась смертная казнь.

В виду всего изложенного я прошу Комитет исключить в постановлении от 4 мая … санкции Дончека. И. Малиновский.

7 мая 1920» [7; л.25].

12 мая Местком профсоюза Донского университета направил И.о. ректора А. Евлахову письмо о том, что не видит «препятствий к допущению профессора Малиновского к чтению лекций с получением жалования» [7; л.30]. Жалование и продовольственный паек решено было выдать И.А. Малиновскому с 14 апреля 1920 года.

Однако такое решение профсоюза и ректората не устроило сотрудников Донской ЧК. С 16 июня за И.А. Малиновским устанавливается негласное наблюдение, а 30 июня 1920 года он был арестован Дон-

ской Чрезвычайной Комиссией и заключен в тюрьму. Вскоре была арестована и его старшая дочь Мария Ходжаева. После ареста И.А. Малиновского ректор Донского университета профессор А. Евлахов лично написал Комиссару народного просвещения А.В. Луначарскому письмо, в котором сообщалось:

«30 июня с.г. Донской Чрезвычайной Комиссией… арестован профессор Донского Университета И.А. Малиновский – один из лучших специалистов по истории политического и социального строя России и истории Западной России…» [7; л.21].

Во время допроса в Дон ЧК о виновниках погромов в Ростове – на – Дону он смело заявил, что погромы, грабежи квартир и магазинов были при Советской власти и при непосредственном участии красноармейцев и части граждан, что революция в России, которую организовали большевики, не соответствует учению К. Маркса, который считал, что только крайнее развитие капитализма приведет к установлению социализма. По его мнению, «в России, где 80 % сельское население и где капитализм сделал первые робкие шаги» социализм не возможен.

В июне – декабре 1920 года Малиновский находился под арестом в Ростовской тюрьме, а потом был переведен в тюрьму ВЧК в Москву.

После приговора президиума ВЧК с 28 декабря 1920 года до 9 сентября 1921 года и с 1 июля 1922 года до апреля 1925 года И.А. Малиновский отбывал наказание в Ивановском лагере особого назначения НКВД РСФСР. Этот лагерь создали в 1919 году на территории бывшего Иоанна – Предтечинского женского монастыря. И.А. Малиновский в лагере работал в печатной мастерской и занимался просветительской работой. Он прочел 37 лекций по истории русской культуры, проводил занятия в школе по ликвидации неграмотности. Институт советского права Народного комиссариата юстиции РСФСР привлек его к написанию научных работ. И.А. Малиновский рассчитывал на досрочное освобождение.

Однако ходатайство о досрочном освобождении И.А. Малиновского 20 сентября 1921 года следственной частью Президиума ВЧК было отклонено. Многочисленные письма с просьбой освободить ни в чем не виновного ученого, его трудолюбие и честность спасли ему жизнь и привели к досрочному освобождению из мест лишения свободы после двух лет пребывания в лагере невдалеке от города Иванова. Он привлекается к работе в Институт советского права, но каждую неделю должен был отмечаться в Покровском лагере принудительных работ в Москве.

«В Институте советского права И.А. Малиновский работал в секции судебного права и криминологии, в секции конституционного права и в отделе правовых материалов. Он принимал участие в разработке проекта Уголовного кодекса РСФСР, учебника по уголовному праву для народных судей и следователей, а также подготовил ряд ценных научных трудов в области советского права.

Очередное ходатайство об отмене еженедельной явки для регистрации в Покровском лагере принудительных работ закончилось тем, что 13 июня 1922 года по решению Президиума ГПУ РСФСР он был повторно арестован 1 июля 1922 года и отправлен в Ивановский лагерь. В лагере он пишет раздел к учебнику по уголовному праву, историю Ивановского лагеря принудительных работ. В апреле 1925 года И.А. Малиновский был освобожден досрочно из лагеря на два месяца раньше установленного приговором срока.

После освобождения из мест лишения свободы И.А. Малиновский работал в Академии наук Украины и занимался исследованием обычного права.

17 февраля 1926 года на имя ректора Донского университета из Всеукраинской академии наук пришло письмо, в котором содержалась просьба передать документы и книги бывшего профессора Варшавского и Донского университетов в 1913 – 1920 годы И.А. Малиновского, так как он теперь работает действительным академиком по кафедре обычного права Украинской академии наук. 26 февраля в адрес АН Украины были высланы: 1) копия формулярного списка; 2) диплом № 1190 доктора государственного права на имя И.А. Малиновского; 3) метрическое свидетельство № 3518[4; л.4].

В период с 1925 по 1928 годы И.А. Малиновский написал много работ по уголовно – исполнительному праву, пенитенциарному законодательству. Среди них «Редакционные погрешности исправительно – трудового кодекса» (1925), «Карательная политика Советской власти и «исправительно – трудовой кодекс» (1925), «Строгая изоляция» (1926), «Кари майнові і кари особисті» (1927), «Исправительно – трудовые кодексы отдельных республик или исправительно – трудовой кодекс СССР?» (1928) и другие работы.

В современный период, когда в России иногда обсуждается вопрос о том, спасет ли страну монархическая форма правления, какой должна быть форма правления, идеи И.А. Малиновского о монархии и

республике приобретают особую актуальность. В его работах дан анализ эволюции формы правления российского государства начала XX века, четко отражено правосознание ученого с либерально – демократическими взглядами в период революций 1917 года, гражданской войны и первых лет пребывания большевиков у власти в России.

Список использованных источников:

1. Диновский Д.М. Творчість О. О. Малиновського: сучасність та Рівненщина// Наукова спадщина академіка О.О. Малиновського і сучасність. Матеріалы Всеукраинской науково-практичной конференции 4 – 5 грудня 2008 р. М. Рівне. – Киев. 2010. – 232 с.

2. Усенко І.Б. Історіографія життя та діяльності І.А. Малиновського // Наукова спадщина академіка О.О. Малиновського і сучасність. Матеріалы Всеукраинской науково-практичной конференции 4 – 5 грудня 2008 р. М. Рівне. – Киев. 2010. – 232 с.

3. Некрылов С.А., Фоминых С.Ф. Томский период в жизни Иоанникия Алексеевича Малиновского.// Наукова, просвітницька, громаддська та політична спадщина академика І. Малиновського І сьогодення. Матеріали 1 – го Міжнародного науково – практичного семінару 16 березня 2012 року м. Острог – Острог. 2012. – 224 с.;

4. Малиновский И.А. Кровавая месть и смертная казнь. Выпуск второй. – Томск. –1909;

5. Малиновский И.А. Монархия и республика. – Ростов – на – Дону. –1917;

6.Государственный архив Ростовской области. Ф.527; О.1; Д.429;

7.Государственный архив Ростовской области. Ф.46; О.3; Д.471;

8.Малиновский И.А. Ростов и студенты.// Приазовский край. № 242. 13 сентября 1915 года

Ковальчук В. Б.,
доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри конституційного та міжнародного права «Інституту права та психології»Національного університету «Львівська політехніка»

ВЧЕННЯ І. МАЛИНОВСЬКОГО ПРО ФОРМИ ДЕРЖАВНОГО ПРАВЛІННЯ

Професор Іоанникій Малиновський відомий не лише своїми фундаментальними працями з історії східнослов'янського (українського) права, але й окремими дослідженнями з питань теорії держави та права. Так в одному з них, а саме «Монархія і республіка» (1917 р.), вчений детально характеризує основні форми державного правління, піддаючи їх критичному аналізу і пропонує натомість найбільш прийнятну форму правління для суспільства та держави. Такою на його думку є демократична республіка, яка заснована на принципі народовладдя. Написання зазначеної праці історично збігається з періодом діяльності Тимчасового Уряду, програмні положення якого щодо запровадження в Росії республіканської форми правління були близькі І. Малиновському.

Республіканська форма правління є повною протилежністю монархічному правлінню не лише за способом організації державної влади, тобто формально-юридичною ознакою, але й за своїм «духом» – рівнем світоглядного сприйняття її в середині суспільства. «Коріння монархії, – зазначав англійський юрист У. Беджгот, – лежить в недоліках людської фантазії», – цитує англійця І. Малиновський в своїй праці «Монархія і республіка». На його думку, основною причиною російського самодержавства є людський фактор, за якого народним масам важко уявити навіть саму можливість модернізації держави та суспільства на зразок західноєвропейським демократіям. Для такої народної правосвідомості основним є наявність символу держави – царя, правителя, короля, імператора, без якого не буде порядку і запанує анархія. Вона формується впродовж багатьох століть і є невід'ємною складовою монархічного правління: «В школах, казармах, публічних місцях висять портрети царя, в церквах проголошуються молитви за царя, в національних гімнах прославляється ім'я царя, дні царських сімейних торжеств вважаються днями національних свят».

Однак, І. Малиновський будучи вченим, ідеї якого сформувалися в першу чергу під впливом європейських цінностей, чудову розумів всі ті переваги для суспільства та держави, які несуть з собою демократичні перетворення, що вже відбулися в країнах Західної Європи у другій половині XIX – поч. XX століття. Рушійною силою таких перетворень, на глибоке переконання вченого, повинен стати народ, який попри багатовікове гноблення не втратив відчуття свободи та справедливості, які неодноразово демонстрував впродовж своєї історії. Таке переконання сформувалося не випадково, адже своїм корінням вчений був тісно пов'язаним з Україною і тому про особливості характеру українського народу, і, зокрема його вільнодумство та незалежність, він знав не лише з праць М. Драгоманова, М. Костомарова чи М. Грушевського, але й з особистого досвіду.

Ще в 1905 році професор І. Малиновський видав у Києві працю «Народ і влада в руській історії» в якій переконливо доводив, що успіх у взаємовідносинах між народом і владою у східних слов'ян на всіх етапах їх розвитку досягався не в результаті ініціативи влади, а за рахунок дієвих вимог народу, заснованих на реаліях його життя. Як зазначає вчений, ці вимоги нерозривно пов'язані з громадянськими та політичними правами, з яких перші мають пріоритетне значення. Саме громадянські права є основоположними для інших прав, у тому числі і політичних. А гарантією і тих, і інших має бути незалежна судова влада. Стрижневою ідеєю цієї праці є теза про необхідність побудови правової держави, яка найкраще може бути реалізована у формі демократичної республіки.

Отож, найкращою формою правління для східних слов'ян у новітній час, вказує І. Малиновський в роботі «Монархія та республіка», повинна стати демократична республіка: «Ми звільнилися від кайданів царської деспотії для того, щоб перейти до вільного народовладдя. Республіка і є самою досконалою формою народовладдя. В республіканських державах верховна державна влада належить тільки народу».

Крім цього, вчений досліджує методи та способи реалізації належної влади народу. Він, зокрема, зазначає, що найважливіші питання державного життя повинні вирішуватися на народних зборах, які

© Ковальчук В. Б., 2014

формуються з повноправних громадян. Так було у стародавні часи, коли люди об'єднувалися в невеликі державні утворення, що давало можливість скликати загальнодержавні зібрання. Такі республіки з народними зборами дослідник називає «безпосередніми».

Згодом на місце «безпосередніх» республік прийшли «представницькі» республіки, в яких влада здійснювалася через уповноважених народом представників. Основу таких республік складали вже не народні збори, а парламент.

Крім того І. Малиновський вказує на те, що в деяких випадках можливе співпадіння ознак безпосередньої республіки та представницької республіки. Зокрема, це характерно для таких країн, як Швейцарія та США. В цих країнах практикується народне голосування (референдум) законопроектів вже після обговорення їх у парламенті.

Як безпосередню республіку так і представницьку, на думку І. Малиновського, можна вважати демократичними республіками, тобто такими, що є найкращими для суспільства і держави.

Демократичну республіку І. Малиновський протиставляє республіці аристократичній (буржуазній). На відмінно від останньої у демократичній республіці відсутні будь-які цензи : майновий, освітній, ценз походження та інші. В демократичній республіці виборче право належить не якомусь одному класу – аристократії, буржуазії або ж пролетаріату, а всьому народу, тому що: «воля народу – це воля всіх, а не воля окремих».

З принципу всезагального виборчого права І. Малиновський допускає лише окремі винятки, зумовлені «необхідністю забезпечити свідомість народної волі». Саме тому у виборах не можуть брати участі малолітні і не повнолітні особи, психічно хворі, злочинці та особи які визнані банкрутами. В цілях забезпечення справедливості народної волі, принцип загального народного голосування доповнюється принципами прямого, рівного і таємного голосування.

Отже, І. Малиновському вдалося шляхом історико-правового аналізу визначити риси сучасної демократичної республіки: «парламент, який складається з народних представників, обраних шляхом всезагального, рівного, прямого і таємного голосування».

В контексті питання республіканської форми правління І. Малиновський підняв проблему співвідношення органів представницької влади з органами виконавчої влади. Парламенту належить законодавча влада, в той час як виконавча влада належить уряду, який складається з президента республіки та міністра. Виконавча влада може бути незалежною від народних представників, як приклад вчений наводить США, де президент обраний усім народом і призначає за своїм внутрішнім переконанням міністрів, які відповідають лише перед ним. Таку республіку можна назвати дуалістичною, оскільки народні представники і уряд співставляються як дві майже рівні політичні сили.

Від такої дуалістичної республіки абсолютно відрізняється парламентська (демократична) республіка, в якій народне представництво – єдина політична сила від якої повністю залежить уряд. Прикладом може слугувати Франція, де президент обирався не народом, а парламентом. Президент призначав міністрів, але не на підставі своїх переконань, а на підставі партійної квоти, яка складала більшість в парламенті. І. Малиновський виступав прихильником парламентської відповідальності уряду.

Отож І. Малиновський аналізуючи проблему найкращої форми державного правління зазначає, що система відповідальності міністрів перед народним представництвом більш відповідає принципу народовладдя, ніж система відповідальності перед президентом. Тому найбільш досконалою формою народовладдя слід вважати демократичну республіку, як безпосередню так і парламентську.

Список використаних джерел:

1. Малиновський І. Монархия і республика. – Ростов на Дону: Типографія «Обновленіе», 1917.
2. Малиновський І. Народ и власть в руской истории. – Острог, 2012.

Попелюшко В. О.,
доктор юридичних наук, професор, директор Інституту права ім. І. Малиновського Національного університету «Острозька академія»

СТАНОВЛЕННЯ СУДУ І СУДОЧИНСТВА НА ТЕРЕНАХ УКРАЇНИ В РОБОТАХ ПРОФ. І. МАЛИНОВСЬКОГО ТА СУЧАСНІСТЬ

Професор І. Малиновський у дослідженнях суспільних, а в їх числі й державно-правових явищ виходив із законів послідовності та поступовості їх розвитку, ґенетичного взаємозв'язку і взаємозалежності з іншими явищами, включаючи природні. А людину, за Арістотелем, він розглядав як «суспільну тварину» і вважав, що ці слова Арістотеля є основним положенням усіх соціальних наук, в тому числі наук юридичних, бо людська природа з її основними потребами однакова у всіх людей: усі люди підпорядковуються одним і тим же фізичним і психологічним законам. Звідси і схожість багатьох явищ в житті різних народів, включаючи й такі державно-правові явища як суд і судочинство.

Цим явищам, причинам їх виникнення, становлення та функціонування у їх взаємозв'язку з іншими суспільними явищами на теренах України вчений, як ніхто інший з його сучасників, очевидно й як представник наукової школи «західноруського права», присвятив низку своїх праць, найбільш розлогими з яких є «Лекции по истории русского права (1907 р.), «Кровавая месть и смертные казни» в двох випусках (1908, 1909 р.), «Война и суд» (1915 р.) «Лекции по истории русского права» (1918), «Стародавній державний лад східних слов'ян і його пізніші зміни». (1929 р.). Положення, висновки та й пропозиції, висловлені автором в цих, а також в інших, менш крупних роботах, не втратили своєї актуальності й нині.

Так от, основуючись на дослідженнях попередників, письмових пам'ятках права, усних переказах, свідченнях сучасників, які спостерігали життя окремих народів, що перебували на нижчих рівнях суспільного розвитку, І. Малиновський переконливо довів, що першим судом у глибоку давнину в усіх народів, включаючи східних слов'ян, був самосуд. Кожен був суддею у власній справі. Ображений сам постановляв вирок і сам приводив його до виконання, або за нього мстилися його родичі, одноплемінники. Помста, каже І. Малиновський, це тваринний інстинкт, притаманний як звіру, так і первісній людині. Він відповідає усім умовам життя дикуна, його зародковим розумовим силам. Це спосіб його існування. Звір в людині дає про себе знати на кожному кроці. Він мстить кожному за образу, вчиняє самосуд.

Притаманний людській природі інстинкт помсти з часом набуває характеру звичаю, морального та релігійного обов'язку. Людина старається відплатити за зло злом, часто злом настільки тяжким, наскільки вистачає її сил і винахідливості. Вона піддає кривдника тяжким мукам, а часто, зверх того, грабує і знищує його добро. Вона нападає не лише на кривдника, вона мстить й невинним, так чи інакше пов'язаним з кривдником.

Різновидом самосуду була *кровна (кровава) помста*. Кровна помста зародилась при родовому союзі і ґрунтувалась на родовій солідарності надавати взаємну допомогу, захист, збройну підтримку усім членам роду у випадку їх образи. Вона інколи приводила навіть до повного винищення ворогуючих родів, про що в нашій історії свідчить, наприклад, старовинна легенда помсти княгині Ольги древлянам за вбивство чоловіка Ігоря. Вона чотири рази мстилася древлянам і кожен раз придумувала новий вид помсти. Спочатку вона закопала живими в глибоку яму 20 кращих древлянських мужів, відправлених до неї послами; потім влаштувала тризну по чоловікові, на яку запросила древлян, і коли вони підвипили, то наказала дружині рубати їх – було зарублено 5000 людей. Наостанок, вона підпалила головне місто древлянської землі – Іскоростень, старійшин міста спалила, а решту жителів – одних убила, інших перетворила в рабів. Так помстилася княгиня Ольга. Очевидно, що сила помсти у неї була велика. І вона вміла знайти достойний вихід цьому своєму відчуттю.

Самосуд і кровава помста вважалися справою честі, подвигом. Їх прийоми і цілі, основані на природньому відчутті помсти, збереглись надовго і збереглись тому, що цей тваринний інстинкт закладений в самій природі людини.

© Попелюшко В. О., 2014

Підтвердження панування самосуду в доісторичні часи вчений виводить й від протилежного, зокрема, з договорів з греками і Руської Правди. Договір з греками 911 р. дозволяв негайно відомститися вбивці, схопленому на місці вбивства (ст.4). А Руська Правда дозволяла таку ж розправу стосовно злодія, схопленого потерпілим «на своєму дворі, або в кліті, або в хліві» (ст. 20 Акад. сп.). Отже, робить висновок І. Малиновський, раніше, до Правди, можна було чинити самосуд в усіх випадках.

Загалом же за часи Київської Русі самосуд уже заборонявся, державний суд уже витісняв самосуд, але не повністю, тому що у деяких випадках, як у вищенаведених, допускалася розправа ображеного з кривдником: мстилися, не звертаючись до судового розгляду. При цьому державний суд входив у різні комбінації з самосудом. В одних випадках ображений розправлявся з кривдником, а потім заявляв суду, що він помстився. В інших випадках суд санкціонував акт помсти як такий, що уже відбувся. Перша з наведених комбінацій відображена в договорі з греками 945 р., де сказано, що якби сталося вбивство, то вбивця присуджується до смерті судом, а потім видається родичам вбитого, щоб вони вбили його. Про те ж саме говорить літопис щодо помсти княжого воєводи Яна волхвам.

Уламки самосуду мали місце й у литовсько-руському судочинстві (XV – XVI ст.). Але в усіх випадках головна роль тут уже належала державному суду: лише інколи суд розглядав справу і постановляв вирок, а приватна особа виконувала вирок. Так, в Судебнику Казиміра значилося: якщо злодія видадуть за вироком суду, то потерпілий зобов'язаний його покарати, бо «над злодієм милості не треба» (ст. 12). А в Литовському Статуті 1529 р. передбачались випадки, коли злочинець, засуджений до смертної кари, мав видаватися потерпілому «горлом» для того, щоб «він його вбив» (XI, 13; XII, 25).

За Литовськими Статутами самосуд в цілому не лише заборонявся, а й попереджувався, і попереджуався наступним чином. Оскільки було неможливо повністю усунути приватну особу від участі в суді, бо вона за необхідності повинна була приймати там участь в якості обвинуваченого, потерпілого чи свідка, суд, де за такої необхідності зустрічалися один з одним ображений, кривдник, близькі їм люди, був зручним місцем для саморозправи. Тому Литовськими Статутами заборонялося приходити в суд із зброєю, а Литовський Статут 1588 р. передбачав сувору кару не лише за нанесення побоїв, спричинення ран чи смерті під час суду, а й за словесний випад на адресу протилежної сторони під час судової промови. (арт. 62 IV).

Пізніші закони розглядали самосуд з тяжкими наслідками виключно як злочин.

Окрім самосуду, державному суду передували і також конкурували з ним суди окремих осіб – суд сімейний і суд вотчинний.

Сімейний суд – це суд глави сім'ї. Він виник за часів родового ладу як суд родоначальника. У пам'ятках древньоруського права немає згадок про судову владу родоначальника. Між тим, на думку І. Малиновського, така влада мала місце і, вірогідніше всього, була необмеженою – аж до права карати смертю дружину та дітей, тому що в пізніших пам'ятках є вказівки на таку заборону, є вказівки про межі влади глави сім'ї щодо дружини і дітей, причому влади, тотожної судовій владі. Законодавчі обмеження судової влади глави сім'ї настали лише в XIV ст. Але лише обмеження, і лише законодавчі.

Вотчинний суд, вважав І. Малиновський, такої же древності як і суд сімейний, тому що в древності в склад сім'ї входили холопи. А оскільки главі сім'ї належало право суду над членами сім'ї, то йому не могло не належати й право суду над холопами. Звідси і витоки вотчинного суду, тобто суду землевласника над населенням його помість.

Оскільки спочатку населення приватних помість складалося з холопів, то господарю належав суд над ними як над домочадцями. Пізніше він поширився на вільних людей помість. І. Малиновський тут виходив з того, що згідно з першоджерелами в Київській Русі після запровадження християнства монастирям жалувалися села, і жалувалися разом з вірами і продажами, тобто з правом судити і накладати грошові штрафи. А оскільки віри і продажі платилися вільними людьми, то, приходить до висновку вчений, мав місце суд володільця пожалуваних монастирю сіл над вільним населенням.

Найбільшого розвитку вотчинний суд набув в Литовсько-Руській державі. Вотчинне право там стало основним правом шляхетства, правом, санкціонованим писаним законом. В Земському привілеї 1457 р. було вперше проголошено, що суд над населенням шляхетських помість належить шляхтичу-землевласнику. Після це право неодноразово законодавчо повторювалося. Вотчинне право було універсальним. В Литовському Статуті 1529 р. виключення стосувалося лише справ про наїзд (військовий напад, напад натовпу на шляхетський дім з пограбуванням тощо). В Статуті 1566 р. не було і цього винятку. Шляхтичам-землевласникам (а у нашому випадку й князям Острозьким) належав суд в усіх

справах. Отже, вотчинним судом шляхтичі-землевласники карали своїх підданих будь-якими покараннями, включаючи смертну кару. Не були підсудні цьому суду лише справи щодо слуг-шляхтичів, коли обвинуваченим загрожувало позбавлення шляхетської честі. Справи такого роду були підсудні лише державному, а саме, господарському суду. Таке необмежене право землевласника-шляхтича судити простих людей, які населяли його помістя, зберігалося і в XVII, і в XVIII ст. Лише на сеймі 1768 р. було постановлено – позбавити землевласників-шляхтичів права суду над селянами у кримінальних справах і передати ці справи у відання загальних судів.

Але з приєднанням українських земель до Росії і закріпаченням селян у XVIII ст., кріпосні селяни стали підлягати вотчинному суду поміщиків. Скасовано вотчинний суд судовою реформою 1864 р, але скасовано лише de jure. Тому що de facto і цей суд пережив своє законодавче життя.

Ще одним судом, що прийшов на заміну самосуду, і що також конкурував з державним судом, б*ув суд общини*.

Суд общини, на переконання І. Малиновського, виник при переході від родового ладу до общинного, оскільки за таких умов суду родоначальника не достатньо, він не охоплює всіх членів общини.

Суд общини – суд публічний. Він здійснювався в присутності і з участю членів общини. Правда, на суд могли приходити не всі члени общини, а лише ті, хто хотів і хто міг.

Щодо існування на Русі суду общин І. Малиновський виходив з приписів правових актів, в т. ч. з приписів Руської Правди, де зокрема значилося, що коли члени общини («верви») не знайдуть вбивцю, то самі платять дику віру, а також, коли вбивство вчинено в розбої, то «люди», тобто члени общини, повинні видати розбійника на поток і розграбування (ст. 3-5 Карамз. сп.). Отже, якщо члени общини повинні були видати розбійника на поток і розграбування, то община («верв», «люди») не могла не приймати участі в кримінальному суді.

З часом, в міру збільшення населення і ускладнення суспільних відносин, участь в суді усієї общини визнається недоцільною. Тому община виділяє із свого середовища своїх представників, яким вручає судову владу. Почалася ця заміна общини її представниками ще також в епоху Руської Правди, бо там є така постанова: коли хто буде шукати на іншому борг, а боржник стане запиратися, та іти йому на «ізвод» перед «12 чоловіками» і, якщо по суду цих 12-ти виявиться, що боржник навмисно не віддав грошей, то стягується за образу 3 гривні» (Академ. сп., 14).

В подальшому, в Литовсько-Руській державі, общинними судами були суди волосних старців і копний суд.

Щодо суду *влосних старців*, то про нього значиться в господарському листі 1497 р., зокрема, що намісник не має права жителів Торопецької волості «ні судити їх, ні рядити їх, має їх судити і рядити старець їх». Старець же судив з «добрими людьми». «Добрі люди» як представники общини виступали в суді старців, на думку І. Малиновського; в троякій якості: 1) і як свідки суду, які могли при потребі підтвердити, що суд дійсно відбувався і постановив саме такий-то вирок: 2) і як знавці звичаєвого права; 3) і як судді, що приймали участь в суді і у постановленні вироку.

Копний суд – оригінальна, литовсько-руська форма общинного суду. Волость, а інколи кілька волостей складали «копний» округ. Коли в межах округу вчинявся злочин, то найближчі до місця вчинення злочину домогосподарі були зобов'язані розшукувати злочинця по гарячих слідах. Ці найближчі домогосподарі в даному випадку складали малу, або «горячу» копу. «Горяча копа» проводила попереднє дізнання: «гнала слід», робила обшуки у підозрілих осіб, опитувала потерпілих, свідків. Потім збиралася «велика копа», яку складали усі «мужі» копного округу. Тут проходило судове слідство і постановлялось судове рішення. Якщо постановлявся смертний вирок, то для приведення його до виконання збиралася тертя, «завита копа».

На перших порах влада «копного суду» розповсюджувалася на все поселення копного округу. Але поступово шляхта звільнила себе від підпорядкування цьому суду і він зробився спеціальною селянською установою. Вирок копи у справі шляхтича, обвинувачуваному у будь-якому злочині, передавався державному суду. І навпаки, вирок щодо селянина проводився до виконання копою.

У XVIII і першій чверті XIX ст. общинні суди в Україні мали місце у формі сільських (селянських) судів. Їм надавалось право в маловажливих «спорах і распрях» судитися через своїх представників. З 1838 р. для державних селян був введений общинний суд у формі сільської і волосної розправи. За свідченнями дослідників селянського звичаєвого права сільські суди, поряд з волосними, діяли в Україні аж до встановлення радянської влади.

Суд державний виник, на переконання І. Малиновського, із-за необхідності вирішення суперечок між общинами, які неможливо було вирішити общинними судами. Потрібен був вищий суд. Таким судом на Русі став суд загальнодержавних органів влади – віча, боярської думи і князя.

Спочатку державна судова влада належала вічевим зборам, які судили на загальноземському віче в присутності народу. При цьому народ не обмежувався пасивним споглядданням і слуханням того, що відбувалося, він втручався в перебіг судового процесу, під його тиском виносився вирок, він приводив до виконання цей вирок. Про один випадок суду Київського віча розповідає літопис 1146 р.: в службових злочинах обвинувачувалися княжі тіуни – Ратша, тіун Київський, і Тудор, тіун Вишгородський. Вічевий натовп сам привів до виконання обвинувальний вирок – розграбував двір Ратші.

Але вічева реформа суду була надто не зручна. Віче не могло збиратися часто для вирішення поточних судових справ. Тому в Київській Русі віче судило у виняткових випадках. Воно виділило із себе суддів. Таким, перш за все, був князь. В мирний час суд здійснював головним чином саме він. Князь судив особисто. Але не завжди. Замість себе він доручав судити своїм тіунам, а в пригородах – посадникам.

Суд князя проходив публічно, в присутності «добрих людей». Роль добрих людей грали бояри. Суд відбувався в засіданні боярської думи. Так сказано в «Поученіи» Володимира Мономаха.

Отже, суд князя з боярами, суд тіунів княжих і посадників – такий древньоруський державний суд.

В Литовсько-Руській державі на перших порах залишалася древньоруська судова організація. Пізніше в окремих землях, зокрема тих, які втратили політичну самостійність, державними суддями виступали обласні правителі – намісники, державці, старости, воєводи. На їх суді мали бути присутні бояри, князі, пани, дружинники, іноді й міщани. У Волинській землі, наприклад, судили старости, або підпорядковані йому намісники. Судили разом з князями, панами і «землянами».

В цілій же державі судив господар, судив подібно древньоруському князю. Господар судив разом з панами-радами, які відігравали роль добрих людей, присутність яких на суді вимагав древній звичай. Такий суд господаря і панів-рад називався господарським. Інколи, коли справа вимагала негайного вирішення, такий порядок порушувався. Господар у таких випадках судив один. Але у важливих і складних справах остаточного рішення він не виносив – «відкладав до панів», тобто відтерміновував рішення справи до засідання ради разом за панами-радами.

Суд господаря і панів-рад був вищим судом в державі. Йому були підсудні найважливіші земельні спори, справи про злочини, пов'язані з позбавленням честі, про державні злочини і деякі інші. Наприклад, йому були підсудні в усіх справах князі і пани, урядники і особи, які мали т. з. «закривальні листи», тобто грамоти про підсудність лише господарю і раді. Крім того, господарський суд був вищою судовою інстанцією. На рішення державця можна було скаржитися воєводі; на рішення воєводи чи старости – господарському суду. А коли рада судила без господаря, то на її рішення також приносилися скарги господарю і раді у повному складі.

В середині XVI ст. була проведена судова реформа. Привілейовану підсудність князів і панів скасовано. Для всієї шляхти запроваджено загальні суди: замковий – для кримінальних справ, підкоморський – для земельних. А для усіх інших справ – земський. Господарський суд залишився другою інстанцією. Постановою сейму 1581 р. запроваджено «Головний Литовський Трибунал» як вища апеляційна інстанція для всіх обласних судів.

Земський суд, до якого входили суддя, підсудки і писарі, підкоморський і Головний Трибунал були відділені від адміністрації. Замковий же, у який входили обласні правителі (воєвода, староста, державець) або їх заступники, замковий суддя і писар – поєднували у собі і адміністративні, і судові функції.

У містах з магдебурзьким правом діяли міські суди-лави, які розглядали усі справи міщан, крім найважливіших кримінальних справ, і керувалися німецьким правом. Такі запозичення державно-правових інститутів у інших народів І. Малиновський вважав можливим, знову ж таки тому, що першоджерело права – людська природа – однакова у всіх народів, але при цьому мають бути схожі умови життя цих народів. Оскільки ж умови життя ніколи не бувають тотожними, запозичення не може бути повним. Тому міські суди дещо відрізнялися від німецьких, мали свою, литовсько-руську специфіку.

Судова система і судочинство, закладені в Литовсько-Руській державі, видозмінені у відповідності до конкретних соціально-економічних та політичних умов, діяли на теренах України досить тривалий час – і тоді, коли Україна входила до складу Речі Посполитої, і з входженням її до Росії, оскільки в складі Росії Україна (Малоросія) мала судову автономію. Лише в кінці XVIII ст. тут була запроваджена російська судова система і російське інквізиційне судочинство, за допомогою яких, подібно до помсти

древнього месника, «лише обвинувачували і судили, обвинувачували і судили, – мстилися винним і невинним», заради підтримки існуючого ладу і власної користі. А Литовські Статути, зокрема Статут 1588 р., який був додатком до Зводу законів російської імперії, застосовувався в Україні, особливо його норми матеріального цивільного, сімейного і земельного права, до судово-правової реформи 1864 р., а на Правобережній Україні аж до встановлення радянської влади, тобто майже 300 років.

Так чи інакше, І. Малиновський вважав, що лише Судові статути 1864 р. запровадили суд «швидкий, правий, рівний, і милостивий», оскільки в основу Статутів були покладені великі начала правильного судоустрою і судочинства, хоча, констатував він, подальші реформи кінця XIX початку XX ст. явилися значним відступом від ідеалів судово-правової реформи 1864 р.

Далі, за радянської влади, як відомо, відбувся повний злам досягнутого тривалим історичним розвитком судоустрою і судочинства. Всупереч закону наступності у розвитку суспільних явищ вони були замінені на особливі, радянські. А з отриманням Україною незалежності, з 1991 р. і по сьогоднішній день відбувається постійне їх реформування. Практично кожна влада, кожна партія, що приходить до влади, розпочинає нову судово-правову реформу і робить її «під себе», не рахуючись ані з історією і законом послідовності у розвитку суспільних явищ, ані з реальними соціально-економічними потребами народу, його характером (ментальністю), повністю ігноруючи науку, шляхом штучного і хаотичного запровадження тих чи інших, головним чином «заокеанських» державно-правових правових інститутів. Сьогодні розпочата нова, чергова судово-правова реформа. Згідно Указу Президента України Петра Порошенка з жовтня цього року почала діяти Рада з питань судової реформи. З цього приводу нині можна сказати лише одне: якщо ця чергова реформа судової системи буде робитися не на наукових засадах, а у той же спосіб, як і попередні, зі зміною влади її чекає така ж участь.

Які висновки слід зробити, або на чому слід акцентувати як на результатах наукового дослідження становлення суду і судочинства в Україні, у їх застосуванні до сучасності?

Історичні явища, каже І. Малиновський, знаходяться у генетичному зв'язку між собою і послідовно змінюють одне одного. Послідовні зміни одних явищ іншими здійснюються з непомітною поступовістю. Внаслідок поступовості історичного розвитку в кожній епосі є зародки майбутнього. Але з цієї ж причини в кожній історичній епосі поряд з рисами, які її характеризують, є так звані «переживання» минулого. Це повною мірою стосується і суду, і судочинства України.

В епоху, у якій жив і творив вчений, в силу його непридатності для відправлення правосуддя в нових умовах, не залишилось місця суду общинному.

Можна констатувати – й сьогодні в Україні общинний суд – явище історії.

De jure це ж саме можна сказати і про суд сімейний, і суд вотчинний. Але лише de jure. У повсякденному житті, в побуті de facto пережитки суду сімейного як суду батьківського (чи навпаки, материнського) над членами сім'ї, зокрема дітьми – не така вже й рідкість. Навряд чи сьогодні в суспільстві, названому правовим знайдеться той, хто заперечуватиме проти існування в Україні невирішеної проблеми сімейного насильства. Те ж саме можна сказати й про суд вотчинний. Тобто про свавілля керівника (міністра, директора), власника, управителя тощо, особливо в незалежній, капіталістичній Україні, у підпорядкованому йому відомстві, установі, на власному підприємстві, у власній фірмі і т. д. і т.п., хоча говорять і пишуть про це, із зрозумілих причин, надто мало і надто рідко, хіба що про підприємства з чужоземною найманою робочою силою, де вотчинний правопорядок і вотчинне правосуддя мають відвертий характер. Але загалом факти розправи з «неугодними» є явищем досить поширеним. Як в сім'ї, так і у «вотчині» суд сьогодні продовжує належати стороні конфлікту. Тому можна з упевненістю говорити, вслід за І. Малиновським, завершення становлення суду як єдиного органу правосуддя, неупередженого, відокремленого від сторони в цьому плані, поки-що не відбулося і навряд чи відбудься у найближчій перспективі.

Але в усі історичні епохи існував і існує до нині поряд з державним судом самосуд, який проявлявся і проявляється дотепер в чотирьох чітко виражених формах.

Перша – це прояв самосуду окремою особою, який пояснюється станом її сильного збудження внаслідок того, що вона, її близькі тощо, стають жертвою тяжкої образи чи посягання. Закон допускає цю форму самосуду, в тому числі закон кримінальний: вбивство, тяжкі та інші тілесні ушкодження в стані сильного душевного хвилювання на патологічній фізіолого-психологічній основі, без перевищення меж необхідної оборони та без перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця (ст.ст. 116, 118, 123, 124 та ін. КК України).

В Україні, як і в інших цивілізованих народів, така форма самосуду сьогодні є винятком, але винятком, який, знову ж таки як прояв інстинкту, характерного і тварині, і людині, матиме місце ще довго, якщо не вічно.

Друга форма – це прояв самосуду, коли стан сильного збудження у зв'язку з посяганням на їх життя, свободи тощо охоплює великі групи людей. Він набуває характеру епідемій в часи заворушень і народних бунтів включаючи народні революції. Український народ в своїй історії пройшов цю форму сповна і проявляє її нині. Досить послатися на прояви самосуду при повстаннях Косинського, Лободи, Наливайка, Жмайла, Павлюка, Острянина і Гуні, та й боротьбу Б. Хмельницького, а після нього – на повстання Павлюка, Гайдамаччину, Коліївщину і т.д. Мстилися шляхті, поневолювачам, мстилися поголовно і жорстоко.

Самосуд проявлявся й при так званих «наїздах» чи «находах» на шляхетські маєтки, замки (не винятком тут є і замок князів Острозьких в Острозі), при яких сотні, а то й тисячі озброєних людей нападали на маєток, замок, вбивали чи калічили усіх, винних і невинних, грабували майно та знищували його підпалом.

Зворотною стороною даної форми самосуду була не менш жорстока і не менш витончена розправа над повсталим народом пануючого класу при придушенні повстань і після їх придушення.

Обидві наведені форми самосуду в достатній мірі описані як в літературі з історії права та держави України, так і в художній літературі – романах, повістях, поемах, віршах про ті чи інші історичні події чи історичні постаті. Але найбільш повно, у концентрованому вигляді, з наукових позицій – правових, економічних, соціальних, релігійних, психологічних, морально-етичних тощо, вони представлені саме І. Малиновським в його працях «Кровава помста і смертні кари», та «Руські письменники-художники про смертну кару».

В сучасній Україні цей прояв самосуду повністю реалізував себе у формі Майдану, а по суті у формі повстання народу в усій Україні проти попрання режимом Януковича його прав, свобод та стремлінь, і у кривавій формі спроби його придушення. В даному випадку правда перемогла кривду, добро взяло верх над злом, хоча й великою ціною, найважчою з якої стала Небесна Сотня.

Третя форма самосуду, в усякому разі самосуду як прояв кровавої помсти – смертна кара за вироком суду.

На багатющому історичному матеріалі вчений переконливо доказав, що інститут смертної кари по суду – інститут загальнолюдський, який також генетично пов'язаний з кровавою помстою як проявом звіринного інстинкту, властивого і тваринам і людям. В даному випадку помста як тваринний інстинкт з часом трансформувалась в право, санкціоноване державною в юридичні норми. Їх об'єднує одна головна істотна риса: і помста, і смертна кара – вбивство за злочин. Різниця лише у тому, що перша здійснюється за волею приватної особи, друга – за волею держави.

Засобами боротьби з наведеними формами самосуду І. Малиновський вважав, реформи політичного і соціального ладу, з одного боку, заходи соціального виховання, з іншого боку – «ось, що потрібно для того, щоб припинити епідемію кровопролить, щоб приспати звіра в людині, щоб зробити непорушним законом співжиття великий принцип святості та недоторканності людського життя.

Четверта форма самосуду – війна.

Раніше війни велися майже безперервно. На будь-якого іноземця дивились як на ворога. Знищити ворога, звернути його в рабство, загарбати чи захопити його майно вважалося такою ж мужністю, відвагою, як помста за образу.

Поступово змінювалися умови життя, які підтримували ці погляди, змінювалися й погляди. Пояснення війни зводилося до необхідності захоплення нових територій. Це наприклад, колоніальні війни держав Західної Європи, у першу чергу Англії, війни Росії з сусідніми народами і державами під гаслом «собирания земель русских».

Під час перебування І. Малиновського у Варшаві Перша світова війна розпочалася під приводом помсти за вбивство в Сараєво австро-угорського принца Франца Фердінанда, а фактично з метою переподілу Німеччиною і Австро-Угорщиною Європи (1914-1918 рр.).

Друга світова війна, розпочата нацистською Німеччиною, обґрунтовувалася національною виключністю арійської, німецької нації, представники якої ніби-то зазнають утиску в Польщі, в тому числі утиску мовного, з метою їх захисту, а фактично, з боку мілітаристського блоку Німеччина, Італія, Японія – з метою нового переділу світу.

Одіозним агресивним особистостям на зразок Гітлера, Муссоліні, Сталіна зазвичай ставлять психіатричні діагнози. Діагноз вченого історика-правознавця І. Малиновського таким особам – людина-звір, де тваринного набагато більше, аніж людського.

На теренах бувшого СРСР у ХХІ ст. Росія воює з державами-сусідами під приводом принципу верховенства права, зокрема права т.з. «русскоязычного населения», користуватися рідною мовою, а фактично з метою розширення т.з. «евразийского пространства» Росії. Під цим надуманим приводом ранньою весною цього року Росія окупувала український Крим, а після його окупації розпочала повномасштабну війну проти України на сході України – в Донбасі.

Росію не цікавить «русскоязычное население» України як таке, бо від бойових дій російських найманців, російських терористів-чеченців, російських бандитів-козаків і їм подібних, російських військових, страждає найбільше і у першу чергу саме «русскоязычное население» сходу країни.

Фашизм знищив пів Європи. Агресивний рашизм нині винищує місцеве населення, руйнує міста і села, інфраструктуру Донбасу. Терористи, втративши людські відчуття і піддавшись звірячому відчуттю помсти, одні в більшій, інші в меншій мірі, легко перейшовши межу дозволеного і доцільного, чинять несправедливе і жорстоке: піддають екзикуції полонених і заручників, вбивають і грабують невинних, ґвалтують жінок і дівчат, вивозять додому чуже добро. Вони уже пустили по світу сотні тисяч, а то й мільйони людей.

Визвольна війна, за І. Малиновським, – також свого роду кровава помста, але, водночас, великий подвиг. Героями є ті, що ідуть на визвольну війну і приносять найбільшу із жертв – душу свою ложать за інших. Ми, каже вчений, повинні приклонятися перед тими сірими героями, які терплять усі нестатки і поневіряння в окопах, піддають себе смертельній небезпеці, ведуть вперту боротьбу не на життя, а на смерть з ворогами своєї батьківщини.

У своїй роботі «Війна і суд» (1915 р.) І. Малиновський висловив таку мрію: треба вірити, що наші потомки доживуть до того часу, коли не тільки суперечки між людьми, а й міжнародні спори будуть вирішуватися не силою, а правом, не війною, а судом, і що в основу такого суду також будуть покладені такі великі начала як незалежність, неупередженість і правда.

Поки ж в цьому відношенні існують суди post factum – суди над воєнними злочинцями. Будемо сподіватися, що ми, як потомки, про яких писав у свій час І. Малиновський, доживемо до такого суду і de jure, і de facto.

Список використаних джерел:

1. Малиновскій І. Лекціи по исторіи русскаго права. Выпуск І. Программа. Введеніе. Литература. Источники. – Томскъ, 1907.
2. Малиновский И. Кровавая месть и смертная казнь. Выпуск І. – Томск, 1908.
3. Малиновский И. Кровавая месть и смертная казнь. Выпуск ІІ. – Томск, 1908.
4. Малиновскій І. А. Война и судъ (по поводу юбилея судебной реформы 1864 года). – Варшава, 1915.
5. Малиновскій І. Лекціи по исторіи русскаго права. – Ростов-на-Дону, 1918.
6. Малиновский О. Стародавній державний лад східних слов'ян і його пізніші зміни. Нариси з історії права. – Київ, 1929.

Сороковик И. А.,
доцент кафедры теории и истории государства и права Академии управления при Президенте Республики Беларусь (г. Минск, Беларусь)

И. А. МАЛИНОВСКИЙ: ПУТЬ В БОЛЬШУЮ НАУКУ ЧЕРЕЗ ПОЗНАНИЕ УГОЛОВНОГО ПРАВА ВКЛ

Часто бывает так, что студенческие исследовательские увлечения становятся научным кредом всей последующей жизни. Определенным толчком к этому может быть встреча с ученым, который оказал сильное влияние. А может быть книга или постановка вопроса на лекции или семинаре, дискуссия с однокурсниками. Да что угодно. Но то, что ярко запало в памяти в студенческие годы, в последствии будет часто напоминать об этом. Мы не знаем сегодня, что конкретно повлияло на выбор одного из основных предметов исследования Иоанникия Алексеевича Малиновского об уголовном и государственном праве Великого Княжества Литовского, Русского, Жемойтского и иных земель. Но факт остается фактом: именно проблематика Княжества послужила ему основой для магистерской и докторской диссертаций. А начинал он в студенческие годы с уголовного права Белоруско-Литовского государства. Возможно, на этот выбор повлияло его первое научное сочинение, написанное по предложению юридического факультета Киевского императорского университета св. Владимира на тему «уголовное право Литовского Статута в связи с развитием русского уголовного права вообще». За эту работу, как он сам отмечает, был удостоен золотой медали [1, с. II]. О. П. Герасимчук отмечает, что написать эту работу предложил И.А. Малиновскому известнейший исследователь Михаил Флегонтович Владимирский-Буданов (1838-1916) и что именно он стал его научным руководителем [2, с. 4].

Здесь следует вспомнить, что с 80-х гг. XIX в. центром изучения истории ВКЛ, истории государства и права Княжества становится Киевский императорский университет св. Владимира. В этом была огромная заслуга профессора уголовного права, первого декана его юридического факультета нашего земляка Игнатия Николаевича Даниловича (1787 – 1843), который ранее работал в Вильнюском и Харьковском университетах и привлек своими, главным образом источниковедческими, работами внимание научной и цивильной общественности Украины и России к вопросам права и государственности Белоруско-Литовского государства. В Киеве практически была создана его научная школа, которая разрабатывала эти проблемы с учетом того, что территория Украины долгое время находилась в составе ВКЛ. Не случайно Второй Статут Княжества имеет еще название Волынский статут. Преемниками И.Н. Даниловича стали известнейшие украинские ученые В.Б. Антанович и М.Ф. Владимирский-Буданов и их ученики: М.С. Грушевский, В.Я. Данилевич, Н.П. Дашкевич, И.А. Малиновский, М.В. Довнор-Запольский, Н.А. Максимейко, М.Н. Ясинский и др. [3, с. 173]. В частности, перу М.Ф. Владимирского-Буданова принадлежат такие крупные работы, как «Обзор истории русского права», «Немецкое право в Польше и Литве», «Историко-юридический материал, извлеченный из актовых книг губерний Витебской и Могилевской. 1871 – 1875», «Крестьянское землевладение в Западной России до половины века», «Черты семейного права Западной России в половине XVI в. // Чтения в историческом обществе Нестора-Летописца» и др. Вне всякого сомнения, они оказали положительное влияние и на молодого ученика-исследователя. Он также стал разрабатывать проблематику Великого Княжества Литовского.

Малиновский И. А. принимается за практически хорошего не изученную тему об уголовном праве Белоруско-Литовского государства. Именно эта работа, которая оказалась успешной, окрилила молодого ученого и стала стартовой площадкой для долгого пути в большую науку истории права и государственности ВКЛ.

В 1894 г. в Киеве одновременно издаются три монографии, посвященные отдельным аспектам уголовного права ВКЛ. Это работы Н. А. Максимейко (1870-1941) об источниках уголовных законов[4], И. А. Малиновского о преступлении по Статуту [1] и Г. В. Демченко (1869-1958) о наказании по Литовскому статуту [5]. В совокупности эти труды дают хорошее представление об уголовном праве Княжества. Характерно, что все они стали известнейшими учеными. А путь их начался с истории права Великого Княжества Литовского.

© Сороковик И. А., 2014

О связи Русской правды с законодательством ВКЛ в свое время писал Ф. И. Леонтович (1833-1911), а польский исследователь В. А. Мацеевский (1792-1883) посвятил в своей «Истории славянских законодательств» материал «Prawo karne Litwy».

Чем подкупает работа молодого начинающего ученого И. А. Малиновского? Прежде всего серьезным отношением к источникам и скурпулезным к терминологии того времени. Он тщательно стремится разобраться с каждой нормой Статутов ВКЛ, подкрепляя свое заключение конкретной нормой или положением из первоисточника.

Начинает он с общего понятия о преступлении, которое в Статутах выступает под терминами «выступъ», «злочинство», «кривда», «шкода», «збытокъ», «кгвалтъ», «вина». Они отмечают различные стороны этого понятия [1, с. 3]. В отличие от Г.В. Демченко, дающего краткое определение этих черт преступления [5, с. 8-9], И. А. Малиновский всесторонне раскрывает особенности каждого термина. При этом он показывает, что преступление – это нарушение нормы права; деяние противоправное, греховное и безнравственное [1, с. 6-10].

Важно заключение автора об эволюции взглядов законодателя на сущность преступления, что свидетельствует о различной ступени «в развитии уголовно-правовых воззрений» в ВКЛ. И здесь же поясняет свою мысль: первоначально содержание преступного деяния определялось в Княжестве признаком внешним, что бросалось в глаза, – вредом для частного лица. Затем в содержании преступного деяния усматривается более скрытый признак – вторжение в сферу частных прав, хотя преступление рассматривается как и прежне, нарушение интересов частного лица. И только в Статуте ВКЛ 1588 г. «все важнейшие преступления считаются посягательством на правопорядок, а потому обложены уголовными показаниями» [1, с. 12]. Новый взгляд на преступление, как на нарушение общественных интересов, выразился в нормах Статута в том, что законодатель в случаях особенно важных преступлений настойчиво требует, чтобы преступник понес за содеянное адекватное наказание.

Подтверждением относительно высокого для своего времени развития уголовного права ВКЛ, автор отмечает наличие в Статутах субъективной и объективной оценки преступлений. В принципе современно И.А. Малиновский рассматривает признаки преступления – субъект, объект, само деяние, – совокупность которых он определяет как состав преступления. Правомерно его заключение на основе норм Статута о том, что субъектом преступления выступают не силы природы и животные, а «может быть только человек; преступление есть деяние человека; эта сторона преступления выражается в Лит. Стат.термином «учинок» [1, с. 19].

Важно, что Статут в то время, отмечает автор, не всякого человека считал субъектом преступления. Ими не являлись несовершеннолетние до 14 лет по II Статуту и до 16 – по III, но при условии рецидива не смотрели на «молодости лет» и Статут 1588 г. предусматривал телесные наказания («таковых вряд маеть карати водле зданья своего не горлом, але яким екараннем на теле»). Ими не являлись и психически больные люди, «шаленые», которые «з допущеньем Божиим от розуму отшедши». Поэтому они отдавались под надзор «приятелей и слуг». И.А. Малиновский подчеркивает, что состояние «опильства» и «аффекта не исключает вменяемости» [1, с. 22].

Далее автор подробно останавливается на объекте преступления, которым, по Статуту, является норма права. И здесь же отмечает, что Статут определял социальную категорию лиц, убийство которых не являлось преступлением, – это «выволонцы», а также обстоятельства необходимой обороны и исполнением закона.

Не менее аргументированно он рассматривает преступное деяние, в котором различает две стороны: «внутренняя – преступная воля и внешняя – преступное действие». Его подход, по существу, не отличается от современного рассмотрения субъективной стороны правонарушения (вины, мотива, цели; формы вины: умысел (прямой, косвенный) и неосторожность (легкомыслие, небрежность) [6, с. 474 – 476]. На примере Статутов И.А. Малиновский рассматривает преступления умышленные («умыслне») и неумышленные («неумыслне»), мотив и цель преступного деяния [1, с. 29-32].

Такой же подход характерен для И.А. Малиновского и при рассмотрении типов преступных деяний, соучастия в преступлении, видов преступления, а также в его параллельном и систематическом указатели уголовных законов Литовского Статута по трем его редакциям.

Автор этого материала не ставит себе за цель анализ работы И. А. Малиновского. Главное в данном случае в ином – подходе начинающего ученого к выбору темы исследования и к материалу темы изучения. От того, как он отнесся к этим позициям, во многом определилось его будущее как ученого-но-

ватора. Известно, что избрал тему, которая до него не была изучена. А первопроходцу всегда труднее всего, но и почетнее всего. И в этом его большая заслуга. Именно такой подход привел его к исследованию темы становления и развития института паны-рады в Белоруско-Литовском государстве, не получившая до него всестороннего рассмотрения.

Его новаторство проявилось и в том, что он, потратив много сил, знаний и времени, очень добросовестно, скрупулезно отнесся к изучению норм уголовного права все трех Статутов ВКЛ и осуществил их сравнительно-правовой анализ. Это позволило показать эволюцию уголовно-правовых воззрений законодателя Княжества на сущность уголовного права на основе социально-экономических, политических и духовных изменений в государстве, его связи с западными странами.

Высокопрофессиональный научный уровень работы И.А. Малиновского подтверждается тем, что современные ученые уголовного права Великого Княжества Литовского не обходят его работу своим вниманием, ссылаются на результаты его исследования. Не исключением являются и ученые Беларуси. Достаточно сказать, что на работах таких известных исследователей историко-правовой науки Беларуси, как докторов юридических наук, профессоров И.А. Юхо и Т.И. Довнор и других чувствуется влияние работ И.А. Малиновского, они неоднократно ссылаются на него. К примеру, И.А. Малиновский в своей работе указывает на одиннадцать видов преступлений (преступления против веры, преступления против нравственности, преступления против семейственного права, политические преступления, военные преступления, преступления по военной службе и против судебной власти, полицейские правонарушения, преступления против чести, посягательства на личность (преступления против жизни, здоровья, свободы), посягательства на личность и имущество (находи или наезд), посягательства на имущество (грабеж, кража, незаконное пользование и повреждение чужого имущества, посягательство на недвижимое имущество, нарушение постановлений, регулирующих взаимные отношения между «паном» и слугами [1, с. 54-55]. А вот классификация профессора И.А. Юхо на основе объекта преступления: государственные преступления, против порядка управления и правосудия, воинские, против религии и церкви, против морали, против жизни, здоровья и чести людей, посягательства на имущество, преступления слуг и феодально-зависимых людей против феодалов [7, с. 163]. Профессор Т.И. Довнор в соответствии с порядком размещения правового материала в Статуте определяет следующие виды преступлений: государственные (выделяя категории преступлений против порядка управления, правосудия и воинские), против религии и церкви, против личности, имущественные, преступления зависимых людей против своих владельцев [8, с. 144-145].

Как видно, исследователи после И.А. Малиновского пошли по линии обобщения, но по существу не внесли принципиально новых видов преступлений, что еще раз подчеркивает актуальность и значимость его работы для современников. «Ученіе о преступленіи по Литовскому Статуту» открыло Иоанникию Алексеевичу Малиновскому широкую дорогу в историко-правовую науку, послужило основой для других крупных его работ.

Список использованных источников

1. Малиновскій, І.А. Ученіе о преступленіи по Литовскому Статуту / І.А. Малиновскій. – Кіев: Тип. Императорского университета св. Владиміра, 1894. – 224 с.

2. Герасимчук, О.П. Методика наукових досліджень за працею І. Малиновського «Памяти учителя» / О.П. Герасимчук // Матеріали ІІ Мижнародної науково-практичної конференції «Малиновські читання», м. Острог, 15-16 листопада 2013 року. – Острог: Видавництво Національного університету «Осрозька академія», 2013. – С. 4 – 6.

3. См.: Саракавік, І.А. Станаўленне і развіццё юрыдычнай навукі і адукацыі ў Беларусі / І.А. Саракавік. – Мінск: Выд. «Перасвет», 2013. – 324 с.

4. Максимейко, Н.А. Источники уголовных законов Литовского статута / Н.А. Максимейко. – Киев, 1894. – 186 с.

5. Демченко, Г.В. Наказание по Литовскому статуту в его трех редакциях (1529, 1566, 1588 гг.) / Г.В. Демченко. – Киев, 1894. Ч. 1. – 276 с.

6. Вишневский, А.Ф. Общая теория государства и права: Учеб.пособие / А.Ф. Вишневский, Н.А. Горбаток, В.А. Кучинский; под общ.ред.проф. В.А. Кучинского. – Минск: Амалфея, 2002. – 656 с.

7. Юхо, І.А. Крыніцы беларуска-літоўскага права / І.А. Юхо. – Мінск: Беларусь, 1991. – 238 с.

8. Доўнар, Т.І. Гісторыя дзяржавы і права Беларусі: падручнік / Т.І. Доўнар. – Мінск: Адукацыя і выхаванне, 2014. – 416 с.

Фоминых С. Ф.,
доктор исторических наук, профессор, зав. кафедрой современной отечественной истории Федерального государственного автономного образовательного учреждения высшего образования «Национальный исследовательский Томский государственный университет» (Томск)
Некрылов С. А.,
доктор исторических наук, профессор кафедры современной отечественной истории Федерального государственного автономного образовательного учреждения высшего образования «Национальный исследовательский Томский государственный университет» (Томск)
Афанасенков В. О.,
студент исторического факультета Федерального государственного автономного образовательного учреждения высшего образования «Национальный исследовательский Томский государственный университет» (Томск)

НЕСКОЛЬКО ДНЕЙ ИЗ ЖИЗНИ АКАДЕМИКА И.А. МАЛИНОВСКОГО (ПО МАТЕРИАЛАМ ЕЙСКОГО ДНЕВНИКА 1928 Г.)[1]

Дневниковые записи Иоанникия Алексеевича Малиновского, машинописная копия которых передана в Музей истории Томского государственного университета его внучкой М.Ц. Шабат в 1998 г., относятся к августу–сентябрю 1928 г., когда он поправлял здоровье в Ейске на Азовском море. У него появилась возможность продолжить ведение дневника. Вот, что пишет Малиновский: «Отдыхая, снова берусь за дневник. В Киеве нет для этого занятия свободного времени. Первое, что вспоминаю, прежде всего, за истекшие два года – это то, что сильно пошатнулось здоровье. Конечно, это дело личное. Но, к сожалению, оно сильно отражается на общественной работе» [1. Л.1].

Из-за усилившейся глухоты И.А. Малиновский вынужден был прекратить посещение заседаний Археографического комитета, комиссии западнорусского и украинского права, общества Нестора-летописца. По обязанности он продолжал еще ходить на заседания академической Рады, но активного участия в них уже не принимал, так как плохо слышал и боялся «сказать то, что уже было сказано другими, или не то, что нужно». Правда, И.А. Малиновский не перестал участвовать в работе возглавляемой им комиссии обычного права, так как из-за малочисленности участников заседаний он «кое-что слышал» и старался сидеть «на середине поближе к другим». В итоге, как он сам признавал, даже в этой комиссии «работал наполовину» [1. Л. 1].

К глухоте добавились и другие «болячки», и он вынужден был обратиться к урологу. Усилилась слабость ног и ему, как он пишет, было «трудно пройти 2–3 квартала», часто донимали головные боли. Как признавался Иоанникий Алексеевич, он «одним словом, почти полный инвалид» и ему по силам оставалась «научная спокойная кабинетная работа», что собственно говоря, как он пишет, и «требуется от меня как академика». На здоровье, несомненно, сказались и семейные неурядицы: болезнь жены, а затем и дочери Ольги, которая к тому времени получила педагогическое образование в Москве, проявив способности ученого-педагога, и намеревалась продолжить обучение в аспирантуре. Однако болезнь (лечилась от скарлатины, а оказался эндокардит) вынудила ее потерять почти целый год. В ноябре 1927 г. Ольга переехала из Москвы в Киев, и за ней требовался уход [1. Л. 2].

Все свои болезни в дневнике за 24 августа, он попытался объяснить как «расплату за все прошлое», главным образом тем, что все предшествующие годы «работал, не сообразуясь с силами» и «совершенно не отдыхал, как следует» [1. Л. 2]. Далее, ударившись в воспоминания, он обращается к годам своей работы на юридическом факультете Томского университета, где ему пришлось затратить массу сил на разработку курса, занятия наукой, редактирование газеты «Сибирская жизнь», общественную работу и т.п. Даже летом, по его словам, он, «где бы ни был, захватывал с собой 3–4 пуда книг и занимался». «Конечно, – пишет И.А. Малиновский, – переутомился, и это систематическое переутомление в течение длинного ряда лет, в конце концов, должно было отразиться на общем состоянии здоровья» [1. Л. 3].

---

[*] Перевод «Дневника 1928 г.» на украинском языке: Із щоденников // Вісник АН України, 1993. № 11. С. 70–84

[1] Работа выполнена при поддержке гранта Правительства РФ П 220 в рамках проекта «Человне в меняющемся мире. Проблемы идентичности и социальной адаптации в истории и современности, № 14.B25.31.0009.

© *Фоминых С. Ф., Некрылов С. А., Афанасенков В. О., 2014*

На здоровье, как он считал, безусловно, сказалась и «масса неприятностей», падавших на него «как из рога изобилия». И.А. Малиновский имел в виду, прежде всего, доносы, которые писал на него в Министерство народного просвещения попечитель Западно-Сибирского учебного округа Л.И. Лаврентьев, преследование со стороны царских властей за книгу «Кровавая месть и смертные казни», увольнение с должности профессора Томского университета, заключение по обвинению в контрреволюции в Ростовский период его жизни и т.д. «В свое время они [неприятности], – пишет он, – проходили, казалось, незаметно (с одной стороны молодость заставляла скоро забывать о них, с другой стороны рядом с официальными и стихийными неприятностями были успехи, которые тоже заставляли забывать о неудачах)». [1. Л. 3]

Возвращаясь к томскому периоду, И.А. Малиновский не мог не выразить сожаления по поводу упущенных возможностей в научной сфере. Он записал: «Теперь, оглядываясь назад в прошлое, ясно вижу, что мог бы гораздо больше сделать для науки, если бы не отвлекался в сторону общественной работы и что, может быть, моя чисто научная работа имела бы большую ценность, чем работа общественная» [1. Л. 4]. Спустя годы, Малиновский, переосмысливая свою жизнь, размышлял над тем, как бы он распределил свои устремления между общественной и научной жизнью, если бы начал жизнь заново, и приходил к выводу, что состояние его здоровья ныне – неизбежный результат его бурной молодости.

В связи с этим И.А. Малиновский, как истинный интеллигент, не мог оставаться в стороне. Он писал: «… ведь человек живет не по заранее составленному определенному плану, да и невозможен план, выработанный тогда, когда все прошлое уже прожито и известно. Приходится жить, соображаясь с обстоятельствами настоящего, когда будущее в точности неизвестно, и когда о нем можно строить лишь более или менее вероятные предположения. А то настоящее, которое меня окружало, настойчиво требовало протестовать против существовавшего порядка вещей. И казалось, что такой протест – прежде всего долг интеллигенции, в особенности интеллигенции квалифицированной, как деятели науки». [1. Л. 4]

Иоанникий Алексеевич вспоминает на страницах дневника о конфликтах с властью в период работы в Томском университете. Либерального профессора подозревали в распространении революционных веяний в самой восприимчивой среде – студенческой. Его преследовали обыски в редакции газеты «Сибирская жизнь», которую он редактировал вместе со своим коллегой профессором М.Н. Соболевым, и последующее устранение из газеты, и как уже говорилось ранее, доносы на него Лаврентьева в Министерство народного просвещения, судебное разбирательство из-за книги «Кровавая месть и смертные казни». Все это, несомненно, пагубным образом сказывалось на нем. Дело Малиновского имело настолько большой политический резонанс в пределах Российской империи, что один из лидеров «черной сотни», депутат Государственной думы Российской империи III и IV созывов Г.Г. Замысловский посвятил ему значительную часть своей речи на заседании III Государственной Думы 26 октября 1911 г., в которой речь шла о студенческих волнениях в Томском технологическом институте [2. Ст. 644–647]. Это было по отношению к И.А. Малиновскому совершенно несправедливо, так как он в этом институте не работал. Тем не менее, Г.Г. Замысловский обвинял его в различных прегрешениях, направленных на подрыв самодержавной власти. Например, Малиновский был обвинен в призыве на страницах газеты «Сибирская жизнь» к убийству одного из лидеров правомонархического блока, депутата II, III и IV Государственных дум В.М. Пуришкевича. В речи Замысловского в Думе звучал прямой призыв к расправе с революционной профессурой: «…надо приняться главным образом за революционную профессуру. Она губит наше государство, губит нашу ни в чем не повинную молодежь» [2. Ст. 647]. Иоанникий Алексеевич достойно ответил на провокационные обвинения Замысловского на страницах газеты «Сибирская жизнь» [3]. В конечном счете последовало увольнение Иоанникия Алексеевича с должности ординарного профессора Томского университета министром народного просвещения (1910–1914), тайным советником Л.А. Кассо и перевод в Варшавский университет, который был эвакуирован в Ростов-на-Дону в 1915 г. Живя в последние годы в Томске, он находился в постоянном напряжении.

Иоанникий Алексеевич записал в дневнике и свои размышления о справедливости двух социально-экономических систем, в которых ему пришлось жить. В буржуазном строе, по его мнению, человек предоставлен себе самому, может рассчитывать только на себя и на свои силы, отсюда следует его вывод, что буржуазный строй – это строй несправедливый, ошибочный. На советский строй Малиновский возлагал большие надежды, так как «тут идея взаимопомощи осуществляется в наивысшей степени, и возможные ошибки одного своевременно исправляются благодаря опыту других» [1. Л. 5].

Большая часть дневниковых записей И.А. Малиновского относится к периоду его работы во Всеукраинской академии наук (ВУАН), куда он был избран в качестве академика 6 апреля 1925 г. [1. Л. 9] Об избрании ему в Москву сообщил непременный секретарь ВУАН А.Е. Крымский.

Заметим, что академиком И.А. Малиновскому было предложено стать еще в 1918 г., когда только создавалась Украинская академия наук (УАН). В автобиографии, датированной ориентировочно 1929 г., он отметил, что его избрание в академию не состоялось. В ней И.А. Малиновский пишет: «Когда в 1918 г. среди украинских ученых возникла мысль о создании ВУАН мне, тогда профессору Донского университета, был вызов в Киев и предложено выставить свою кандидатуру в академики первого созыва. Я согласился и, вернувшись в Ростов, решил переехать в Киев после получения уведомления об основании академии. Но из-за разрыва отношений Киева с Ростовым уведомления не получил» [4. Л. 3]. Если мы обратимся к дневникам одного из основателей академии В.И. Вернадского, то в них речь об избрании И.А. Малиновского идет в записи за 11 февраля 1919 г.: «Разговор с Тарновским и Тимошенко о делах Акад[емии]. Тар[новский] остается на прежней кафедре. Выдвигается кандидатура Малиновского» [5. С. 129]. Упоминается И.А. Малиновский и в связи с предложением В.И. Вернадского использовать его в качестве редактора педагогической части «Журнала Министерства народного просвещения» [5. С. 16].

Ф.В. Тарновский в письме В.И. Вернадскому из Екатеринослава, датированном 7 ноября 1918 г., опасаясь возможности устранения И.А. Малиновского из намеченного состава академии и замены его экономистом и статистиком Р.М. Орженцким, пишет: «Замена совершится ведь по мотивам характера национально-политического. Никак не возьму в толк, почему szczery polka, каковым несомненно является хорошо мне знакомый Орженцкий, лучше природного малоросса и русского Малиновского, и почему вообще поляк призывается к исправлению должности «щирого украинца»? Сие весьма знаменательно и столь же нехорошо. Я, хотя и не выступаю политически, но образ мыслей Малиновского вполне разделяю, а посему возможное отставление его меня сильно смущает» [6. С. 307–308].

Ростовская журналистка О. Морозова высказывает мнение, что И.А. Малиновский был исключен из первоначального списка академиков после съезда кадетской партии в Екатеринодаре, на котором он проголосовал за резолюцию о единой и неделимой России [7]. Правда, доказательств этому она не приводит. Таким образом, вопрос о причинах не избрания И.А. Малиновского в УАН в 1918 г. пока остается нерешенным.

В 1920 г. последовал арест Иоанникия Алексеевича, затем смертный приговор, замененный на заключение в Ивановском лагере особого назначения в Москве. Тем не менее НКЮ СССР привлек его к работе в Институте советского, одновременно с этим ему удавалось преподавать историю культуры на рабфаке им. Покровского при I Московском университете, быть ученым секретарем комиссии философии и методологии при академическом центре, работать старшим архивистом-консультантом в Центральном архиве, писать для московских журналов «Советское право» и «Право и жизнь». [4. Л. 2].

В конце 1925 г. Малиновский был введен в штат академии и стал получать жалованье, а в 1926 г. переезжает из Москвы в Киев, где он возглавил в ВУАН кафедру обычного права. «… казалось, – пишет он в дневнике, – что исполнилась давнишняя мечта: весь остаток жизни можно отдать исключительно чистой научной атмосфере» [1. Л. 5]. Одновременно с заведованием кафедрой И.А. Малиновский являлся председателем комиссии по изучению обычного права Украины, принимал участие в работе комиссии по изучению истории западнорусского и украинского права, был членом исторического и юридического обществ при Академии, секции уголовного права и комиссии советского права, являлся членом общества правоведов при ВУАН, был активным сотрудником ряда других академических учреждений. Выходят его новые труды.

После переезда в Киев, как пишет Иоанникий Алексеевич, «когда появилась возможность работать в Академии, казалось, что исполнилось давнишняя мечта» [1. Л. 5]. В Академию И.А. Малиновский был избран лишь в 1925 году в звании академика по кафедре обычного права ВУАН. Одновременно с этим он возглавил комиссию по изучению обычного права, а также начал работать в комиссиях по изучению западнорусского и украинского права. В Киев из Москвы он переезжает в 1926 году. Здесь он жил в одном из домов, принадлежащих ВУАН. Дом располагался на улице Чудновского, д. 2, кв. 30 (ныне улица Терещенковская.) [8. С. 239].

Вернемся к киевскому периоду его работы. Иоанникий Алексеевич связывал большие надежды с работой в Академии наук. Возглавив кафедру обычного права, он, как отмечает академическое издание, «придал новый импульс деятельности кафедры и комиссии». Разработав концепцию, согласно которой

обычное право стало рассматриваться «в тесной связи с нормами местного самоуправления», Малиновский построил работу и кафедры, и комиссии на изучении материалов практики советских судов и органов самоуправления Украины [9. С. 39]. Однако по приезде в Киев ему пришлось разочароваться. Знакомясь с положением дел в Академии, он, во-первых, обратил внимание на то, что, будучи академиком, он не мог зарабатывать достаточных для жизни средств одной лишь академической деятельностью. Он полагал, что это объяснялось не достаточным выделением средств со стороны правительства УССР. Недостаток финансирования касался не только заработной платы академиков и других научных сотрудников, но и таких важных аспектов академической жизни как содержание лабораторий, публикация научных трудов, организация командировок для членов ВУАН. «Когда я приехал в Киев в начале 1926 г., – пишет Малиновский, – платили [академикам] по 115 рублей в месяц; теперь довели до 180». [1. Л. 5]

Поэтому в Академии возникло такое, по его мнению, негативное явление как «совместительство». И.А. Малиновский обращает внимание на то, что почти все академики и другие научные сотрудники (особенно семейные) совмещали работу в Академии с работой в других научных, образовательных или хозяйственных учреждениях. Это, считал он, негативно отражалось на продуктивности работы не только отдельных академиков, но и Академии в целом. И.А. Малиновский видел в этом противоречие самому уставу ВУАН, в котором говорилось, что «академик – это такой ученый, который обязан посвящать научной работе все свое время и все свои силы». [1. Л. 6]

И.А. Малиновский в дневнике приводит целый ряд примеров совместительства. Он, в частности, пишет: «Например, наше III отделение [отдел социальных наук с классами юридических и экономических наук по Уставу УАН 1918 г.] почти одновременно со мной избрало на кафедру финансов [Л.Н.] Яснопольского. Что он – хороший финансист – это бесспорно. Но он читает в разнообразных учебных заведениях и работает в Госплане. И вот в течение 2 с половиной лет он напечатал в академических изданиях одну только небольшую статейку, то есть для Академии почти ничего не делал, так как занят по горло в других местах» [1. Л. 6]. Этот пример ярко иллюстрирует, насколько серьезна была проблема совместительства, какой вред она приносила Академии. Однако, полагал Малиновский, совместительство – это неизбежное явление при сложившемся отношении республиканской власти к ВУАН. Но Иоанникий Алексеевич приводит примеры тех ученых, кто обходился без совместительства, зарабатывая исключительно научной и академической деятельностью. «Некоторые, благодаря или случайности, или житейской ловкости, ухитряются получать порядочный заработок, ограничиваясь одной чисто научной работой. «Например, академик [В.Н.] Перетц исключительно занимается историей древней литературы, но одновременно состоит академиком Всесоюзной АН и ВУАН и получает содержание из двух источников за одну и ту же работу. Или академик [Д.И.] Багалей занимается исключительно историей Украины, но одновременно состоит академиком ВУАН в Киеве и заведующим Научно-исследовательской кафедрой истории украинской культуры в Харькове и также Институтом источниковедения в Харькове, одновременно получает содержание из трех источников за одну и ту же работу» [1. Л. 6-7].

Еще одним вариантом получения дополнительного заработка в пределах Академии, пишет Малиновский, было совмещение академических и административных должностей (президент, вице-президент, непременный секретарь, председатели и секретари отделений). Академики, относящиеся к этой категории, как правило, посвящали все свое время административной, а не научной работе, однако заработную плату получали за совмещение обоих постов. «Президент, вице-президент и непременный секретарь, – пишет И.А. Малиновский, – получают сверх жалованья, присвоенного академикам, еще дополнительно по 210 рублей». Иоанникий Алексеевич считает, что административный труд не должен ставиться в приоритет, особенно оплачиваться лучше академического труда. Он пишет: «исполнение административных обязанностей в Академии должно быть бесплатным», так как фактически их исполнение не требует больших временных затрат. Так, например, он указывает, что «президент два раза в месяц председательствует в общем собрании; изредка выступает на разных торжествах, как официальный представитель Академии, и раз в неделю заседает в так называемой «Управе», ведающей хозяйственной частью; вице-президент ровно ничего не делает, ибо вице–президент Ефремов, заведуя хозяйством, получает особое вознаграждение, как «голова Управы», а как вице-президент получает ежемесячно 210 рублей ни за что, ни про что» [1. Л. 7]. Данная ситуация, сложившаяся в ВУАН в 1920-х гг., не могла не вызывать досады у Малиновского, посвящавшего науке все свои силы и время, к тому же, знавшего, что административный труд оплачивался в дореволюционную эпоху гораздо ниже труда научного. Научный труд оплачивается как неквалифицированный, и от этого, по мнению Малиновско-

го, падает авторитет Академии наук. Именно в этой несправедливости Малиновский замечал расхождение с якобы установившимся советским строем, строем справедливости. И.А. приходит к выводу, что буржуазные пережитки прошлого никуда не делись из административных учреждений молодой Советской республики, они перешли по наследству от старого режима.

Вторая проблема, упоминаемая Иоанникием Алексеевичем применительно к Академии, это недостаточная компетентность, по его мнению, высшего административного состава ВУАН. Не умаляя профессиональных качеств тогдашнего президента Липского, он следующим образом охарактеризовал его как главу Академии: «Президент Липский – прекрасный человек, талантливый ботаник, известный путешественник; но как президент – полнейшее ничтожество, не способный совершенно к роли руководителя и представителя» [1. Л. 9]. Подобной оценки удостаивается в его дневнике и вице-президент Ефремов. Выдающийся знаток истории украинской литературы, хороший человек, он, по мнению И.А. Малиновского, совершенно не подходил на роль вице-президента и председатель Управы. Один лишь непременный секретарь Крымский был, по мнению Иоанникия Алексеевича, на своем месте. Крымский, который был академиком первого состава УАН, принимал самое активное участие в ее создании в 1918 году, «по своему прошлому, как бывший профессор, он был знаком с академической жизнью» [1. Л. 9] и «как один из основателей ВУАН, он очень интересовался академическими делами» [1. Л. 9–10]. Однако и он не направил свой потенциал на развитие Академии, так как при слабом высшем руководстве, он взял все бразды правления в свои руки и «сделался самодержцем в Академии». «К тому же благодаря ему пролез в Академию на должность секретаря Управы его родич, муж его сестры, Г.А. Иванец, бывший инспектор народных училищ, который фактически сделался тоже маленьким самодержцем» [1. Л. 10]. Здесь Малиновский обращает свое внимание на проблему «кумовства».

По прибытии в Киев Малиновского тревожило и то, что на протяжении трех лет не проводились перевыборы президии. «Перевыборы были необходимы». Однако их не случалось. Это было вызвано, естественно, материальными привилегиями, которые сулило членам президии сохранения за собой поста. Однако такая ситуация была возможна лишь с молчаливого согласия республиканских властей, на протяжении 7 лет допускавших многочисленное нарушение устава ВУАН. После того, как на посту НКП УССР А.Я. Шумского сменил Н.А. Скрыпник, почти сразу были назначены перевыборы. Изначально Н.А. Скрыпник назначил ревизию в Академии для проверки качества ее работы. «Результатом ревизии были прежде всего перевыборы президии. Ревизия установила, что президия, которая долгое время стояла во главе Академии, была не на высоте призвания, – писал Малиновский, – она не умела руководить деятельностью Академии и не сумела сделать Академию действительным научным центром на Украине; она действовала произвольно, нарушая устав Академии, изданный в 1921 году; вопреки Уставу, не собирается Совет Академии, а вместо него собирается какое-то непредусмотренное Уставом «спільне зібранне»; вопреки Уставу хозяйством ведает какая-то управа, непредусмотренная Уставом». Проверка комиссии, назначенной Скрыпником, вылилась в ряд серьезных изменений в Академии, НКП постановил: «… 1) рассмотреть вопрос об утверждении всех академиков, избранных после 1921 г.; 2) выработать «Положение о Раде ВУАН»; 3) уничтожить управу; 4) назначить на 3 мая 1928 г. заседание Рады специально для выбора президии» [1. Л. 10].

В дневниковых записях, датированных 26 августа 1928 г., Иоанникий Алексеевич рассказал о новом «Положении», разработанном после ревизии в Академии. Он писал: «…Рада ВУАН состоит из всех утвержденных академиков, штатных и внештатных, и 5 человек, назначаемых НКП с решающим голосом; с совещательным голосом приглашаются в заседания все директора академических учреждений (не академики) и представители научных сотрудников: заседания Рады публичны, поэтому заблаговременно вырабатывается и объявляется повестка заседания Рады» [1. Л. 10–11]. Были утверждены почти все академики, работавшие в ВУАН, начиная с 1921 г., однако Малиновский указывает на ряд неутвержденных академиков. Так, например, было «отказано в утверждении по «идеологическим соображениям и по малой квалификации» академикам [Ф.И.] Мищенко – штатного и [К.В.] Харламповича – внештатного (оба бывшие профессора Духовной Академии)» [1. Л. 11]. Было задержано утверждение многих знаменитых ученых: известного советского палеонтолога, профессора Московского университета М.В. Павловой; физикохимика, члена-корреспондента АН СССР В.А. Кистяковского, юриста В.Э. Грабаря, бывшего профессора Императорского Томского университета по кафедре финансового права, профессора Новороссийского (Одесского) университета по кафедре политэкономии и статистики, Ленинградского университета по кафедре политэкономии, впоследствии академика АН СССР С.И. Солнцева. Был

поставлен вопрос о членстве в ВУАН специалиста в области механики, внесшего значительный вклад в развитие теории упругости, С.П. Тимошенко и историка права, члена Сербской Королевской Академии наук Ф.В. Тарановского по причине их нахождения в эмиграции.

3 мая 1928 года прошло общее собрание Академии с целью перевыборов президии под председательством В.И. Вернадского. В ходе выборов председателя собрания был забаллотирован народный комиссар просвещения Н.А. Скрыпник, что впоследствии Академии и аукнется. И.А. Малиновский пишет в дневнике: «... была сделана ошибка и с нашей стороны. Нам следовало избрать его почетным президентом и таким образом устранить его кандидатуру в фактического председателя» [1. Л. 12].

Президентом ВУАН был намечен известный бактериолог, первый ректор Одесского медицинского института, затем основатель кафедры микробиологии и эпидемиологии с курсом дезинфекции ВМА в Ленинграде Д.К. Заболотный, избранный в президенты единогласно. Кандидатами в вице-президенты были предложены К.Г. Воблый и К.К. Симинский. Однако последний в итоге снял свою кандидатуру из-за большого перевеса голосов в пользу Воблого. « [К.Г.] Воблый был избран большинством (кажется, тоже 25 против 10), – пишет Иоанникий Алексеевич, – и [К.К.] Симинский был настолько тактичен, что снял свою кандидатуру» [1. Л. 12]. На должность непременного секретаря были выдвинуты А.Е. Крымский и А.В. Корчак-Черпуковский. При голосовании победу одержал Крымский. Таким образом, все проправительственные кандидаты были забаллотированы академиками. Это не могло не вызвать реакцию Скрыпника. «…После этого, – пишет И.А. Малиновский, – встал [Н.А.] Скрыпник и заявил: хотя СНК предоставил ему право иметь в ВУАН президию из 5 лиц, но он отказывается осуществить это право, считает достойными президию из 3 лиц и просит дальнейшие выборы прекратить» [1. Л. 12]. Очевидно, что это противоречило уставу, но народный комиссар просвещения, хотел этим продемонстрировать кто в доме хозяин. Никто из академиков, присутствовавших на выборах, не оспорил этого. Записи из дневника Малиновского подтверждаются опубликованным позднее официальным протоколом заседания. [10. С. 454–455]

Исходя из итогов голосования, И.А. Малиновский записал в дневнике: «Следовательно, можно было ожидать, что выборы будут утверждены» [1. Л. 13]. Однако события развернулись иначе.

Протокол собрания, где были указаны избранные члены президии, был послан в Харьков для утверждения. Был получен ответ: «[Д.К.] Заболотный и [К.Г.] Воблый утверждаются; [А.Е.] Крымский не утверждается…». Крымскому было отказано в связи с тем, что он, как и весь состав прежней президии, дискредитировал себя и не мог претендовать на новый срок. К временному исполнению обязанностей непременного секретаря, как пишет Малиновский, «по соглашению с президентом ВУАН», был допущен академик А.В. Корчак–Черпуковский [1. Л. 13].

Переизбрание президии дало толчок развитию ВУАН. Малиновский в дневнике отмечает продуктивную работу новой президии. В частности он пишет: «Новая президия, пока в лице президента и вице–президента, оказалась гораздо энергичнее прежней. Да и можно разве поставить рядом [Д.К.] Заболотного и [В.И.] Липского, или [К.Г.] Воблого и [С.А.] Ефремова!» [1. Л. 14]. Свое место заняли действительно умелые управленцы. Благодаря их энергичным действиям в первые дни нахождения у власти, бюджет Академии наук был увеличен более чем в два раза. Малиновский пишет: «Бюджет ВУАН на этот год несколько ½ млн.; президия составила проект бюджета на будущий год на сумму 1 млн. 200 тысяч» [1. Л. 13]. В итоге бюджет был одобрен Наркомпросом.

На первом заседании Рады ВУАН при новой президии решались не только вопросы бюджета, но и вопросы, связанные с хозяйственными делами ВУАН и с учреждением особой комиссии по изучению истории знаний в Украине. Взамен незаконно функционировавшей управы, необходимо было организовать действительно работоспособный орган. И.А. Малиновский пишет: «В докладе о совещании («нараде») по хозяйственным делам [К.Г.] Воблый предлагал учредить при президии под председательством вице–президента (который по новому «Положению» ведает хозяйственными делами вместо прежней самозваной управы) совещание в составе двух академиков от каждого отделения, директоров учреждений и представителей научных сотрудников с правом совещательного голоса, для предварительного обсуждения хозяйственных вопросов». В состав нарады, от III отделения вошел и Малиновский. Помимо него также «вошли Н.П. Василенко, как голова отделения и М.В. Птуха, как секретарь» [1. Л. 13]. Сам И.А. Малиновский был избран их заместителем.

На первом заседании Рады после перевыборов с докладом, в котором он предлагал учредить, «… по примеру Всесоюзной АН, особую комиссию по изучению истории знаний в Украине», выступил и

сам Иоанникий Алексеевич. По факту эта комиссия уже действовала, однако И.А. считал, что ее работу нужно упорядочить, избрав на заседании Рады Академии наук «комиссию для выработки «Положения» или «Инструкции» [1. Л. 14]. Однако предложение Малиновского не было радушно воспринято Радой, и вопрос об образовании комиссии был передан в отделения.

Возмущало И.А. Малиновского и то, что комиссия, назначенная народным комиссаром просвещения Украины Н.А. Скрыпником для ревизии делопроизводственной и хозяйственной части, обревизовала еще и научную деятельность всех отделов ВУАН. Он посчитал нецелесообразным сам факт ревизии научной работы Академии, так как она «в действительности есть наивысшее научное учреждение в республике» [1. Л. 14]. К тому же, если такая проверка и может быть произведена ревизионной комиссией, «то необходимо, чтобы она состояла из 40–50 высококвалифицированных ученых разнообразных специальностей». В 1928 г. эта проверка была проведена под председательством Ю.И. Озерского, выпускника Нежинского лицея, «молодого человека, то есть лица с цензом дореволюционного учителя гимназии, во всяком случае, лица, никакого касательства к науке не имеющего: в состав комиссии вошли – заведующий кафедрой марксизма-ленинизма в Харькове и 2 или 3 профессора этого института» [1. Л. 14]. Иоанникий Алексеевич засомневался в компетентности членов данной комиссии, не являвшихся известными представителями научной мысли и, следовательно, не способных конструктивно оценить работу отделений ВУАН. Ревизия, однако, выявила массу недостатков в работе Академии наук.

Особенно, как пишет Малиновский, досталось ІІІ отделению (социально-экономическому), в котором он и состоял. Комиссия под руководством Озерского обвинила отделение в том, что оно «игнорирует науки экономические, социологические, финансовые, игнорирует изучение советского права и главное внимание обращает на изучение старого права». Комиссия, по мнению Иоанникия Алексеевича, «позволила бросить по нашему адресу ряд необоснованных, мягко выражаясь, не соответствующих действительности обвинений» [1. Л. 15]. Эти обвинения были более чем необоснованными, так как, например, экономический состав отделения в разное время представляли такие известный ученые как: один из основателей УАН, известный экономист М.И. Туган-Барановский; известный украинский экономист В.А. Косинский; известный украинский экономист и статистик, бывший профессор Демидовского юридического лицея Р.М. Орженцкий; вице-президент ВУАН (1928–1930), экономист, статистик, экономико-географ К.Г. Воблый; С.И. Солнцев. Имели под собой основание определенные опасения по поводу работы кафедры социологии. Это, по мнению Малиновского, объяснялось, прежде всего, тем, «что в дореволюционной России социология не развивалась, как наука опасная» [1. Л. 15].

Следовательно, полагал он, зрелых ученых-социологов в советском государстве подготовить еще не могли. «Тем не менее, – отмечает И.А., – кафедра социологии была замещена покойным Б.А. Кистяковским, а ныне [С.Ю.] Семковский состоит членом-корреспондентом ВУАН именно по кафедре социологии, и под его председательством работает комиссия социологических знаний, и М.[С.] Грушевский поднял вопрос об учреждении при ВУАН Социологического института» [1. Л. 15]. Действительно, отделение не работало в полную силу, но это нельзя считать его виной. Изучению советского права уделялось недостаточно внимания из-за внутренних административных проблем самой ВУАН. Например, «… галицкий ученый [С.С.] Днистрянский медлит с переездом в Киев, потому что жалованье 180 р. недостаточно для него, как для семейного человека…» [1. Л. 15].

Само отделение не могло обеспечить достойного заработка для привлечения новых членов, поэтому не являлось привлекательным в глазах ученых. Но Иоанникий Алексеевич отмечает, что изучению советского права все равно уделялось внимание: «Под руководством профессора [А.Э] Кристера приступила к работе комиссия советского гражданского права и под моим руководством комиссия советского уголовного права. Следовательно, нельзя сказать, что ІІІ отдел игнорирует изучение советского права» [1. Л. 16]. Малиновский отмечает особую предвзятость ревизионной комиссии к социально–экономическому отделению. Комиссия Озерского осудила его за изучение старого (украинского) права, хотя «в отчете о І отделении поставила в заслугу ему изучение истории Украины» [1. Л. 16]. Отчет о ревизии был опубликован во многих украинских газетах. В заключение, Иоанникий Алексеевич пишет: «Я был очень взволнован и возмущен. Предлагал отделению написать фактическое опровержение и даже наскоро набросал текст его. Но отделение нашло опровержение преждевременным, так как текст отчета был напечатан в газетах, но в Академии официально еще не получен» [1. Л. 16].

В дневниковых записях, датированных 1 сентября 1928 г., И.А. Малиновский описывает дальнейшее развитие событий вокруг итогов ревизии. Он не мог смириться с несправедливой оценкой работы

III отделения. Чтобы доказать необходимость изучения старого права, Иоанникий Алексеевич после ревизии отделения написал статью под названием «Треба вивчати і знати історію українського права», которую отправил в газету «Червоне право». В этой статье Малиновский обосновывал необходимость изучения украинского права на юридических факультетах и курсах, а редакция газеты выразила согласие с данной позицией. Следовательно, выводы комиссии шли вразрез с мнением официального издания НКЮ УССР. В том же номере газеты была напечатана корреспонденция С.И. Борисенка из Киева об открытии при III отделении комиссии по изучению советского уголовного права под руководством И.А. Малиновского. Это вновь опровергает выводы Озерского о том, что отделение пренебрегало изучением каких–то либо областей социально-экономических знаний. Отсюда вытекает вывод о том, что неудовлетворительная оценка работы социально-экономического отделения – это акт политический.

Подобные гонения одновременно с этим предпринимались и на АН СССР. Однако, как отмечает Иоанникий Алексеевич, «… там во главе похода стояли, очевидно, более образованные и опытные стратеги, чем наш [Ю.И.] Озерский, [Н.А.] Скрыпник и компания. Поэтому поход носил более корректный характер» [1. Л. 16-17]. Давление на АН СССР осуществлялось исключительно через периодическую печать путем публикации критических статей, подписанных влиятельными авторами. «Указывалось, что следует обновить состав Всесоюзной академии, – писал И.А. Малиновский, – что в нынешнем составе имеются люди чуждые советскому строю, занимающиеся вопросами, далекими от современной действительности, что Академия таким образом игнорирует животрепещущие вопросы современности…» [1. Л. 17]. Но дела Академии наук остались закрытыми для постороннего вмешательства, влияние властей ограничилось только лишь давлением в прессе. Тут Иоанникий Алексеевич не упустил возможности сравнить АН СССР с ВУАН. Украинская Академия наук, в отличие от Всесоюзной, не имела почти никакого суверенитета во внутренних делах от республиканских властей. Так, например, выборы подлежали утверждению со стороны республиканских властей, несмотря на то, что на Всесоюзном уровне утверждения не требовалось. Также выборы в АН СССР проходили после выдвижения кандидатов от всех научных учреждений Советского Союза, что, несомненно, исключало кумовство в рядах кандидатов, а также позволяло как партийным, так и беспартийным выдающимся ученым занимать свое место в Академии. Система рекомендаций, по мнению Малиновского, крайне помогала работе Академии и отнюдь ее не тормозила.

4 сентября 1928 года в своем дневнике Иоанникий Алексеевич обращает внимание еще на одну проблему Всеукраинской Академии наук – кумовство. Действительно, некоторые избирались в Академию и занимали кафедры, не имея достаточных научных заслуг. Малиновский приводит в пример украинского гигиениста, эпидемиолога, бывшего Киевского санитарного врача, профессора Киевского медицинского института, общественного деятеля А.В. Корчак-Чепурковского, ставшего академиком ВУАН в 1921 г.; историка искусств, редактора «Русского художественного архива», академика ВУАН с 1922 г. А.П. Новицкого; богослова, бывшего профессора Киевской духовной академии, Ф.И. Мищенко, которого не утвердили по причине «малой квалификации». На места этих академиков, по мнению Иоанникия Алексеевича, «… можно было найти людей с гораздо более крупными научными заслугами» [1. Л. 18]. Однако позиция И.А. Малиновского не заключалась в том, что в одном учреждении не может быть родственников. Основополагающим качеством для члена ВУАН он считал его компетентность и полезность для Академии. Он писал: «… например, Наталья Дмитриевна [Поклонская-Василенко] – жена Николая Прокофьевича [Василенко], но вполне целесообразно, что он – академик, а она – научная сотрудница; то же самое: вполне целесообразно, что Александр Грушевский состоит директором Института истории географии, хотя его брат – академик, и что дочь академика [М.С.] Грушевского состоит научной сотрудницей Академии» [1. Л. 18]. Но в Академии были случаи явного, неприкрытого кумовства, когда совершенно некомпетентные в научных вопросах люди попадали в состав ее членов. Например, уже упоминавшийся зять А. Е. Крымского Иванец совмещал административную должность секретаря рады с должностью ученого секретаря Археографической комиссии, «… хотя к археографическому делу никакого отношения…» [1. Л. 18] не имел. Г.А. Иванец, который стал в некоторой степени «самодержцем», устроил в ВУАН двух своих сыновей и дочь. Это, пожалуй, самый яркий пример кумовства в рядах Академии, по мнению Иоанникия Алексеевича. Кумовством он считал и то, что родственники заслуженных академиков, после их смерти, получали членство по блату, пользовались различным льготами, однако обязательств, возложенных на них, не исполняли. В качестве примера он приводит дочь покойного историка, палеографа, архивиста, члена Украинского научного общества

И.М. Каманина, исправлявшую должность заведующей библиотекой социально-экономического отделения. «Техническая сотрудница, она приходит к 12 ч. дня, а уходит в 3 ч. дня, пользуется фактически с разрешения председателя отдела 2-месячным отпуском, и на это время библиотека перестает функционировать» [1. Л. 18].

Завершая анализ дневниковых записей И.А. Малиновского относительно состояния дел в ВУАН, следует заметить, что проблемы со здоровьем по всей вероятности сказались на объективности его оценок отдельных представителей украинской академической науки.

Находясь в Ейске на курортном лечении, Иоанникий Алексеевич вспоминает о знаменитом украинском терапевте, пульмонологе, бактериологе, бывшем профессоре Новороссийского, Киевского университетов, основоположнике фтизиатрии, общественном деятеле, академике ВУАН (с 1927 г.) Ф.Г. Яновском (1860–1928). Безвременная кончина Яновского была тяжелой потерей не только для близких ему людей, но и «… для Киева, ВУАН, Медицинского института» [1. Л. 19]. Малиновский видел в Яновском настоящего советского врача, ставившего своей целью оказание медицинской помощи всем нуждающимся.

Не случайно его похороны были такими масштабными. Иоанникий Алексеевич пишет: «Таких похорон Киев еще не видел. Траурная процессия останавливалась около здания Красного креста, ВУАН, терапевтической клиники, квартиры покойного. И только в 9 ч. вечера гроб с телом опустили в могилу на Лукьяновском кладбище. Я стоял на крыльце здания ВУАН, когда сюда подошла процессия. Море голов. «Настоящая Ходынка», – мелькнуло у меня в голове». На процессию собралось множество представителей научной мысли, республиканские власти, духовенства. Несмотря на то, что во многих аспектах Феофил Гаврилович не соответствовал образу советского человека, он воспринимался как часть советской системы, как «идеальный советский врач» [1. Л. 19].

Малиновский не случайно вспоминает о Яновском в период пребывания в Ейске. Ф.Г. Яновский являлся одним из основоположников курортной системы в УССР. Система, положенная в основу курортного лечения, однако, не работала. И.А. пишет: «В Ейске устроено ванное заведение, грязелечебница, светолечебница, электролечебница, производятся разные процедуры (массаж, вспрыскивания, вливания, промывания), приглашены врачи-специалисты на курортный сезон. Всем делом ведает курортное управление. Больной, приехавший в Ейск, обращается в курортное управление и за небольшую плату (по определенной таксе) получает все, что ему нужно. Такова идея. Так должно быть» [1. Л. 20]. Однако в действительности дела обстояли иначе. В «справедливом» советском обществе, где охрана здоровья объявлялась делом не личного, а государственного характера господствовали, как убедился И.А. Малиновский, старые порядки. Помимо оплаты курортной путевки необходимо было дополнительно оплачивать посещение врачей, процедуры, т.д. Все это не могло не вызывать у Малиновского сомнения в том, что советская власть кардинально изменила все сферы общественной жизни, сделала общество справедливым.

Состояние здоровья не позволило И.А. Малиновскому заниматься в дальнейшем активной научной деятельностью. Если в 1928 г. им была опубликована одна монография («Революційне радянське звичаєве право») и 5 статей в украинских изданиях, то в 1929–1932 гг. из под его пера вышла всего одна монография («Стародавній державний лад східних слов'ян і його пізніші зміни»). В конце 20-х – начале 30-х гг. в Украинской Академии наук начались идеологические чистки. Не обошло это и Иоанникия Алексеевича Малиновского. Правда, в ноябре 1928 г. было организовано чествование по поводу 60-летия со дня его рождения и более чем 30-летия научной работы [11. Л. 10]. Однако в начале 1930-х гг. И.А. Малиновского заклеймили как «великодержавника», который в советское время стремился избавиться, но все же не избавился от ошибочных методологических подходов» [12]. Летом 1930 г. его исключили из состава действительных членов Академии и отстранили от работы. Умер учёный в 1932 г. в нужде и забвении. После смерти его труды были изъяты из открытого пользования. Лишь в 1992 г. его реабилитировали и восстановили в списках НАН Украины. О Малиновском стали писать, устраиваться чтения и проводиться конференции, посвященные его научному творчеству [13–24]. Тем не менее, жизнь этого много сделавшего и много испытавшего человека заслуживает более масштабного исследования.

Список использованных источников и литературы:

1.Малиновский И.А. Дневник. Ейск, август 1928 г. 20 л. // Музей истории ТГУ. Ф. И.А. Малиновский.

2. Речь Г.Г. Замысловского о студенческих волнениях В Томском технологическом институте // Государственная Дума. Третий созыв. Стенографические отчеты. 1911. Сессия 5. Ч. 1. Заседания 1–41 (с 15.10.1911 по 10.12.1911). Заседание 8. СПб, 1911. Стлб. 639–647.

3. Малиновский И.А. Открытое письмо депутату Госуд. Думы Г.Г. Замысловскому // Сибирская жизнь. 1911. 10 нояб.

4. Малиновський Оникій Олексіевич (автобиография). 3 л. // Музей истории ТГУ. Ф. И.А. Малиновский.

5. Вернадский В.И. Дневники 1917–1921. Октябрь 1917–январь 1920. Киев: Наукова Думка, 1994. 271 с.

6. Вибрані наукові праці академіка В.І. Вернадського. Т. 2. Володимир Іванович Вернадський. Листування з українськими вченими. Кн. 2: Листування: Д–Я, ч. 2: О–Я. К., 2012. 692 с.

7. Морозова О.М. Баловень судьбы: генерал Иван Георгиевич Эрдели. Б.м., 2013. 212 с. // Режим доступа: http://www.rfh.ru/downloads/Books/134193005.pdf (дата обращения: 23.09.2014).

8. Наука и научные работники СССР. Часть VI. Научные работники СССР без Москвы и Ленинграда. Л., 1928. – 810 с.

9. Национальная академия наук Украины. 1918–2008 : к 90–летию со дня основания / Глав.ред. Б.Е. Патон. – К.: Изд–во КММ, 2008. – 670 с.

10. Історія національної академії наук України. 1924–1928. Документи і матеріали. Київ. НБУВ. 1998.

11. Архив Музея ТГУ. Фонд И.А. Малиновского. Памяти учителя. [Воспоминания П.В. Бычковского о И.А. Малиновском].

12. Плема С.А. Мечтал о культурной и правовой России: Иоанникий Алексеевич Малиновский // Донской Временник. // Режим доступа: http://www.donvrem.dspl.ru/Files/article/m14/2/art.aspx?art_id=637 (дата обращения 23.09.2014).

13. Цыганкова Э.Г. Иоанникий Алексеевич Малиновский (1868–1932) // Очерки истории естествознания и техники. Вып. 40. Киев, 1991. С. 88–90.

14. Лозовский И. Мятежный профессор // Народная трибуна. Томск, 1992, 27 июня, с. 8.

15. Усенко І.Б., Циганкова Е.Г. Академік О.О. Малиновський // Правова держава, 1992. Вип. 2–3. С. 188–206.

16. Майданюк Э. Неугодный обеим властям. К 125–летию со дня рождения // Alma Mater (Томск), 19 ноября 1993 г. С.3; 17 декабря 1993 г. С.3.

17. Онопріенко В. Академия наук Украины І Наукове Товариство ім. Шевченка як центри українознавства // Вісник АН Україні. 1993. № 12. С. 57.

18. Усенко І.Б., Циганкова Е. У пошуках історичнх коренів сучасності. До 125-річчя від народження О.О. Малиновського // Вісник АН України, 1993. № 9, с. 74–90.

19. Матвеева Л., Циганкова Г., Янковський О. Трагічні сторінки. Выпуск 26 // Киев, 1994.

20. Фоминых С.Ф. Малиновский Иоанникий Алексеевич. Профессора Томского университета. Биографический словарь. Вып. 1. 1888–1917. Томск, 1996. С. 161–165.

21. Наукова спадщина академика О.О. Малиновського І сучасність. Материали Всеукраїнськоі науково–практичноі конференціі 4–6 грудня 2008 р. м. Ривне. Київ, 2010.

22. Наукова, просвітницька, громадська та політична спадщина академіка І. Малиновського і сьогодення: Матеріали І–го Міжнародного науково–практичного семінару. 16 березня 2012 року. М. Острог.

23. Наукова, просвітницька, громадська та політична спадщина академиі І. Малиновського І сьогодення: Матеріали Міжнародноі науково–практичноі конференції. Малиновські читання. 16–17 листопада 2012 року. м. Острог. – Острог: Видавництво Национального університету «Острозька академія», 2012.

24. Матеріали ІІ Міжнародної науково-практичної конференції «Малиновські читання», м. Острог, 15-16 листопада 2013 року. – Острог: Видавництво Національного університету «Острозька академія», 2013.

Теорія та історія держави і права, історія політичних та правових вчень

Теория и история государства и права, история политических и правовых учений

Theory and history of law, history of political and legal doctrines

Абдрахманова А. К.
старший преподаватель кафедры «Права и международных отношений», Казахстан, Усть-Каменогорск, Казахстанско-Американский свободный университет

ИСТОРИЯ И СТАНОВЛЕНИЕ ПРАВА В ОСЕДЛОМ И КОЧЕВОМ ПРОСТРАНСТВЕ ВРЕМЕНИ

IV–III тыс. до н.э. самоорганизационные процессы взаимодействия человека и природы, поддержание равновесия между ними сменяются сознательным регулированием организации сельскохозяйственного производства, ремесла, скотоводства, мореплавания, ирригационного строительства и т.п.

На этом этапе происходит усложнение организации производства, появляются новые управленческие функции, происходит становление подлинно трудовой деятельности, ее нового типа, связанного с производством пищи. Возникает необходимость регламентировать сельскохозяйственное производство, хранение, распределение и обмен уже появившегося прибавочного продукта и возникающих на этой основе отношений собственности. Появляется объективная необходимость нормировать, а следовательно, и учитывать, трудовой вклад каждого члена общества, результаты его труда, его участие в создании общественных фондов, выдачи ему из общественных фондов. Без такого нормирования и учета общества производящей экономики попросту не смогли бы существовать.

Половозрастное деление, хотя и сохраняет свое значение, но дополняется уже иным, социальным, классовым делением. Появляются группы организаторов производства, работников информационных систем учета труда и распределения его результатов, систем контроля за соблюдением регламентирующих норм, лиц и организаций, обеспечивающих, – а если надо, то и с помощью принуждения, насилия, – выполнение этих регламентаций, этой нормировки. Появляется тот самый особый слой людей, выделившийся из общества, в связи с происхождением государства и осуществлением государственной власти. В историческом развитии человечества двух способов хозяйствования – присваивающей и производящей экономики, но и наличие двух принципиально отличных систем регулирования, привязанных четко к сущности, экономическим и экологическим характеристикам этих способов хозяйствования, ко всему комплексу материальных, социальных и духовных отношений, существовавших в них тесно взаимосвязано [1, с.17].

В структуре этой регулятивной системы или системы социальных норм первобытного общества можно выделить следующие элементы. Социальные нормы, были направлены на обеспечение присваивающей экономики, гармоничного существования и воспроизводства конкретных общин в природной среде. Так, одним из важных факторов такого существования было закрепление за соответствующей группой, кланом той или иной территории, на которой она перемещалась. Однако если какая-либо другая, как правило, родственная группа в силу природных условий не могла пользоваться своей территорией (например, пересыхали источники), то ей предоставлялась возможность жить и на территории другой группы. В начале 1 тысячелетия до нашей эры на территории Казахстана происходит новое изменение климата. Это создало благоприятные условия для перехода населения Казахстана к кочевому скотоводству, точнее к полукочевому скотоводческо-земледельческому хозяйству [2, с.34].

Изменения в хозяйстве населения Казахстана привели к двум последствиям. Во первых, переход к кочевничеству потребовал распределения пастбищ и водопоев между общинами, закрепления их, определения оптимальных маршрутов кочевания. Во вторых рост прибавочного продукта привел к росту имущественного неравенства, формирование богатых скотовладельцев. Необходимость регулирования отношений между общинами и социальными группами приводит к образованию государства как единой политической организации общества, которая распространяет свою власть на всю территорию страны и ее население, располагает для всех распоряжения и обладает суверенитетом.

Важнейшим вопросом существования человечества является его воспроизводство как биологического вида. Для воспроизводства конкретных групп, кланов необходимо было наличие в них определенного количества женщин, детей. Социальные нормы регулировали в этой связи брачно-семейные отношения, способы приобретения женщин в других группах, в том числе в некоторых ситуациях и их

© Абдрахманова А. К., 2014

похищение. Но в целом эти нормы были направлены на смягчение агрессивного поведения как членов общины, кланов, так и этих коллективных образований в целом, на установление необходимого сотрудничества и взаимопомощи между ними. На самых первых этапах существования человечества использовались социальные формы добычи и дележа пищи. Так, существовала организация дележа пищи на стоянках между членами группы (клана) – и это один из самых первых признаков социализации [3, с.27]. Уже наши далекие предки по некоторым предположениям относили туши убитых или найденных мертвыми животных на свои стоянки и там их коллективно съедали. Изготовлением кремневых орудий, которые использовали для охоты, занимались мастера, которые передавали свои навыки детям. И это тоже было одной из форм обучения, что также характерно для социализации.

Первоначально на территории Казахстана выделяются три слоя – общинники-скотоводы, воины и жрецы. Родовая община распадается и сменяется соседской. Но она состоит из кровных родственников6 а между ними отношения строятся не на родственных а на экономических основах. При сохранении коллективной собственности на землю появляется частная собственность.

Правила (нормы) поведения в доклассовом, до государственном обществе не могут быть отнесены ни к категории правовых, ни к категории моральных норм. Они, по выражению известного историка первобытности и этнографа А.И. Першица, имеют характер мононорм, т.е. единых, еще нерасчлененных специфических норм первобытного общества. Эти мононормы отличаются от права, которое как иное состояние регулятивной системы появляется лишь на следующем этапе развития общества, в его классовой, государственной организационной форме. Отличаются они и от морали. В частности, их исполнение обеспечивается не только общественным порицанием, что характерно для морали, но и наказанием на основе твердо фиксированных санкций [4, с.18].

Мононормы находятся в органичной связи с экономикой и идеологией присваивающего общества, в котором человек еще является частью природы. Он присваивает готовые естественные формы – и именно это закрепляется прежде всего идеологически и в социально-регулятивной системе. На смену охотничьему мифическому и магическому мировоззрению приходит религиозно-земледельческое – с культом Солнца, умирающего и воскрешающего бога, олицетворяющего земледельческие циклы, смену сельскохозяйственных сезонов, т.е. изменяется мифологическое сознание. Уже мифы Древней Греции и Древнего Рима по содержанию и функциям существенно отличаются от мифов присваивающих обществ.

Кнорозов Ю. В. – один из крупнейших исследователей раннеземледельческого обществна майя (Месоамерика): «Переход к высокопродуктивному (дающему прибавочный продукт) земледелию у майя был связан с достижением в двух областях – в области селекции растений (выведение гибридных, высокоурожайных сортов маиса и других полезных культур) и в области четкой регламентации всего сельскохозяйственного цикла в рамках точнейшего солнечного календаря»[5, с.24].

В зороастризме важное место занимает ритуал, связанный с напитком хаома. Хаома – растение похожее на эфедру: сок его смешивали с молоком и получали культовый напиток с одноименным названием. Питье хаомы оказывало не опьяняющее, а возбуждающее действие. В «Вилевдате» содержится гимн божеству Хаоме – «лучистому, властному, целебному, златоглазому напитку.» В Авесте говориться «Я к хаоме – спасенья, победы6 прибегаю защитнику, хранителю и тела и добра. Кто вкусит этой хаомы, того не одолеют в сражениях враги»[6, с.26].

Аналогичные процессы создания и использования продукты из земледелию наблюдаются и в других раннеземледельческих обществах во всех регионах Земли. Способы, регулирующие поведение человека путем указания на то, что обязательно надо делать («должно»), что разрешено делать («можно»), что запрещено делать («нельзя») или что безразлично для общества, т.е. можно поступать по своему собственному усмотрению. Этот новый способ регулирования и характеризует право. А нормы морали, появившиеся и ходе расщепления мононорм, содержат указания на то, к какому виду поведения можно отнести соответствующие поступки: добро это или зло, честно, справедливо или постыдно, не по совести, – словом, содержат указания, что «хорошо», а что «плохо».

В воздействии этого содержания правовых и моральных норм на человека, на его психику и через нее на поведение и заключено, в сущности, регулятивное значение правил поведения, социальных норм. Многочисленные сложные взаимосвязи права («можно») и обязанностей («должно»), запретов и разрешений, позитивного обязывания, обеспеченного принуждением, пронизывают всю социальную структуру раннеклассового общества, города-государства.

Об обычаях массагетов-один из племени сакского племенного объединения, Геродот сообщает: «Каждый из них берет в жены одну женщину, но живут они с этими женщинами сообща. Ведь рассказы эллинов о подобном обычае скифов относятся скорее к массагетом. Так, когда массагет почувствует влечение к какой-нибудь женщине, то вешает свой колчан на ее кибитке и затем спокойно сообщается с этой женщиной. Если кто у них доживает до глубокой старости, то все родственники собираются и закалывают старика в жертву, а мясо варят вместе с мясом других жертвенных животных и поедают. Так умереть – для них величайшее блаженство». По словам «отца Истории» савраматы другие племена в сакском племенном объединений, как особое племя появились в резултате смешения скифов с амазонками-женщинами-воительницами, которые были из совершенно иного племени, язык их не был похож на скифский. Женившись на амазонку юноши-скифы по совету своих жен отделились от скифов и ушли на восток. На уговоры своих мужей жить вместе с их народом, амазонки ответили: «Мы не можем жить с вашими женщинами. Ведь обычаи у нас не такие, как у них: мы стреляем из лука, метаем дротики и скачем верхом на конях, напротив, к женской работе мы не привыкли. Ваши же женщины не занимаются ничем их упомянутого, они выполняют женскую работу, оставаясь в своих кибитках, не охотятся и вообще никуда не ходят. Поэтому мы не сможем с ними поладить»[7, с.37].

В социально-регулятивной системе в IV-III тыс. до н.э. появляется новый элемент – четкое фиксирование в письменных источниках норм, регулирующих производственную деятельность земледельческого общества. На последующем этапе развития города-государства возникают и иные письменные источники, выражающие систему запретов, дозволений, позитивного обязывания, по-прежнему сохраняющие связь с религиозными воззрениями, но переводящие всю регулятивную систему в ее более доступную информационную, всеобщую, «земную» форму. Возникают на этом этапе законы, кодексы, своды законов (первый известный нам свод законов – это свод царя Ур-Намму, который жил в Шумере в III тыс. до н.э.), возникает систематизация законодательства, судебной практики (в городе-государстве Ла-гаш) и т.д [8, с.137].

Многие законы раннеклассового общества, которые до нас донесла история, выражали лишь идеалы устройства первых государств, социальные обязательства царей, социальную критику, а вовсе не ту практику, которая действительно складывалась во всех сторонах жизни этих первых политически образованных обществах. Об этом свидетельствуют ставшие известными судебные и иные письменные источники, прочитанные историками. Попытки ограничить богатство, ростовщичество, закрепить справедливые цены – к этому подчас сводились прогрессивные реформы царей раннеклассовых государств. Однако эти попытки подрывались товарным производством, распространением денежных систем, которые развивались в раннеклассовом обществе. Именно такая характеристика законов Хаммурапи, Ману и некоторых других законов является наиболее правильной, соответствующей новым историческим знаниям.

Создание сложной государственной системы привело к возникновению правового регулирования отношений в обществе. Основными источником права у племенных объединений на территории Казахстана был обычай. На пример в государстве хунну суд протекал не более чем в 10 дней, число содержащихся под стражей одновременно не превышало десяти человек. За наиболее срезные преступления полагалась смертная казнь, за воровство конфискация имущества, за легкие проступки делались порезы на лице[2.с.27].

У кочевников начинается кодификация обычного права. Кодекс Моде-сенгира, карал смертью за нарушение воинской дисциплины, уклонение от воинской службы. В праве собственности для большинства кочевых обществ различалась частная собственность, собственность общины, военно-потестарного объединения и собственность государства.

Объясняется появление «прогрессивных» законов уже на самых первых этапах правового развития тем, что борьба народных масс временами тормозила процесс правообразования, направленный на усиление эксплуатации. Такая борьба и находила отражение и древнейших юридических актах (законы Хаммурапи, реформы Солона, законы XII таблиц). Именно в этой связи в некоторых западных политико-антропологических работах делается вывод с преимущественно организаторской роли раннего государства, о «взаимной эксплуатации» работников и управителей, о понимании раннего права как системы регулирования, одной из функций которой было установление правды и справедливости, социального мира.

Список использованных источников и литературы:

1. Хрестоматия по всеобщей истории государства и права / Под ред. Батыра К. И.. – М.: Юрист, 1996. – Т.1.
2. Кляшторный С. Г., Султанов Т. И. Казахстан. Летопись трех тысячелетий. – Алама-Ата, 1992.
3. Ибраева А. С., Ибраев Н. С. Теория государства и права: Учебное пособие / А. С. Ибраева, Н. С. Ибраев. – Алматы: «Жеті жаргы», 2003.
4. Першиц А. И. История первобытного общества. – М., 1994.
5. Кнорозов Ю. В. Иероглифические рукописи майя. – М., 1975.
6. Масанов Н. Кочевая цивилизация казахов. – М., 1995.
7. История Казахстана с древнейших времен до наших дней. Т.1. –Алматы, 1996.
8. Хрестоматия по истории Древнего Востока. ТТ.1-2. – М., 1980.

Богів Я. С.,
кандидат економічних наук, викладач кафедри конституційного та міжнародного права Інституту права та психології Національного університету «Львівська політехніка»

ОСНОВОПОЛОЖНІСТЬ ПРИНЦИПУ НАРОДНОГО СУВЕРЕНІТЕТУ ДЛЯ ДЕМОКРАТИЧНОЇ ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ

Суверенітету приділяють значну увагу в наукових фахових дослідженнях, у правотворчій діяльності, в програмах діяльності політичних партій, та й зрештою загалом в суспільно-політичних дискусіях медійного простору. Такий інтерес пояснюється надзвичайною важливістю суверенітету у житті суспільства.

У вітчизняній правовій науці дослідженню принципу народного суверенітету присвячені праці В. М. Кампо, А. О. Селіванова, О. Ф. Скакун, Ю. М. Тодики, В. Л. Федоренка, В. М. Шаповала, О. В. Щербанюк та ін.

Походження терміну «суверенітет» пов'язують із французькою мовою, де *souveraineté* означає найвищий, верховний. Вперше він був вжитий французьким юристом та королівським чиновником Філіпом де Бомануаром (фр. *Philippe de Rémi, sire de Beaumanoir*) у XIII ст. для визначення правового статусу особи в межах своїх володінь. Згодом, у XVI ст., застосування терміну «суверенітет» набуло нової інтерпретації у праці «Шість книг про республіку» Жана Бодена (фр. *Jean Bodin*)[1].

Наприкінці XVIII століття термін «народний суверенітет» увійшов не тільки в науковий обіг, а й у практику державотворення. Першим нормативним актом, який опирався на теорію народного суверенітету, була Конституція США, не зважаючи на те, що формально в ній суверенітет народу або нації не згадується.

На сьогодні принцип народного суверенітету закріплений фактично у конституційних актах усіх демократичних правових держав. У деяких державах він закріплений як принцип національного суверенітету, наприклад, у Франції, але за своїм змістом, на думку М. В. Баглая[2], він збігається із принципом суверенітету народу.

Принцип народного суверенітету означає, що в державі, у якій він реалізується, найвища влада зосереджена у руках народу.

Народний суверенітет – це найбільш загальна засада організації та здійснення влади в державі, за якою саме народ визнається джерелом влади і водночас її носієм. Він є необхідною якісною характеристикою народу, що уможливлює здійснення народовладдя[3]. Більше того, В. Д. Людвік у своїх дослідженнях ототожнює поняття «народний суверенітет» і «народовладдя», вказуючи, на їхню синонімічність[4].

В Україні принцип народного суверенітету проголошений у статті 5 Конституції, де зазначається, що носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ, який здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування. Право визначати і змінювати конституційний лад в Україні належить виключно народові і не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами[5].

У Рішенні Конституційного Суду України від 3 жовтня 1997 року № 4-зп (справа про набуття чинності Конституцією України) було роз'яснено, що Конституція України як Основний Закон держави за своєю юридичною природою є актом установчої влади, а установча влада є виключним правом народу.

Своє право визначати конституційний лад народ може реалізувати шляхом прийняття Конституції на всеукраїнському референдумі. Така позиція була визначена у Рішенні Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 60 народних депутатів України про офіційне тлумачення положень частини першої статті 103 Конституції України в контексті положень її статті 5, 156 (Рішення № 6-рп/2005 від 5 жовтня 2005 року (справа про здійснення влади народом).

Прийняття ж Конституції України Верховною Радою України у 1996 році не звужувало в той час ще конституційно не закріпленого принципу народного суверенітету. Більше того, ця подія вважається безпосереднім актом реалізації суверенітету народу, який тільки одноразово уповноважив Верховну Раду України на її прийняття. Це підтверджується пунктом 1 статті 85 Конституції України, яка не

© Богів Я. С., 2014

передбачає право Верховної Ради України на прийняття Конституції України, а також статтею 156 Конституції України, згідно з якою законопроект про внесення змін до розділів, які встановлюють засади конституційного ладу в Україні, після його прийняття у Верховній Раді України має затверджуватись всеукраїнським референдумом (Рішення Конституційного Суду України від 11 липня 1997 року № 3-зп (справа щодо конституційності тлумачення Верховною Радою України статті 98 Конституції України).

О. В. Щербанюк зазначає, що закріплення у Конституції України суверенітету народу свідчить про побудову системи держави і права в нашій країні на основі доктрини природних та невідчужуваних прав людини, а це в свою чергу є ознакою формування демократичної правової держави.

Здійснення влади через органи державної влади та органи місцевого самоврядування відображається у тому, що український народ делегував частину своєї природної свободи на користь державної влади та наділив державу повноваженням вимагати від кожного індивіда виконання дій та рішень органів державної влади в межах, встановлених українським народом у Конституції України[6]. Поряд з цим необхідно акцентувати увагу на тому, що народний суверенітет є невідчужуваним, тому повністю погоджуємося із позицією В. Д. Гапотія, що передати, делегувати можна права, а не саму здатність їх мати чи реалізовувати[7].

Не применшуючи важливість закріпленого у Конституції України принципу народного суверенітету, доречно вказати на проблему його реалізації, яка полягає у тому, що необхідно вдосконалювати, а в деяких напрямах фактично створювати механізми його реалізації. Адже вплив суспільства на діяльність органів державної влади в Україні на сьогодні не на рівні розвинутої демократії. Реальна влада виявилася відірваною від народу, а народ позбавлений права законодавчої ініціативи та дієвих інструментів контролю за діяльністю органів державної влади.

Підсумовуючи, зазначимо, що народний суверенітет, який встановлює верховенство народної волі і є невідчужуваною ознакою народу, яка визначає народ як джерело державної влади, безумовно відіграє роль основоположної засади будь-якої демократичної правової держави. Враховуючи його значення, акцентуємо увагу на необхідності вдосконалення механізмів практичної реалізації народного суверенітету в Україні.

Список використаних джерел:

1. Tarasiewicz P. Suwerenność narodowa. Próba interpretacii filozofioznei / Paweł Tarasiewicz // Cywilizacja. – 40. – 2012. – s. 29.

2. Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации: учебник для юридических вузов и факультетов / М. В. Баглай // Изд. 2-е, изм. и доп. – М.: Норма, 2000. – С. 105.

3. Головченко В. Доктрина народного суверенітету: правові й політичні погляди / В. Головченко, О. Головченко //Віче. – липень 2011 р. – №14.

4. Людвік В. Д. Принцип народного суверенітету в історії політико-правової думки, теорії права та політичній практиці / Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.01 / В. Д. Людвік; Харк. нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2009. – С.10.

5. Конституція України // Відомості Верховної Ради. – 1996. – №30. – Ст.141.

Щ6. ербанюк О. В. Народний суверенітет і реалізація владо спроможності демократичної держави: монографія / О. В. Щербанюк // Книга ІІ. – К.: Логос, 2013. – С.9.

7. Гапотій В. Д. Теоретичні та практичні аспекти суверенітету народу, нації та держави / Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.01 / В. Д. Гапотій; Нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2005. – С. 12.

Иванников И. А.,
доктор юридических наук, доктор политических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права Южного федерального университета, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Донского государственного университета (Ростов-на-Дону, Россия)

СОВЕТСКОЕ ГОСУДАРСТВО И ПРАВО ПЕРИОДА ПОЛИТИКИ ПЕРЕСТРОЙКИ, ИЛИ КАК РАЗРУШАЛИ СССР

Как проходил распад СССР? Это могут рассказать некоторые из тех, кто пережил это время. Однако истинные причины разрушения этой державы нам еще пока не известны. Об этом не знает современная молодёжь. Последствия развала СССР мы до сих пор еще ощущаем. Попытаемся вспомнить все последовательно: как это было. Посвящаю статью памяти всех жертв распада СССР.

1. Перестройка и изменения в политической системе

Причины исчезновения с политической карты мира СССР еще многие годы будут волновать умы историков, юристов, экономистов и всех, кто интересуется политикой. Выяснение этих причин позволит понять многие явления и процессы, которые произошли, происходят и произойдут в ближайшие годы в мире.

В марте 1985 года умер Генеральный секретарь ЦК КПСС К.У. Черненко. 11 марта внеочередной Пленум Политбюро ЦК КПСС избрал новым Генеральным секретарем ЦК КПСС М.С. Горбачева. 23 апреля 1985 года Горбачев созвал Пленум ЦК КПСС, на котором провозгласил политику ускорения социально-экономического развития советского общества. Предшествующий период советской истории от Л.И. Брежнева до К.У. Черненко назвали временем «застоя». В мае 1985 года в СССР развернулась борьба за трезвость, которая внешне имела привлекательные черты, но проводилась неграмотно. Потом началась «перестройка». До сих пор нет ясного ответа на вопрос: чем была перестройка и каковы ее истинные цели? Сам М.С. Горбачев в 1987 году называл перестройку революцией. Это была революция «сверху», которая представляла собой сменяющие друг друга периоды идеологического саморазрушения (отказ от контрпропаганды, государственной идеологии). Она имела всемирно-историческое значение в том плане, что мирным путем привела к разрушению социалистического лагеря (СЭВ, Организации Варшавского Договора) и государственно-правовой формы России в XX веке – СССР. После этого начался новый передел мира, сфер влияния.

В годы перестройки возникло движение за национальную независимость. На этой волне развивается религиозное движение. Весной 1990 года была легализована Украинская греко-католическая церковь. В июне 1989 года на Украине действовало более 47 тысяч неформальных объединений. В сентябре 1989 года был создан Народный Рух Украины. 21 января 1990 года Рух организовал акцию «живая цепь» от Киева до Львова, посвященную образованию в 1919 году нового украинского государства, объединившего УНР и ЗУНР. Отмена статьи 6 Конституции СССР о руководящей роли КПСС на III съезде народных депутатов СССР в марте 1990 года, а потом и в конституциях союзных республик привела к потере контроля ЦК КПСС над республиканскими компартиями. Политическая система СССР лишилась сплачивающего ее центра. Государственное управление ослабло, общество становилось все более расколотым идеологически, религиозно и экономически. Своей политикой Горбачев не модернизировал, а уничтожил идеологическую, политическую, правовую и экономическую системы социализма.

Период перестройки в СССР продолжался с 1985 года по август 1991 года. Она проводилась частью партийной элиты. Причем одни из партийных руководителей делали перестройку сознательно, а другие бессознательно, стараясь сохранить свое привилегированное положение в обществе и государстве. Итоги политики перестройки имеют как положительные, так и отрицательные последствия.

Составными частями перестройки были «гласность», «ускорение» и «самоокупаемость». На самом деле не было ни гласности, ни ускорения, ни самоокупаемости.

«Гласность» выражалась в том, что с 1986 года в СМИ стали появляться публикации о событиях 1917 года, коллективизации, индустриализации, ГУЛАГе, голодоморе 1932–1933 годов на Дону, Ку-

© Иванников И. А., 2014

бани, Ставрополье, Украине, в Поволжье, о репрессиях 1937 года, Второй мировой войне 1939–1945 годов, штрафных батальонах. В то же время информацию об аварии на Чернобыльской АЭС 26 апреля 1986 года М.С. Горбачев и В.В. Щербицкий (1918–1990) скрывали от населения 10 дней. До этого была первомайская демонстрация в Киеве, ничего не знающие люди подвергались облучению. После сообщения об аварии из Киева началось массовое бегство. Поезда, которые отбывали из украинской столицы, были переполнены, люди готовы были ехать стоя, некоторых впихивали в открытые окна вагонов. Политика «гласности» в этой ситуации потерпела крах. Но в целом она имела успех, так как результатом стал отказ от контрпропаганды, разрушение старой идеологии. Все ЧП, стихийные бедствия, катастрофы выявляли недостатки экономической, политической, правовой и идеологической систем. С.Г. Кара-Мурза отмечает, что «гласность» привела к изменению общественного мнения. «… Всей программе гласности был присущ крайний антиэтатизм… После создания в обществе негативных стереотипов началась реформа органов власти и управления» [1]. Вначале М.С. Горбачев и его команда пытались строить «социализм с человеческим лицом» (1985-1987 годы). Потом на политическую арену вышли «народные фронты» в Прибалтике, общества в поддержку перестройки, националистические и другие организации, которые провозгласили антисоветские и антигосударственные лозунги. На июньском 1987 года Пленуме ЦК КПСС был взят курс на новое политической мышление, демократизацию политической системы. Началась замена первых секретарей ЦК компартий республик, крайкомов и обкомов. Писатели, поэты, артисты, журналисты, юристы и прочие общественные деятели в республиках стали выступать за развитие национальных культур, все заметнее стали проявляться русофобские идеи, а их пропагандисты не пресекались правоохранительными органами. Активизируются правозащитные организации, издаются негосударственные газеты и журналы, которые быстро политизируются. Во Львове начали проводить митинги за национальное возрождение. В 1989 году возникло Общество украинского языка имени Тараса Шевченко, которое добилось принятия Верховной Радой УССР закона «О языках в Украинской ССР», закрепившего государственный статус украинского языка и гарантировавшего равноправие языков всех народов республики. Противоречивость закона была очевидна. Не могло быть равноправия языков, если один из них государственный. Это был удар по русскому языку, который в тот период знало практически все население УССР. Сам факт возрождения общества, которое впервые возникло во Львове в 1873 году, – начало национального движения на Украине. Возобновление его деятельности в 1989 году свидетельствовало о налаживании контактов львовских политиков и интеллигенции с зарубежными диаспорами, где это общество функционировало с 1947 года. Литературное Общество имени Тараса Шевченко стало создавать свои филиалы в других украинских городах. В остальных республиках СССР также возникали националистические организации, которые, по меткому замечанию С.Г. Кара-Мурзы, стали готовить «почву для конфликта как с союзным центром, так и с национальными меньшинствами внутри республик» [2].

«Ускорение» в сфере научно-технического прогресса и социально-экономического развития обернулось самым настоящим застоем.

«Самоокупаемость» свелась к развалу плановой экономики.

В этих условиях власть взялась реформировать политическую и правовую системы. В июне – июле 1988 года состоялась XIX партийная конференция. На ней было предложено провести конституционную реформу. Демократии становилось все меньше. Возросла роль Председателей Советов. Было решено строить социалистическое правовое государство. Избранный в 1989 году Верховный Совет СССР стал первым за советское время, среди депутатов которого практически не было рабочих и крестьян. Большинство депутатов составляли ученые, журналисты и различные управленцы. Поправки к Конституции СССР 1977 года и новый избирательный закон были недемократичны, но общество безмолвствовало.

В марте 1989 года состоялись выборы народных депутатов СССР. Партийные комитеты КПСС в избирательный процесс не вмешивались. В мае того же года открылся Первый съезд народных депутатов СССР. На нем была образована Межрегиональная депутатская группа, которая начала с сентября 1989 года вести борьбу об отмене статьи 6 Конституции СССР о руководящей роли КПСС в советском обществе. В январе 1990 года было создано политическое движение «Демократическая Россия», которое действовало фактически на принципах антикоммунизма, панолигархизма в исполнительной власти.

Итак, к положительным последствиям перестройки относится следующее:

1) граждане получили больше прав и свобод;

2) выросли возможности творческой интеллигенции;

3) началось развитие предпринимательства.

Отрицательные последствия:

1) распад мировой системы социализма;

2) разрушение СССР;

3) сокращение числа социальных гарантий населения;

4) появление большого количества организованных преступных групп и сообществ, в том числе этнической организованной преступности;

5) уход из правоохранительных органов в 1989-1991 годах квалифицированных кадров из-за снижения зарплаты и постоянной критики в СМИ;

6) рост внутреннего и внешнего долга СССР, рост инфляции.

Иные последствия:

1) отстранение КПСС от власти;

2) рост доходов населения при одновременном сокращении товарных запасов в торговле, что привело к дефициту некоторых товаров: введение талонов на спиртное и сахар.

2. Изменения в правовой системе

В мае 1985 года началась антиалкогольная кампания. Цена на водку повысилась, а время ее продажи сократилось. Сократили на 55 % и количество магазинов, торгующих спиртными напитками. Это привело к росту производительности труда на 13 %. Закон СССР «О трезвости» был инициирован секретарем ЦК КПСС Е.К. Лигачевым. Негативным результатом этого Закона стало возникновение организованной преступности. 19 ноября 1986 года был принят Закон СССР «Об индивидуальной трудовой деятельности», который запрещал наёмный труд, но легализовал предпринимательскую деятельность. Этот закон действовал до 1 января 1991 года. В 1987 году был принят, а с 1988 года вступил в действие Закон СССР «О государственном предприятии (объединении)», который перевел на хозяйственный расчет госпредприятия, следствием чего явилось падение производства. Плановая система хозяйства была разрушена. В 1989 году редактируется статья 70 УК РСФСР «Антисоветская агитация и пропаганда», а 9 апреля 1989 года Указом Президиума Верховного Совета РСФСР из УК РСФСР исключается статья 190.1 «Распространение заведомо ложных измышлений, порочащих советский государственный и общественный строй». Вносятся многочисленные изменения в Конституцию СССР и конституции союзных республик. В марте 1990 года был принят Закон СССР о внесении изменений в Конституцию СССР, а именно об учреждении поста Президента СССР, который был выведен из-под контроля КПСС и Политбюро ЦК КПСС. Вскоре произошел развал государственного управления, у КПСС была отнята власть, и СССР еще приблизили к распаду. В 1990 году законодательно был расширен список субъектов, которые могли осуществлять внешнеэкономическую деятельность. Провозглашение 12 июня государственного суверенитета России и ее независимости от центра явилось правовым и политическим началом развала СССР. Позже, 24 октября 1990 года был принят антиконституционный Закон «О действии актов органов Союза ССР на территории РСФСР», который ограничил действие законов СССР в РСФСР. Началом ликвидации монополии на банковскую деятельность в РСФСР явилось принятие 2 декабря 1990 года Закона РСФСР «О банках и банковской деятельности». В мае 1991 года был разработан проект Закона «Об основных началах разгосударствления и приватизации предприятий», который готовился тайно и был обсужден в Комитете по экономической реформе Верховного Совета СССР. Принятие этого Закона привело к демонтажу советского ведения хозяйства.

После выборов народных депутатов РСФСР в 1990 году начался процесс конфедерализации СССР. 12 июня 1990 года на Первом съезде народных депутатов РСФСР была принята Декларация о суверенитете, которая, нарушая принцип конституционной законности, провозгласила верховенство республиканских законов над союзными. В октябре 1990 года был принят закон, устанавливающий наказание для граждан РСФСР за исполнение законов СССР, которые не ратифицированы Верховным Советом РСФСР.

Как отмечает С.Г. Кара-Мурза, к концу перестройки «были официально или идеологически лишены силы нормы советского права и утвержден принцип «все, что не запрещено законом, разрешено». Это противоречило и типу правовой культуры общества, и состоянию законодательной базы» [4].

В декабре 1993 года была принята новая Конституция России, которая закрепила сильную президентскую власть.

3. Развал СССР: причины и последствия

19 августа 1991 года средства массовой информации сообщили, что М.С. Горбачев по состоянию здоровья не может осуществлять обязанности Президента СССР и что власть в стране перешла к ГКЧП. Разыграли политическую комедию, фабула которой была такова: Ельцин выступает за защиту Горбачева и Конституции СССР. На дачу к Горбачеву в Крыму прилетают вице-президент РСФСР А.В. Руцкой и премьер-министр И.С. Силаев, которые привозят его в Москву, а членов ГКЧП арестовывают по обвинению в государственном перевороте, но вскоре амнистируют. Отказавшийся от амнистии командующий сухопутными войсками генерал армии В.И. Варенников на суде был признан невиновным. Итогом августовского путча явились запрет КПСС и Компартии РСФСР. В последние годы в научных журналах и изданиях все чаще пропагандируется информация о том, что развал СССР связан с падением цен на нефть на мировых рынках. «К середине 1980-х гг. СССР находился в глубоком системном кризисе, – пишет киевский историк Ю.В. Латыш. – …А после шестикратного падения мировых цен на нефть ситуация стала угрожающей» [5]. Так же считает московский историк В.И. Дашичев. По его мнению, «в самое критическое время перестройки, в 1990–1991 гг., стараниями США и под их воздействием Саудовской Аравии цена на нефть на мировых рынках была сбита до небывало низкого уровня – 7–10 долларов за баррель» [6]. С подобными оценками согласиться нельзя. При И.В. Сталине СССР нефтью торговал мало, а перед Второй мировой войной в разы сократил ее экспорт, но стал сверхдержавой.

Неоспоримо то, что народ все меньше верил в возможность построения коммунизма в СССР, в преимущества экономической, политической и идеологической систем советского социалистического государства. В стране все сильнее ощущался дефицит хороших товаров.

Ухудшилась международная обстановка с вводом советских войск в Афганистан в декабре 1979 года. В 1980 году США и их союзники бойкотировали летние Олимпийские игры в Москве, на которые были потрачены огромные средства. Многие народы государств Восточной Европы не желали быть подконтрольными руководству СССР и иметь на своих территориях советские войска.

Почти во всех республиках СССР, кроме Белоруссии, были организованы инциденты с кровопролитием на национальной почве, в которые часто вовлекали армию. Идею дальнейшего национального освобождения пропагандировали Г.В. Старовойтова, А.Д. Сахаров и другие.

Но самый большой вред государству нанесла политика М.С. Горбачева. Исчезновение из материалов XXVII съезда КПСС слова «контрпропаганда», курс на критику истории советского государства и права привели к снижению ценности советской идеологии, политической и экономической системы. Лидеры СССР были причастны к развалу СЭВ, военного блока Варшавского Договора. Затем началось разрушение самого СССР.

Конечно, причины развала СССР многочисленны. Среди них есть как объективные, так и субъективные причины. Причем главная причина развала СССР – идеологическая. После того, как не стало СССР, многие поняли, что разрушенное государство было государственно – правовой формой Россия в новых условиях, что советское государство после сталинского правления было по сути гуманным.

Список использованых источников:

1. Кара-Мурза С.Г. Советское государство в период перестройки (1985–1991 гг.) // История государства и права: учебник для вузов / под ред. С.А. Чибиряева. – М., 2001. – С. 497.

2. Там же. – С. 502.

3. Рыбас С. Пружина разжимается // Литературная газета. 2014. 6–12 авг. – С. 2.

4. Кара-Мурза С.Г. Указ. соч. – С. 520.

5. Латыш Ю.В. Перестройка в СССР. Общественно-политические процессы в Украине в 1985–1991 гг. // История Украины: учебник / под ред. Г.Д. Казьмирчука. – Киев, 2013. – С. 629.

6. Дашичев В.И. Как и почему был разрушен Советский Союз? // Социально-гуманитарные знания. 2014. № 2. – С. 216.

Ковальчук О. М.,
кандидат юридичних наук, доцент, в.о. кафедри теорії права та держави юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРАВОРОЗУМІННЯ ВЧЕНИМИ КИЇВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ (XIX – ПОЧАТОК XX СТОЛІТТЯ)

Відомо, що ще стародавні мислителі, юристи прагнули пояснити що таке право, коли воно виникло, в чому його суть, призначення і цінність.

Історія праворозуміння в українській правовій думці є творчим надбанням українського народу, його ідейних витоків, культури, правосвідомості. Вона є складовою всесвітньої правової думки і робить оригінальний внесок у її загальнолюдську скарбницю, доповнюючи її елементами національного праворозуміння.

Давид Р. справедливо зазначав, що основним джерелом, звідки поширювалися нові ідеї, сприяючи тим самим відродженню права, були університети.

Ще з моменту відкриття Київського університету вчені-юристи розробляли особливі теорії, підходи, напрямки до праворозуміння, іноді протиставляючи одне одному, іноді доповнюючи, разом з тим вдосконалювали визначення права. Співвідношення їх із загальновідомими європейськими концепціями дало можливість виділити специфічні особливості характерні для вітчизняної науки, які були пов'язані з рівнем розвитку суспільних відносин, економічних, політичних, соціальних, культурних, релігійних і інших факторів.

Різноманітність теорій, підходів, концепцій, обумовлена складністю самої проблеми, впливом ідеології, досягненням науки, суб'єктивністю підходів конкретних авторів, їх світоглядних позицій, різного розуміння сутності, цінності і призначення права. Разом з тим, кожна з них вносить свій аспект в багатогранне розуміння права, сприяє поглибленню його пізнання.

Проблемою праворозуміння займались багато відомих вчених Київського уніерситету досліджуючи окремі сторонни права.

Виявлено, що при дослідженні проблеми праворозуміння науковцями юридичного факультету широко застосовувались різні методологічні підходи, що дозволило їм внести нові ідеї у вирішення найбільш складних і спірних питань. Враховуючи особливості їх ідей і поглядів, можна стверджувати, що багато з них відрізнялись від відомих західноєвропейських шкіл і течій. До таких вчених-правознавців належать:

Неволін К. О. – фундатор юридичної науки і особливо теорії права у Київському університеті, який у своїх наукових розробках застосовував ідеї історичного розвитку права, ідеї природного права та філософії права Гегеля, а також елементи соціологічного підходу, намагаючись об'єднати їх і знайти новий напрям в теорії права, який можна назвати історико-філософським.

Данилович Г. М. – перший декан юридичного факультету Київського університету, який в основу соїх досліджень поклав природно-правовий підхід до право розуміння. Він вважав, що право повинно грунтуватися на правді, розумі і справедливості.

Іванішев М. Д. і Владимирський-Буданов М. Ф. широко використовували історико-порівняльний метод, соціологічний підхід, концентруючись на дослідженні як слов'янського законодавства, так і законодавства багатьох зарубіжних країн. Вони дали оригінальне трактування праворозуміння, вказуючи на загальні закономірності його розвитку і національні особливості з урахуванням економічних, політичних і соціальних факторів. Беручи до уваги особливості їх методів, засобів у дослідженні теоретико-правових проблем, цих вчених можна вважати засновниками історико-соціологічної школи права в Україні.

Кістяківський О. Ф. у своїх наукових розробках застосовував історичний і соціологічний підходи, що відрізнялись від широковідомих на той час історичної школи права Німеччини та західних соціологічних шкіл, які склалися пізніше. Вченого слід віднести до одного з перших засновників соціологічної школи в галузі кримінального права, яка почала формуватись у XIX – на початку XX століття в Україні.

© Ковальчук О. М., 2014

Ренненкампф М. К. при дослідженні права переважно стояв на позиціях юридичного позитивізму, намагаючись застосовувати позитивні елементи цього напряму.

Спекторському Є. В. був властивий нормативно-соціологічний підхід в розумінні права.

Трубецького Є. М. можна вважати прихильником школи «відродженого природного права». У своїй теорії вчений виходячи з приорітету прав і свобод людини ставив на перше місце загальнолюдські цінності.

Малиновський О. О. крім історії права цікавився проблемою праворозуміння. У своїх дослідженнях він використовував як історичний, так і соціологічний підходи, продовжуючи традиції М. Ф. Владимирського-Буданова.

Отже, вчені-правознавці Київського університету своїми дослідженнями зробили важливий внесок в одну із найскладніших проблем теорії права – праворозуміння. Складність цього питання обумовлена тим, що у праворозумінні відбиваються уявлення людей про суспільство, духовні цінності. І оскільки розвивається людське суспільство, змінюються умови життя людей, їхні уявлення про ідеали, відповідно до них змінюється уявлення про право. Але в розмаїтті їх праворозуміння центральне місце займають національні особливості, загальнолюдські та загальноцивілізаційні цінності.

Їх погляди стали ще більш актуальними в наш час мають фундаментальне значення для подальшого розвитку і вдосконалення права в сучасній Україні.

Крижова О. Г.,
суддя Рівненського міського суду Рівненської області, здобувач кафедри теорії та історії держави і права Національного університету «Острозька академія»

ПРИНЦИП ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА В ПРАВОЗАСТОСОВНІЙ ДІЯЛЬНОСТІ

Верховенство права називають найціннішим здобутком людства, основоположним принципом демократичного суспільства або ж мегапринципом. В Україні повсюдне його декларування стало за останні десятиліття традицією і пов'язане із намаганням надолужити втрачене, адже на відміну від позитивістсько спрямованої радянської науки, європейська правова традиція має глибокі філософсько-правові корені у його дослідженні. На сьогодні, принцип верховенства права, закріплений Конституцією України, згадується у значному числі нормативно-правових актів, зміст його є предметом дослідження багатьох наукових праць. Проте вітчизняна правова наука, намагаючись наздогнати європейську та світову у теоретичному обґрунтуванні цього принципу, не має системного і глибокого дослідження прикладів його практичної реалізації, що сприяло б вкоріненню останнього у суспільне та державне життя. Існує необхідність вивчення принципу верховенства права як реальної частини правового регулювання, фундаментальної основи правозастосування в Україні.

З великої кількості думок про природу принципу верховенства права доцільно, ми вважаємо, виділити міркування М.П. Рабіновича щодо того, що його слід, перш за все, інтерпретувати як пріоритет у суспільстві прав людини [1, с. 38]. Саме таке тлумачення верховенства права найбільш лаконічно і повно окреслює його загальні межі з тим, щоб визначити першочергові проблемні питання, пов'язані з правозастосуванням в Україні.

Така форма реалізації права як правозастосування є об'ємним і складним процесом, що полягає у комплексній, державно-владній, управлінській, творчій діяльності, здійснюваній у встановлених законом процедурних і процесуальних формах, яка покликана забезпечити адресатам правових норм можливість реалізації належних їм прав і покладених на них юридичних обов'язків [2, с. 54]. Слід зазначити, що у юридичній літературі поняття правозастосування, застосування норм права та правозастосовної діяльності розрізняються, хоча це і не має принципового значення у контексті відношення до них принципу верховенства права.

Проте спільною для трьох цих категорій є необхідність з'ясування сутності згаданого принципу, в тому числі різниці між ним та верховенством закону, що є ще одним предметом наукових дискусій. Адже вони по-різному діють у процесі правозастосовної діяльності і чітке розуміння механізму впливу обох на цей процес дозволить підвищити ефективність і якість втілення норм права у життя. Так, законність у правозастосуванні передбачає дотримання всіх процедурних вимог при кваліфікації обставин справи, виборі й використанні норми права [4, с. 266]. В той же час, верховенство права як категорія, ідея та принцип має природно-правове походження, а отже і більш творчу, живу та гнучку природу. Воно у великій мірі пов'язане з усвідомленням суб'єктом правозастосування невід'ємності та базовості прав та свобод людини та громадянина. Тут слід зазначити, що на нашу думку, принцип верховенства права з поміж усіх інших принципів права чи не найбільше апелює саме до реальної поведінки суб'єктів правовідносин, ґрунтується на усвідомленні ними цінності ідей демократії та громадянського суспільства.

Необхідною умовою ефективності принципу верховенства права у правозастосовній діяльності є також розумне поєднання його з іншими принципами – справедливості, доцільності, розумності тощо. Проте верховенство права є саме тим основним постулатом, якій пронизує усі інші засади застосування права, є їх вихідною точкою, оскільки безпосередньо випливає з права як з найважливішого регулятора відносин у суспільстві. Недаремно верховенство права пов'язують у науці з правовою державою, що є головним виразником правової рівності громадян, ідей справедливості, добра та свободи. Як підсумовує Козюбра М.І. «відмінності між ними є швидше термінологічними, ніж змістовними, що дає підстави стверджувати про те, що в сучасному світі вони стали майже прототипами одне одного, «уза-

© Крижова О. Г., 2014

гальненими назвами споріднених концепцій», що відкидає можливість пошуку суттєвої різниці між ними» [4, с. 47].

Ми вважаємо, що можливість застосування принципу верховенства права потребує також належного правового регулювання усієї діяльності державних органів та посадових осіб, пов'язаної з правозастосуванням. Перш за все це децентралізація системи органів виконавчої гілки влади. Лише за умови надання суб'єктам правозастосування достатньої кількості повноважень, вони у своїй діяльності зможуть сповна користуватися принципом верховенства права.

Актуальності набуває сьогодні незалежність судової влади як умова реалізації принципу верховенства права у правозастосовній діяльності, адже особлива роль судів у процесі реалізації права зумовлена важливістю їх функцій та особливим процесуальним порядком їх роботи. Більше того, у юридичній літературі під вжитим терміном «правозастосовна діяльність» часто розуміється саме процес здійснення судочинства, а «правозастосовним актом» вважається, перш за все, рішення суду. Корумпованість суддів чи будь-яка їх залежність від політичної еліти унеможливлює застосування ними верховенства права у якості одного з принципів своєї діяльності. У такій ситуації вони перестають усвідомлювати саму цінність права, а також втрачають можливість керуватися ідеєю невідчужуваних прав і свобод людини та громадянина як найважливішим критерієм у застосуванні правових норм.

Таким чином, на шляху до побудови демократичної правової держави та громадянського суспільства в Україні стоїть необхідність імплементації принципу верховенства права у правозастосовну діяльність виконавчої та судової гілок влади. Моральні та правові цінності європейського співтовариства містять в основі саме цей принцип як одну з найважливіших гарантій дотримання прав та свобод людини та громадянина.

Список використаних джерел:

1. Рабінович П. М. Верховенство права в інтерпретації Страсбурзького Суду та Конституційного Суду України. // Вісник Конституційного суду України. – 2006. – № 1. – С. 37-46.

2. Юхимнюк О. М. Співвідношення понять «правозастосування» та «застосування норм права» / О. М. Юхимюк // Часопис Київського університету права: Український науково-теоретичний часопис. – 10/2011. – N4. – С. 53-56.

3. Козюбра М. І. Верховенство права і Україна / М. І. Козюбра // Право України. – 2012. – № 1-2. – С. 30-63.

Николина К. В.,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії права та держави Київського національного університету імені Тараса Шевченка

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВА: СУЧАСНІ ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ

На сучасному етапі розвитку суспільства не викликає сумніву твердження про першочергову роль права як універсального та найбільш оптимального соціального регулятора. Однак, право має цінність для окремої особистості чи суспільства в цілому не лише завдяки лише одному факту його буття. Для виконання свого призначення, втілення сутнісних характеристик право повинно бути реалізовано в життєдіяльності людей.

Окремі аспекти реалізації права були предметом дослідження таких вітчизняних науковців як Д.О. Бочаров, Ю.Л. Власов, О.В. Зайчук, О.Л. Копиленко, М.С. Кельман, М.І. Козюбра, С.Л. Лисенков, Л.О. Макаренко, Н.М. Оніщенко, О.В. Пунько, П.М. Рабінович, М.Б. Рісний, О.Ф. Скакун, Т.І. Тарахонич, О.І. Ющик та ін.

Проте, постмодернізм в юриспруденції формує нові виклики класичній теорії права. Все більшої актуальності набуває філософсько-правове осмислення права та правової реальності, використання новітніх підходів до праворозуміння. Очевидно, що традиційне позитивістське сприйняття права виключно як системи загальнообов'язкових правил поведінки, що встановлені та санкціоновані державою, не відповідає вимогам сучасної соціальної дійсності. Саме тому постає необхідність переосмислення змісту окремих правових категорій, зокрема і поняття «реалізація права».

Реалізація в правовій сфері є предметом багатьох наукових досліджень, проте цей факт не означає однозначне вирішення дискусій стосовно розуміння цього явища. Зокрема, в юридичній науці процес втілення права в життєдіяльність не має однозначного термінологічного позначення. Часто як синонімічні поняття використовуються категорії «дія права», «реалізація права», «реалізація правових норм», «застосування права», «здійснення права».

Так, Гнатюк М.Д. в своєму дисертаційному дослідженні зазначає, що під реалізацією права слід розуміти реальне, практичне перетворення у життя формально-визначених правових приписів через фактичну поведінку суб'єктів права з метою задоволення основних потреб людини, суспільства і держави за допомогою способів і засобів, встановлених державою[1, с. 5].

Як процес втілення приписів правових норм у поведінку суб'єктів права та їхню практичну діяльність зі здійснення суб'єктивних прав та виконання юридичних обов'язків розглядають реалізацію права Р. А. Калюжний, С. М. Тимченко, Н. М. Пархоменко, С. М. Легуша [2, с. 206].

Скакун О. Ф. реалізацію права тлумачить в якості втілення правових норм та принципів у правомірній поведінці суб'єктів права, в їх практичній діяльності та у правовідносинах, її можна розглядати як процес і як кінцевий результат[3, с. 559].

Аналізуючи наведені погляди, можемо констатувати, що в даному випадку авторами фактично ототожнюються поняття «реалізація права» та «реалізація правових норм». На нашу думку, зазначені категорії необхідно розмежовувати, оскільки вони співвідносяться між собою як загальне та особливе. Реалізація права має значно широкий зміст, враховуючи той факт, що в сучасній інтерпретації саме право не обмежується лише системою формально-визначених норм.

В цьому контексті, в пошуках відповіді на питання про сутність права варто звернутись до філософії права. Так, Максимов С. І. виокремлює такі форми буття (існування) права: як світ ідей – ідеї права; світ знакових форм – правові норми і закони; світ взаємодії між соціальними суб'єктами чи правове життя [4, с. 143]. Аналогічну позицію обґрунтовує інший вітчизняний філософ права Данильян О.Г. [5, с.179]. Норми права в такому розумінні виступають лише однією з форм виразу права. Саме тому, вважаємо, що реалізацію права та реалізацію правових норм слід розрізняти за об'єктами такої реалізації.

Виходячи з цього, відповідного переосмислення вимагають і форми реалізації права, які очевидно, не повинні залежати виключно від характеру нормативних приписів.

© Николина К. В., 2014

Інший, не менш важливий аспект проблеми полягає в тому, що однозначно не визначено місце реалізації права в категоріальному апараті юридичної науки. Як зазначає Волинка К.Г., реалізація права являє собою завершальний етап правового регулювання, виступаючи позитивним результатом втілення приписів правових норм – тим, заради якого вони були створені[6, с.163].

У вітчизняній теорії права висловлюється думка, що реалізація права – це складний процес, який включає: 1) механізми реалізації права; 2) форми реалізації права. При чому автори наголошують, що процес реалізації права залежить від типу правової системи тієї чи іншої держави. Так, в романо-германській правовій системі реалізація права починається з процесу закріплення природних прав людини правом позитивним. На другому етапі за допомогою певних механізмів (конкретизація, тлумачення законодавства, прийняття процесуальних норм) відбувається формування конкретних прав та обов'язків суб'єктів. Завершується ж реалізація права безпосереднім втіленням правової норми в поведінці суб'єкта [7, с.222]. Такий підхід дозволяє говорити про реалізацію права як зовнішню форму правового регулювання.

Досить цікавою видається позиція Шабурова А.С., який розглядаючи реалізацію права в межах механізму правового регулювання, визначає її як специфічний процес саморегуляції, що полягає у виборі суб'єктом форми, характеру, динаміки майбутньої поведінки. На думку автора, такий підхід дозволяє відокремити реалізацію від безпосередньої (правомірної чи протиправної) поведінки яка виступає вже підсумком, результатом правового регулювання [8, с.79].

Таким чином, правореалізація як завершальна стадія правового регулювання, з позиції вченого, являє собою процес здійснення суб'єктивних прав та юридичних обов'язків. Вважаємо, що позитивним в даному підході є підвищення ролі свідомості та волі самого суб'єкта в механізмі втілення права в життєдіяльність, усвідомлення мотиваційних установок, які формуються в процесі правового регулювання.

Підсумовуючи аналіз наукових підходів до розуміння реалізації права, слід відзначити їх багатоманітність, а часто неузгодженість. Проблема полягає у використанні як синонімів таких різних за сутністю категорій як «реалізація права» та «реалізація правових норм». В цьому зв'язку своєчасною видається необхідність комплексного дослідження реалізації права з врахуванням широкого розуміння права, визначення форм та механізму такої реалізації.

Список використаних джерел

1. Гнатюк М. Д. Правозастосування та його місце в процесі реалізації права : автореф. дис.... канд. юрид. наук / М. Д. Гнатюк ; НАН України. Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2007. – 19 с.

2. Загальна теорія держави і права. Навчальний посібник. / Р. А. Калюжний, С. М. Тимченко, Н. М. Пархоменко, С. М. Легша. – К.: Вид. Паліводa А. В., 2007. – 210с.

3. Скакун О. Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс). Учебник. – Х.: Эспада, 2007. – 625с.

4. Максимов С. И. Правовая реальность : опыт филофского осмысления. – Харьков, 2002. -328 с.

5. Філософія права : навч. посіб. / за ред. проф. О. Г. Данільяна. – К., 2002, 416 с.

6. Волинка К. Г.Теорія держави і права : Навч. посіб. – К.: МАУП, 2003. —240 с.

7. Теорія держави і права [Текст] : Академічний курс: Підручник / ред. О. В. Зайчук, Н. М. Оніщенко. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 688 с.

8. Шабуров А.С. теоретические проблемы реализации права и ее механизма//Современные проблемы права: теория и практика:Материалы Всероссийской научно-практической конференции. –Изд-во Курган. гос. ун-та, 2011 г.

Панчук І. О.,
викладач-стажист кафедри теорії та історії держави і права Національного університету «Острозька академія»

ПРОБЛЕМА ПРАВОСВІДОМОСТІ У КОНТЕКСТІ ОСНОВНИХ ТЕОРІЙ ПРАВОРОЗУМІННЯ

Необхідною умовою побудови сильної, незалежної та демократичної України є розвинена правосвідомість її народу, що повинна виступати об'єднуючим фактором між суспільством та державою, громадянами та правовою системою, забезпечувати їх ефективну взаємодію та розвиток. Саме тому наукова теорія правосвідомості посідає важливе місце в юридичній науці та є вагомою частиною усього наукового пізнання як надзвичайно різностороннього процесу дослідження навколишнього світу. ЇЇ дослідженням, в тому числі і в контексті різних напрямів праворозуміння, в різний час займалися такі науковці як Алєксєєв С.С., Вопленко Н.Н., Герасіна Л.М., Ільїн І.О., Калиновський Ю.Ю., Мельникова Т.В., Оборотов Ю., Окара А.Н. та інші.

У наукових працях, присвячених правосвідомості, особливо чітко прослідковується гуманітарна спрямованість усієї юридичної науки, що вивчає, перш за все, людину у всій багатоманітності її зв'язків. З цього випливає важлива особливість вивчення правосвідомості, що полягає у специфічній ролі науковця у цьому процесі, адже дослідник сам є носієм правосвідомості і ніколи не зможе у своїй роботі абстрагуватись від своїх поглядів на право і правову дійсність, власних правових почуттів та установок.

Праворозуміння, яке є своєрідним фундаментом правової науки та основою для багатьох юридичних теорій та понять, не можна не пов'язувати з правосвідомістю. Існує цікава і неоднозначна проблема розмежування цих категорій, яка ускладнюється відсутністю єдиного визначення як для праворозуміння, так і для правосвідомості.

Обидва ці правові явища засновані на процесах людської свідомості, індивідуальної або ж колективної. Свідомість фактично є їх спільним коренем, найважливішим об'єднуючим фактором. Із етимології терміну праворозуміння, інакше кажучи розуміння права, його інтерпретація, сприйняття – випливає, що це правове явище і в якості процесу, і як усталений результат пов'язане перш за все з процесами мислення. Поняття ж «правосвідомість» прямо вказує на належність його до людської психіки, свідомості. І знову ж таки переважна більшість дослідників пов'язують його саме з усвідомленням феномену права, сприйняттям навколишньої правової дійсності.

Ми вважаємо за доцільне сприймати праворозуміння в таких двох аспектах – як частину правосвідомості, яка відповідає за сприйняття і розуміння особою та суспільством явища права і діє в сполученні з іншими компонентами правосвідомості, а також як наукову діяльність по дослідженню права та усіх його аспектів, результатом якої є формування певного напряму або типу праворозуміння.

В межах різних типів праворозуміння теорія правосвідомості мала різне трактування і ступінь розкриття. Так, В. Плавич пише: «Саме праворозуміння визначає парадигму, принцип і зразок юридичного пізнання, науково-правовий зміст, предмет і метод відповідної концепції юриспруденції» [1, с. 23].

Найбільш тісно, на нашу думку, теорія правосвідомості вплітається у ідеї природно-правових шкіл права, що виглядає досить закономірно, адже правосвідомість це об'єктивна, можна навіть сказати природна властивість людської психіки. У багатьох теоріях природного права його джерелом постає людський розум, свідомість, а багато з них, хоч і не вживаючи прямо поняття правосвідомість, приділяли увагу уявленням людини про право і її ставлення до нього.

Один з найвідоміших дослідників теорії праворозуміння І.О. Ільїн писав: «Людині неможливо не мати правосвідомості; її має кожен, хто усвідомлює, що крім нього на світі є інші люди» [2, с.19]. Науковець активно займався дослідженнями природного права і вважав, що воно не може існувати без правосвідомості. Право на думку І.О. Ільїна, тільки тоді здійснить своє призначення, коли правосвідомість прийме його, наповниться його змістом та дозволить новому знанню впливати на життя душі, визначати її рішення й направляти поведінку людини [3, с. 30].

© Панчук І. О., 2014

Дослідження на тему правосвідомості мають місце і у позитивізмі. Так, одними з перших проблемою правосвідомості в Росії зацікавились представники юридичного позитивізму другої половини XIX ст. (П.Ф. Шершеневич), на зміну якому в кінці XIX ст. прийшов соціологічний позитивізм (М.М. Ковалевський, С.А. Муромцев). У представників цих двох напрямів юридичної думки категорія правосвідомості мала, перш за все, прикладне, емпіричне, соціально чи психологічно-опосередковане значення. Через характеристику окремих правових явищ вони виходили на правосвідомість і розглядали її як усвідомлену на рівні вищої нервової діяльності мотивацію індивідом, учасником правовідносин, своєї правомірної поведінки [4, с. 37].

В радянський час розуміння і стан правосвідомості пов'язувався саме зі знанням законів та інших нормативно-правових актів. Поняття правосвідомості у власному сенсі, на думку М.С. Строговича, розглядалося через сукупність поглядів на дійсне право, суб'єктивні права та обов'язки, законність і правопорядок. Це розуміння, що формувалося на основі марксистсько-ленінської філософії і методології, у відриві від близьких галузей знань, а саме від психології і антропології, фактично було юридичним розумінням правосвідомості, а правосвідомість, вирішальним фактором якої було визнано соціологічний фактор, носила юридичний характер [4, с. 41].

Дуже близькою до деяких положень сучасної теорії правосвідомості, а саме до тих, що стосуються такого її елементу як правова психологія, є психологічна школа права. На нашу думку, саме психологічна теорія права лежить в дослідження емоційної складової правосвідомості.

Найґрунтовніше і оригінально ця теорія була розроблена в дореволюційній Росії Л. Петражицьким. Суть його концепції полягає в тому, що він розрізняє позитивне право, яке офіційно діє в державі, та інтуїтивне право, витоки якого містяться в психіці людей і відтворюють те, що вони (люди), їхні групи – об'єднання переживають як право. Позитивне право, що виражається в законах та інших актах, малодоступне громадянам уявлення і ілюзії яких про нього Л. Петражицький назвав фантазмами [5, с. 13].

У соціологічній школі права правосвідомість – це втілення свободи як суттєвої риси права. І відбувається це втілення у формі правових ідей, принципів, теорій, концепцій, почуттів, поглядів, переконань суб´єктів права. Треба зауважити, що правосвідомість не єдине явище, що втілює у собі свободу у розумінні соціологічної школи. Вона стоїть в одному ряду з правовою поведінкою, правоздатністю, законами та іншими нормативно-правовими актами, суб'єктивними правами та обов'язками особи.

Таким чином беззаперечний і тісний зв'язок правосвідомості з правом, в тому числі з певним способом його трактування у науці – праворозумінням, є досить очевидним і значимим. Кожна з розглянутих нами шкіл права досліджує лише певну частину багатогранної теорії правосвідомості, тому ми вважаємо, що майбутнє її вивчення лежить у межах інтегративної юриспруденції. І хоча, не зважаючи на велику кількість досліджень у цій сфері, остання ще не стала стрункою і логічною теорією розуміння права та містить багато суперечностей, все ж основна її ідея варта уваги – синтез важливих теоретичних напрацювань конкуруючих типів праворозуміння з тим, щоб подолати існуючі між ними суперечності та наблизитись до осягнення сутності явища права. Саме такий підхід відкриває нам шлях до більш повного дослідження правосвідомості та її ролі у державному та суспільному житті. Різносторонність та широта поглядів інтегративної юриспруденції якнайкраще підходить для вивчення такого багатовимірного об'єкту, яким стала в останні десятиліття правосвідомість.

Список використаних джерел:

1. Плавич В.П. Проблеми сучасного праворозуміння. Теоретико-методологічний та філософсько-правовий аналіз: монографія / В.П. Плавич // Одеський національний університет імені І.І. Мечникова. – О.: Астропринт, 2011. – 228 с.

2. Ильин И. А. О сущности правосознания/ И. А. Ильин– М. : Рагорть, 1993. – 235 с.

3. Мельничук О.С. Право та держава в концепції правосвідомості І.О. Ільїна: монографія. – О.:Фенікс, 2008. – 178 с.

4. Гладких М.В. Понятие индивидуального правосознания в свете психоаналитической теории: Дисс. … канд. юрид. наук.: 12.00.01/ М.В. Гладких. – Ставрополь: Ставропольский государственный университет, 2004. – 181 с.

5. Національні тенденції та міжнародний досвід сучасного праворозуміння: монографія / Ю.С. Шемшученко та ін.; за заг. Ред.. Н.М. Оніщенко; Національна академія наук України, Інститут держави і права імені В.М. Корецького. – К.: Юридична думка, 2013. – 487 с.

Семеніхін І. В.,
кандидат юридичних наук, асистент кафедри теорії держави і права (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого)

НАУКОВА СТАТТЯ ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВА

У США та Великобританії опубліковано чимало наукових праць, присвячених дослідженню юридичної науки як особливого соціально-правового явища, що відіграє важливу роль у правовому житті суспільства, активно впливає на процеси формування права і правореалізацію. У наукових розробках відповідної тематики ключовим є питання щодо можливості визнання за юридичною наукою статусу джерела права. На основі аналізу й узагальнення юридичної практики переважна більшість англо-американських юристів доходять висновку, що результати наукових досліджень широко використовуються у нормотворчості та правозастосуванні. Однак, на відміну від законодавчих приписів та прецедентів, вироблені юридичною наукою положення мають виключно рекомендаційний характер. Оформлені належним чином у монографіях, наукових статтях, науково-практичних коментарях правові погляди авторитетних учених використовуються юристами-практиками, зокрема суддями, як різновид юридичної аргументації. У конституційному судочинстві, при інтерпретації статутів, при зміні прецедентів, при вирішенні так званих складних справ, коли використання первинних джерел права (статутів і прецедентів) є недостатнім, судді часто звертаються до надбань юридичної науки, безпосередньо цитуючи наукові праці у судових рішеннях. Це є прямим і безпосереднім свідченням і проявом впливу юридичної науки на право, його тлумачення та застосування.

Отже, юридичну науку в англо-американській юриспруденції прийнято відносити до вторинних, необов'язкових джерел права. У цьому сенсі поняття «юридична наука» (*legal science, legal scholarship*) вживається, як правило, у значенні результатів наукових досліджень, оформлених як наукові трактати (*treaties*), юридичні енциклопедії (*legal encyclopedias*), юридичні словники (*legal dictionaries*), статті (*law articles*), опубліковані в юридичних журналах (*legal journals*) та оглядах юридичної практики (*law reviews*). МакКормік підкреслює, що в країнах загального права судді при вирішенні складних справ за відсутності обов'язкових джерел права використовують принципи, встановлені необов'язковими джерелами, такими як obiter dicta та юридичними працями, які заслуговують на довіру [1, p. 120-122]. Тож вторинні джерела права, зокрема наукові джерела, виконують функцію заповнення прогалин у праві (*gap-filling function*). Окрім цього, вторинні джерела права допомагають у пошуках первинних джерел права, а також дозоляють скласти загальне уявлення про існуючи в юридичній науці та практиці підходи до вирішення тих чи інших правових проблем.

Контент-аналіз рішень американських та англійських судів свідчить, що саме статті є найбільш затребуваною та цитованою категорією вторинних джерел права. У судових рішеннях найчастіше зустрічаються посилання на статті, опубліковані в юридичних журналах, що належать до категорії елітних (*elite journals*) – «Harvard Law Review», «California Law Review», «Yale Law Review». Наприклад, у США федеральні суди, якщо брати статистику 70-90-х років XX ст., цитували статті з «The Harvard Law Review» більше семи тисяч разів [2]. Це може бути пов'язано з тим, що судді вважають їх корисними і тому нерідко звертаються до них у своїй професійній діяльності. Судді апелюють до певних статей і тому, що на них посилаються адвокати у доповідних записках до суду для посилення власної аргументації. Це також може бути наслідком того, що залучені до підготовки текстів судових рішень клерки здобували освіту в елітних юридичних школах, які мають свої наукові журнали. Тому клерки віддають перевагу саме їм. Це є можна говорити і про суддів, переважна більшість з яких сьогодні має академічну юридичну освіту. Як свідчить статистика, останнім часом збільшилось цитування статей, опублікованих у менш авторитетних і відомих юридичних журналах, кількість яких останнім часом значно зросла. До того ж, у зв'язку з появою та набуттям популярності електронних баз даних судді та клерки мають більший доступ до цих джерел.

Звернемось до статистичних даних, що відображають практику цитування суддями наукових статей. Йдеться про співвідношення кількості винесених судових рішень та посилань на наукові джерела

© Семеніхін І. В., 2014

у цих рішеннях. Так, Б. Ньютоном було оброблено 792 справи, вирішені Верховним Судом США після пленарних обговорень у період з 1 січня 2001 р. по 31 грудня 2011 р. У 294 рішеннях Суду (37, 1 % загальної кількості розглянутих справ) зустрічається щонайменше одне посилання на статтю з юридичного огляду. У цих 294 рішеннях судді цитували різні статті 1023 рази. Тобто кожне таке рішення в середньому містить цитати 3,48 статей [3, p. 405-406]. У іншому дослідженні, проведеному Л. Петербріджем та Д. Шварцом, було проаналізовано 7730 рішень, прийнятих Верховним Судом США у період з 1949 р. до 2009 р. Контент-аналіз судових рішень свідчить, що: 1) 32,21 % рішень Суду мають посилання на статті з юридичних журналів та юридичні огляди; 2) в середньому Суд цитував більш ніж одну наукову публікацію в кожному своєму рішенні (у 7730 рішеннях Суд посилався на статті 8152 рази); 3) існує загальна тенденція до збільшення використання результатів наукових досліджень Верховним Судом США. У результаті проведеного дослідження автори доходять висновку, що Суд звертається до надбань юридичної науки достатньо часто. Більш того, він використовує її систематично в рамках своєї правотворчої діяльності при створенні прецедентів чи їх зміні та при розгляді більш складних чи важливих (резонансних) справ. Висновки й пропозиції учених набувають особливого значення в діяльності Верховного Суду США, коли він здійснює перевірку конституційності правових актів, прийнятих федеральними органами державної влади та органами штатів. У період з 1949 р. до 2009 р. Судом усього було розглянуто 506 справ, в яких вирішувалось питання про конституційність актів Конгресу, законів штатів чи місцевих ордонансів. Причому майже половина рішень, в яких відповідні акти були визнані неконституційними, містить посилання на наукові джерела. На думку Л. Петербріджа та Д. Шварца, у цьому простежується прагнення Верховного Суду США спертися на авторитет юридичної науки [4]. Що цікаво, судді-ліберали в середньому частіше цитують вторинні джерела права, зокрема статті, ніж їх колеги-консерватори. На думку Б. Ньютона, це можна пояснити тим, що статті в юридичних оглядах, особливо ті, що написані професорами права, здебільшого відображають саме ідеологію суддів-лібералів [3, p. 409].

Вітчизняна ж правова система не знає традицій щодо обґрунтування процесуальних рішень, зокрема судових рішень, посиланнями на монографії, наукові статті, що присвячені вирішенню тих чи інших актуальних проблем державо– і правотворення. Лише в окремих судових рішеннях можна зустріти посилання на вторинні джерела права, зокрема на наукові джерела. Проте у будь-якому разі це скоріше виняток, аніж усталена практика. Бажано, щоб і вітчизняні суди у своїх рішеннях посилався на ті доктринальні джерела, які стали основою обґрунтування позиції суду. Згадування у текстах актів імен учених та їх робіт стосовно обговорюваного питання робить рішення суду більш авторитетним і переконливим.

Список використаних джерел:

1. MacCormick N. Legal Reasoning and Legal Theory / N. MacCormick. – Oxford : Clarendon Press, 1995. – 298 p.

2. Liptak A. When rendering decision, judges are finding law reviews irrelevant / A. Liptak // New York Times. – 2007. – № 19.

3. Newton B. Law Review Scholarship in the Eyes of the Twenty-First Century Supreme Court Justices: An Empirical Analysis / B. Newton // Drexel Law Review. – 2012. – Vol. 4. – P. 399–416.

4. Petherbridge L. An Empirical Assessment of The Supreme Court's Use of Legal Scholarship / L. Petherbridge, D. Schwartz // Northwestern University Law Review. – 2012. – Vol. 106. – P. 995–1032.

Конституційне право. Адміністративне право та процес. Податкове право. Міжнародне право

Конституционное право. Административное право и процесс. Налоговое право. Международное право

Constitutional law. Administrative Law and Procedure. Tax Law. International Law

András Bencsik PhD,
Senior lecturer
University of Pécs, Faculty of Law, Department of Administrative Law

THE EUROPEAN DIMENSION OF CONSUMER PROTECTION

1. The evolution of the European Union's consumer protection policy

(One of the) pillars of the legal regulation of consumer protection in Hungary is the fact that Hungary is a member state of the European Union; therefore it is natural to examine the European dimension of consumer protection. Consumer protection in Hungary cannot be treated separately from the evolution of the policy of consumer protection in the EU.[1] Consumer protection got relatively late into the focus of political and legal philosophy in Europe from two aspects: this delay is obvious when we consider similar processes of America and it is important to note that the Treaty of Rome that created the European Economic Community in 1957 did not make any regulations on a common consumer protection policy.[2]

The emergence of consumer protection and the demand to have it regulated on a community basis are closely connected to the recognition that consumers play a vital role in economic life and in the establishment and operation of the single internal market. Should consumer protection not become a homogeneous practise within the EU and should consumers' interests not be defended at the high level expected by the EU, then consumers' trust, which is very changeable, may block the enforcement of a fundamental principle of the EU, the free movement of goods and services.[3]

Before addressing the topic it is necessary to make a remark on terminology. As the words «European Union» can be found in all treaties discussing the EU's structure and operation since the effectiveness of the Lisbon Treaty, I always call the former European Community (European Communities) European Union. Further on I call previous community legal norms and other EU regulations approved in the second and third stage EU law. Similarly, it is good to state in the beginning of this chapter that no matter how some court institutions used to be called at one point in time, I shall call the court in charge of the quoted affairs Court of Justice of the European Union (further on as: Court).

Since debates of EU law's interpretation and application fall into the scope of the Court of Justice of the European Union,[4] it is important to know that the Court had several cases over the last decades that were more or less connected to consumer protection and the EU's consumer protection policy. The majority of cases to be discussed in this thesis were submitted to the Court to request for a preliminary ruling, but I shall also mention a case discussed in an action for annulment. It is worth mentioning that although a large number of such cases are discussed by the Court on an international level, the Hungarian court practice does not seem to be that intense in terms of consumer protection cases, which may be explained by the relatively minor value of subject matters in consumer lawsuits and the lack of consumers' information.[5]

It was declared first at the 1972 Paris summit that the elevation of life standard that is included in the Treaty means the same as the liability of environment and consumer protection.[6] The opportunity to introduce new common policies, such as the consumer protection policy, gradually emerged at this point.[7] When the necessity

---

[1] Cf. Lívia Heim Tóthné– Tamás Gál: Komplex fogyasztóvédelem a magyar köztudatban. Fogyasztóvédelmi Szemle 2010. No. 4., page 38.

[2] In connection with this see S. Weatherhill: Consumer Policy. In: P. P. Craig – G. de Búrca (ed.): The Evolution of EU law. Oxford University Press, Oxford 1999., page 694.

[3] More on this in G. Howells – T. Wilhelmsson: EC and US approaches to consumer protection – should the gap be bridged? Yearbook of European Law 1997. Clarendon Press, Oxford 1998., page 6.

[4] Cf. Erzsébet Sándor Szalayné: A jogorvoslat duális rendszere az Európai Unióban. JURA 2004. No. 1., page 48.

[5] Cf. Judit Fazekas– Gabriella Sós: Fogyasztóvédelem az Európai Bíróság gyakorlatában. Fogyasztóvédelmi Szemle 2005., No. 1. electronic version. http://www.fvszemle.hu/archivum/2005_marciusi_szam/paragrafus/fogyasztovedelem_az_europai_birosag_gyakorlataban/ (August 4, 2012)

[6] For the EU's environment protection policy see Zsuzsanna Horváth– Gyula Bándi– György Erdey– István Pomázi: Az EU környezetvédelmi szabályozása. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest 2004., page 17.

[7] Judit Fazekas: Fogyasztóvédelmi jog. Lícium-Art Kiadó, Miskolc 2000., page 15.

of consumer protection as an activity became obvious also on an EU level, action plans were accepted including the regulations for e.g. cosmetic articles, food labelling, and misleading advertising. After this the EU extended its consumer protection activity by five– and eventually three-year programs, therefore I shall explain the progress of the European Union's consumer protection policy focusing on these periods also mentioning court judgements in this topic that were announced in the given period.

2. The EEC's first consumer protection program (1975)

The European Union approved the «Magna Charta» of Common Market Consumer Rights on 14 April 1975, which was significant in three aspects. First: the document defined the fundamental rights of consumers, second: it determined the areas to be regulated, third: it contained an action plan to bring consumer rights in harmony.

As a result of the afore mentioned several directives were passed, e.g. price labelling on food products or standards. Still, the program motivating people for action moved forward only slowly. One of the problems was the competence division between the Member States and the EU.[1] The program's execution was made more difficult by the ambiguity of EU regulations' legal source and the creation of harmonising rules was blocked in the long run by lengthy and fierce debates in connection with the program. The difficulties were actually enhanced by the complicated mechanism of decision making and preparatory works in the EU, thus the prepared directive drafts[2] could not become EU norms.

The court judgement of case Cassis de Dijon[3] is relevant in many ways in connection with EU law. I only want to highlight those parts that can be related to consumer protection.[4] Consumer's right to choice is fulfilled by the principle of mutual recognition among the theses issued by the Court, while the Treaty on the Functioning of the European Union, article 42 (Treaty establishing the EEC, article 36) makes a deviation possible from Treaty on the Functioning of the European Union, article 36 (Treaty establishing the EEC, article 30) that allows the free move of goods in cases, when the health protection of people, animals or plants requires that. Thus, it is clear that the above mentioned case is connected to consumer protection in many ways. [5]

According to the state of affairs the base process' plaintiff wanted to export French blackcurrant liquor to Germany, but the German authorities refused to grant the export permit reasoning that the product's alcohol content did not meet German regulations, by which fruit liquors may only be sold in Germany, if they reach a volume percentage of 25%, but this kind of liquor contained only 15-20% alcohol. The Court of Justice of the European Union discussed the issue, because the regulation attacked by the export company was a member state's measure equal to a quantity restriction, which is forbidden by EU law.

The government of Germany referred to two reasons in their defence. One was that the regulation serves the protection of consumers by forbidding access to low alcohol content beverages, thus discouraging citizens from spirit consumption. The other reason was that alcohol is the most expensive part of the products and those traders who sell a lower alcohol content drink within the same product category would get a price (competition) advantage.

The court explained that as there is no EU regulation for alcohol products, the formulation of the regulation is a national competence, but when such is created, EU regulations have to be obeyed, (e.g. the prohibition of free move's hindering), unless some forcing factors (e.g. public health or consumer protection reasons) give basis to deviation from the rule. Reacting on the point of view of the government of Germany the court said that German citizens consume spirits in a diluted way and the consumer will not only consider price,[6] when he/she takes a decision. In this respect the court decided that all national regulations that limit the alcohol content

[1] Some member states considered consumer protection their exclusive competence area and were ready to recognise national rules only, while others accepted the regulatory role of the Community too. But these differences made the process of harmonisation much more difficult.

[2] These drafts dealt with deceiving advertising and dishonest conditions of agreement among others.

[3] Judgement of the Court of Justice of the European Union under no. C-120/78. on February 20, 1979 in the case Rewe-Zentral AG vs. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein.

[4] About the full scale and detailed analysis of the case see László Kecskés: EU-jog és jogharmonizáció. HVG-ORAC, Budapest 2011., from page 617.

[5] See about this N. Reich – H-W. Micklitz (ed.): Wirtschaftsrecht, Verbraucherinteressen und EU-Integration, Europäisches Verbraucherrecht. Nomos, Baden-Baden 2003. 1.4.

[6] The price contains many elements, for instance VAT and, in case of certain alcohol products, excise duties. Such fees are hidden for the consumers, since it is not well-known who pays what exactly. See Ercsey, Zsombor: Az általános forgalmi adóról. In: JURA 2012/2. p. 73.

of liquors are incompatible with EU law and those must be abolished. By this decision the court also implicated that no EU regulation is necessary to help further legal harmonisation to promote the free move of goods, but it is the Member States' duty to demolish the negative factors.[1]

3. The EEC's second consumer protection program (1981)

The above mentioned consumer protection program prepared a good basis for the issue of the second one in 1981 that set the goal to give new impetus and strength to consumer protection on an EU level.[2] The program determined consumers' basic rights and listed the priorities of legal harmonisation already in an EU document, in which the EU commissioned the Member States with the acknowledgement and development of «consumer rights».[3]

The EU's second consumer protection base document called the attention to the problems of consumer base right enforcement and urged the necessity of a specific regulation for special consumer groups.[4] It was the result of this program that EU level legislation started in this area, of which «products» the norms on misleading advertising[5] and product liability[6] can be set as an example.

4. The EEC's third consumer protection program (1985)

The third consumer protection program commenced on 23 July 1985[7], when the Commission prepared a report on its activities on the tenth anniversary of the first program and presented the successes and failures of EU level consumer protection in it.

The Commission set the three fundamental goals to be reached by the EU. The compatibility with health and safety requirements of products sold on EU markets was stressed as the primary goal of consumer protection policies, then the establishment of the legal and economic environment to improve life standard came up second.[8] The third requirement the Commission emphasised was to have consumer interests prevail in EU decision making. The inclusion of such a wish into an EU document it has become a «quasi» fundamental principle that EU institutions must respect consumers' interests, when they take decisions.[9] EU consumer protection gained new momentum, when the Single European Act was approved in 1986, which looked at consumer protection as one of the elements to make the single internal market more perfect.[10]

The case Centro Sud[11] that reached the Court in 1985 can be deemed as a special court case from a judgement practise point of view, because the Court decided against the chief counsellor in this process. According to the state of affairs Italian law allowed only the sale of pasta that was made of durum flour. Through this national regulation the state of Italy wanted to protect the Italian market in this process in order to keep national traditions.[12]

---

[1] This phenomenon is called negative integration by Judit Fazekas and Gabriella Sós. See. Judit Fazekas– Gabriella Sós: i. m. It is to be noted, however, that the obstructing factors have been removed by exactly legal harmonisation, which can be considered as positive integration. The court verdict presented rather expressed the «principle of mutual recognition», which is basically the legal harmonisation without creating an EU regulation for it.

[2] Cf. H-W. Micklitz: Zur Notwendigkeit eines neuen Konzepts für die Fortenwicklung des Verbraucherrechts in EU. VuR 2003. No. 1., pages 4-5.

[3] The background of this may have been that the Community thought of the confirmation of the «European consumer» as a key to the success of economic integration. Beyond others see Dubravka Akšamović – Mária Márton: Consumer protection in EU law, de lege lata, de lege ferenda. In: Tímea Drinóczi – Tamara Takács (ed.): Cross-border and EU legal issues: Hungary – Croatia. Faculty of Law, University of Pécs – Faculty of Law, J. J. Strossmayer University of Osijek, Pécs-Osijek 2011., page 11.

[4] Such «specific» consumer groups are especially the elderly, children and poorer people.

[5] Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising.

[6] Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products.

[7] This is when the Commission submitted its report «New impulses in consumer protection policy»

[8] The latter one determined a basic task for community level legislation.

[9] Cf. Judit Fazekas: i. m. page 19.

[10] Cf. H-W. Micklitz: i. m. page 5.

[11] Judgement of the Court of Justice of the European Union under no. C-407/85 on October 31, 1983 in the case 3 Glocken GmbH and Gertraud Kritzinger vs. USL Centro-Sud and Provincia autonoma di Bolzano.

[12] Tradition is an important factor for the legal regulation of the countries, including the Member States. This is the case regarding the tax regime as well. Cf. Zsombor Ercsey: Some Major Issues of Value Added Tax. In: Antal Ádám (ed.): PhD tanulmányok 9. PTE ÁJK Doktori Iskola, Pécs, 2010 p. 210.

The chief counsellor's basic statement was that this restrictive measure, which is also discriminative in its character, is undoubtedly superfluous, if the level of labelling and component indication is appropriate, thus providing the consumer with enough information. The pasta sorts tested in the process all had the necessary information, but those were displayed at hardly visible spots on several products. This led the chief counsellor to the conclusion that Italian consumers may not be well informed enough and that is why the restrictive measures must be maintained in order to protect the market.

The court approved a point of view contrary to this opinion, when it stated that the Italian rule was not compatible with EU law and basically means a trade restriction, which is not to be sustained in the future. This way the point of view got accepted that an Italian consumer is able to choose between various sorts of pastas, because, as the court pointed out with a theoretical angle, a well-informed consumer is able to take proper decisions.

5. The first three-year program (1990-1992)

The EU's first «three-year» program meant a new strategy from two aspects. First it aims to think in shorter periods instead of the former five-year periods to make legislation for effective, but also wants to coordinate new measures that are to be introduced in the transition to a single internal market and put them in harmony with consumer protection requirements.

The definition of the legislation topics, in which Member States must carry out legal harmonisation, is an unquestionable result of this document. These topics are general product safety, food labelling, consumer loans and dishonest contract conditions. In order to show light for national legislation the directives governing these topics were also created.[1] A further merit of the program is that the Commission set up the Consumer Policy Service (Service Politique des Consommateur), which had the basic function to coordinate market and consumer interests in the realisation of the single internal market.[2]

6. The second three-year program (1993-1995)

The issue of the «second» three-year program, which took place after the approval of the Maastricht Treaty, led to thorough changes in former EU consumer protection activities. The novelty was that consumer protection got into the foundation treaty as an independent EU policy for the first time, when the Treaty made the EU responsible for cooperation in the development of consumer protection in order to achieve EU goals.[3]

According to the Maastricht Treaty the EU approved measures in connection with the realisation of the single internal market and also took special action to support and extend the consumer protection policy of Member States.[4] The second change must be highlighted, because «special action» extends and supports the consumer protection policy of Member States to make consumer basic rights valid.[5]

Beyond the above mentioned the Treaty also defined two measures in connection with consumer protection policy: the power of legislation was given to the Council with a mandatory consultation process with the Economic and Social Committee and also settled that these measures may not hold back any Member State to introduce stricter consumer protection rules than those of the EU.[6]

It happened in this period that the Mars-case[7] was discussed, which can be considered as a milestone in European consumer protection, because it was in this very case, when the court first defined the concept of «sensible and rational» consumer, which has become a cornerstone of EU level consumer protection policy.

The state of affairs is that the producer of Mars chocolate intended to increase its sales by increasing the bar's packaging by 25% and still selling the product for the same price. As a result, not only the chocolate,

[1] This is when the following Council Directives were approved: 92/59/EEC of 29 June 1992 on general product safety, 92/11/EEC of 3 March 1992 amending Directive 89/396/EEC on indications or marks identifying the lot to which a foodstuff belongs, 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit and 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts.

[2] Cf. Judit Fazekas: i. m. page 20.

[3] Cf. Treaty on the Functioning of the European Union, article 169 (Treaty establishing the EEC article 153.)

[4] Cf. Treaty on the Functioning of the European Union, article 169 paragraph (2) (Treaty establishing the EEC article 153, paragraph 3.)

[5] The Treaty lists the protection of consumers' health, safety and economic interest as well as their proper information as Community measure goals.

[6] With the remark that such stricter regulations should be in harmony with the Treaty and the Member States affected must inform the Commission.

[7] Judgement of the Court of Justice of the European Union under no. C-470/93 of 6 July 1993 in case Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln E. V. vs. Mars GmbH.

but also the packaging was extended. Consumer protection specialists, however, considered it a problem that consumers could have expected a larger size increase based on packaging. This proved to be suitable for deceiving consumers, because from the packaging the consumer could have made the conclusion that he/she could buy a product that is 25% bigger, but costs the same price.

It is to be noted that two types of «consumer approaches» got popular in this period within the European Union. The Anglo-Saxon countries focused on the sensible, well-informed consumer who can take rational decisions based on his/her knowledge, while the German-speaking countries rather believed that the consumer has to be defended in all ways, even from himself/herself. Finally the Court of Justice of the European Union took the standpoint that the European master will be the rational consumer who is aware that he/she can get only a 25% larger chocolate bar under certain conditions, thus no consumer deceiving took place.

The Court of Justice of the European Union discussed the Clinique-affair[1] in 1992, where the state of affairs was the regulation of German law that banned the sale of cosmetics with the name Clinique in Germany. The legislator's intention was that the word «Klinik» means hospital in German, and such a product name may falsely make the consumer believe that such a cosmetic product were medicinal, i.e. in connection with medicine. To obey this rule the company affected (Estée Lauder) sold its product with the name Clinique all over the world, but it had to be called Linique in Germany. However, this put an extra cost on the company; therefore it gave up its tradition and started to sell the article with the name Clinique also in Germany. This was challenged by an organisation fighting for clean competition in front of a court in Berlin and when the court of the Member State realised there might be a contradiction between national and EU law (Treaty on the Functioning of the European Union, article 36, which used to be article 30 of the former Treaty establishing the EEC), it turned to the Court of Justice of the European Union to request for a preliminary ruling.

The Court ruled that the regulation of the Member State violates the free movement of goods and services and since the deception of consumers cannot be stated in this affair for several reasons, it stated that such a regulation was not compatible with EU law. The decision includes the EU principle without saying that consumers are aware that they do not buy medicinal products, but cosmetics under the name Clinique and if they are aware of it in the moment of buying, then later no reference can be made for deception neither by the consumer, nor by anyone else.[2]

During the second three-year program the Commission issued a Green Book[3] in 1993, which determined the basic priorities of consumer protection policy, analysed the situation of consumer law enforcement and the settling of legal disputes and proposed solutions to enforce demands more effectively in a wider circle.[4] Besides Department no. 24 (eventual Health and Consumers Department) was established on its proposal in 1995 in order to direct consumer protection and to manage programs and elaborate directives in relation with it.

7. Consumer protection program 1996-1998

The department established in 1995 created the EU's consumer protection program for the third three-years, which was necessary partly due to the diverse consumer protection systems of Member States, but also due to demands motivated by the experiences of the yet-to-be-expected legal harmonisation.

The program determined the primary goals of the European Union's consumer protection policy, among others the development of the system of demand enforcement and the harmonisation of Member States' rules for guarantee and warranty. It was the result of this program that the directives on guarantees of consumer goods[5] and on the protection of consumers in respect of distance contracts were approved.[6]

The court ruling in case Dietzinger[7] did not deal with consumer protection relation, or the connection of goods' move and consumer protection, but the collision of EU consumer protection policy and the activity of Member States.

---

[1] Judgement of the Court of Justice of the European Union under no. C-315/92 of 2 February 1994 in case Verband Sozialer Wettbewerb eV vs. Clinique Laboratories SNC and Estée Lauder Cosmetics GmbH.

[2] This meaning becomes clear in the work of Judit Fazekas and Gabriella Sós. See Judit Fazekas– Gabriella Sós: i. m.

[3] COM(93) 576 final

[4] Cf. Judit Fazekas: i. m. page 22.

[5] Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees.

[6] Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts.

[7] Judgement of the Court of Justice of the European Union under no. C-45/96 of 17 March 1996 in case Bayerische Hypotheken– und Wechselbank AG vs. Edgard Dietzinger.

The state of affairs was connected to directive 85/577/EEC on contracts negotiated away from business premises. A financial institution provided Mr. Dietzinger with a loan, but the condition of the loan payment was the liability of a guarantor. This person was the son of Mr. Dietzinger who wanted to give a guarantee for his father's loan. The loan agreement was signed in the house of Dietzinger parents and it is also essential that the father of the suing party was a construction entrepreneur who took out the loan in connection with his work.

The Court of Justice of the European Union ruled that it was the directive's goal to offer extra protection to consumers taking the special environment of agreement signature into account. As the formulation of the agreement does not exclude an agreement for the advantage of a third person, the contract under discussion may be interpreted in a way that the guarantor's guarantee is just a counter-service for the loan provision. However, since Mr. Dietzinger is a construction entrepreneur, he does not qualify as a consumer and the directive cannot be held valid for this very case. Thus, in this case the Court highlighted the relation of consumer protection and the legislator's intention behind the directive, but examining the power of the directive it was not held possible to actually apply it.

8. The effect of the Amsterdam Treaty on consumer protection

The Amsterdam Treaty that took effect on 1 May 1999, confirmed and developed the EU's ever changing consumer protection policy. The modification affected the consumer protection regulation in several areas.

The previous goal that had been fixed in agreements to ensure the high level of consumer protection has been preserved.[1] On the other hand as a development of common policy the Treaty also prescribed the active contribution of the EU, when it said that «in order to promote the interests of consumers and to ensure a high level of consumer protection, the Union shall contribute to protecting the health, safety and economic interests of consumers, as well as to promoting their right to information, education and to organise themselves in order to safeguard their interests.»[2] Thus, the Treaty enumerated consumer basic rights in a wider range than before and commissioned common consumer protection policy to make it valid actively.

It is also important to note that the Treaty puts the relation of consumer protection policy and other common policies on a brand new basis, when it says that «consumer protection requirements shall be taken into account in defining and implementing other policies and activities»[3]. By this regulation the consumer protection policy has been transformed into a horizontal policy, just like the common environment protection policy, of which targets have to be considered, when all other policies get elaborated and enforced.

The Tobacco case[4] is at least as much related to the operational mechanisms of EU legislative power, as to the topic of consumer protection, but it is worth referring to this case briefly. The basis of the case was directive 98/43/EC of the European Parliament and the Council of 6 July 1998 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States relating to the advertising and sponsorship of tobacco products. The directive basically forbids all tobacco advertisements.

According to the state of affairs the government of Germany initiated a procedure against the Council of the European Union and the European Parliament, in which it requested the annulation of the directive claiming that the legal basis of its issuance was not appropriate. Germany said that legislation based on the Treaty on the Functioning of the European Union, article 114, paragraph 1 (Treaty establishing the EEC article 95, paragraph 1.) can only be approved, if it serves the promotion of the internal market, but since this affair has public health protection connotations, this relationship cannot be stated.

The Court reasoned that although the relationship between the protection of public health the promotion of the internal market is possible to imagine, the EU's legislator can only refer to it, if the original goal of the measure was the establishment or development of the internal market. Considering these aspects, the court annulled the directive.[5]

---

[1] Thus the Treaty of Amsterdam confirmed the established consumer protection policy. In connection with this see J. Stuyck: European consumer law after the Treaty of Amsterdam: consumer policy in or beyond the internal market? CMLR 2000. No. 2., page 384.

[2] Cf. Treaty on the Functioning of the European Union, article 169, paragraph 1 (Treaty establishing the EEC article 153, paragraph 1.)

[3] Cf. Treaty on the Functioning of the European Union, article 169, paragraph 2 (Treaty establishing the EEC article 153, paragraph 3.)

[4] Judgement of the Court of Justice of the European Union under no. C-376/98 of 5 October 2000 in case Federal Republic of Germany vs. European Parliament and Council of the European Union.

[5] It is worth noting in connection with the follow-up story of the case that Directive 2003/33/EC of the European

Other major regulations were also approved in Amsterdam about consumer protection policy. The modification upgraded the divided legislation power that was established in the previous program, according to which the EU can basically pass directive-type of measures in connection with the single internal market[1] and on the other hand it will implement extending measures to control the policies of Member States (outside the framework of the single internal market).

The previously established Department went through a serious facelift too. The change was only seemingly formal (as the name of this institution changed for Health and Consumers Department), because it also included new things like the extension of the powers of the department's public health care and consumer protection units. The Amsterdam Treaty charged the department with the management of market supervision, the operation of specialists' committees, the issues of consumer protection and health care as well as the task of integrating consumer protection policy into other EU policies.

9. Consumer protection program 1999-2001

The next consumer protection period of the EU focused on interest representation, the high level of health protection and safety and the protection of economic interests.[2] In order to strengthen the ability of interest representation the EU set the goal to support consumer protection associations more intensely, to execute the closer cooperation of associations and the increase of consumer representation in EU decision making. The importance of consultation is to be stressed among the latter ones, under the scope of which the EU investigated the possibility of the establishment of a permanent, consumer-entrepreneur type consultation forum.

It was food scandals[3] at the end of the 1990s that urged the need for a guarantee of the high level of health care and safety, as essential goals of the European Union. In connection with this, the EU took the standpoint that it is necessary to approve international standards as soon as possible and it was the duty of the European Food Safety Authority to participate in the coordination of food-related EU activities.[4]

10. Consumer protection policy strategy 2002-2006

The EU's consumer protection policy again took a turn in 2002, when the programs for three-year periods were replaced by a strategic program for five years. The Commission approved the «Consumer protection policy strategy» on 7 May 2002, which set three medium-range goals: the establishment and ensurement of single, high level consumer protection, the effective execution of consumer protection rules and the inclusion of consumer protection organisations into EU policy.

The Court of Justice of the European Union dealt with consumer protection in the Cofinoga case[5] a little differently than before. According to the state of affairs, Cofinoga Merignac SA, a company registered under French law provided a loan for Mr. Sachithanathan. The contract was made for a definite period of time, one year, after which it could have been lengthened. However, the debtor did not fulfil his obligation to return the law and the company sued Mr. Sachithanathan in front of a French court. But the court called up Cofinoga to resolve discrepancies demanding them to submit the agreement for the renewal of the contract after the first year.

The court requested an answer for the question in this process, whether the formula of signing contracts according to Council directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit and the Council's directive 90/88/EEC of 22 February 1990 on the amendment of directive 87/102/EEC of 22 December 1986

Parliament and the Council of 26 May 2003 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States relating to the advertising and sponsorship of tobacco products regulated this topic actually with no change in content and now set the proper legal base as a reason for legislation. Germany, however, also attacked the 2003 directive in front of the Court of Justice of the European Union. The judgement of the Court of Justice of the European Union under no. C-380/03 of 12 December 2006 in case Federal Republic of Germany vs. European Parliament and Council of the European Union declared Germany's lawsuit unfounded in all points and therefore refused it.

[1] The decision making is carried out in a co-decision procedure with a qualified majority. The regulation for the former process is meant to ensure the horizontal character of consumer protection, while the latter one to increase its efficiency.

[2] Cf. Judit Fazekas: i. m. 25.

[3] Beyond others bovine spongiform encephalopathy (BSE) and counter-measures (cattle export ban, order of emergency slaughter) are to be considered.

[4] This is why Regulation No. 178/2002/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2002 laying down the general principles and requirements of food law, establishing the European Food Safety Authority and laying down procedures in matters of food safety was approved.

[5] Judgement of the Court of Justice of the European Union under no. C-264/02 of 4 March 2004 in case Cofinoga Mérignac SA vs. Sylvain Sachithanathan.

for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit is to be applied for the renewal of the same contract too.

The court' standpoint was that the company providing the loan had to inform the consumer according to the content and formal criteria of the relevant directives. The chief counsellor, nevertheless, took the standpoint that the providing of information loses of importance, if it should happen in case of the renewal and extension of an already signed agreement, because the consumer would already know them, unless those have been modified. Based on the above mentioned standpoints the court ruled that it was not mandatory for the provider of the loan to keep his information liability, as far as the state of affairs of the current case goes.

In relation to this medium-range consumer protection target it is necessary to refer to the importance of enforcing consumer interests in decision making and standardisation. This is based on an agreement with WTO, which affects consumer rights at several points and the Commission shall endeavour the protection and enforcement of these interests and rights during its negotiations.[1]

The European Union determined the criterion in connection with effective execution that EU measures should be created to settle debates more easily, especially with the preference of alternative debate settlement methods.[2]

The results of the strategy were evaluated by the Commission from the aspect of goals' achievement in a document issued on 13 March 2007 and the consumer protection measures of the above period were basically considered successful.[3] The indisputable results of the program were apparent in the following areas: Many legal regulations were approved through the accelerated consumer protection legislation that can be regarded as successful both in the approximation of laws and legal protection.[4] Furthermore, the preparatory works of many other legislation products were started and the supervision of consumer protection legal works commenced to serve unification and modernisation goals. It is the program's undoubtable merit that several new institutions were established among the EU's consumer protection institutions that have the main role to protect European consumers and have their rights enforced as effectively as possible.[5]

11. The EU's consumer protection strategy 2007-2013

The European Union's consumer protection strategy for the seven year period of 2007-2013 was approved by the Commission in April 2005. The special feature of the document is that besides setting three major goals it also describes the priorities that lead to these goals.

The primary goal to be reached by the EU in the given period is to confirm the market position of consumers and decrease their disadvantageous position against the service providers. The Commission believes this is viable, if consumers have enough information and a real choice that requires the transparency of the market (conditions).

The second goal is only indirectly related to the topic, because as the program contains the consumer protection and health care policy strategy, it aims the improvement of consumers' welfare in the EU. This undoubtedly has some components[6] that (may) affect consumer protection policy, but their relation to consumers' law enforcement is only indirect.

The third goal is to guarantee consumers' defence effectively – that is what requires state (EU) defence– when individuals are not able to enforce their rights.[7]

One can say as a summary that the goals of the document are not new, they used to be included in previous consumer protection programs, but the priorities to be considered in their realisation put them in new light.

---

[1] Judit Fazekas: i. m. page 31.

[2] In connection with this it must be referred to the establishment of EEJ-NET and FIN-NET networks and the European Consumer Centres.

About their operation see in detail: http://europa.eu/legislation_summaries/other/l32043_en.htm (4 August 2012) and http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/finnet/index_en.htm (4 August 2012)

[3] This statement was called «2002-2006 Consumer protection program screening».

[4] Just referring to Directive 2005/29/EC of the European Parliament and the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market as well as council directive 84/450/EEC, the European Parliament and Council directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC as well as directive 2005/29/EC amending the European Parliament and Council directive 2006/2004/EC.

[5] The Consumer Safety Network, the Network of European Consumer Centres and the European Consumer Consultative Group were created among others in this framework.

[6] Referring to the requirement of security among others.

[7] The program defines a wider circle than the priorities that are eventually presented, however, this thesis quotes only those ones that are to be highlighted from the aspect of consumer law enforcement.

The first requirement that the EU's latest consumer protection policy determines is the consideration of national (member state level) consumer protection policies and markets. This has a double importance. On one hand consumers' decision and their motivating factors can be better understood by monitoring, while on the other the mistakes of national consumer protection policies and the differences in regulations become also more visible.

The EU's intention to give more effective legal remedy guarantees through the common availability of the quickness, inexpensiveness and easy access of consumers' law enforcement methods is of special importance. To help these, the Commission will publish a concise study with its previously issued recommendations and statements on alternative debate settlement methods.[1]

Partly connected to the previous priority, the program prescribes the necessity to raise an «educated» European average consumer.[2] This concept invented by the Commission wants to supply consumers with knowledge that gives them a stabile position on the market and this can be realised through three channels: first by using the consumers' basic right to information consumers must receive a wide range of information on their rights, second by introducing consumer protection focused education already in primary school and third by paying attention to the education of such skills in adult education.[3]

It is an outstanding result of the EU's political strategy that the Commission issued its Green Book on the due diligence of consumer protection legal materials on 8 February 2007. This was considered important by the Commission, because consumer protection legal materials are diverse in two ways. It is enough to refer to the already discussed result of «minimum harmonisation» and the fact that the mutual relation of directives is not clear.[4]

Following the issue of the Green Book a public consultation started, in which the Member States, the EU's main institutions, consumer protection organisations as well as representatives of the business world reacted on the document and it was mostly welcomed.[5]

12. The European Union's consumer protection policy between 2014-2020

The proposal on the consumer protection program of the next seven year period was submitted by the Commission in November 2011 with the primary goal to put citizens into the focus of the single internal market and give them an opportunity for successful and active market participation. This rather general target is yet progressive in two aspects. One is that the position of consumer is qualified as central from the perspective of the operation of the internal market, which also means the recognition of the duality of consumers' legal status that consumers are creators of market activity and at the same time they are participants who require protection against the activities of other economic players. But the new consumer protection strategy can look modern also in the sense that the new EU legislation is less paternalistic, but rather believes that the fundamental aim of the common EU policy is to create a consumer image that is active and able to act independently.

In order to achieve the above mentioned goals the proposal lists the topics, where it may be advisable to implement EU measures. These topics are the following: the increase of product safety with effective market supervision activity, the improvement of consumers' knowledge, the consolidation of consumer rights, the strengthening of effective legal remedy methods (especially by alternative debate settlement) as well as international law enforcement.

13. Consumer Protection in the Charter of Fundamental Rights of the European Union

A document of key importance from the perspective of the European Union's development and the enhancement of its economic and political integration was accepted in Nice[6], on 7 December 2000, when the Council, the Commission and the Parliament all proclaimed the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Instead of discussing many questions in detail in connection with the Charter of Fundamental

---

[1] COM(2007) 99 final, pages 12-13. Cf. Judit Fazekas: i. m. page 34.

[2] This approach would be useful regarding taxation as well. Cf. Zsombor Ercsey:, *Az Szja– és az Áfa-szabályozás igazságossága a magyar adórendszerben* [Fairness of personal income tax and value added tax in the Hungarian tax system] (Pécs, PhD Thesis 2013) p. 124. Available at http://doktori-iskola.ajk.pte.hu/files/tiny_mce/File/Vedes/Ercsey/ercsey_nyilv_ertekezes.pdf (30 October, 2013)

[3] COM(2007) 99 final page 13.

[4] This may lead in law enforcement, or often in legislation to the point that uncertainty prevails, when a topic is ruled by several directives.

[5] In connection with this see Andrea Kenderes: A fogyasztóvédelmi jog európai egységesítésének aktuális helyzete. Európai jog No. 3, 2008. page 23.

[6] Cf. J.-F. Renucci: Droit européen des droits de l'homme. L.G.D.J. Reuter P., Paris 2002. page 450.

Rights and its miserable fate, here I want to focus attention on two connections that are very important for consumer protection. The first one is that the declaration of some fundamental rights on an EU level expresses the recognition that EU citizens are not only looked at as economic factors, but the EU's decision makers also consider them as valuable humans and want to express this human feeling more dominantly.[1] Furthermore, article 38 of the Charter of Fundamental Rights is to be highlighted, which says that the high level of consumer protection is to be taken care of in EU policies.

The text of the Charter was finalised by spring 2004 and according to the agreement the topic was regulated in the European Union's order of competence as a «divided» competence, in which both national and EU legislations have a word also obeying the principle of subsidiarity.

The approved text says that «consumer protection requirements are to be considered, when other EU policies and activities are defined and executed». This is extended by article 6 of title III, which makes the relevant regulation perfect, when is says that «in order to promote the interests of consumers and to ensure a high level of consumer protection, the Union shall contribute to protecting the health, safety and economic interests of consumers, as well as to promoting their right to information, education and to organise themselves in order to safeguard their interests.» On the basis of all these it can be stated that the Charter imports human, citizen, economic and social rights into the legal system of the European Union without content change and will thus provide a listing of the classical human rights catalogue with a combination of the social dimension of sustainable growth and the social dimension of those rights.[2]

Since the Charter of Fundamental Rights makes health care, consumer protection, access to law enforcement and free access to public services its regulation topic, it can be deducted from the norm text that the EU's legislator thinks of consumer protection as a basic legal principle and not as the «mother right»[3] of all independent consumer fundamental rights. This means that the consideration of consumer protection aspects as an EU task has a limited legal character and reflects the constitutional traditions of Member States.[4] From this approach it can be felt that consumer protection can be regarded rather as a general requirement that determines national and EU level decision makers scope for action, but it doesn't have a fundamental right creation character that would make it possible to refer to a concrete consumer's right in front of national courts.

14. The regulation of consumer protection in the Lisbon Treaty

The chapter introducing the European Union's consumer protection policy would be incomplete without the presentation of currently valid conditions; therefore it is well-founded to have a closer look at the effective regulation. Before going into details let me put two general remarks.

First it has to be noted that only a part of the regulations in this area can be found under title XV of the Treaty on the Functioning of the European Union and there are other regulations in the Treaty that can be in connection with consumer protection policy. At this point two basic regulations are to be mentioned. Point f) of paragraph (2) of article 4 of the Treaty on the Functioning of the European Union declares that a shared competence between the EU and the Member States applies among others for consumer protection. The regulation makes it clear that the exclusive competence of the EU does not apply for consumer protection, but the right to regulation is divided between the EU and the Member States respecting the principles of proportionality and subsidiarity. Article 12 of the same Treaty also belongs to the same circle, when it declares the horizontal clause that I had already quoted, saying that consumer protection requirements shall be taken into account in defining and implementing other Union policies and activities.

It is also to be stressed that article 169 of the Treaty on the Functioning of the European Union takes over the regulation[5] of article 153 of the former Treaty establishing the EEC without real change; therefore I now want to present the effective regulation of the EU's consumer protection role on the basis of this article.

---

[1] Cf. M. Hesselink: 'Are we Human Being sor Mere Consumers?' European Voice 2006. No. 12. page 38.

[2] In connection with this see in detail J. Weiler: 'Does the European Union Truly Need a Charter of Rights?' European Law Journal 2000. page 95., G. Alpa: 'New Perspectives in the Protection of Consumers' European Business Law Review 2005. page 725., and S. Weatherill: EU Consumer Law and Policy. Edward Edgar, Cheltenham-Northampton 2005. page 31.

[3] O. De Schutter: 'Les droits et principles sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne' In: J.-Y. Carlier – O. De Schutter (ed.): La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Bruylant, Brussels 2002. page 150.

[4] O. De Schutter: i. m. 3. o. E. Riedel: Kapitel IV. Solidarität. In: Jürgen Meyer (ed.): Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Komentar. Nomos, Baden-Baden 2005. pages 9-10.

[5] Cf. Zsolt Hajnal: «Fogyasztóvédelem» In: Osztovits András (ed.): Az Európai Unióról és az Európai Unió működéséről szóló szerződések magyarázata. CompLex Kiadó, Budapest 2011. page 2,427.

Paragraph (1) of article 169 of the Treaty on the Functioning of the European Union says that «in order to promote the interests of consumers and to ensure a high level of consumer protection, the Union shall contribute to protecting the health, safety and economic interests of consumers, as well as to promoting their right to information, education and to organise themselves in order to safeguard their interests.» From the quote it is obvious that two goals can be separated in EU consumer protection policy, which is the promotion of consumer's interest promotion and the ensurance of consumer protection's high level.

In connection with this it is worth noting that both concepts are rather vague and undefinable, therefore the EU has a wide decision field, when it pursues its consumer protection policy. The EU's legislation is thus entitled to decide, in what ways it wants to promote the enforcement of consumers' interests in a given case. It has to be emphasized though that this consideration is placed within definite bounds by the rule that consumer protection may not be weakened and an already achieved level may not be given up or reduced. Similarly it is not easy to make sure that the «high level of consumer protection» works, because it is not the theoretically highest or the highest level in any Member State that is to be achieved as a goal by the EU, but it is only a high level.[1]

The presented regulation also defines the action areas that require EU action. This means that it is consumers' health, safety and the protection of their economic interests as well as their rights to information, education and self-organisation for interest protection are the values, where defence requires EU action. In this respect it may be settled that the Treaty fundamentally sets paths for the EU that rely on the previously mentioned Magna Charta of Consumer Rights, because the fundamental rights of consumers included in it define the content of the EU's consumer protection policy. It has to be stressed also that the presented regulation does neither entitle nor oblige any state and such generally formulated values get concrete only secondary right.[2]

Based on the Treaty on the Functioning of the European Union the EU will contribute with the following to achieve the above mentioned goals: according to article 114 with measures approved in connection with the establishment of the internal market as well as measures to support, extend and control Member State policies.[3]

Article 114 of the Treaty on the Functioning of the European Union (former article 95) says that The European Parliament and the Council shall, acting in accordance with the ordinary legislative procedure and after consulting the Economic and Social Committee, adopt the measures for the approximation of the provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States which have as their object the establishment and functioning of the internal market. It is clear from the regulation that it is enough in this respect, if the topic of the measures to be approximated can be related to the internal market, but it is no requirement that Member States' different regulation should directly block the establishment and operation of the internal market. As a result this article has become the most important authorisation referring to consumer protection policy. It has to be stressed, however, that without prejudice to Article 114, the Council shall, acting unanimously in accordance with a special legislative procedure and after consulting the European Parliament and the Economic and Social Committee, issue directives for the approximation of such laws, regulations or administrative provisions of the Member States as directly affect the establishment or functioning of the internal market.[4]

The regulation of paragraph (3) in article 169 can be understood as a special authorisation for EU consumer protection legislation, when it says that the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure and after consulting the Economic and Social Committee, shall adopt the measures supporting, extending and attention paying Member States policies. It is to be emphasized, though, that the EU is only entitled to minimum harmonisation with this legislation authorisation, because measures adopted this way will not hinder Member States to maintain or introduce stricter defensive measures. But such measures must be in accordance with Treaties and the Commission has to be informed of the measures.[5]

15. Conclusions

Examining the development the European Union's consumer protection policy has gone through it can be stated that the topic in focus got into the centre of Member States' thinking even at a theoretical level only

[1] In connection with this see Attila Gál: «Fogyasztóvédelem» In: Osztovits András (ed.): Az Európai Unió alapító szerződéseinek magyarázata. CompLex Kiadó, Budapest 2008., pages 1070-1071.

[2] Cf. Zsolt Hajnal: i. m. page 2,427.

[3] Cf. Treaty on the Functioning of the European Union, article 169, paragraph 2.

[4] Treaty on the Functioning of the European Union, article 115

[5] Treaty on the Functioning of the European Union, article 169, paragraph 4.

in the 1970s, as not until the 1972 summit did heads of state and Prime Ministers realise that the desired «generally high life standard» is nothing else, but an environment and consumer protection activity.

The next development stage took place, when consumer protection activity became a horizontal policy. The special importance of that is marked by the fact that consumers' interest must not only be considered, when consumer protection legal acts are taken, but also at any EU action, any issued legal act or taken measure.

It has to be noted that in the beginning consumer protection in the EU had no base in Treaties; common consumer protection policy became part of the primary rights only through the Maastricht Treaty. It is visible that EU decision makers approached consumer protection in connection with the economic fundamental rights recognising the fact that the consumer protection regulations of the Member States, which are different from each other, will have an effect on the free move of goods and services. It became necessary to approximate the laws, orders and administrative regulations of Member States in this topic in order to let the single internal market operate.

Based on the goals and priorities of the examined consumer protection programs is can be seen that the EU gradually acknowledged the problem of consumer protection and its effect on the operation of the internal market. The Common Market Magna Charta of Consumer Rights defined consumers' fundamental rights and described the content of a common consumer protection policy declaring interests at the same time, where EU action was necessary. The consumer protection legislation based on consumer protection programs had three positive steps in the Member States. First in some states it prepared a regulation for large areas of consumer interest protection that had not been regulated before, second it gradually balanced the differences of states with weak and strong consumer protection systems, and third it called up Member States' attention to the dynamic development of consumer protection and the regulation by directives can be deemed as a catalyst of this trend.

The institutional system of consumer protection was, however, affected by EU legislation in two aspects: EU law's execution is the competence of the administration of Member States, the EU did not decide about concrete organisational and operational rules for the administrations of these states, but it prescribed the requirement that the effective legal protection of consumers must take place in a unified way in every Member State. This endeavour is well illustrated by the efforts of the European Commission in alternative consumers' debate settlement.

Having a close look at the case law of the Court of Justice of the European Union it can be stated that court procedures affected consumer protection in three ways. There were some cases, where the EU dimension of consumer protection emerged in connection with economic fundamental freedom rights; in other procedures the Court discussed what the legal relation of being a consumer means, while the most recent cases produced questions about the harmony and mutual relation of the EU and the consumer protection policies of the Member States.

Dr. Zsombor Ercsey,
PhD senior lecturer Department of Commercial and Financial Law, Faculty of Law, Károli Gáspár University of the Reformed Church in Hungary

INTEREST TAX IN HUNGARY

1. Introduction

Many problematic issues can be pointed out regarding the relationship between private law and financial law in Hungary. Some of these interactions derive from the principals of the Act XCII of 2003 on the Rules of Taxation[1]. Among these, the powers of the tax administration play an important role regarding the evaluation of the different private transactions. The revenue office may review the private law contracts, and is entitled to change the taxation consequences thereof.[2] From this point of view, even the invalid contracts and other transactions shall be taken into account from the tax point of view, if they have or carry any economic results. Similarly, the transactions of affiliated companies may be changed from the tax point of view by the tax administration, taking into account the market price,[3] and dismissing the possible tax avoidance measures used through transfer pricing.

Another major field of the relation[4] between civil law and financial law is the matter of public-private partnerships. Such developments are commonly used in Hungary on the field of education, logistics,[5] and health care, furthermore in recent years on the field of criminal management. The type of these investments and projects has been strongly debated, because they seem not to achieve the goals thereof. For instance, many prisons (so called private prisons) are run and operated by private companies, which do not reach the aim of providing better service and higher standard of living (for instance bigger place for the convicted felons, nicer facilities, etc). Obviously the state did not have to finance these investments totally at once, but the running service fee shall be provided in certain instalments by the annual budgets, therefore the investment can be financed from different sources and by different budgets through many years.[6]

However, the most debated matter regarding the interaction between private and financial law is related to banking, the area of bank contracts and transactions. Many Hungarian citizens took foreign currency loans (mostly based on Swiss franc, because the interest rates on these currencies were lower than the interest rates on the Hungarian forint), the repayment of which has not happened to date, and due to the dramatic change of

[1] About the relationship between the Act XCII of 2003 on the Rules of taxation and the Act CXL of 2004 on the General Rules of Administrative Proceedings, see Bencsik, A.: A fogyasztóvédelem alapelveinek tükröződése a Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság eljárásában, in: Bencsik, A. et al (eds): Jogász Doktoranduszok II. Pécsi Találkozója, Pécs: Pécsi Tudományegyetem Állam– és Jogtudományi Karának Doktori Iskolája, 2012, p. 344, ISBN 978-963-642-405-3, pp. 59-60.

[2] According to Paragraph 7 of Article 1 of the Act on the Rules of Taxation, 'Contracts, transactions and other similar operations shall be judged in accordance with their true content. For the purposes of taxation, an invalid contract or any other transaction of the like shall be considered to have any bearing to the extent of the apparent economic results it carries.'

[3] According to Paragraph 8 of Article 1 of the Act on the Rules of Taxation, 'The transactions of affiliated companies shall be recognized at fair market prices for taxation purposes irrespective of whether or not the underlying contracts are concluded at fair market prices. This provision shall not apply if the conduct of the affiliated companies is consistent with market practices that could reasonably be expected from independent parties under the given circumstances.'

[4] Kecskés, A.: Tanulmány a gazdasági magánjog interdiszciplináris szemléletéért, in: Ünnepi tanulmányok Kecskés László professzor 60. születésnapja tiszteletére, Pécs: Pécsi Tudományegyetem Állam– és Jogtudományi Kar, 2013, p 615, ISBN 9789636425593, pp. 301-322.

[5] The first really public-private partnership project was the construction of motorway no. 6 (M6) from Budapest to Pécs. This was prefinanced by huge construction companies, and the price to be paid by the users of the motorway is included in the price of the motorway ticket.

[6] About the changing of task-sharing between the operators and the state, see Bencsik, A.: A fogyasztóvédelem szakigazgatási alapjai, in: Lapsánszky, A. (ed): Közigazgatási jog. Fejezetek szakigazgatásaink köréből. II. kötet. Gazdasági közigazgatás, infrastruktúra igazgatás, Budapest: CompLex Kiadó, 2013, p. 679, ISBN: 9789632953205, pp. 348-351.

the exchange rates (weakening HUF), the monthly instalments of repayment increased significantly. Thus the government has taken many measures, in order to offer possible solutions for the debtors, whose burdens have increased significantly.

Most of the loans for housing (e.g. loans to finance purchase of real estate) were taken in foreign currency, and due to the significant and dramatic change of the exchange rates, many debtors are not able to pay the increased monthly instalments. This huge amount of debt is a clear obstacle for state growth, what is more, parallel the state debt has increased considerably as well in the last eight years. The Hungarian government, taking into account that the high proportion of foreign-currency-denominated home loans of the Hungarian population is one of the most serious economic, financial and social problem of the state, has been constantly searching for the solution of this matter, and therefore different measures were taken in the last three years, affecting civil law relationships with financial law measures.[1]

A new set of provisions entered into force on 27 November 2010,[2] in order to provide aid for the debtors. Accordingly, the middle rate or the official rate of exchange determined by the Hungarian National Bank shall be applied by the credit institutions for loan repayments, the opportunity shall be provided for advance repayment for a small commission only, and the term of the loan can be prolonged once with an additional five-year-term in case the debtor is in at least in ninety days of delay in payment. The credit institutions furthermore may increase the rate of interest by unilateral decision in compliance with strict rules, and no further modification of contract may be enforced unilaterally either.[3]

In order to reduce the amount of debts of the population, and to make the debtors able to get rid of their foreign currency loans for a reasonable amount, the government enacted the possibility of repayment on a fixed exchange rate. Therefore the main measure was firstly to fix the exchange rates between the different currencies, in order to stabilize and make the position of the debtors more calculable. Hence the loans taken in CHF could be paid back on fixed exchange rate of HUF 180, the EUR based loans on the fixed exchange rate of HUF 250, and the JPY on HUF 2.5 for a temporary period of maximum sixty month.

Additionally, the opportunity for an entire repayment was provided as well.[4] The final repayment opportunity was open for the entire sum of loans in a single instalment at a fixed exchange rate without any extra commission from 29 September 2011. From that date the debtors could apply for a final repayment based on the fixed exchange rates. The declaration had to be submitted until 31 December 2011, the existence of the related assets had to be proved until 30 January 2012, and the total repayment had to be made until 29 February 2012. The fix exchange rate in that regard was HUF 180/CHF, HUF 250/EUR, HUF 2/JPY. The employers could even provide financial aid to their employees for the maximum amount of HUF 7.5 million, for which tax exemption was provided. According to the data of the Hungarian Financial Supervisory Authority[5], 169, 256 debtors repaid their forint currency loans of the total amount of 1,354 billion HUF on the fixed exchange rate, thus the total forint currency loan amount was reduced with about the quarter thereof.

Since many of the debtors could not use this opportunity to repay their debts in a reduced amount in one instalment, the deadline was prolonged to request the fixed exchange rate applied for each monthly instalment

---

[1] There were obviously measures on other fields of law as well, for instance, the act on legal enforcement was modified in May 2010 first. The aim of the new provisions was to prolong the eviction moratorium first until 31 December 2010, then until 15 April 2011, finally until 1 July 2011, then enacted that no eviction can take place regarding the rightful owners and/or users between the periods from 1 December to 1 March. Furthermore until 1 July 2011, an auction moratorium was provided as well. Furthermore the auction of flats, apartments, and family houses has been bound to much stricter rules, in order to provide social security for the insolvent debtors, furthermore to prevent the market from to many real property auctions and the related price fall. These measures prevented that the bankrupt or insolvent debtors lose their homes and be thrown to the streets, which would have caused a social disaster.

[2] The Act XCVI of 2010 amended the related financial acts, in order to help the consumers repay their foreign currency mortgages partially or entirely at fixed exchange rates.

[3] The loan contract for accommodation may only be modified unfavourably for the debtor only regarding the rate of interest and in cases specified by the applicable government decree in force, due to the significant change of the basic rate of interest determined by the Hungarian National Bank, the applicable regulation in force, etc.

[4] Act CXXI of 2011 on the Amendment of Certain Acts in connection with Home Protection.

[5] This used to be called PSZÁF (Pénzügyi Szervezetek Állami Felügyelete), but the powers thereof were taken over by the Hungarian National Bank, since according to the Act CXXXIX of 2013 on Magyar Nemzeti Bank (Hungarian National Bank) with effect as of 1 October 2013, the Hungarian Financial Supervisory Authority and the Hungarian National Bank are integrated into one institution.

until 30 June 2017 latest. The essence of the method is that the difference of the effective and fixed exchange rate is financed by a HUF based loan, the guaranty of which is the same real property that serves as the guaranty of the basic loan. The state undertook joint and several liabilities for the difference. Accordingly the capital should be paid at the market exchange rate, but the interest only on this fixed rate, and the difference is put on this extra separated account functioning as a HUF based loan. The amount loaned on this extra account should be paid back without any interest, since the interest is born equally by the state and the banks. Above a certain market exchange rate the difference is paid by the central budget.[1] The debtor is entitled to offer a higher monthly installment, and encouraged by the state to find the best solution according to a mutual agreement by the credit institution. Further advantages are provided for public servants.

The latest legal step in this regard was that the National Assembly accepted the act on amending the related legal provisions in order to provide further aid to the foreign currency loan debtors, which makes the participation in the fixed exchange-rate program possible to those clients who are in more than 90 days of delay regarding the repayment of any instalments.[2]

2. The personal income tax regime in Hungary

2.1. The income

The legislator distinguishes between the different types of income according to the basic definition of the income itself.[3] In accordance with this referred provision, there are some types of revenue, in connection with which the related costs may be deducted.[4] The tax base of these types of revenue is deductible with the costs occurred directly in relation to the activity out of which the income derived.[5] These costs can be proven either individually or can be set off by a lump sum cost amount.[6] In other cases only a certain proportion of the revenue shall be considered as income, therefore the tax base is narrower than the income. This is the case for instance regarding the income derived from the sale and purchase of the real property. This later type of income is taxed separately, and the tax base shall be determined by a decreasing tax base structure, and the amount of tax due.[7]

This is completely contrary to the horizontal fairness, according to which taxpayers[8] with the same income and the source of income have to be handled equally. Thus, the salaries and other types of income – in accordance with the Hungarian regulation on Personal Income Tax contracted and separately taxed revenues – have to be taxed in the same quantity, measure, and way. Nonetheless, several contemporary Anglo-American authors reckon that due to its nature, personal income tax basically distinguishes between the taxpayers[9].

The standpoint, which takes into account the double taxation in legal sense is somewhat contradictory to this consideration, for example: taxation of an income, which was once already taxed as salary and produced by it, is not only unfair, but most likely it would be economically harmful.

According to the Hungarian personal income tax under the principle of the ability to pay tax, taxpayers with the same paying capacity are forced to pay the same, the higher-income taxpayers have to pay higher amounts.

---

[1] HUF 270 to CHF, HUF 340 to EUR, HUF 3,3 to JPY

[2] The eviction moratorium was also prolonged until 30 April.

[3] The Personal Income Tax defines the concept of revenue in three ways depending on revenue. Section 4 (1) of the law says that all taxable revenue received by a private individual from others shall be considered income, or the portion of such income with the fixed-amount expenses recognized in this Act deducted, or a given proportion thereof as set forth in this Act**.**

[4] The system of personal income tax in Hungary traditionally separates income that is to be contracted and income that is taxed individually. These income types and their subtypes can be well separated also based on the three income groups defined by law.

[5] This is not a possibility regarding interest, except the provisions of controlled capital market transactions as discussed below.

[6] Any cost can be considered only once, on one occasion and with some exceptions to the maximum of income. Cost acknowledged without certificate instead of really spent and justified expenses can be calculated up to the extent defined by law and such cost shall be deemed as fully acknowledged in such as case. If a revenue/cost is defined as a flat fee or as a certain percentage of the income, the revenue cannot be reduced by any other cost.

[7] See Sections 62(4) and (6) of Act on Personal Income Tax.

[8] Cf. Tóth, I. G.: Gyermekek és eltartottak figyelembevétele a jövedelemadózásban, in: Semjén, A. (ed.): Adózás, adórendszerek, adóreformok, in: Szociálpolitikai Értesítő – Különszám, 1993/1-2, Budapest: MTA Szociológiai Intézet, 1993, p. 548, ISSN 0236-9834, p. 264.

[9] Cf. Vosslamber, R.: How Much? Taxation on New Zealanders' Employment Income 1893-1984, in: New Zealand Journal of Taxation Law and Policy, 2009/12, ISSN: 1322-4417, p. 302.

Whether a tax regime of a country is fair or effective, depends on the applicability of the principles, proportionality, progressivity, and the exemptions provided.[1] Based on the ability to pay principle, thus higher tax is levied on the taxpayers realizing higher income, and the same amount shall be paid by the taxpayers of similar payment abilities.

2.2. Deductions and exemptions

Some countries consider taxpayer's family composition, when personal income tax is calculated.[2] Thus besides personal taxation (where taxpayers are individual income earners) the opportunity of common tax payment (where taxpayer is a family unit) is given as part of the fiscal sovereignty. The majority of countries provide some kind of personal income tax reduction for families with children, because the lawmaker respects the social necessity and advantages of children as well as the burdens they mean for families.[3]

Although there are various methods and countries choose different policies, families with children are usually wholly or partly subsidized financially through the tax system.[4] I believe that this is an important subsidy method, but not satisfactory enough, because taxpayers will not have more children in order to get more tax reduction and tax or tax base reductions will not stimulate couples to get more children. It is easy to understand that generally these reductions cannot be used by lower layers of society, because their income does not reach the taxed level, it is around the minimum wage or hardly reaches the minimum of subsistence or social minimum.

The Hungarian regulation also works like this. Those with higher revenue can apply more allowances and get greater advantage to use the subsidy opportunities offered by laws. Despite, the amended Hungarian system also received the name 'family taxation', because the new provisions brought new features in terms of family allowances.[5] I believe it is a positive initiative of the legislator that for the first time since the introduction of family allowance in 1988 now it can be used after a single child too and regardless of income amount. This tax base allowance (instead of the previous tax allowance) can be used by married couples that are entitled to family benefit together as well, if they both earn an income. The family allowance – depending on the number of children in the family – will be HUF 62,500 per child and month, if the family has one or two children and HUF 206,250, if it has three or more children.[6]

The amount of allowance, I think, is to be criticized, because the principle of economies of scale[7] is valid for families too, therefore the much higher amount implicit contribution to families with three or more children will not reach the goal of the legislator had in mind due to all conditions; furthermore the higher allowance for the third child can not be applied for families realizing lower level income. It is to be welcomed in the new regulation, though, that taxpayers who receive a disabledness contribution can also use the tax base allowance after themselves as subjects preferred by the law.

---

[1] Deák, D.: Igazságos-e a magyar adórendszer? (Egy törvényhozási csapdahelyzet elemzése), in: Jogtudományi közlöny, 1997/7-8, ISSN 0021-7166, p. 317.

[2] Some countries treat children and spouse separately (e.g. Austria, where children and spouse are taxed separately), other countries may pay special attention to children and spouse in a combined way. In France, for example, which I believe is one of the best examples of family taxation, the personal income tax is levied on households and not on husband and wife individually. Married taxpayers get the chance to submit separate forms only in special cases determined by law. (See Boeijen-Ostaszewska, O. (ed): European Tax Handbook 2010, Amsterdam: IBFD Publication BV, 2010, p. 459, ISBN 9789087221935), p. 273.

[3] As the number of children grows, the allowances grow in Belgium, Greece and Italy. The contrarian solution is, when the incomes of children are wholly or partly added to parents' tax base (see in detail e.g. the Netherlands; Vording, H. et al: The rise and fall of progressive income taxation in the Netherlands (1795-2001), in: British Tax Review, 2007/3, ISSN 0007-1870, pp. 255-279). In the majority of countries (e.g. Belgium, France) children living in the same household are also differentiated by marital status. If the child in question has already got married, a smaller allowance can be applied after him/her, e.g. regarding the limit of allowance the total contracted income maximum is relevant for the married child (a vital difference is that Hungarian law connects this issue to the point of getting capacity to exercise rights).

[4] Bencsik, A.: Gazdaságigazgatás – gazdasági versenyjog, in: Bencsik, András (ed): Közigazgatási jog. Különös rész, Budapest-Pécs: Dialóg-Campus Kiadó, 2012, p. 232, ISBN: 978-963-9950-82-5, p. 53.

[5] Since its introduction in 1988 the Hungarian personal income tax system went through serious amendment and development also in this respect. That time such reductions were available to a very limited extent only. Taxpayer had to have min. three children under 14 (or under 25, if that child was a regular higher education student) and the tax base reduction was HUF 12,000 per year per child.

[6] See personal income tax law Section 29/A. § (2).

[7] Mieszkowski, P. M. et al: Is a Negative Income Tax Practical?, in: Yale Law Journal, 1967/1, ISSN 0044-0094, p. 8.

2.3. Progressive tax or flat tax – the ongoing debate

As professor Antal Ádám declared for both the legislator and law practitioners, the maintainable development and the social fairness[1] shall be part of the main goals of the government.[2]

According to the social fairness, the tax systems shall be fair, as well as each types of taxes. This means, regarding the personal income tax[3], that everybody shall contribute to the public expenses according to their income and wealth situation.[4]

The earlier system of personal income tax following the progressive method was used as follows: the tax payable for revenues creating the consolidated tax base (calculated tax), if the consolidated tax base did not exceed 5 million forints, 17 per cent of the consolidated tax base; if the consolidated tax base is higher than 5 million forints, 850,000 forints plus 32 per cent of the amount over 5 million forints.[5]

The criticism regarding the previous regulation of progressive personal income tax is that it made an obstacle to revenue and wealth accumulation and the process of getting richer. In other words, higher percentage of the income was taken from the wealthier. This raised the issue of social fairness for the group of society with higher amount of income: they took a bigger part of building the society and financing thereof, since they provided a higher amount for the public revenue both nominally and proportionally. However, they were entitled to less exemptions and/or credit and received less state transfers and government subsidies or financial support than the poorer taxpayers, therefore really they paid the costs of maintaining the society.

Taking into account these arguments, the opponents of progressive taxation stated that a flat system would be more optimal, since all the groups and taxpayers of the society take part the same rate in contributing to public funds irrespectively of their amount of income. Obviously their nominal contribution differs, and the wealthier pay more, but the same proportion, which might sound fairer than taking more proportion of their income. This could lead to a more balanced and proportionate tax payment system: the taxpayers of higher amount of income pay more anyway, taking part in contributing to public funds according to their ability to pay, and receive more indirect counter services. Furthermore, as another strong reason of the government that led to the introduction of flat tax, is that the reduction of the marginal tax rate promotes employment.[6]

The flat tax provides a stronger motive for the taxpayers to realize higher amount of income, since they can achieve a higher amount after tax in case they invest more energy to make higher revenue. Thus despite their tax due is higher, still a higher amount can be used as per their sole decision.

In the progressive structure it is not worth to the taxpayer to invest more energy in obtaining higher amount of income, since the amount taken as tax is proportionally higher as well. In other words, it establishes a psychological limit to the activities out of which income is derived. For instance, there is no another additional job is taken by the taxpayers, or no other grants are taken by them[7] if they get to a higher tax bracket accordingly,

---

[1] Kecskés A. et al: Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers, Bécs–Budapest: HVG-ORAC – LexisNexis, 2013, p. 566, ISBN 978-3-7007-5672-9 Austria, pp. 195-197.

[2] Ádám, A.: Észrevételek a magyar alkotmányozáshoz, in: Jura, 2011/1, HU-ISSN: 1218-00793, p. 194.

[3] See Section 1(2) of the Act CXVII of 1995 on Personal Income Tax, stating that the purpose of the act is to secure -– in due observation of the principles of proportionality and equity -– the tax revenues necessary for the fulfilment of state responsibilities, and in special cases, to promote the implementation of certain social and economic goals.

[4] Musgrave, R. A. et al: Public Finance in Theory and in Practice, New York: McGraw-Hill Book Company, 1989 (5th ed., international ed.), p. 762, ISBN-13: 9780070441200, p. 227.

[5] See Section 30 of the Act on Personal Income Tax in effect until December 31, 2010.

[6] Statement by Willy Kiekens, Executive Director for Hungary and Szilard Benk, Senior Advisor to the Executive Director January 18, 2012 pp. 3-4. Available at http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2012/cr1213.pdf (14 September, 2013)

[7] Contributions paid to citizens without tax burden have been stopped as of January 1, 2011. This used to be a revenue type belonging under the consolidated tax base that also arising from its category had to be considered, when the total revenue was calculated or when the tax base and the calculated tax were defined. According to these it was deemed as tax paying revenue with the exception that its tax did not have to be paid – the text of the personal income tax law Section 34 valid until December 31, 2010 (which has been outdated by law no. 123 Section 32(14) on January 1, 2011) said that calculated sum based on regulation on tax amount referring to the total sum of contributions that were not taxed would decline the calculated tax – but it could shift taxpayer's total revenue to a higher level in a progressive structure and thus the tax payment liability also increased. After the change, however, such revenues became perfectly and fully tax free (except for student labour fee, which is a taxable revenue of taxpayer as a revenue from non-independent activity and it is also part of the contracted tax base, thus it also enables taxpayer to gain the right to tax reduction, other reductions and social security contributions as well as counting as work status).

and have to pay a higher percentage therefore, and, at the end of the day, because of this deduction, they take less money home. The higher tax rate increases the level of redistribution, but decreases the employment rate, and progressive tax levies a higher rate of tax on the higher income, therefore it seems to punish the hard working taxpayers.

The theoretical base of progressive income tax is that 'increasing income is connected to declining margin of profitableness'[1]. Progressivity obviously favours those with a medium income level albeit many think it rather enhances justice[2], but it undoubtedly decreases the revenue of those with a high revenue in a higher proportion. This, on the other hand can be achieved by an appropriate tax reduction system in a linear system too.

The recognition that progressive income tax has a negative effect on performance led to the practice of reducing and unifying tax rates, the relatively low and nearly proportionate income taxation. One of the most competitive practical forms of these is applying a flat tax rate.

The definition of tax amount in such a way and its codification as a legal regulation has been present in its current form in the developed world as a key element of competitiveness and eventually became a general international trend. I believe this is part of the universality and unification process[3] that has been marked and elaborated by Antal Ádám as 'some coordinated economic actions of developed countries as well as some important and well-designed financial activities of global or regional financial management concentration stimulators deserve acknowledgement.'[4]

The Hungarian tax system including the personal income tax system was characterized by progressivity and complexity.[5] The first signs of the introduction of the flat tax rate were already marked by the trends of decreasing the number of tax rates, reducing the upper rates and the extension of the tax base.[6] The legislators, observing the examples of other East-Central European countries (e.g. Slovakia, Estonia, Latvia, Romania) believed that the goal of tax payment is easier to reach by defining a wider tax base and lower tax rates, because more people will be willing or at least become readier to pay tax, thus not only the constitutional[7] principle of tax payment, but also the basic principle of the personal income tax law[8] will be applicable at a much higher level and government revenues may also increase significantly.

It is essential that business players react on taxes. High and progressive taxes cut back performance and will not stimulate production.[9] The studies show that Hungarian taxpayers unilaterally vote against tax rises especially regarding value added tax and the personal income tax. In connection with the personal income tax taxpayers have a rather narrow field of options to plan their taxes, even though many authors represent a counter opinion[10]. Especially public sphere employees have an even narrower option to commit tax fraud.

Although the personal income tax is a central and direct type of tax, the Hungarian personal income tax system functions as an indirect tax type considering its operation mechanism. The tax to be paid, i.e. its foreseeable amount is deducted already by employer, when the salary is transferred to employee and the tax

---

[1] Streissler, E.: Gazdaságelméleti kétségek a progresszív jövedelemadó ésszerűségét illetően, in: Közgazdasági Szemle, 1990/1, ISSN 0023-4346, p. 79.

[2] Cf. Heady, C.: The Conflict Between Equity and Efficiency in Designing Personal Income Tax Systems, in: The Role of Tax Reform in Central and Eastern European Economies, Paris: OECD, 1991, ISBN: 92-64-13575-8, pp. 87-96.

[3] Cf. Ádám, A.: A posztmodernitás jogi sajátosságairól, in: Társadalmi Szemle, 1996/4, ISSN: 0039-971X, p. 19.

[4] Ádám, Antal: Bölcselet, vallás, állami egyházjog, Budapest-Pécs: Dialóg Campus Kiadó, 2007, ISBN: 978-963-7296-09-3, p. 79.

[5] Cf. Hauwe, Ludwig van den: German income tax policy between equity and efficiency, in: European Journal of Law & Economics, 1998/5, ISSN: 0929-1261), pp. 267-268.

[6] These trends can be observed in many countries of the region. For the Polish and Lithuanian example see Dybiec, Kamil: Greening Polish and Lithuanian Tax Systems, in: Social Transformations in Contemporary Society, 2013/1, ISSN: 2345-0126, pp. 177-178. Available at http://stics.mruni.eu/wp-content/uploads/2013/06/173-184.pdf (5 December, 2013)

[7] See Section 70/I. (1) of Act XX of 1949 (former Hungarian Constitution).

[8] See Section 1(1) of the act on personal income tax.

[9] Streissler, E.: Gazdaságelméleti kétségek a progresszív jövedelemadó ésszerűségét illetően, in: Közgazdasági Szemle, 1990/1, ISSN 0023-4346, p. 79.

[10] Brother Layman says for example that today only 10 per cent is really paid for personal income tax, and large personal revenues have long been tax free due to offshore or domestic non-existing accounts, because the actual revenue, after which personal income tax should be paid, is extracted from companies that way. (Layman, B.: Az offshore halála, Budapest: HVG Kiadó Zrt., 2010, p. 984, ISBN: 9789633040256), p. 331.

advance is paid to the tax authority[1]. As a result, taxpayer will only receive the net salary amount reduced by its tax content together with a certificate, in which employer states how much has been paid for employee who will prepare the tax form in accordance with such data. Those who are involved in this structure have few options to commit tax fraud, because they have no chance to avoid tax payment or hide income, due to the burden of proof and documented evidences.

A single linear tax rate will stimulate taxpayers less to hide their income, or in a given case to use legal, but expensive tax evasion methods. Beyond not making the pursuing of activities appealing, high tax rates encourage taxpayers to search for legal and illegal ways of tax evasion (the back door methods, such as the long-term investment account[2], the calculation of cost invoices for individual entrepreneurs, or when real estate or other property is sold[3]). I believe that tax planning is by no means harmful, but its wide option much rather promotes that taxpayers accept tax law, because taxpayer is happy to pay less tax feeling that implicitly he/she received more money or actually more stayed in his/her pocket. This will mean more revenue for the state or eventually in terms of the personal income tax for the central budget or as a final destination for the local municipalities[4], than as if with regard to the high tax payment obligation or by some tax fraud techniques, such as black or grey employment, no revenue would flow in or the tax base would be significantly lower due to hidden incomes.

In harmony with this, I believe that a company owner who is also employee of his enterprise, e.g. a limited liability corporation, can even morally not be condemned, if he works for a lower salary[5] and takes the produced asset from the company as dividend. As contributions are high in a European comparison, less money is deducted from him in such a case. If the owner receives this sum as a salary, then according to the above mentioned rules of tax base extension the real tax burden is 20.32 per cent for the part of income exceeding the annual amount of HUF 2,424,000 and 16% for the sum below that, while if the sum is taken as dividend, it is taxed by the rule of separately taxed income and the addition of gross amounts will not increase the tax base and the real calculated tax will be only and purely 16 per cent of the income. Staying with this very example I claim that the taxpayer does not commit tax fraud, but reduces the calculated tax by tax planning, though I do not dispute that it is a prevalent tax evasion if only the minimum wage income is declared contrary to the real situation. For the latter case, the IMF pointed out that the minimum wage hike, introduced by the government, reduce this type of tax fraud, and therefore shall be deemed good measure.[6]

The level of compliance with tax law may also rise, if the method of tax obligations, i.e. the declaration liability is simplified. Preparing a tax form actually means a serious challenge for the average taxpayer and the complicated preparation guidelines may even cause problems for experts, while it may be fully incomprehensible at some points for lay people.

In practice, the option of tax declaration is open from 2012, which really simplifies the preparation of a tax form[7]. From the tax year 2011 taxpayers may fulfil their declaration obligation by this instead of submitting a proper tax form. An individual can make a tax declaration according to the personal income tax law Section 11/A, if he/she has no liability or did not take any benefits that would require the preparation of a tax statement by employer or a tax form. Besides that the law highlights three application circles with defining further conditions[8]. The first is that in a tax year the individual's total income should come from a single employer that

[1] Since January 1, 2011 the National Tax and Customs Office (NAV) has authority in personal income tax issues instead of APEH.

[2] See Section 67/B. of the Act on Personal Income Tax.

[3] The effective law has retained taxpayers' chance to choose from three cost types

[4] Based on the 2011 budget of the Republic of Hungary, i.e. Act no. CLXIX of 2010, Section 38, (1) local municipalities in total are entitled to 40 per cent of the personal income tax declared for the year 2009 according to taxpayers' permanent addresses. 8 per cent of this sum based on administrative areas is actually going to the local municipality.

[5] Kecskés, A.: Theoretical Approach of Executive Compensation in the United States and Europe, in: ACTA UNIVERSITATIS BOGDAN VODA – Series OECONOMICA, 2013/16, ISSN: 2582-5205, pp. 61-74.

[6] Statement by Willy Kiekens, Executive Director for Hungary and Szilard Benk, Senior Advisor to the Executive Director January 18, 2012 p. 2. Available at http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2012/cr1213.pdf (29 November, 2013)

[7] The declaration liability was so far possible through self-declaration (classical individual tax payment or simplified declaration with authority assistance) or by employer's tax statement.

[8] These share the common conditions also with regard to the nature of revenue types that individuals have not / will not deduct expenses or a part of expenses (except for the 10 per cent cost ratio) by a calculation of item by item;

also stated the tax advance and the difference of the deducted tax/fax advance and the real calculated tax to be paid would not be higher than HUF 1,000 in the tax year.

The second criterion is that in the tax year the taxpayer may only have incomes from companies that did not surpass the limit of HUF 100,000 per payment.

The third category is the combination of the first two: if in the tax year the individual received income from employer(s) that stated the tax advance in a way that the difference of the of the deducted tax/fax advance and the real calculated tax to be paid would not be higher than HUF 1,000 in the tax year, but besides this the individual only had incomes from other companies that did not surpass the limit of HUF 100,000 per payment.

2.4. The experience

Despite the huge criticism that is pointed out in this paper as well, the Hungarian government still believes that the flat tax personal income tax regime shall stay in force and, in order to establish a system that is stable and calculable, shall remain protected by related to qualified majority vote of the Hungarian Parliament. They stated that the new regulation achieved its goal; it provided higher budgetary income (a sum of extra 60 billion HUF together with the health care contribution), stimulated the economy, and promote employment.[1]

However, levying a progressive tax regime may be more advantageous from the point of fulfilling state obligations. The projections of both the parliamentary opposition and the International Monetary Fund show that contrary to the governmental expectations a huge fall will be experienced in medium-term.[2] This argument seems to be correct, if we study the amounts collected from personal income tax payments. According to the Act CXXXIII of 2011 on the Execution of the Budget of 2010, 1,767,865 million HUF was collected from personal income tax payments.[3] In comparison, in the Act CLXIX of 2010 on the Hungarian Central Budget of 2011[4] a revenue plan of 1,362,977 million HUF is indicated, which is significantly less than fulfilled in 2010, and a sum of HUF 1,574,300 million is planned to be collected for the tax year of 2012 according to the Act CLXXXVIII of 2011 on the Hungarian Central Budget of 2012[5].

From the point of view of public finances, the additional argument and aim was to increase the revenue deriving from consumption taxes, however, this goal has not been reached yet significantly. Whereas in 2010 an amount of HUF 2,313,582.1 million was collected from VAT payments, and HUF 856,524 million from excise tax[6], these amounts have not increased significantly in the year of 2011, when the VAT revenue was supposed to be 2,488,964.1 million HUF, and the excise tax is HUF 881,132.9 million.[7] These figures show that the measures taken by the Hungarian government 'have led to less than optimal economic outcomes'[8]. According to governmental expectations and ambitious budget though, the appropriation of 2012, 2,722,000 million HUF is to be collected from VAT, and 913,850 million HUF from excise duties,[9] which amounts, if fulfilled within the tax year of 2012, could prove the success of the modification of the tax system.[10] In this

---

deduction, family allowance from revenue or tax allowance or reduction has been registered with a single employer only, which also calculates the tax advance and the afore mentioned are calculated only to the extent as employer had considered them by its tax advance statement;

no declaration on voluntary pension fund tax payment or pension saving statement is prepared;

tax and advance have been deducted in full amount and

all his/her revenue in the tax year have not surpassed the limit of tax allowance or no tax allowance has been or will be registered.

[1] http://www.piacesprofit.hu/kkv_cegblog/penz/marad_az_egykulcsos_szja.html (14. February, 2012)

[2] IMF Country Report No. 12/13, p. 31. Available at http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2012/cr1213.pdf (10 March, 2012)

[3] See Appendix 1 of the Act CXXXIII of 2011 on the Execution of the Budget of 2010.

[4] Please do note that the official figure of the amount collected from individual income tax in 2011 is not available yet, that will be enacted by the legislation in the annual accounts of the budget.

[5] See Appendix 1 of Act CLXXXVIII of 2011 on the Hungarian Central Budget of 2012.

[6] Appendix 1 of Act CXXXIII of 2011 on the Execution of the Budget of 2010

[7] Appendix 1 of the Act CLXIX of 2010 on the Hungarian Central Budget of 2011

[8] See IMF Survey online January 25, 2012 http://www.imf.org/external/pubs/ft/survey/so/2012/NEW012512A.htm (30 January, 2012)

[9] It can be seen that excise duties are relevant budget revenues in Hungary, as well as in other states. Cf. Dybiec, K.: Greening Polish and Lithuanian Tax Systems, in: Social Transformations in Contemporary Society, 2013/1, ISSN: 2345-0126, pp. 179. Available at http://stics.mruni.eu/wp-content/uploads/2013/06/173-184.pdf (5 December, 2013)

[10] Appendix 1 of the Act CLXXXVIII of 2011 on the Hungarian Central Budget of 2012

regard it shall be pointed out that the consumption taxes have been increased in the tax year of 2012, out of which the most important change that affects all taxpayers is the raise of the standard VAT rate from 25 to 27 percent, which, in my opinion, together with the cut in personal income tax (e.g. dismissing the tax base extension below the annual income of HUF 2,424,000) might make the tax system more just.

It is a fact that the reduction of the tax rate of individual income tax, as it can be seen from the recent experiences, does not result in a serious consumption increase (neither in 2011, when the VAT rate did not change and the wealthier taxpayers earned significantly more, since the tax burden dropped mostly for those who earned most[1], nor in 2012 and not due to the higher VAT rate), because income owners will save some of the money that stays with them. It is of course likely that they would spend and consume more, but their total surplus will not be spent in its entirety.[2] The recent results show that consumption has in fact even radically decreased in the first quarter of 2012, according to Gfk Hungaria, the technical consumer goods market index fell radically.[3] In accordance with these, the system effective of January 1, 2011 resulted in rather promoting savings and mostly low risk small or medium range investments, but did not increase the level of consumption extensively.

Unlike the previous progressive personal income tax system, this solution, i.e. the decline of tax rates and competitive taxation and tax amounts[4] is on the one hand in harmony with the connecting international trends, albeit the introduction of flat tax rate is preferably used by East-Central European states, and hardly used in Western countries.

The parliamentary opposition emphasizes that the flat individual income tax is harmful for the fiscal growth and federalism, generates huge budgetary deficit, furthermore made the existence of millions of the lower classes much harder and decreased the employment rate,[5] and basically this has been established by the International Monetary Fund as well: Hungary's design 'added to bureaucracy, and overly burdened the most vulnerable'[6]. The flat tax rate system indeed favours the rich of society. Considering that in comparison with the previous 17 per cent lower rate the current tax rate is no real decline, but there is a significant change against the previous 32 per cent upper level rate, this statement seems to be justified. This decline produced serious tax revenue cut on the government budget side, but this was not balanced by the reduction of allowances, additionally, as the current study later states in detail, these allowances have even been extended, although the basic tax allowance has been eliminated, so 'people pay taxes from the first forint they earn'[7].

In this regard it is important to note the solution too that several employers have used recently. Using the advantages of lower taxation level the gross salary of employees was reduced and the company saved some of its business costs. By this method it was not personal income taxpayers who got into a more favourable situation after the amendment effective of January 1, 2011, but enterprises and market players that could take this chance. Therefore, it was not defenceless employees who enjoyed the advantages of lawmaker's goal, but due to work contracts amended by «joint agreement» it was actually employers that benefited, although they would not have been preferred by the legal regulation. Naturally the business effect of the personal income tax decline is undoubtedly positive even by this solution, also considering that the increase of employment and the decrease of unemployment under the EU average are only feasible by the reduction of tax and contribution levels.[8] These practical solutions show a good example of the two options used in the European Union: high

[1] LMP (the Hungarian Green Party, Politics Can Be Different): Budgetary concept. Available at http://lehetmas.hu/wp-content/uploads/2011/09/Az-LMP-2012.-%C3%A9vre-sz%C3%B3l%C3%B3-k%C3%B6lts%C3%A9gvet%C3%A9si-javaslata.pdf (4 March, 2012), p. 17.

[2] As Dr. György Surányi highlighted in his presentation on May 19, 2011 at 6 pm at CIB Bank Zrt. headquarters, the rich also have one dinner, therefore it doesn't matter if more money stays with them after tax payment, if they don't spend it.

[3] For more details see latest Gfk survey, available at http://www.gfk.hu/imperia/md/content/gfk_hungaria/pdf/press_2012/press_eng/press_2012_03_16_eng.pdf (5 April, 2012)

[4] These government moves have been urged by several market players and analysts for many years. See e.g. Layman, B.: Az offshore halála, Budapest: HVG Kiadó Zrt., 2010, p. 984, ISBN: 9789633040256, pp. 272-274.

[5] See for example http://www.nepszava.hu/articles/article.php?id=464441 and http://adozona.hu/szja_ekho_kulonado/LMP_tobbkulcsos_adora_van_szukseg_UPU7YH (10 April, 2012)

[6] IMF Survey online January 25, 2012 http://www.imf.org/external/pubs/ft/survey/so/2012/NEW012512A.htm (30 January, 2012)

[7] IMF Survey online January 25, 2012 http://www.imf.org/external/pubs/ft/survey/so/2012/NEW012512A.htm (30 January, 2012)

[8] The average unemployment rate of the Euro zone was 10 per cent by surveys in December 2010, while the EU

personal income tax and low contribution level (see e.g. Danish model) or lower personal income tax rate for employees and high contribution burden for employers (e.g. in Germany and France).[1]

Based on the above mentioned facts it is obvious that the amount of personal income tax paid by Hungarians in the same economic position may greatly differ. The tax base of contracted revenues must be defined by tax base extension (by adding 27 per cent of the revenue to it, i.e. creating a gross revenue or as people say in Hungary a «supergross» revenue for the annual income exceeding the sum of HUF 2,424,000). Thus, the real tax payment level is 20.32 per cent for revenues in the consolidated tax base, not respecting whether those arise from independent or non-independent activities or other sources. Revenues taxed separately, but are not taxed under this tax base extension; the real calculated tax of such revenues is 16 per cent of the income.

Based on the above mentioned, the difference is not only the accessibility of reductions or the 4.32 per cent in figures, but also the opportunity to deduct allowances[2] and the non-identical status of other contributions. The lawmaker taxes certain revenue types differently depending on the actual business activity and taxpayers have different chances above these to optimize tax payment.

3. Taxes on interest

3.1. Different burdens on interest

Since 1 August, 2013, a new type of tax burden is applied for interest. Above the 16% personal income tax (as analyzed above), a 6% health care contribution is levied on income deriving from interest. This amount shall be deducted from the interest to be credited on the owner's account. The Act LXVI of 1998 on Healthcare Contributions[3] states that it was adopted by Parliament, in order to ensure financial cover for health care services provided on the basis of the principle of solidarity and, furthermore, with a view to enforcing the principle of equal tax treatment. Accordingly, it is necessary to pay the specified health care contribution, which is a tax-like payment obligation determined as a percentage, in order to supplement the funds required to finance the health care services specified in the effective regulation.

Thus the aim of the regulation is to enforce the principle of proportionate contribution to public needs, furthermore to provide the funds necessary for the health care services of those who are entitled for such services according to principle of solidarity.

Such contribution regarding interest is an extremely new piece of regulation in Hungarian law, since no financial burden was applicable in the legal system earlier for such types of income; such contribution[4] was payable and due mainly in connection with income that is part of the consolidated tax base (e.g. 27% for wages and similar remuneration).[5] The types of income, which do not belong to the consolidated tax base and shall be taxed separately or individually (e.g. the amount of specific defined benefits other than non-wage benefits, dividends and entrepreneurial dividend base, capital gains income, and income from real estate rental in excess of one million forints) were only burdened 14% of health care contribution until the aggregate amount of health insurance contributions in kind and in money paid and the percentage healthcare contribution paid upon these types of income reaches four hundred and fifty thousand forints for the year in question.[6]

---

average was 9.6%. This figure in Hungary has been on the rise since December 2009 and it reached 11.7% by the December 2010 official survey. (See more in detail: Eurostat Newsrelease, 2011/18)

[1] Cf. Lykketoft, M.: The Danish Model. A European success story, in: Internationale Politikanalyse, 2009/12, ISBN: 92-64-13575-8, p. 5.

[2] Taxpayers can deduct costs in several countries, even if the revenue was earned by non-independent activity. E.g. in Belgium the revenue can be declined by a progressive flat amount (see more in detail: Boeijen-Ostaszewska, O. (ed): European Tax Handbook 2010, Amsterdam: IBFD Publication BV, 2010, p. 459, ISBN 9789087221935, p. 127.

[3] By this act a new element of financing health care occurred in the Hungarian system, which used to be financed mostly from the central budget. It is an interesting phenomenon that the act, which aimed to be part of the reform or transformation of the health care and social security system, entered into force on 1 January 1999, when similar measures from the financial point of view were taken is Poland. Cf. Pieprzyk, P.: The Polish Health Care System's Endless Journey to Perfection – A Never Ending Story, in: Social Transformations in Contemporary Society, 2013/1, ISSN 2345-0126, p. 39. Available at http://stics.mruni.eu/wp-content/uploads/2013/06/34-44.pdf (5 December, 2013)

[4] The percentage health care contribution as defined in Act XCII of 2003 on the Rules of Taxation is paid by the employers or payers (together hereinafter referred to as the payer) on the income paid to resident private individuals as defined under Act LXXX of 1997 on the Eligibility for Social Security Benefits and Private Pension and on Funding Such Services.

[5] According to Paragraph (1) of Article 3 of the Act LXVI of 1998 on Healthcare Contributions.

[6] According to Paragraph (3) of Article 3 of the Act LXVI of 1998 on Healthcare Contributions.

According to the new provisions set forth in Section 3/A of the Act LXVI of 1998 on Healthcare Contributions, the resident private individuals covered by the social security or, if the responsibility to pay income tax is delegated upon the payer under the personal income tax act, the payer shall be liable to pay 6% health care contribution on interest income (excluding interest income or interest exempted under the personal income tax act) comprising part of the tax base; furthermore on the time deposit interest defined by the personal income tax act,[1] if the term deposit under the long-term investment contract is interrupted before the last day of the three-year term deposit.

However, exemption is provided from health care contribution for interest income, if the tax rate is zero per cent;[2] interest income earned in connection with interest or dividend paid on debt securities issued by any EEA Member State covered by the Personal income tax act (denominated in forints, or interest income earned upon the redemption, repurchase or transfer of such securities); interest income earned in connection with interest or dividend paid on collective investment instruments, or interest income earned upon the redemption, repurchase or transfer of such collective investment instruments, if detailed conditions apply.[3]

It is important that, in compliance with the relevant provisions,[4] the amount paid accordingly, shall be spent only on health care services, so what is generated from these payments can not be used differently, health care contributions shall comprise the revenue of the Health Insurance Fund (hereinafter referred to as the Health Fund). Accordingly, these funds are excluded from the state budget,[5] and the detailed regulations on the appropriation of such revenues are laid down in another act. The tax authority shall transfer payments of health care contributions to the Health Fund on a continuous basis.

Despite the new provisions take into account some of the counter arguments against flat personal income tax rates, the new regulation is still criticized heavily. The most important element of this criticism is that the new provisions might cause confusion. It is obvious that no health care contribution may be related to interest, so the new total burden should be included in the personal income tax act. In fact, the confusion is not a practical matter, it is purely and simply just a theoretical issue. Since the personal income tax and the health care contribution are deducted from the interest by the credit institutions (e.g. account keeping banks) the taxpayer has no obligation to assess neither the income, nor the amount of tax and health care contribution. When the interest is credited on the account by the credit institution, the total amount of burden is deducted automatically and simultaneously, so practically only the net amount of interest is credited on the account. The deductions are indicated on the bank statements, which serve also as proof for having paid the necessary amounts. The taxpayer does not even have to indicate the interest and the amount of paid burdens in his tax return to be filed after the tax year.[6]

For a lay person, the new provisions would not trigger the technical background of the credit institutions. However, due to the complexity of the new regulation, the credit institutions had to modify their IT systems dramatically. Since different provisions shall be applied for the different investments (e.g. bank accounts, bonds, etc.), the credit institutions had to order additional elements for their IT systems, in order to be able to comply totally with the new rules. This resulted in huge amounts paid to IT services for developing the technical system, the testing took a lot of time and effort, and that triggered a lot of extra work for the employees as well. This expenditure of the credit institutions will be paid back indirectly by the taxpayers, since the bank fees have increased notably.

Besides, the credit institutions realized extra revenue from the transactions triggered by the new regulation. As discussed below, many long-term investment contracts were concluded and many long-term investment

[1] As per Section 67/B of the Act CXVII of 1995 on Personal Income Tax.

[2] In accordance with Section 84/G of the personal income tax act.

[3] See Point c) of Paragraph (2) of Article 3/A of the Act LXVI of 1998 on Healthcare Contributions.

[4] According to Paragraph (3) of Section 12 of Act LXVI of 1998 on Healthcare Contributions,

[5] Similar approach is taken in that regard in many other countries, for instance in Poland. Cf. Pieprzyk, P.: The Polish Health Care System's Endless Journey to Perfection – A Never Ending Story, in: Social Transformations in Contemporary Society, 2013/1, ISSN 2345-0126, p. 39. Available at http://stics.mruni.eu/wp-content/uploads/2013/06/34-44.pdf (5 December 2013)

[6] The Hungarian personal income tax system, similarly to other countries, operate as an indirect tax, since the employer, as well as the payer deducts the amount of tax leveed on the income and issues a certificate on the deduction, according to which the taxpayer is not obliged to pay the amount of tax to the revenue office (irrespectively of the fact whether this amount was really paid by the employer to the revenue office). However, regarding most types of income the data of this certificate shall be indicated on the tax return.

accounts were opened due to the new provisions, in order to avoid the payment of health care contribution. Furthermore the new transactions in connection with long-term investment accounts are necessary to be done, because entry and other kinds of securities, other managed funds and bonds cannot be simply transferred to the long-term investment account, but they have to be sold first and then bought back on the new account. This definitely generates a high amount of commission for the credit institution. The long-term investment account, in order to achieve the goal of tax exception for the year 2013 as well, had to be created until 31 July 2013 (the health care contribution shall not be applied for the accounts opened until that date, irrespectively whether they are terminated within the first three years), and the related transactions shall be made until 31 December 2013.

Another consequence of the new set of rules is that the bank contracts and the regulation thereof might be slightly changed in the new Hungarian Civil Code which is being recodified and will enter into force on 15 March 2014. For instance, the provisions on modification, termination and cancellation of the loan contracts will be bound to stricter rules.

3.2. Planning taxes

As referred to above, there is a chance and opportunity for tax planning. The provisions provide exceptions for the interest credited upon contracts concluded before 1 September 2006. Furthermore certain amount of interest are also exempted from tax, for instance the interest received by a foreign resident taxpayer. Furthermore, in order to increase the proportion of the internal financing of state debt government securities and investment certificates are also totally exempt from tax.

It is important to note that both the personal income tax and the health care contribution on interest are levied on the income derived from 'interest', thus similar remuneration, which is regulated elsewhere and does not qualify as interest according to the personal income tax act is exempt from tax as well.

The long-term investment account is a kind of savings account which can be opened for investments and savings that is not effected by any transactions within three or five years after the opening year. Thus the year of opening qualifies as year no. 0, within which all the amounts should be credited (amounts transferred, securities, funds and bonds bought) until 31th December. After that the term starts and if no transaction is made for five years, total tax exemption is provided for both the personal income tax and the health care contribution.

The other deadline is related to a three-year-term, because after three years one transaction is permitted without the termination of the account, and the amount can be utilized with reduced rates of taxes: 10% personal income tax, and 0% of healthcare contribution is levied on the transaction. However, in case any transaction is made within the first three year period, the account is terminated automatically according to the law, and both the personal income tax and health care contribution shall be paid in full amount.

The other possibility to reduce the amount of tax to be paid is the controlled capital market transactions.[1] However, this possibility may be used for the tax year of 2013, but the referred provisions will not be effective from 1 January, 2014.

4. Concluding remarks

The Hungarian personal income tax system used to be a progressive scheme since its introduction, and turned into a flat tax rate system from the tax year of 2011 in order to follow the trends of the region and primarily to keep Hungarian economy competitive. The amendment aimed to promote employment, to raise government income by decreasing the level of black market, and to generate production through extending consumption. These could imply and effect higher level of employment, as well as more state revenue deriving from additional consumption taxes and corporate income tax payments[2].

The set of rules result a completed tax burden, since in addition to 16% of personal income tax an additional 6% health care contribution shall be paid. The reason for the method of regulation might be that the government sticks to the flat personal income tax regime despite the huge criticism, however, due to some of the arguments and reasons of fairness, the real tax burden on capitals is increased. In other words, the flat personal income

[1] See Subsection 65(5) of the personal income tax act.

[2] This projection of the Hungarian government can be seen in the budgetary act of 2012 (Appendix 1 of the Act CLXXXVIII of 2011 on the Hungarian Central Budget of 2012 indicates that in detail), in which the planned amount to be collected from corporate income tax is 356,200 million HUF, so much higher than in the previous years (an amount of 323,369.9 million HUF central budget revenue derived in 2010 according to Appendix 1 of Act CXXXIII of 2011 on the Execution of the Budget of 2010, which was reduced significantly to HUF 288,020.9 million in 2011 according to Act CLXIX of 2010 on the Hungarian Central Budget of 2011, so the tax cut of individual income tax was not compensated by the increase of the corporate income tax revenue either in 2011).

tax system remains in force, however with an additional payment obligation the different types of income are taxed differently in reality from the economic point of view.

It is understandable that every amendments of a type of tax affects the entire tax system, and therefore should be handled accordingly, furthermore that all the outcomes of such modifications can be judged properly only in a long run. At this stage it is clear, that according to the recent results and the described critiques, the goals mentioned above have not been achieved yet through the new structure. In spite of this, it is also unquestionable that some of the changes – such as the reduction of tax amount and the taxation level, as well as the simplification of due tax performance – offer many advantages for taxpayers, which can be used mainly by those who realize higher levels of income.

Therefore I do believe that further measurements and amendments are required by taking into account the other types of taxes, as well as fiscal matters. Despite the tax to be paid after labour income has dropped, with regard to the provisions of tax base extension it remained higher than the tax of capital revenues, and many taxpayers contribute more than they were obliged to. Taking into account the Hungarian characteristics and special features of personal income tax operation in Hungary, but also analysing international experiences, the system would be worth correcting, and in order to establish an optimal structure, a greater emphasis should be laid on the investigation of levels of compliance, the potential techniques of tax evasion, and primarily the operation of the entire tax system also from fiscal point of view.

Іщук С. І.,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри теорії та історії держави і права Національного університету «Острозька академія»

ОСНОВИ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА В УКРАЇНІ

Питання конституційно-правового регулювання відносин у сфері становлення та розвитку громадянського суспільства є однією із найбільш актуальних проблем сучасного процесу оновлення Конституції України, оскільки для ефективного суспільного розвитку недостатньо врегулювати процес участі держави у процесах реформування, важливо гарантувати умови активної участі інститутів громадянського суспільства у таких процесах. Як показав досвід багатьох країн, які успішно провели реформи, вирішення складних суспільних проблем пов'язано не лише з розбудовою національної державності, а й зі становленням громадянського суспільства, створенням ефективних механізмів саморегуляції соціальних процесів [1, с. 30].

Текстуальний аналіз сучасних конституцій, у розділах, присвячених визначенню основ конституційного ладу, дає підстави виділити шість основних груп норм: а) ті, які характеризують державу з точки зору її незалежності і суверенності; б) ті, які розкривають зміст діяльності держави; в) ті, які стосуються забезпечення функціонування громадянського суспільства; г) ті, які стосуються процесу інституціонування державної влади; д) ті, які закріплюють основні принципи зовнішньої політики; є) ті, які визначають державну символіку (державний прапор, державний герб, державний гімн) [2, с. 33]. Чинна Конституція України створює передумови формування громадянського суспільства. Такими нормами можливо вважати статті 1, 3, 7 Розділу І Основного Закону, норми Розділу ІІ Конституції, які регулюють права та свободи людини і громадянина та є основою для існування базових інститутів громадянського суспільства. Разом з тим, варто визнати, що Основний Закон України не містить стратегічного підходу щодо регулювання відносин у сфері становлення та розвитку громадянського суспільства та його співвідношення із державою. Саме тому подальший процес оновлення Конституції України потребує, на наш погляд, чіткого визначення двох концептуальних питань: по-перше, співвідношення громадянського суспільства та державної влади у процесі суспільного розвитку; по-друге, визначення доцільності та меж конституційно-правового регулювання відносин у сфері становлення та розвитку громадянського суспільства.

На сьогодні загальноприйнятий підхід щодо розуміння співвідношення інститутів громадянського суспільства та держави можливо визначити через наступні тези: по-перше, громадянське суспільство слід розглядати не як альтернативу державі, а як партнера, які разом здійснюють стратегію модернізації українського суспільства і входження в співдружність європейських націй [3, с. 6]; по-друге, взаємовідносини держави і громадянського суспільства не зводяться до всебічного обмеження функцій держави, оскільки саме громадянське суспільство вимагає регулювання законом і підтримання правового порядку, коли інститути громадянського суспільства діють в межах конституції і сприяють державі в реалізації національної ідеї, збереженні національного суверенітету, прав і свобод громадянина [3, с. 6]; по-третє, лише правова держава може створювати громадянське суспільство, а демократичне таке суспільство здатне підтримати розбудову правової держави [3, с. 8]. Окрім того, в наукових колах поширена ідея про те, що правова держава і демократія є політичним фундаментом громадянського суспільства, а існування та розвиток інститутів громадянського суспільства неможливе без відповідної державної концепції їх формування та підтримки [4, с. 11].

Однак, на наш погляд, саме для ефективного розвитку громадянського суспільства існуючі концептуальні засади його співвідношення із державою повинні бути частково переглянуті. Незважаючи на домінуючу наукову позицію про співробітництво громадянського суспільства та держави варто виходити з того, що держава та громадянське суспільство є антиподами, які мають різні інтереси. Саме тому, будучи сферою реалізації індивідуальної свободи та приватних інтересів індивідів, громадянське суспільство досить часто вступає в суперечність із державою. Виходячи із таких міркувань загально-

© Іщук С. І., 2014

прийнята ідея про необхідність сприяння держави у процесі побудови та розвитку інститутів громадянського суспільства потребує переосмислення, оскільки громадянське суспільство повинно створюватися та функціонувати незалежно, в якості якщо не противника то рівного партнера держави. У випадку постійної підтримки та сприяння від держави громадянське суспільство буде постійно кволим та нерозвинутим.

Таким чином, головне юридичне навантаження інституту громадянського суспільства у Конституції України повинно полягати в тому, щоб на конституційному рівні утвердити положення про те, що громадянське суспільство – це асоціація вільних і рівноправних людей, яка забезпечує узгодженість їхніх різноманітних інтересів на засадах самоорганізації і державно-правового регулювання. Держава існує в такому суспільстві постільки, поскільки саме суспільство визнає необхідність демократичної та правової держави. Держава за таких умов підпорядковується громадянському суспільству, спрямовує свою діяльність на створення рівних можливостей для всіх як основи соціальної справедливості. Держава не втручається у справи людини і суспільства, а лише за дорученням народу здійснює правове регулювання суспільних відносин, забезпечує належний порядок в суспільстві.

Конституційно-правове закріплення загальних засад функціонування громадянського суспільства та його взаємодії із державою необхідно здійснити у процесі модернізації Основного Закону України, оскільки Конституція повинна бути не тільки Основним Законом держави, а насамперед правовим актом громадянського суспільства, нормативним чинником встановлення та підтримання горизонтальних ринкових відносин, гарантом свободи та недоторканості індивіда та громадянського суспільства. Стосовно обсягу конституційно-правого регулювання процесу становлення та розвитку громадянського суспільства варто вказати, що поряд із нормами Розділу ІІ Конституції України, які визначають базові гарантії функціонування громадянського суспільства, у Розділі І «Загальні засади конституційного ладу» оновленої Конституції варто передбачити статтю, яка б визначала концептуальні засади функціонування громадянського суспільства та його взаємодії із державою. Основою такої норми можуть бути положення статей 64-65 Проекту Конституції України в редакції від 27 травня 1993 року, які передбачали наступне: 1) громадянське суспільство ґрунтується на засадах свободи і рівноправності людей, самоорганізації і саморегулюванні (стаття 64 Проекту); 2) держава підпорядковується служінню громадянському суспільству і спрямовує свою діяльність на забезпечення рівних можливостей для всіх як основи соціальної справедливості. Держава покликана служити громадянському суспільству (стаття 65 Проекту) [4, с. 210].

Список використаних джерел:

1. Любченко П. М. Особливості конституційного регулювання відносин у громадянському суспільстві / П. М. Любченко // Державне будівництво та місцеве самоврядування. – 2010. – Вип. 20. – С. 30–39.

2. Скрипнюк О. В. Проблеми вдосконалення основ конституційного ладу України: досвід і перспективи / О. В. Скрипнюк // Конституційна Асамблея: політико-правові аспекти діяльності. Інформаційний бюлетень. – 2012. – № 6. – С. 29 – 37.

3. Чувардинський О. Г. Громадянське суспільство в Україні: становлення, функціонування, перспективи розвитку: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня докт. політ. наук : спец. 23.00.02 / О. Г. Чувардинський. – Львів, 2008. – 31 с.

4. Грудицина Л. Ю. Государственно-правовой механизм формирования и поддержки институтов гражданського общества в России : : автореф. дис. на соиск. научн. степени докт. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Л. Ю. Грудицина. – М., 2009. – 55 с.

5. Конституція незалежної України: У 3 кн. / Під заг. Ред. С. Головатого. – К. Право. Укр. Правнич. Фундація, 1995. – Кн. 1. – 382 с.

Ковальчук О. Б.,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри конституційного та міжнародного права, заслужений юрист України Навчально-наукового Інституту права та психології Національного університету «Львівська політехніка»

ПИТАННЯ, ЯКІ ПОТРЕБУЮТЬ ВИРІШЕННЯ ШЛЯХОМ ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ

На сьогоднішній день розвиток громадянського суспільства нашої держави значною мірою випереджає закладені в чинній Конституції України положення. Існують проблемні питання, які можуть бути вирішені лише шляхом внесення змін до Конституції України, без яких не можливо надалі розбудовувати правову державу європейського зразка. Зокрема, повністю погоджуємося з ініціативою Кабінету Міністрів України реформувати органи місцевої влади шляхом ліквідації обласних і районних державних адміністрацій та обрання виконавчих комітетів відповідними місцевими радами та передачі значної частини повноважень на місця.

Однак при внесенні таких змін варто звернути увагу на таке поняття, як «делегування повноважень». Оскільки, якщо залишити його в редакції Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» [1] та Закону України «Про місцеві державні адміністрації» [2] очікуваного результату не буде. Якщо у законодавця дійсно є політична воля передати повноваження на місця, то слід в майбутньому уникати формулювання «можливості делегування повноважень за наявності відповідного рішення того чи іншого органу» і на рівні Конституції України здійснити чіткий розподіл основних повноважень органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування. Адже, при залишенні цього питання на розсуд відповідного органу, можна говорити про суб'єктивне його вирішення на підставі різного роду політичних та особистих інтересів і часто таке рішення не співпадає з думкою територіальної громади.

Крім того, коли йде мова про передачу прав регіонам на рівні змін до Конституції України варто підходити до цього питання ширше, оскільки держава не може дозволити собі кожного року чи з окремих питань постійно вносити зміни до Конституції, враховуючи, що процедура внесення таких змін є ускладнена. Тому вважається за необхідне вирішити питання якою має бути модель парламенту. На думку багатьох вчених вирішення цього питання в кожній окремо взятій державі є результатом політичного вибору, який залежить від історії та традицій країни, особливостей конституційного ладу, розмірів території, соціально-економічних і політичних обставин і деяких інших факторів.

У сучасному світі двопалатні парламенти діють майже в усіх федеративних державах (Німеччина, США, Швейцарія, Австрія) і у чверті унітарних держав (Великобританія, Іспанія, Італія, Норвегія, Польща, Японія) [3, с. 138-139]. Громадяни України за результатами всеукраїнського референдуму ще 16 квітня 2000 року, більшістю голосів висловились за формування двопалатного парламенту. Однак думка громадян і досі не врахована та навіть не розглядається.

Отже, вважаємо за доцільне передбачити в Конституції України двопалатну структуру парламенту, яка складалась би з Палати регіонів (верхня) та Палати Представників (нижня). Верхню палату формувати з голів обласних рад, обраних за мажоритарною системою відносної більшості. Нижню палату формувати за змішаною виборчою системою.

З допомогою таких змін Палата регіонів в комплексі з згаданими вище пропозиціями уряду щодо реформування органів місцевої влади могла б стати дійсно незалежним органом, який би забезпечував реальний, прямий зв`язок з усіма регіонами держави через її членів – голів обласних рад. Таким чином територіальні громади мали б додаткові гарантії врахування їх інтересів на рівні найвищого законодавчого органу, адже навіть у випадку схвалення нижньою палатою законопроекту, який з тих чи інших підстав не підтримується відповідними територіальними громадами, він може бути не підтриманий верхньою палатою. А за такого способу формування парламенту голови обласних рад будуть дуже виважено підходити до прийняття відповідних рішень.

Крім того, варто передбачити положення, що у випадку неналежного виконання своїх обов`язків народні депутати України та депутати всіх рівнів рад можуть бути відкликані виборцями, які їх обрали

© Ковальчук О. Б., 2014

на підставі відповідного закону у термін, який не перевищує 3-х місяців та визначити, що кількість народних депутатів України повинна бути зменшена як мінімум у двічі.

Події в Україні кінця 2013 – початку 2014 років показали, що необхідно внести до Конституції України ще одну підставу для дострокового припинення повноважень Президента України, в зв'язку з його самоусуненням від виконання своїх обов'язків, оскільки такого випадку у нашій державі ще не було, а з метою уникнення подібної ситуації в майбутньому це слід зробити.

Також не менш важливим питанням, яке зараз не піднімається вважається визначення суб'єктів законодавчої ініціативи. Стаття 93 Конституції України передбачає, що право законодавчої ініціативи належить лише Президентові України, народним депутатам України та Кабінету Міністрів України. Однак відповідно до ст. 5 Конституції України народ є єдиним джерелом влади в Україні. То чому він не має права законодавчої ініціативи. Для прикладу, якщо однією чи групою осіб розроблений законопроект за який зібрано на його підтримку 500 тисяч підписів громадян України, він би міг бути зареєстрований для розгляду у Верховній Раді України. Адже при наявності відповідної ініціативи громадяни не мають на практиці реальної можливості переконати Президента України, народного депутата України та Кабінет Міністрів України в доцільності того чи іншого законопроекту, оскільки позиції з одного і того ж питання можуть бути різні, як і шляхи розв'язання проблемних питань.

Погоджуємось з юристами-практиками, які пропонують надати право законодавчої ініціативи і Уповноваженому Верховної Ради України з прав людини, який уповноважений здійснювати парламентський контроль за додержанням конституційних прав і свобод людини і громадянина, а також Верховному Суду України.

Важливо також на рівні Конституції України визначити, які саме нормативно-правові акти вповноважений приймати відповідний орган держави, орган місцевого самоврядування та посадові особи. Цього питання не можна уникати, оскільки для прикладу частина 1 статті 3 Закону України «Про центральні органи виконавчої влади» [4] в редакції закону до змін 2014 року передбачала, що міністерства, інші центральні органи виконавчої влади у своїй діяльності керуються актами та дорученнями Президента України, хоч Конституція України у частині 3 статті 106 визначає, що Президент України видає укази та розпорядження, і це створює відповідні проблеми на практиці, особливо вирішуючи питання, яка юридична сила таких доручень та чи має право Президент їх давати, якщо в Конституції України не має про це згадки. Такі питання періодично виникають і створюють неузгодженості, адже де гарантія, що у наступних змінах до відповідного закону знову не з'явиться згадка про доручення.

Отже, внесення змін до Конституції України є нагальною потребою сьогодення, запорукою подальшого розвитку нашої держави шляхом вдосконалення Основного Закону.

Список використаних джерел:

1. Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http: zakon2.rada.gov.ua.

2. Закон України «Про місцеві державні адміністрації» від 9 квітня 1999 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http: zakon2.rada.gov.ua.

3. Кириченко В.М. Порівняльне конституційне право: модульний курс [текст]: навчальний посібник / В.М. Кириченко, О.М. Куракін – К.: «Центр учбової літератури», 2012. – 256 с.

4. Закон України «Про центральні органи виконавчої влади» від 17 березня 2011 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http: zakon2.rada.gov.ua.

Мартинюк Р. С.,
кандидат політичних наук, доцент кафедри державно-правових дисциплін Інституту права ім. І. Малиновського Національного університету «Острозька академія»

СПІВВІДНОШЕННЯ ФУНКЦІЙ ТА ПОВНОВАЖЕНЬ ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМИ

На поточний момент у більшості пострадянських республік зберігає граничну актуальність проблема визначення конституційно-правового статусу президента. Згадана проблема перебуває у площині осмислення функціональної природи інституту президента, як теоретичної передумови визначення змісту та обсягу повноважень глави держави, його адекватного функціонального дистанціювання від виконавчої гілки влади.

Потреба теоретико-правового осмислення функціональної природи інституту президента у змішаній республіці та вироблення відповідного цій формі правління «стандарту» конституційно-правового статусу глави держави жорстко зумовлюється і наявними вадами сучасного конституційно-правового статусу Президента України. Аналіз останнього, з одного боку, засвідчує, що вітчизняна форма правління за змістом первинної редакції Конституції України у своїх головних рисах виразно нагадує П'яту Республіку у Франції. Принаймні Основний Закон України безпосередньо сприйняв такі атрибути П'ятої Республіки як роль президента у процедурі формування уряду, інститут парламентської відповідальності уряду, право глави держави відправити уряд у відставку за власною ініціативою та феномен дуалізму виконавчої влади, що перебуває під керівництвом двох суб'єктів – Прем'єр-Міністра України і Президента України. Водночас, інші важливі атрибути французького раціоналізованого парламентаризму зразка 1958 року, зокрема, парламентська інвеститура уряду, обмеження права Глави держави достроково припиняти повноваження Прем'єра вимогою добровільної згоди останнього на відставку у формі відповідної заяви та відсутність у Президента права скасовувати урядові акти, які грають, без перебільшення, ключову і визначальну роль у забезпеченні реального балансу влад, були розробниками Основного Закону України «не помічені» і в первинній редакції Конституції України відображення не знайшли. Тим не менше, приймаючи до уваги той факт, що форма правління, передбачена Конституцією України в редакції від 28 червня 1996 р., у багатьох випадках виявляє очевидну схожість із Французькою П'ятою Республікою, є очевидним і те, що визначення правового статусу Президента України повинно здійснюватися саме з позицій концепції змішаної республіки. Згаданому підходу відповідає і загальна логіка перегляду конституційно-правового статусу Президента України, проведеного внаслідок конституційної реформи у 2004 р. Здійснене реформою функціональне дистанціювання Глави держави від виконавчої сфери, хоча й невдале, було покликане забезпечити виконання Президентом України ролі координатора-арбітра в системі взаємодій вищих органів державної влади.

У конструюванні правового статусу президента у змішаній республіканській формі правління виключної значимості набуває питання про взаємозв'язок його конституційних функцій та повноважень. Змістовна «розірваність» згаданих елементів правового статусу глави держави суттєво перешкоджає реалізації функціонального потенціалу відповідного інституту, а за сприятливого збігу політичних обставин − також створює загрозу вчинення президентом конституційно не передбачених дій.

Встановлений конституціями змішаних республік системний зв'язок між функціями та повноваженнями президента є ключовим нормативним елементом механізму реалізації його правового статусу. При цьому у структурі правового статусу президента принципового значення набувають обидві його складові – як функції, так і повноваження.

Наведена вище теза набуває особливої значимості у визначенні статусу Президента України: за змістом ст.ст. 102 та 106 Конституції України, які є ключовими в характеристиці компетенції Президента України, залишається нез'ясованим питання про те, як згадані статті співвідносять функції та повноваження Глави держави.

У ст. 102 Конституції України функції Президента України сформульовано в узагальненій формі. Реалізуються ці функції через конкретизовані повноваження Глави держави, визначені у ст. 106 Кон-

© Мартинюк Р. С., 2014

ституції України. У сфері конституційно-правової теорії повноваження органу влади розглядаються як нормативні інструменти здійснення його відповідних функцій. Таким чином, повноваження похідні від функцій і конкретизують механізм їх здійснення. Повноваження не можуть змінювати встановлені Основним Законом України функції відповідного органу [1, с. 42].

Функції гарантування державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав та свобод людини і громадянина, визначені у ст. 102 Основного Закону України, можуть мати реальний характер лише за умови адекватного кореспондування їм відповідних повноважень Глави держави. Тут доречна постановка запитання: які з повноважень Президента України за змістом ст. 106 Конституції України кореспондують вищезгаданим функціям? Чи достатніми є ці повноваження? Вбачається, що перелік відповідних повноважень Глави держави є недостатнім і в ситуації так званого співіснування, тобто в умовах протистояння парламентської більшості і сформованого цією більшістю Уряду, з однієї сторони, і Президента України – з іншої, зумовлюватиме функціональну недостатність інституту президента в Україні.

Оскільки більшість повноважень президента змішаної республіки є елементами системи стримувань і противаг, сформульована вище проблема безпосередньо стосується участі Президента України в цій системі. Конституційна невизначеність конкретних координаційно-арбітражних повноважень президента як найважливіших процесуальних гарантій принципу єдності державної влади об'єктивно ставить під сумнів ефективну реалізацію зазначеного принципу. Очевидним є й те, що диспропорція між матеріальними і процесуальними конституційно-правовими нормами є однією із суттєвих причин високого рівня конфліктності конституційно-правових відносин [2, с. 140], зокрема тих, що супроводжують реалізацію конституційно-правового статусу Президента України. В умовах низької політичної і правової культури державних посадовців принцип єдності державної влади неминуче порушуватиметься, якщо не буде забезпечений ефективними процесуальними гарантіями – відповідними повноваженнями Президента України.

Пошук змістовного взаємозв'язку між формулюваннями ст.ст. 102 та 106 Конституції України може бути здійснений на теоретико-правовому рівні. Це, однак, породжує суб'єктивізм суджень про суть такого взаємозв'язку, якщо тільки Конституційний Суд України не викладе своєї офіційної позиції з цього питання. Вбачається, що Конституція України мала б значно вищий нормативно-регулятивний потенціал, якщо б пропонувала чітке і зрозуміле визначення механізмів реалізації конкретних функцій Президента України через його конкретні повноваження і не перетворювала б питання про суть таких механізмів на предмет теоретико-правових дискусій.

Не менш значимими у структурі правового статусу президента змішаної республіки є його конституційні функції. Функції глави держави – найважливіші напрямки його діяльності, які відображають саму функціональну природу і призначення відповідного інституту в механізмі держави. Невизначеність будь-якої з функцій президента є вкрай деструктивною рисою його правового статусу. І це в рівній мірі стосується таких функцій президента змішаної республіки як гарантування конституційного ладу чи інших соціально-правових цінностей, забезпечення принципу єдності державної влади або конституційної законності тощо. З цієї точки зору, приймаючи, наприклад, до уваги визначальну роль президента змішаної республіки в механізмі гарантування непорушності конституційного ладу, виглядають принаймні дивними судження про непринциповість визначення відповідного статусу глави держави на конституційному рівні [3, с. 69] чи пропозиція функції президента «вилучити з тексту конституції» [4, с. 29]. Закріплення статусу президента як гаранта конституційного ладу у формі конституційного визначення відповідної функції глави держави безпосередньо санкціонує й обумовлює систему його повноважень. Будучи встановленою на конституційному рівні (п. 31 ч. 1 ст. 106 Конституції України), система повноважень Президента України може розширюватися і вдосконалюватися засобом внесення змін до Основного Закону виключно в межах змісту його конституційно встановлених функцій. Більше того, згаданий розвиток системи повноважень Президента України може відбуватися під безпосереднім впливом інтерпретації конституційних положень про функції Президента органом конституційної юрисдикції. Таким чином, визначення статусу Президента України повинно вичерпно охоплювати всі його конституційні функції. Останні виконуватимуть роль базисних конституційних положень, на яких будуватиметься вся система повноважень Глави держави.

Список використаних джерел:

1. Савенко М. Конституційний Суд як інституція системи стримувань і противаг у системі державної влади / М. Савенко // Роль Конституційного Суду в державі та суспільстві: Міжнародний семінар. – К., 2001. – С. 30-46.

2. Єзеров А. Конституційний конфлікт як феномен та процес в Україні / А. Єзеров. – Одеса: Юридична література, 2008. – 240 с.

3. Прієшкіна О. Конституційний лад України: актуальні питання становлення, інституціоналізації та розвитку: Моногр. / О. Прієшкіна − О.: Фенікс, 2008. − 280 с.

4. Кривенко Л. Теоретико-конституційні аспекти оновлення поняття «Верховна Рада України» у процесі реформування Конституції / Л. Кривенко // Часопис Київського університету права. – 2004. – № 1. – С. 26-34.

Микієвич М. М.,
доктор юридичних наук, професор завідувач кафедри європейського права Львівського національного університету імені Івана Франка

ПРАВОВІ ЗАСАДИ І ЦІЛІ СПІЛЬНОЇ ЗОВНІШНЬОЇ ПОЛІТИКИ І ПОЛІТИКИ БЕЗПЕКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Лісабонські договори 2007 р., крім ліквідації трьохопорної структури Європейського Союзу і наділення його міжнародною правосуб'єктністю, визначили правову базу і особливий статус Спільної зовнішньої політики і політики безпеки (СЗППБ), як системи міжурядового співробітництва в рамках ЄС.

Загальні положення, що стосуються СЗППБ містяться в окремому розділі V Договору про Європейський Союз «Загальні положення стосовно зовнішньополітичної діяльності Союзу і спеціальні положення стосовно спільної зовнішньої політики і політики безпеки». В Договорі регулюються також питання спільної політики безпеки і оборони, яка відповідно до його ст. 42, є складовою спільної зовнішньої політики і політики безпеки ЄС.

Крім того, норми, що стосуються згаданої сфери містяться в частині п'ятій Договору про функціонування Європейського Союзу, зокрема, в Розділі VII «Умова солідарності».

Реалізуючи свою діяльність в рамках СЗППБ, Європейський Союз діє на засадах, які випливають з природи і цілей його функціонування, зокрема, визначених в ст. 21 Договору про ЄС. Так, в рамках своєї зовнішньополітичної діяльності ЄС відстоює принципи демократії, верховенства права, універсальності і неподільності прав людини і основних свобод, поваги до людської гідності, принципів рівноправності і солідарності, а також поваги до принципів Статуту ООН і міжнародного права. З цією метою ЄС планує розвивати відносини з третіми країнами та регіональними і універсальними міжнародними організаціями.

Договором про ЄС визначено наступні цілі реалізації спільних заходів і політик Союзу в зовнішньополітичній сфері:

– захист своїх цінностей, фундаментальних інтересів, безпеки, незалежності і цілісності;

– консолідацію і підтримку демократії, верховенства права, прав людини і принципів міжнародного права;

– збереження миру, запобігання конфліктам і зміцнення міжнародної безпеки відповідно до цілей і принципів Статуту ООН, принципів Гельсінського Заключного акта та Паризької хартії включно з тими, що стосуються зовнішніх кордонів;

– сприяння сталому розвитку країн, що розвиваються в економічній, соціальній і екологічній сферах, спрямованому, насамперед, на подолання бідності;

– заохочення інтеграції усіх країн до світової економіки, включно з поступовою ліквідацією обмежень у міжнародній торгівлі;

– надання допомоги у розробці міжнародних заходів задля збереження і поліпшення якості навколишнього середовища і належного управління світовими природними ресурсами, з метою забезпечення сталого розвитку;

– надання допомоги населенню, країнам і регіонам, які зазнали стикаються з природніми, або створеними людьми катастрофами;

– розвиток міжнародної системи, яка базується на посиленому міжнародному співробітництві і належному глобальному управлінні.

Як вже згадувалося вище, Лісабонські договори закріпили міжурядовий характер співпраці держав-членів ЄС в сфері СЗППБ. Це підтверджує і реальна практика у цій сфері, коли держави часто мають не тільки відмінні, але й протилежні позиції з тих чи інших зовнішньополітичних питань. Тому, в Договорі про ЄС, зокрема, в його ч. 2 і 3 ст. 24, передбачені положення щодо дотримання політичної солідарності у сфері СЗППБ. Так, в рамках принципів і цілей своєї діяльності у рамках СЗППБ, Союз визначає і імплементує цю сферу на засадах розвитку взаємної політичної солідарності держав-членів,

© *Микієвич М. М., 2014*

виявленні питань, що становлять взаємний інтерес та досягнення все більшого збігу направленості дій держав-членів. В свою чергу, держави-члени ЄС повинні активно і беззастережно підтримувати зовнішню політику і політику безпеки в дусі лояльності і взаємної солідарності і дотримуватись заходів Союзу у цій сфері. У цьому контексті, держави-члени повинні спільно працювати, зміцнюючи і розвиваючи їх взаємну політичну солідарність. В цей же час, вони мають утримуватися від будь-яких дій, що суперечать інтересам Союзу або здатні ослабити його ефективність, як єднальної сили в міжнародних відносинах.

Такий підхід і міжурядовий характер співробітництва держав-членів ЄС у сфері СЗППБ уточнюється і конкретизується відповідними Деклараціями 13. та 14. до Лісабонських договорів. В них наголошується, що положення Договору про ЄС, що стосуються спільної зовнішньої політики та політики безпеки та створення відповідних органів не впливають на існуючі повноваження держав-членів з формування та здійснення зовнішньої політики або національного представництва в третіх країнах та міжнародних організаціях. Крім того, положення, що регулюють загальну політику безпеки і оборони, не повинні завдавати шкоди специфічному характеру політики безпеки та оборонної політики держав-членів. Важливо, що в документі підкреслюється зобов'язальний характер для Європейського Союзу та його держав-членів положень Статуту ООН.

Таким чином, згідно із ч.1 статті 24 Договору про ЄС, компетенція Союзу з питань спільної зовнішньої політики і політики безпеки охоплює усі сфери зовнішньої політики і всі питання, які стосуються безпеки Союзу, включно з поступовим формуванням спільної оборонної політики, що може згодом привести до спільної оборони.

Мусієнко Н. Є.,
студентка 4 курсу юридичного факультету ДВНЗ «Українська академія банківської справи Національного банку України»

ОСНОВНІ НАПРЯМИ АДАПТАЦІЇ ПОДАТКОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ДО ВИМОГ ЄС

Адаптація законодавства України, в тому числі і податкового, до стандартів Європейського Союзу є пріоритетною складовою процесу інтеграції України до ЄС як основного напрямку української зовнішньої політики.

Порівнюючи українську та європейську податкові системи варто відмітити принципову різницю підходів до розуміння системи оподаткування, тлумачення таких понять як платники податку, база оподаткування, податкова пільга тощо, що зумовлено різним рівнем розвитку законодавства.

Україна знаходиться лише на початку шляху до впровадження європейських стандартів оподаткування. Останнім часом ці процеси штучно гальмувалися владою, і лише з підписанням Угоди про асоціацію між Україною та ЄС – знову відновилися [6].

Адаптація європейського досвіду правого регулювання податкових відносин є досить складною. По-перше, важко співвіднести ставки податків, по-друге, податкове законодавство ЄС теж динамічно розвивається. Багатогранність європейського правового поля, його комплексний характер наочно свідчать про труднощі на шляху узгодження національного законодавства із загальноєвропейським. Формування правового поля держави є тривалим соціальним процесом, що органічно пов'язаний із змінами у всіх інших сферах життя суспільства. Штучно прискорити цей процес неможливо.

Процес адаптації податкового законодавства до законодавства ЄС розпочався у 1991 році з проголошенням Україною незалежності. Відтоді було виявлено, що податкова система Україна не здатна виконувати свої головні функції і не відповідала тодішнім потребам держави. Перші кроки вбік модернізації українського законодавства офіційно розпочалися у 1994 році з підписанням Угоди про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими співтовариствами та їх державами-членами від 14 червня 1994 р., якою було визначено пріоритетні сфери адаптації законодавства [5].

Вдалим прикладом є країни Прибалтики, постсоціалістичні країни, які змогли досягти високого рівня розвитку законодавства, пішовши шляхом адаптації національного податкового законодавства до законодавства ЄС. В допомогу таким процесам стали директиви і регламенти, які використовують держави-члени ЄС.

За основу для проведення адаптації можна взяти директиви Ради Європи, що регулюють прямі податки, зокрема: 1) 90/434/ЄЕС від 23 липня 1990 року щодо спільної системи оподаткування, що застосовується у випадках злиття, поділу, переведення активів та обміну акціями, коли товариства знаходяться в межах юрисдикції різних держав-членів; 2) 90/435/ЄЕС від 23 липня 1990 року щодо загальної системи оподаткування, яка застосовується до материнських та дочірніх компаній які знаходяться в межах юрисдикції різних держав-членів.

Важливе значення окрім директив також мають рекомендації Комісії ЄС, зокрема: 1) 94/79/ЄС від 21 грудня 1993 року щодо оподаткування деяких позицій прибутку, отриманих нерезидентами у державах – членах, інших, ніж ті, у яких вони є резидентами; 2) 94/390/ЄС від 25 травня 1994 року стосовно оподаткування малих та середніх підприємств; 3) 94/1069/ЄС від 7 грудня 1994 року щодо переведення малих та середніх підприємств.

Наша держава проводить активну політику у питанні протидії ухиленням від сплати податків. На європейському рівні для кращого розв'язання та вирішення проблем, що пов'язані з ухиленням від сплати податків прийнято директиву № 77/799 від 19 грудня 1977 року про взаємну допомогу податкових органів держав-членів у галузі прямого оподаткування з метою забезпечення необхідних умов для боротьби з ухиленням від сплати податків і найбільш ефективного оподаткування доходів юридичних осіб. Також є Конвенція про уникнення подвійного оподаткування у зв'язку з коригуванням прибутків пов'язаних осіб (90/436/ЄЕС) [2, с. 286-290].

© Мусієнко Н. Є., 2014

Саме наведені акти потребують найглибшого дослідження в процесі адаптації податкового законодавства України до законодавства ЄС.

Реалізація механізму проведення адаптації податкового законодавства полягає у вжитті заходів, які можна згрупувати у чотири етапи. Перший – це проведення ретельного аналізу положень директив ЄС, що регулюють питання оподаткування всередині ЄС на предмет відмінностей у правовому регулюванні суб'єктів та об'єктів оподаткування, визначення бази оподаткування, порядку обчислення та сплати податків, а потім відображення відмінностей у таблиці розбіжностей у податковому законодавстві України та ЄС. Другим етапом є встановлення пріоритетності усунення розбіжностей – визначення розбіжностей, що виступають головними перешкодами на шляху адаптації, та способів їх усунення. Цей етап найскладніший, оскільки він на практиці означатиме не тільки пошук у національному податковому праві інструментів інкорпорації вимог директив ЄС, але й проведення реформування в певних сферах оподаткування. На третьому етапі потрібно визначити, до яких нормативно-правових актів законодавства України буде вимагатися внесення змін та доповнень з метою інкорпорації положень директив ЄС. Нарешті, четвертий етап полягатиме у проведенні юридико-технічної, нормопроектувальної роботи, тобто у створенні проектів актів законодавства, у яких втілені результати податкової адаптації [1].

В Україні з прийняттям Податкового кодексу [3] та підписанням Україною Угоди про асоціацію між Україною та ЄС [6] відбулися помітні зрушення в напрямку приведення національного податкового законодавства відповідно до вимог Європейського Союзу. Проте це було лише першим кроком, надалі слід приділяти більше уваги вивченню фінансового законодавства ЄС та розробці науково обґрунтованих пропозицій щодо адаптації податкового законодавства України до вимог ЄС.

Список використаних джерел:

1. Гармонізація податкового законодавства: українські реалії : [монографія] / [Білецька Г. М., Кармаліта М. В. Куц М. О. та ін.]. – К.: Алерта, 2012. – 222 с.

2. Губерська Н. Л. Порівняльно; правові дослідження у процесі адаптаціїподаткового законодавства України до законодавства Європейського Союзу // Університетські наукові записки. – 2007. – №2. – С. 286-290.

3. Податковий кодекс Українивід 02.12.2010 № 2755-VI[Електронний ресурс] // Режим доступу :http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2755-17.

4. Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзувід 18.03.2004 № 1629-IV[Електронний ресурс] // Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1629-15.

5. Угода про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами від 14.06.1994 р. [Електронний ресурс] // Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/998_012.

6. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторонивід 27.06.2014[Електронний ресурс] // Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/984_011/paran2820#n2820.

Приварський Ю. Ю.,
здобувач кафедри історії та теорії держави і права Національного університету «Острозька академія»

ОСОБЛИВОСТІ НОРМАТИВНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВІДШКОДУВАННЯ ПДВ

На сучасному етапі податок на додану вартість є однією з найважливіших складових податкових систем 42 держав, з яких 17 європейських країн – члени Організації економічного співробітництва і розвитку. На долю цього податку припадає приблизно 13,8% податкових надходжень бюджетів країн і 5,5% валового внутрішнього продукту. Перевага, що надається податку на додану вартість в цих країнах, зумовлена тим, що цей податок забезпечує державі значні надходження, з його допомогою набагато краще оподатковувати послуги і звільняти засоби виробництва. Крім цього, його податковий механізм не дозволяє вільно ухилятися від оподаткування.

Податок на додану вартість (ПДВ) є непрямим податком, який є часткою новоствореної вартості, входить до ціни реалізації товарів (робіт, послуг) і сплачується споживачем до державного бюджету на кожному етапі виробництва товарів, виконання робіт, надання послуг.

Податок на додану вартість (ПДВ) є одним з базових джерел наповнення державного бюджету. Крім фіскальної, ПДВ виконує важливу для економіки країни функцію щодо стимулювання вітчизняних експортерів. Останніми роками в Україні ускладнилося адміністрування ПДВ, що негативно позначається на економічній ситуації в державі.

Податкові надходження є найбільш вагомим джерелом доходів держави. Так, за період 2010-2013 роки питома вага податкових надходжень у доходах Державного бюджету України залишалась високою, досягши свого максимуму в 2011 р. на рівні 83,1%. Вже у 2012 р. при зростанні абсолютного обсягу податкових надходжень, їхня частка в доходах державного бюджету знизилася.

Найбільшу питому вагу в структурі доходів Державного бюджету України за період 2010-2013 рр. займає податок на додану вартість. В 2010 році його показник становив 86 315,9 млн. грн.. або 35,9 %, в 2011 році 130 093,8 млн. грн. або 41,3 %, в 2012 році 138 826,8 млн. грн. або 40,1 %, в 2013 році 128 269,3 млн. грн. або 37,8 %. Тому актуальним залишається питання створення механізму, який забезпечить максимальну ефективність справляння вказаного податку та мінімізує ризики ухилення платників податку, шляхом формування фіктивного податкового кредиту.

Незважаючи на те, що останнім часом правове регулювання цього податку в Україні значною мірою наближено до міжнародних вимог, однією із злободенних проблем залишається процес відшкодування ПДВ. Як свідчить вітчизняний і зарубіжний досвід, спрощення процедури відшкодування ПДВ призводить до виникнення тенденції незаконного його відшкодування, а її ускладнення – до відвернення оборотних коштів, проблем фінансового планування, несвоєчасного відшкодування цього податку добросовісним платникам тощо.

Одним з способів розв'язання проблем відшкодування ПДВ та протизаконного процесу відшкодування є застосування режиму автоматизованого відшкодування податку на додану вартість та електронне адміністрування податку на додану вартість.

Як вказано в ст. 200 ПК України, право на отримання автоматичного відшкодування ПДВ мають особи (юридичні особи і ФОП), що своєчасно подали декларацію по ПДВ і відповідну заяву про його автоматичне відшкодування, за умови їх відповідності одночасно усім встановленим законом критеріям. До таких критеріїв, зокрема, відносяться:

– незнаходження заявника в процедурі банкрутства;

– включення заявника в ЄДРПОУ, за умови що в реєстр не внесені записи про відсутність за місцем знаходження/проживання, ухваленні рішень про виділення, припинення юридичної особи / підприємницької діяльності ФОП, визнанні недійсними статутних документів або змін до них, припиненні держреєстрації юрособи / підприємницької діяльності ФОП;

– здійснення заявником операцій, до яких застосовується нульова ставка, і питома вага яких впродовж попередніх дванадцяти послідовних звітних податкових періодів (місяців) сукупно складає не

© Приварський Ю. Ю., 2014

менше 40 відсотків загального об'єму поставок (для платників податків по квартальних звітних періодах – впродовж попередніх чотирьох послідовних звітних періодів));

– неперевищення загальної суми розбіжностей між податковим кредитом платника податків і податковими зобов'язаннями його контрагентів за даними податкових накладних, що виникли впродовж трьох попередніх звітних періодів (кварталу), 10 % заявленої платником податків суми бюджетного відшкодування;

– перевищення середньої заробітної плати, що виплачується заявником, не менше чим в два з половиною рази розмір мінімальної заробітної плати в кожному з останніх чотирьох звітних податкових періодів (кварталів);

– відсутність податкового боргу у заявника.

Стосовно електронного адміністрування ПДВ, це питання на даний момент не врегульоване. На даний момент на офіційному сайті Державної фіскальної служби для обговорення розміщені проекти постанови та порядку електронного адміністрування податку на додану вартість. В вказаних проектах запропоновано запровадити вказаний механізм з 01.01.2015 року.

31 липня 2014 року Верховна Рада України прийняла Закон «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких інших законодавчих актів України» № 1617-VII Зміни, які вносяться даним Законом, передбачають створення системи електронного адміністрування податку на додану вартість. Система електронного адміністрування ПДВ дозволить скоротити можливості для зловживань працівників податкової сфери і разом з тим, створить умови для унеможливлення отримання незаконного бюджетного відшкодування для платників і тим самим, збільшить надходження до бюджету. Основні моменти, передбачені системою електронного адміністрування ПДВ: Найперше, в день реєстрації платника у системі електронного адміністрування ПДВ, на нього автоматично відкривається рахунок. Податкові накладні будуть складатись виключно в електронному вигляді та реєструватись в Єдиному реєстрі податкових накладних (ЄРПН) незалежно від розміру податку в одній податковій накладній. Також, за допомогою електронного адміністрування ПДВ можливо буде визначити умову для надання права реєстрації податкових накладних в ЄРПН, тобто, наявність сум податку по отриманих податкових накладних на момент реєстрації, за їх недостатності – поповнення рахунку у системі електронного адміністрування податку на додану вартість та сума сплати податку при ввезені товарів на митну територію України. Крім того, буде зменшено число критеріїв для автоматичного бюджетного відшкодування. Відшкодування ПДВ експортерам та інвесторам в автоматичному режимі буде здійснюватися на місяць раніше, ніж зараз. Внаслідок чого, зменшиться кількість обтяжливих для бізнесу звірок та перевірок. Ще одна важлива зміна з початку наступного 2015 року – збільшення «порогу» обов'язкової реєстрації підприємства платника ПДВ з 300 тисяч гривень до 1 мільйона гривень.

Серед досить значної кількості спроб віднайти спосіб подолання проблем, пов'язаних із системою відшкодування ПДВ, є й такі, що аналізують можливості модифікації цього податку як такого. Однак, наразі як теоретики, так і практики у цій галузі визнають, що жодної реалістичної пропозиції, яка б припускала режим, кращий від сучасного ПДВ, поки що не існує. Як мінімум очевидно, що всі інші підходи до оподаткування споживання, без жодного винятку, відкривають ще ширші можливості для зловживань та податкового планування. Проблеми з адмініструванням відшкодувань є елементом цього податку, що цілком може бути налагоджений і виправлений у межах класичної системи ПДВ без її кардинальних змін.

Сенчак І. І.,
кандидат юридичних наук, завідувач кафедри муніципального права та адміністративно-правових дисциплін Інституту права ім. І. Малиновського Національного університету «Острозька академія»

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ФІСКАЛЬНОЇ ПОЛІТИКИ ДЕРЖАВИ

У розвинутій демократії держава мінімізує своє втручання у ринкові механізми розвитку економіки. Але враховуючи ту відповідальність, яка покладена суспільством на державу та органи влади, які її представляють, таке втручання є необхідним, коли мова йде про підтримку господарюючих суб'єктів у період фінансово-економічних криз, чи у випадку застосування державно-владних важелів для боротьби з безробіттям.

Розрізняють дві групи фінансових інструментів за допомогою яких держава може впливати на економіку. Відносять їх відповідно до таких напрямів фінансової політики, як монетарний та фіскальний. Відрізняються ці напрямки один від одного завданнями, оскільки монетарна політика спрямована на забезпечення стабільності національної грошової одиниці і в цілому грошової та валютної системи, а завданням фіскальної політики, насамперед, є забезпечення формування державних доходів. Разом з тим і монетарна, і фіскальна політика спрямовані на реалізацію спільних глобальних завдань, таких як розвиток державної економіки, забезпечення зайнятості населення, боротьба з інфляцією і т.д.

Дослідження фіскальної політики держави має виражений міждисциплінарний характер і проводиться як у економічній, так і в правовій сферах. Увагу окремим аспектам цієї проблематики у своїх працях серед вітчизняних науковців приділяли О. Д. Василик, Л. К. Воронова, Н. Є. Кульчицька, М. П. Кучерявенко, К. І. Швабій та ін.

Розкриваючи зміст фіскальної політики, необхідно зазначити, що вона полягає не тільки у забезпеченні необхідних державі доходів, оскільки їх формування не є самоціллю держави [1]. Відповідно, фіскальна політика спрямована на реалізацію публічних видатків, а окрім того має вплив на державні цілі, які мають позафіскальний характер.

Важливою проблемою фіскальної політики є правильна реалізація державою як засадничих правових, так і інших економічних та соціальних завдань цієї політики.

У вузькому розумінні фіскальна політика держави передбачає застосування трьох головних засобів впливу на економіку:

– зміна податків;

– зміни в державних закупівлях робіт та послуг;

– зміни в міжбюджетній трансфертній політиці.

При цьому зміни у системі оподаткування і у міжбюджетній трансфертній політиці впливатимуть на доходну частину, а зміни в системі державних закупівель впливатимуть на споживчий ринок [2].

Фіскальна політика у ширшому її розумінні передбачає застосування таких засобів впливу:

– інструменти податкової політики;

– допомога для безробітних;

– видатки спрямовані на формування нових робочих місць і на перекваліфікацію працівників;

– видатки, спрямовані на реструктуризацію окремих галузей економіки;

– видатки, спрямовані на підтримку малого бізнесу;

– бюджетний дефіцит;

– державний борг;

– державні гарантії для окремих суб'єктів при їх кредитуванні.

Необхідно зазначити, що часто застосування тих чи інших фіскальних інструментів є досить проблематичним, оскільки підтримка з боку держави одних суб'єктів може мати негативний вплив на інтереси інших. Тому, при провадженні фіскальної політики важливо максимально забезпечити баланс інтересів усіх, на кого впливають владні дії державних органів, що реалізують фіскальну політику. В контексті цього варто підкреслити важливість належної реалізації принципів, що визначають засади окремих сфер фінансових правовідносин. Зокрема, у податковій сфері – фіскальна достатність, со-

© Сенчак І. І., 2014

ціальна справедливість та нейтральність оподаткування [3], у митній – єдиний порядок переміщення товарів, транспортних засобів через митний кордон України, визнання рівності та правомірності інтересів усіх суб'єктів господарювання незалежно від форми власності [4], у бюджетній – збалансованість і субсидіарність бюджетної системи, справедливість та неупередженість розподілу державних коштів і т.п. [5]

Інституційною засадою фіскальної політики держави є правильно побудована система оподаткування. Наприклад, врахування в податковому законодавстві інтересів суб'єктів, які здійснюють інвестиційну діяльність і створюють нові робочі місця, застосування прогресивної шкали при оподаткуванні доходів дає можливість державі, поєднуючи реалізацію окремих вищезазначених принципів, позитивно впливати на розвиток економіки.

Забезпечення нейтральності оподаткування, тобто установлення податків та зборів у спосіб, який не впливає на збільшення або зменшення конкурентоздатності платника податків, зберігаючи фіскальну функцію податку, передбачає його використання у якості інструмента для реалізації макроекономічних і загальносуспільних завдань, як при формуванні, так і при перерозподілі доходів.

В Україні, як і в багатьох інших державах, гостро стоїть проблема забезпечення ефективності використання державних коштів. Як результат подолання цієї проблеми, створюється можливість провести лібералізацію податкової системи, оскільки держава потребує стільки доходів, скільки необхідно для фінансування виконуваних нею завдань (фіскальна достатність). Згадуючи основоположника фіскальної податкової політики А. Сміта, необхідно виділити його тезу про те, що фіскальна політика держави повинна створювати можливість для збагачення її громадян, і господарюючих суб'єктів, а не «викачувати» з них усі можливі ресурси [6]. Підтримуючи цю думку, А. Кшижановський, визначаючи засади «доброї» фінансової політики, зазначив, що збалансування бюджету за рахунок надмірного податкового тягаря тільки тимчасово його збалансує [7, с.59].

Також, враховуючи взаємний вплив фіскальних органів і тих, що забезпечують монетарну політику, на стан державних фінансів, існує необхідність, щоб їх взаємодія була чітко скоординованою.

Отже, можемо констатувати, що в Україні існує проблема вдосконалення правових та організаційних механізмів взаємодії Міністерства фінансів України, Державної фіскальної служби України із Національним банком України. Вирішення цієї проблеми, а також наповнення реальним змістом проголошених у фінансовому законодавстві принципів, що формують засади фіскальної політики, дасть можливість реалізовувати її на якісно новому рівні.

Список використаних джерел:

1. S. Owsiak *Finanse publiczne: teoria i praktyka*, Wydanie trzecie zmienione, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa.

2. Hall, R.E. and J.B. Taylor. (1997) *Macroeconomics.* 5th ed. New York: Norton.

3. Податковий кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2011, № 13-14, № 15-16, № 17, ст.112.

4. Митний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2012, № 44-45, № 46-47, № 48, ст.552.

5. Бюджетний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2010, № 50-51, ст.572.

6. Adam Smith, *An Inquiry into the Nature And Causes of the Wealth of Nations* (1776).

7. A. Krzyżanowski *Bierny bilans handlowy*, Krakowska Spółka Wydawnicza, Kraków 1928.

Скрипников Н. К.,
доцент кафедры Экологического и аграрного права Ташкентского государственного юридического университета (Республика Узбекистан)
Нарзуллаев О. Х.,
доцент кафедры Экологического и аграрного права Ташкентского государственного юридического университета (Республика Узбекистан)

ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЫ ЖИВОТНОГО МИРА В РЕСПУБЛИКЕ УЗБЕКИСТАН

С древних времен люди обращали внимание на исчезновение с лица Земли некоторых видов животных и растений. Происходило это тогда в первую очередь в связи с природно-климатическими изменениями, то есть, по независящим от человека причинам.

Пролетали века, совершенствовалось человеческое общество, развивалась сельскохозяйственная и промышленная индустрия, и человек заметил, что теперь виды животных и растений исчезают быстрее. Но происходит это уже и с «помощью» самого человека.

Впервые о Красной книге заговорил выдающийся английский ученый зоолог, организатор Международного союза охраны природы (МСОП) – Питер Скотт. Произошло это в середине XX века. В 1949 году, в Международном Союзе Охраны Природы им была создана комиссия по выживанию видов, которая в 1963 году издала первую Красную книгу МСОП. Однако, эта международная Красная книга не являлась юридическим документом и носила исключительно рекомендательный характер.

В шестидесятые годы XX века во многих странах мира стали издаваться свои государственные Красные книги. В СССР первая Красная книга была издана в 1978 году, а подготовка списка редких животных к ней был начат еще в начале шестидесятых годов. Отличительной особенностью Красной книги СССР от Красной книги Международного Союза Охраны Природы являлось то, что внесенные в нее виды животных подлежали запрету на их добывание. Кроме того, наличие соответствующего вида животного мира в Красной книге обязывало уполномоченные на то государственные органы обеспечивать охрану данного вида и его мест обитания.

В Узбекистане первая Красная книга была учреждена в 1979 году для сбора сведений о редких и находящихся под угрозой исчезновения видов растительного и животного мира, то есть, флоры и фауны.

Первое издание Красной книги Узбекистана, посвященной животному миру, было представлено в 1983 году. В него вошло 63 вида позвоночных.

После провозглашения независимости, в Республике Узбекистан была продолжена работа по подготовке материалов, сведений для переиздания Красной книги животного и растительного мира.

9 марта 1992 года Кабинетом Министров Республики Узбекистан было принято Постановление «О Красной книге Республики Узбекистан» за №109.

В Постановлении были определены министерства и ведомства, ответственные за подготовку Красной книги редких и исчезающих видов животного и растительного мира. В их число были включены Академия наук, Национальный университет, концерн «Узбекрыба», Научно-исследовательский институт Рыбного хозяйства Узбекистана, Главное управление лесного хозяйства при Министерстве сельского и водного хозяйства, Государственный комитет Республики Узбекистан по охране природы (Госкомприроды). Финансирование работ, связанных с подготовкой Красной книги возлагалось на Министерство финансов и Госкомприроды Республики Узбекистан. Здесь же, Госкомприроде, Академии наук и другим соответствующим органам и организациям поручалась подготовка и утверждение Положения о Красной книге. Кроме того, при Госкомприроде предлагалось создать комплексную комиссию из специалистов по подготовке Красной книги. Данной комиссии предоставлялось право решения вопросов о штате работников и подготовке Положения о работе данной комиссии.

Главной задачей комиссии было обозначено определение видов диких животных и растений, которые должны быть внесены и (или) исключены из Красной книги. Здесь же подчеркивалось о том, что виды животных и растений Узбекистана, внесенные в Международную красную книгу, должны быть включены и в Красную книгу Узбекистана.

© Скрипников Н. К., Нарзуллаев О. Х., 2014

В принятом 9 декабря 1992 года Законе Республики Узбекистан «Об охране природы» (статья 2), к особо охраняемым объектам природы были отнесены животные и растения, занесенные в Красную книгу Республики Узбекистан [1].

В Законе «Об особо охраняемых природных территориях», принятого 7 мая 1993 года (статья 19), с целью сохранения, воспроизводства и восстановления природных комплексов или их отдельных компонентов, предлагалось создавать государственные заказники республиканского и местного значения, в том числе биологические (ботанические, зоологические) – для сохранения и восстановления ценных, редких и исчезающих видов растений, животных.

В новом Законе «Об охраняемых природных территориях», от 3 декабря 2004 года, данная норма расширена. В частности, в статье 30 сказано, что биологические (ботанические, зоологические) заказники, предназначены для сохранения, воспроизводства и восстановления ценных, редких и находящихся под угрозой исчезновения видов растений и животных, а также путей миграции живых организмов [2].

26 декабря 1997 года Олий Мажлисом (Парламентом) Узбекистана были приняты одновременно два закона: «Об охране и использовании животного мира» и «Об охране и использовании растительного мира».

В Законе «Об охране и использовании животного мира» [3] (статья 2) было записано о том, что задачей законодательства об охране и использовании животного мира является регулирование отношений в области охраны, использования, восстановления и воспроизводства животного мира в целях обеспечения условий его существования, сохранения видового разнообразия, целостности естественных сообществ и среды обитания. В статье 4 Закона, к объектам животного мира были отнесены:

– организмы животного происхождения – млекопитающие, птицы, рептилии, земноводные, рыбы, беспозвоночные и их популяции;

– природные сообщества животных, образуемые дикими животными, или любая их совокупность;

– редкие и находящиеся под угрозой исчезновения виды диких животных;

– продукты жизнедеятельности диких животных.

Статьи 36-38 этого Закона посвящены охране редких и находящихся под угрозой исчезновения видов животных. Так, в статье 36 записано, что редкие и находящиеся под угрозой исчезновения виды животного мира заносятся в Красную книгу.

Действия, которые могут привести к гибели, сокращению численности или нарушению среды обитания редких и находящихся под угрозой исчезновения видов животных, не допускаются.

В целях сохранения редких и находящихся под угрозой исчезновения видов животных, воспроизводство которых в естественных условиях невозможно, Государственный комитет Республики Узбекистан по охране природы и Главное управление лесного хозяйства при Министерстве сельского и водного хозяйства Республики Узбекистан обязаны принимать меры по созданию необходимых условий для разведения этих видов животных.

Добывание редких и находящихся под угрозой исчезновения видов животных для разведения их в специально созданных условиях и последующего расселения, а также в научно-исследовательских и иных целях допускается на основании разрешений, выдаваемых Кабинетом Министров Республики Узбекистан по представлению Государственного комитета Республики Узбекистан по охране природы и заключения Академии наук Республики Узбекистан.

Подготовленная нормативно-правовая база, собранные данные о редких и исчезающих видах животного мира Узбекистана, позволили представить официальное второе издание Красной книги в 2003 году. Во второе издание Красной книги были включены 23 вида млекопитающих, 48 видов птиц, 16 видов пресмыкающих, 17 видов рыб, 3 вида кольчатых червей, 14 видов моллюсков, 61 вид членистоногих.

Третье издание было подготовлено и выпущено в 2006 году. В него зоологи включили 184 вида и подвида, и в их числе – 77 видов беспозвоночных, главным образом насекомых, и 107 позвоночных животных.

11 мая 2011 года Государственный комитет по охране природы и экологическая издательская компания «Чинор» презентовали четвертое обновленное издание Красной книги Узбекистана. Над изданием работало более 35 авторов, известных зоологов и ботаников страны. В межведомственную комиссию, работавшую над двумя томами четвертого издания Красной книги («Животный мир Узбекистана» и «Растительный мир Узбекистана»), вошли представители НПЦП «Ботаника», Института зоологии,

Главного управления лесного хозяйства при Минсельводхозе, Института биоэкологии Каракалпакского отделения Академии наук, ведущие сотрудники Госбиоконтроля Госкомприроды, ученые из Ферганского, Нукуского, Бухарского и Каршинского госуниверситетов. Фактически, общее количество видов животных, включенных в четвертое издание Красной книги Узбекистана, почти не изменилось. Но произошли некоторые замены видов. Например, в четвертое издание включен сайгак – уникальная антилопа, находящаяся под угрозой исчезновения, в то время как был выведен планктонный рачок шизопера аральская. Исследования последних лет показали, что шизопера достаточно распространена в солоноватых водоемах страны. Также, в четвертом издании внесены уточнения, исправления и добавления в большинство очерков о млекопитающих, в некоторые очерки о птицах, рептилиях, насекомых. По мнению зоологов, список краснокнижных животных будет расти. И этому есть свои подтверждения. Например, исчезают виды таких рыб, как окунь, щука, ряд моллюсков и ракообразных Аральского комплекса. Сокращается ареал черепахи.

Красная книга Республики Узбекистан является официальным изданием, подготовленным с целью дальнейшего совершенствования учета и организации контроля за редкими и находящимися под угрозой исчезновения видами. Красная книга, также, является реакцией государства и общественности на состояние всех биологических видов, играющих свою, неповторимую роль в локальных, региональных и глобальных экологических системах.

В Республике Узбекистан, в настоящее время, кроме, непосредственно Красной книги Республики Узбекистан существуют и действуют Красная книга Международного союза охраны природы и списки охраняемых видов животных и растений Конвенции о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения (CITES). Конвенция была подписана в 1973 году, вступила в силу с 1975 года. В настоящее время членами Конвенции являются более 125 стран. Республика Узбекистан присоединилась к Конвенции в 1997 году. Целью Конвенции является охрана редких и исчезающих видов путем регулирования торговли этими видами и продуктами, получаемыми из них. Участники встречаются каждые два года для внесения изменений в Конвенцию, и прежде всего, в списки охраняемых видов. Регулируя торговлю редкими видами, Конвенция стремится, с одной стороны, сделать издержки на перевозку таких видов чрезмерно высокими, а с другой стороны, снизить рыночные цены на эти виды, и тем самым сделать экономически невыгодной незаконную добычу этих видов.

Согласно требованиям Постановления Кабинета Министров Республики Узбекистан «Об усилении контроля за рациональным использованием биологических ресурсов, ввозом и вывозом их за пределы Республики Узбекистан» от 28 октября 2004 года №508, (Приложение 2) [4], иностранным гражданам, прибывающим в Республику Узбекистан для охоты на отдельные виды объектов животного мира, занесенных в Красную книгу Республики Узбекистан, право пользования предоставляется в установленном законодательством порядке на основании решения Кабинета Министров Республики Узбекистан. Охота иностранных граждан осуществляется под контролем Государственного комитета Республики Узбекистан по охране природы. Платежи за пользование животным миром взимаются в соответствии с приложением № 1 к настоящему Положению. Разрешения выдаются после внесения указанных платежей. При проведении охоты раненные животные приравниваются к добытым. Разрешение на вывоз из Республики Узбекистан добытых животных, их частей, трофеев выдается на основании разрешения на пользование животным миром и акта о добытых животных, подписанного уполномоченным государственным инспектором по охране природы и охотником.

Наглядным примером контрабанды исчезающих видов животных послужило сообщение таможенной службы Республики Узбекистан от 1 марта 2010 года, когда им удалось предотвратить контрабанду животных, находящихся на грани исчезновения.

Сотрудниками таможенного поста международного аэропорта «Ташкент» был задержан груз, с редкими видами животных из Бангкока на имя граждан Узбекистана, без сопроводительных и разрешительных документов.

Среди задержанных животных оказались два толстых лори, семь особей желтохохлатого какаду, десять ушастых майн и двое котят дымчатого леопарда, которые находятся на грани вымирания. Этот вид, занесен в первое приложение Конвенции CITES.

Конвенция CITES включает три приложения, в которые занесено около тридцати четырех тысяч объектов.

Для граждан Республики Узбекистан разрешения на ввоз с целью расселения и вывоз за пределы Республики Узбекистан диких животных, занесенных в Красную книгу, в том числе животных, выращенных в питомниках, выдаются Государственным комитетом Республики Узбекистан по охране природы по согласованию с Академией наук Республики Узбекистан.

За вывоз объектов животного мира предусматривается плата за одно дикое животное, его части, чучела, трофея, шкуры, пары рогов, одного непарного рога, занесенных в Красную книгу Республики Узбекистан, – в размере 5% от стоимости разрешения на добычу данного дикого животного.

В итоге сказано, хочется подчеркнуть, что законодательство нашей страны, а также предпринимаемые меры природоохранными, правоохранительными органами направлены на всемерную защиту объектов животного мира.

Список использованных источников:

1. Закон «Об охране природы». Принят 09.12.1992 г. № 754-XII // Ведомости Верховного Совета Республики Узбекистан, 1993, № 1, ст.38.

2. Закон «Об охраняемых природных территориях». Принят 03.12.2004 г. № 710-II // Ведомости Олий Мажлиса Республики Узбекистан, 2005, № 1, ст.14.

3. Закон «Об охране и использовании животного мира». Принят 26.12.1997 г. № 545-I // Ведомости Олий Мажлиса Республики Узбекистан, 1998, № 1, ст.14.

4. Собрание Постановлений правительства Республики Узбекистан. 2004, № 10, ст. 102.

Супрун О. В.,
студентка 4-го курсу юридичного факультету ДВНЗ «Українська академія банківської справи Національного банку України»

ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ УКРУПНЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ОДИНИЦЬ ЯК ОСНОВА ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

Сьогодні українська влада у відповідь на наявний соціальний запит поставила за мету здійснити децентралізацію публічної адміністрації за прикладом європейських країн. Однак вагомою перешкодою для здійснення передачі частини повноважень від держави місцевому самоврядуванню є наявна система адміністративно-територіального устрою.

За даними, якими оперує Концепція реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні, затверджена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 1 квітня 2014 р. «починаючи з 1991 року чисельність сільського населення зменшилася на 2,5 млн. осіб, а кількість сільських населених пунктів – на 348 одиниць. Разом з тим кількість сільських рад збільшилася на 1067 одиниць». Відповідно до вказаної документу адміністративно-територіальний устрій буде складатися з трьох рівнів: базового (адміністративно-територіальні одиниці – громади); районного (адміністративно-територіальні одиниці – райони); регіонального (адміністративно-територіальні одиниці – Автономна Республіка Крим, області, міста Київ і Севастополь) [1]. Однак укрупнення територіальних громад Концепція не передбачає, що на нашу думку, є її суттєвим недоліком.

Значна частина адміністративно-територіальних одиниць в умовах самостійного господарювання та передачі місцевому самоврядуванню ключових повноважень щодо життєзабезпечення громад виявиться не здатною до самостійного існування, тим більше з огляду на постійне зменшення чисельності населення. Таким чином децентралізація без реформування адміністративно-територіальних одиниць не дасть результатів, або й взагалі виявиться неможливою.

З огляду на наведене особливої актуальності набуває вивчення досвіду зарубіжних країн, які успішно здійснили адміністративно-територіальні реформи та реалізували концепцію децентралізації публічної адміністрації. Відтак, проаналізувавши процеси, що відбувалися в європейських країнах, та врахувавши вітчизняні особливості, спробуємо визначити найбільш прийнятні для України напрями реформування територіальної організації влади.

Вважаємо, що реформування адміністративно-територіальних одиниць необхідно здійснити шляхом укрупнення громад, через об'єднання малозаселених сіл, селищ та зміни меж територіальних одиниць. Це призведе до скорочення загальної кількості адміністрацій, що дозволить зекономити витрати на управління.

Здійснення укрупнення адміністративно-територіальних одиниць в європейських державах відбувалося у різні способи. Загалом можна виділити такі його способи:

1) Примусове об'єднання громад (Польща): об'єднання громад здійснюється через проведення адміністративної реформи, тобто на законодавчому рівні було визначено, які громади повинні були об'єднатися без права вибору [3, с. 41].

2) Добровільне об'єднання громад (Фінляндія, Чехія): громади самостійно вирішують питання про об'єднання. В деяких країнах об'єднання ґрунтується на фінансовому заохоченні. Наприклад, у Фінляндії надавались дотації на об'єднання та компенсувалася так звана частка державної участі у місцевих бюджетах.

3) Поєднання добровільного і примусового укрупнення громад: спочатку громадам надають можливість самостійно об'єднатися протягом певного періоду, а потім можливе застосування адміністративних заходів. Наприклад, у Латвії спочатку протягом 4 років здійснювалося добровільне об'єднань муніципалітетів із їх фінансовим заохоченням, через надання одноразової дотації з державного бюджету в розмірі 1–5% від загальної суми бюджету муніципалітету. А потім було здійснено примусове об'єднання громад за допомогою адміністративного методу протягом одного року [2].

© Супрун О. В., 2014

На нашу думку, в Україні необхідно використати приклад Латвії щодо укрупнення громад. В законодавстві України необхідно закріпити право громад на самостійне вирішення питання про можливість об'єднуватися та про обов'язок держави щодо забезпечення новостворених громад фінансовою підтримкою. Обов'язково слід визначити термін укрупнення громад. Оптимальним, з огляду на європейську практику, міг би стати строк у 4 роки. При цьому важливо створити такі умови, щоб жителі громади справді відчули вигоди від об'єднання, а отже, самостійно, «знизу» намагалися ініціювати та прискорити цей процес. Інструментом стимулювання до укрупнення громад можуть стати фінансові важелі, наприклад, збільшення частки податкових надходжень, що поступають до бюджету громади, а також диференційований підхід до визначення кола повноважень громади залежно від кількості населення (з обов'язковим урахуванням статусу громади – сільська, міська чи змішана).

Наступний етап може передбачати примусове об'єднання тих громад, що не скористалися вигодами добровільного укрупнення і явно не справляються з завданнями, що стоять перед місцевим самоврядуванням.

Вважаємо, що в Законі України «Про місцеве самоврядування» необхідно закріпити положення про добровільне об'єднання громад, оскільки за прикладом європейських країн, громади після здійснення децентралізації і надалі можуть вирішувати питання про об'єднання через проведення місцевого референдуму. Наприклад, в Угорщині згідно із Законом «Про місцеве самоврядування», обов'язковим є проведення місцевих референдумів щодо відокремлення, об'єднання сіл, утворення нових територіальних громад [4].

В Конституції України закріплене право громадян брати участь в управлінні державними справами через місцевий референдум, але порядок його проведення не визначений жодним законом. Таким чином, щоб ефективно реалізувати досвід зарубіжних країн щодо проведення децентралізації та укрупнення громад шляхом добровільного об'єднання в Україні, необхідно прийняти нормативно-правовий акт, який би регулював порядок організації та проведення місцевого референдуму.

Запропоновані заходи та відповідні зміни в законодавстві, на нашу думку, створять реальне підґрунтя для децентралізації публічної адміністрації, розширення повноважень місцевого самоврядування, його матеріальної та фінансової бази, а в кінцевому рахунку, – для забезпечення добробуту кожного члена територіальної громади.

Список використаних джерел:

1. Концепція реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні, затверджена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 1 квітня 2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/333-2014-%D1%80.

2. Бодрова І. Європейський досвід удосконалення адміністративно-територіального устрою / І. Бодрова // Конституц. Асамблея [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://cau.in.ua/ua/activities/analytics/id/jevropejskij-dosvid-udoskonalennja-administrativno-teritorialnog-481/

3. Децентралізація публічної влади: досвід європейських країн та перспективи України / [Бориславська О., Заверуха І., Захарченко Е., та ін.]; Швейцарсько-український проект «Підтримка децентралізації в Україні» – DESPRO. – К. : ТОВ «Софія».– 2012 р.

4. Місцеве самоврядування в Угорщині [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:5fbZtBRWz8wJ:www.logincee.org/file/13719/library+&cd=1&hl=ru&ct=clnk&gl=ua.

Торош С. О.,
адвокат, здобувач кафедри теорії та історії держави і права Національного університету «Острозька академія»

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО МЕХАНІЗМУ ВРЕГУЛЮВАННЯ МІЖНАЦІОНАЛЬНИХ КОНФЛІКТІВ

Однією з найгостріших точок конфронтації людства було і залишається національно-етнічне питання, на ґрунті якого повсякчас спалахують локальні конфлікти та розв'язуються повномасштабні війни. Існують території і регіони де права і свободи людини та громадянина, ідеали гуманності, рівності та демократії залишаються порожнім звуком, не забезпечуються та не відстоюються. На превеликий жаль, у 2014 до їх переліку можна віднести і частину Луганської та Донецької області. Відома цитата з промови Марка Тулія Цицерона гласить «Inter arma silent leges» (лат.) – коли говорить зброя, закони мовчать. Тому нинішні об'єктивні обставини переконливо доводять необхідність невідкладного і поглибленого дослідження сутності цих процесів, і насамперед правової природи міжнаціональних конфліктів, що дозволить зрозуміти їх сучасні особливості та покращити механізми врегулювання з тим, щоб закони нарешті «заговорили», зберігши життя і здоров'я у тому числі і тисячам наших співгромадян.

Досліджуючи сутність міжнаціонального конфлікту, перш за все визначаємо його суб'єктну складову, що є основним критерієм виокремлення саме такого виду конфліктної ситуації серед інших, які існують на суспільному, державному та міжнародному рівнях. Принциповим питанням тут є як власне поняття нації, так і різниця між нацією та етносом. Загальноприйнятим є розглядати кожне з них як таке, що позначає певну спільність людей, які мають власну культуру, мову та традиції. В той же час в науковій літературі точиться полеміка з приводу більш детальних ознак цих феноменів та їх співвідношення.

Дослідження міжнаціонального конфлікту як правового та суспільного явища вимагає усестороннього аналізу, за рамками якого безперечно не можуть залишитись передумови його виникнення. Як пише Осіпова М.: «Сучасні міжнаціональні конфлікти – наслідок як нерівномірного соціально-економічного розвитку, так і нерівномірної політико-державної стратифікації» [1, с.153]. Погоджуючись з цим твердженням, хочемо однак додати, що окрім цих факторів існує ще дуже широкий спектр передумов міжнаціональних протистоянь, які можна поділити на культурні, психологічні, економічні, політичні та правові. Особливий інтерес для юридичної науки представляють саме правові причини виникнення досліджуваних нами конфліктів. Серед таких можна виділити надмірну централізацію влади, низький рівень забезпечення прав та свобод людини та громадянина, недосконале правове регулювання суспільних відносин.

Правовий механізм вирішення міжнаціональних конфліктів передбачає різні форми та методи, основними суб'єктами здійснення яких ми вважаємо міжнародні організації, адже у них, у порівняні з державами, в більшій мірі відсутня політична заангажованість. Їх діяльність у цьому напрямку полягає як у суто правових способах розв'язання конфліктних ситуацій (прийнятті міжнародних нормативно-правових актів, організації міжнародного арбітражу, введені санкцій щодо певних країн чи окремих осіб, миротворчі місії), так і в політичних напрямах роботи у цій сфері.

Досвід міжнародних організацій у напрямку врегулювання фактично починається з ухваленого в 1920 році Статуту Ліги націй, який наказував вирішувати міждержавні суперечки в третейському суді, засуджував агресію і передбачав колективні дії для її приборкання, а пакт Бріана-Келлога 1928 року, підписаний 63 країнами, в тому числі СРСР, забороняв війну як засіб національної політики.

З 1945 року основним міжнародно-правовим документом, що регулює використання збройних сил за межами національної території, є Статут ООН. Але слід уточнити, що фактично цей документ є більш рекомендуючим і менш впливовим для деяких країн.»Підтримувати міжнародний мир і безпеку і з цією метою приймати ефективні колективні заходи для запобігання та усунення загрози миру і придушення актів агресії або інших порушень миру і проводити мирними засобами, у згоді з принципами справедливості і міжнародного права, залагоджування або дозвіл міжнародних суперечок або ситуацій, які можуть призвести до порушення миру», – говорить його 1-а стаття.

© Торош С. О., 2014

Згідно зі статтями 42-49, єдиною законною підставою для застосування сили є рішення Ради Безпеки ООН, в якому п'ять держав-переможниць у Другій світовій війні володіють правом одноосібного вето. Стаття 51-а передбачає єдиний виняток, коли країна має право вести військові дії без відповідної санкції: «право на індивідуальну або колективну самооборону, якщо відбудеться збройний напад на Члена Організації». Але і в цьому випадку держава, що піддалася агресії, зобов'язана негайно винести питання на розгляд Ради безпеки для прийняття подальших колективних заходів, а не діяти в односторонньому порядку.

Проте, історія останніх десятиліть рясніє прикладами використання військової сили в обхід ООН. Підстав для цього було чотири: прохання влади тієї чи іншої країни; примушення до миру; захист своїх громадян за кордоном; запобігання гуманітарної катастрофи.

Таким чином, ми можемо зробити висновок, що можливості міжнародних організацій у сфері врегулювання міжнаціональних конфліктів, особливо тих, що виникають на території однієї окремої держави, досить обмежені відсутністю реальних і надійних механізмів застосування відповідних норм міжнародно-правових актів. Проте поглиблення теоретичних досліджень у цьому напрямку є важливим кроком на шляху винайдення більш дієвих правових способів розв'язання міжнаціональних конфліктів

Список використаних джерел:

1. Осіпова М. Політичний дискурс міжнаціонального конфлікту: концепція, причини, шляхи подолання / М. Осіпова // Укр. нац. ідея: реалії та перспективи розв. – 2006. – N18. – С. 150 – 154.

2. Статут Організації Об'єднаних Націй і Статут Міжнародного Суду ООН [Електронний ресурс] / Міжнародний документ від 26.06.1945. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_010.

Федорів О. І.,
аспірантка кафедри європейського права Львівського національного університету імені Івана Франка

ПРАВОВІ ЗАСАДИ ФОРМУВАННЯ СИСТЕМИ ВЛАСНИХ РЕСУРСІВ ЄС

ЄС є особливим інтеграційним об'єднанням, яке поєднує в собі риси не лише міжнародної організації, а й федеративної держави. Безперечно, досягнення такого високого рівня співпраці між державами-членами було б неможливим без формування системи власних ресурсів Європейського Союзу.

Сьогодні правовою підставою для функціонування системи власних ресурсів ЄС є, зокрема, ст. 311 Договору про функціонування Європейського Союзу (ДФЄС), згідно з якою Союз забезпечує себе коштами, необхідними для досягнення своїх цілей і для здійснення своєї політики. Без шкоди іншим доходам бюджет Союзу повністю фінансується за рахунок власних ресурсів [1].

Під терміном «власні ресурси» маються на увазі доходи, одержані Союзом для фінансування бюджетних видатків автоматично, без потреби прийняття будь-яких додаткових рішень національними органами [2, с.137]. Тобто, метою існування системи власних ресурсів є фінансування ЄС незалежно від держав-членів та їх фінансових внесків. Однак, на практиці все виглядає інакше.

Формування системи власних ресурсів відбувалося поетапно. Паризький Договір про заснування Європейського об'єднання вугілля і сталі (ЄОВС), наділяв ЄОВС повною фінансовою автономією, адже його Верховний орган наділявся повноваженнями щодо встановлення зборів на продукцію з вугілля і сталі та здійснення внутрішніх запозичень у держав-членів ЄОВС з метою забезпечення необхідними коштами діяльність об'єднання [3]. Римські Договори про заснування Європейського економічного співтовариства (ЄЕС) [4] та Європейського співтовариства з атомної енергії (Євратом) передбачали здійснення діяльності цих співтовариств лише за рахунок внесків держав-членів. Однак, ст. 201 Договору про заснування ЄЕС зазначала, що внески держав-членів згодом можуть бути замінені на «власні ресурси».

Рішучий крок назустріч фінансовій незалежності Європейських Співтовариств було зроблено 21 квітня 1970 р., коли Рада ухвалила Рішення про заміну фінансових внесків держав-членів власними ресурсами, відповідно до якого власні ресурси формуються за рахунок сільськогосподарських зборів, стягнутих з товарообігу з третіми країнами в рамках спільної сільськогосподарської політики, митних зборів згідно єдиного митного тарифу, стягнутих з товарообігу з третіми країнами (т. зв. «традиційні власні ресурси»), а також відрахування від ПДВ, що розраховується як відсоткова ставка від гармонізованої бази ПДВ кожної держави-члена (т.зв. «ресурс-ПДВ») [5].

У 1976 р. традиційні власні ресурси Співтовариств становили близько 65% бюджетних доходів, однак, згодом стало очевидно, що цього не вистачає для повного покриття усіх видатків бюджету Співтовариств [6, с.2], адже у зв'язку з лібералізацією міжнародної торгівлі, зокрема внаслідок застосування правил і принципів ГАТТ (сторонами якої були і держави-члени Співтовариств), які гарантували зниження тарифів, частка традиційних власних ресурсів у дохідній частині бюджету ЄС поступово скорочувалась. З іншого ж боку, створення нових та зміцнення існуючих спільних політик, приєднання нових членів у 1980-х рр. та ін., вимагало дедалі більших коштів. Відтак, у 1988 р. було проведено реформу бюджетної системи ЄС, яка передбачала запровадження додаткового джерела фінансування діяльності Співтовариств – відрахувань держав-членів до бюджету Співтовариств на основі певної відсоткової ставки від величини їх валового національного продукту (т.зв. «ресурс-ВНП») [7, с.14].

Наступним етапом стало прийняття Рішення Ради про систему власних ресурсів від 7 червня 2007 р., яким визначені такі джерела власних ресурсів:

1. Мито, додаткові чи компенсаційні внески, митні збори на основі єдиного митного тарифу або інші збори, визначені інститутами ЄС стосовно торгівлі з третіми країнами, митні збори на товари, визначені Договором про заснування ЄОВС, чий строк дії завершено, та інші збори, що передбачені в рамках спільної організації ринку цукру;
2. Надходження від застосування відсоткової ставки до обсягів ПДВ;
3. Надходження від застосування відсоткової ставки до обсягів ВНП;

© *Федорів О. І., 2014*

4. Додаткові доходи Союзу, що формуються за рахунок надходжень, які не належать до наведених вище категорій (такі, як надходження від фінансових санкцій до держав-членів ЄС, надходження від оподаткування доходів співробітників органів ЄС та ін.) [8].

Таким чином, зазначені джерела і сьогодні формують дохідну частину бюджету Євросоюзу та використовуються для фінансування його діяльності.

Серед позитивних аспектів сучасної системи власних ресурсів можна назвати стабільність наповнення бюджету ЄС, досягнення необхідного обсягу надходжень від власних ресурсів та поліпшення бюджетної процедури. Однак, у зв'язку з тим, що членами ЄС є також держави, у яких незначний обсяг сільськогосподарського виробництва (Велика Британія, Німеччина, Нідерланди і Швеція), вони сплачують більше в бюджет ЄС, ніж отримують коштів з нього [9, с.123], що в свою чергу призвело до встановлення особливих умов для цих країн, таких як зменшення розміру їх внесків на основі відрахувань від величини ВНП, зменшення розміру відсоткової ставки до обсягів ПДВ.

Відтак, існування такого корекційного механізму підтверджує неприйнятність сучасної системи формування власних ресурсів усіма державами-членами ЄС. Серед її недоліків також часто зазначається зростаюча залежність дохідної частини бюджету ЄС від внесків держав-членів, чим, фактично, виступають надходження від обсягів ВНП та ПДВ, а також складність проведення державами-членами розрахунків таких відрахувань [2, с.145-146].

Незважаючи на очевидну потребу реформування системи власних ресурсів ЄС, нове Рішення Ради про власні ресурси від 26 травня 2014 р. вносить незначні зміни до існуючої системи. До того ж, до ратифікації цього Рішення усіма державами-членами, застосовуватиметься Рішення про власні ресурси від 2007р.

З огляду на вищезазначене, можна зробити висновки, що формування системи власних ресурсів ЄС почалось зі створенням перших інтеграційних об'єднань. Сьогодні, відповідно до ст. 311 ДФЄС та Рішення про власні ресурси від 2007 р., дохідна частина бюджету ЄС формується з чотирьох категорій власних ресурсів. Оскільки велику частину бюджетних доходів ЄС становлять надходження від обсягу ВНП та ПДВ, держави-члени намагаються зменшити національні внески та домогтися застосування корекційного механізму, що, в свою чергу, призводить до втрати фінансової незалежності ЄС.

Список використаних джерел:

1. Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union. // Official Journal of the European Union. – 2010. – C83. – P. 1-388.

2. European Union Public Finance. Fourth edition / European Commission. – Luxembourg : Office for Official Publications of the European Communities, 2008. – 427pp. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ec.europa.eu/budget/library/publications/financial_pub/EU_pub_fin_en.pdf

3. Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl. S. 1-201 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://old.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:11951K/TXT:DE:PDF

4. Traité instituant la Communauté économique européenne. P. 1-349 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://old.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:11957E/TXT:FR:PDF

5. Council Decision 70/243/ECSC, EEC, Euratom of 21 April 1970 on the replacement of financial contributions from Member States by the Communities' own resources // Official Journal. – 1970. – L94. – P.19-22

6. D'Alfonso A. Financing the EU budget. The own resources system / A. D'Alfonso // Library Briefing. Library of the European Parliament. – 2013. – P. 1-6 [Електронний ресурс]. − Режим доступу: http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2013/130463/LDM_BRI%282013%29130463_REV1_EN.pdf

7. Haug, J., Lamassoure, A., Verhofstadt G. Europe for growth. For a radical Change in Financing the EU. – Center for European Studies. Notre Europe. – P.1-78

8. Council Decision 2007/436/ EC, Euroatom of 7 June 2007 on the system of European Communities own resources//Official Journal. – 2007. – L163. – P.17-21

9. Владика С. А. ПДВ в системі власних ресурсів Європейського Союзу / С. А. Владика. // Актуальні проблеми міжнародних відносин. – 2013. – №1. – С. 121–125.

Филипьев А. А.,
кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин Национального университета «Острожская академия»

О КОНВЕРГЕНЦИИ ПРАВОВЫХ СИСТЕМ НА ПРИМЕРЕ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ДОКТРИНЫ *FORUM NON CONVENIENS* В МЕЖДУНАРОДНОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

1. «Конвергенция» – понятие, которое достаточно часто используется в различных отраслях науки для обозначения процессов сближения, а так же поиска компромиссов. В юридической науке данное понятие чаще всего понимается как включение (перенос) отдельных институтов либо элементов одной правовой системы в другую. При этом в основе правовой конвергенции лежит общее мировоззренческое восприятие права, его роли и принципов. Нельзя не отметить, что успех правовой конвергенции в современном мире в значительной мере следствие глобализации, ставящей разные правовые системы перед сходными вызовами.

2. Однако, проф. В. Е. Чиркин характеризуя правовою конвергенцию весьма точно отметил, что этот процесс следует рассматривать не только, как возможность сближения различных правовых систем, а так же как «предел восприятия системой права правовых институтов иной системы» [1, с. 420]. Таким образом, взаимопроникновение правовых культур имеет некие границы, которые определяются, по всей видимости, не только (и не столько) формально-юридическими рамками возможной интеграции, а в более широком смысле рамками цивилизационными.

3. Безусловно, одним из наиболее успешных, или как выразился А. В. Волошенюк «показательных» [2, с. 125], примеров сближения (конвергенции) правовых систем в современном мире является Европейский Союз (далее по тексту – ЕС). В фокусе ЕС сегодня находится идея создания и развития так называемой «Европейской сферы гражданского правосудия» (European Area of Civil Justice) [3], поэтому именно в этой сфере происходит активный процесс интеграции правовых институтов различных правовых систем.

4. Доктрина *forum non conveniens* (далее – FNC) возникла в англосаксонской правовой семье и до недавнего времени не мыслилась за её пределами. Существование этой доктрины вызвано одной из наиболее важных проблем международного гражданского процесса – проблемой конкуренции судебных юрисдикций. Вместе с тем сфера определения юрисдикции всегда очень сильно отображала отличия между системой континентального и общего права. При этом еще в 1929 г. доктрина FNC была сформулирована как дискреционная возможность суда отклонить юрисдикцию по рассмотрению дела в случае, если суд будет считать, что дело может рассматриваться в другом суде [4, с. 1]. Исследователи указывали на то, что истоки происхождения этой доктрины следует искать в попытке найти компромисс между противоположными интересами истца и ответчика, попытке создать механизм их процессуального уравновешивания [5, с. 380].

5. С точки зрения идеи конвергенции важно то, что происхождение FNC не является исключительно следствием необходимости достижения тех или иных процессуальных целей в конкретном деле. Скорее, ее формирование – это последствие более широкой тенденции развития англо-саксонской правовой семьи как системы прецедентного права, где особое место принадлежит судебной дискреции. Казалось бы, последнее исключает возможность хоть какого-то использования доктрины FNC в основанном на иных принципах континентальном гражданском процессе, который оказывает наибольшее влияние на формирование международного гражданского процесса ЕС. Однако, с началом формирования международного гражданского процесса ЕС это предположение было успешно опровергнуто.

6. 27 ноября 2003 р. был одобрен Регламент Совета ЕС № 2201/2003 о юрисдикции, признании и приведении в исполнение судебных решений по семейным делам и делам об обязанностях родителей, который обменяет Регламент Совета ЕС № 1347/2000 (далее – ІІ Брюссельский Регламент) [6, с. 467-481]. Для нас его важной особенностью является то, что он предусматривает возможность применения доктрины FNC, даже несмотря на то, что использует традиционную для континентального процесса

© *Филипьев А. А., 2014*

модель определения юрисдикции, основанную на положении о взаимосвязанных исках (*lis pendens*). В частности, в соответствии со ст. 15 указанного II Брюссельского Регламента в делах в отношении родительской ответственности возможна передача дела от суда, который владеет юрисдикцией на основании общих положений регламента, в другой суд ЕС, который является лучшим место для рассмотрения дела (*better place to hear the case*). Применение этой нормы может иметь место лишь в качестве исключения и при определенных условиях: во-первых, суд может передать юрисдикцию только тогда, когда это соответствует интересам ребенка; во-вторых, между государством ЕС и ребенком должна существовать тесная правовая связь, формы которой перечислены в ч. 3 указанной статьи (например, гражданство, длительное предварительное проживание на территории государства, нахождение имущества ребенка на территории государства, проживание лица. Владеющего родительской ответственностью по отношению к ребенку); в-третьих, не имеет право применять эту норму, в случае если обе стороны дела возражают против этого; в-четвертых, суд, который передает дело, не может отказаться от юрисдикции до момента пока суд, который ее получает, не установит собственной юрисдикции по рассмотрению дела. Инициатива по передаче производства может исходить от (1) суда, который рассматривает дело, (2) стороны, (3) и даже от того суда, которому в дальнейшем будет передано дело.

7. Таким образом, как мы можем видеть, в определенных условия законодатель весьма успешно может выходить за рамки традиционных для него правовых институтов, используя институты, которые возникли и развивались в рамках иной правовой традиции. Вместе с тем, даже в такой ситуации использование может быть только ограниченным, основанным на общности целей правого регулирования, а так же одинаковых для обеих правовых традиций цивилизационных (культурных) реалиях. В противном случае результатом конвергенции будет непринятие такого нового института.

Список использованных источников:

1. Чиркин В. Е. Конвергенция правовых систем и несовместимость некоторых институтов в диалоге цивилизаций / В. Е. Чиркин // Диалог культур и партнерство цивилизаций : становление глобальной культуры : X Международные Лихачевские научные чтения, 13–14 мая 2010 г. – СПб. : СПбГУП, 2010. – 572 с.

2. Волошенюк О. В. Процеси конвергенції в сучасних правових системах / О. В. Волошенюк // Форум права. – 2009. – № 3. – С. 123–128 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2009-2/09vovcpc.pdf.

3. Fiorini Aude The Codification of Private International Law in Europe: Could the Community Learn from the Experience of Mixed Jurisdictions?: [Електронний ресурс] / Electronic Journal of Comparative Law. – Vol. 12.1. – May 2008. – Режим доступу: http://www.ejcl.org/121/art121-7.pdf.

4. Paxton Blair The Doctrine of Forum Non Conveniens in Anglo-American Law // Columbia Law Review. – Vol. 29. – No. 1. – Jan., 1929. – Pp. 1-34.

5. Barret Edward Jr. The Doctrine of Forum Non Conveniens // California Law Review. – Vol. 35. – 1947. – Pp. 380-422.

6. Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000 / The Maastricht Collection: Selected National, European and International Provisions from Public and Private Law. Second edition. – Edited by Kiiver Philipp, Kornet Nicole / P. Kiiver, N. Philipp. – Amsterdam: Europa Law Publishing, 2010. – P. 467-481.

Хмарук Т. В.,
головний спеціаліст відділу з юридичної роботи виконавчого комітету Острозької міської ради, здобувач кафедри теорії та історії держави і права Інституту права ім. І. Малиновського Національного університету «Острозька академія»

ПЕРСПЕКТИВИ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ В УКРАЇНІ ІНСТИТУТУ ІНДИВІДУАЛЬНОЇ КОНСТИТУЦІЙНОЇ СКАРГИ

У сучасних умовах розвитку правовідносин коло прав і свобод людини та громадянина поступово розширюється, тим самим підвищуючи навантаження на державні інституції, які забезпечують їх захист. Відтак, наша держава потребує запровадження додаткових державно-політичних та юридичних механізмів захисту прав і свобод людини для їх ефективного захисту та охорони. На наш погляд, таким механізмом може стати запровадження інституту індивідуальної конституційної скарги в Україні.

Як вказує П. Ткачук, інститут конституційної скарги дає можливість громадянину або об'єднанню громадян звертатися до органу конституційної юрисдикції з приводу порушення їхніх конституційних прав і свобод законом, який застосовувався або має застосовуватися у конкретній справі в судах загальної юрисдикції чи в інших органах. Тобто, в даному випадку відповідний конституційний суд здійснює звичайний конституційний контроль, а права і свободи громадян, які звертаються зі скаргами, захищаються шляхом визнання неконституційними законів (найбільш поширена модель конституційної скарги) [1, с. 26-28].

Цікаво, що як показує практика функціонування органів конституційної юрисдикції держав Європи, фізичні особи є найбільш активними суб'єктами, які використовують можливості конституційного правосуддя щодо захисту прав і свобод людини та громадянина. Зокрема, згідно статистики роботи Конституційного Суду Іспанії з середини 90-х років XX ст., він щороку розглядає близько тисячі справ за скаргами громадян про порушення гарантованих конституцією прав і свобод особи, тоді як кількість звернень аналогічного характеру від вищих державних інституцій звичайно не перевищує двох десятків [2, с. 78].

В Україні інститут конституційної скарги представлений у досить специфічній формі. З одного боку, Конституція України безпосередньо не передбачає право фізичних осіб звернення до Конституційного Суду України з метою захисту своїх прав та інтересів. З іншої сторони, Основний закон України не виключає такої можливості. Так, згідно ст. 43 Закону України «Про Конституційний Суд України», суб'єктом права на конституційне звернення з питань дачі висновків Конституційним Судом України щодо офіційного тлумачення Конституції та законів України є громадяни України, іноземці, особи без громадянства та юридичні особи [3]. Відтак, можна констатувати, що чинна правова система України обмежує можливість захисту органом конституційної юрисдикції прав і свобод людини та громадянина випадками офіційного тлумачення Основного закону України та законів України, натомість не передбачає право фізичних осіб на безпосереднє звернення до Конституційного Суду України у випадках, коли дії чи бездіяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, прийняті ними нормативні чи правозастосовні акти призвели до порушення конституційних прав та свобод.

В той же час, відповідно до ст. 95 Закону України «Про Конституційний Суд України», якщо при тлумаченні Закону України (його окремих положень) була встановлена наявність ознак його невідповідності Конституції України, Конституційний Суд України у цьому ж провадженні вирішує питання щодо неконституційності цього Закону [3].

Прихильники впровадження інституту конституційної скарги в Україні вбачають його переваги, насамперед, у закріпленні додаткових гарантій реалізації та захисту прав і свобод людини і громадянина, забезпеченні безпосереднього доступу осіб до конституційного правосуддя та вдосконаленні роботи Конституційного Суду України в цілому. Проте, науковці також вказують і на певні негативні наслідки можливого нововведення: перевантаження органу конституційної юрисдикції; неможливість вирішення ним найважливіших проблем суспільного життя; фактичне перетворення органу конституційного контролю на «четверту» інстанцію для справ, що підлягають розгляду судами загальної юрисдикції, тощо [4, с. 190].

© Хмарук Т. В., 2014

Очевидну перевантаженість Конституційного Суду України в разі встановлення інституту конституційної скарги в Україні можна подолати шляхом закріплення певних обмежень при нормативно-правовій регламентації вказаного інституту. Зокрема, пропонується конкретно визначити предмет скарги. Вбачаємо за необхідне обмежити предмет конституційної скарги виключно порушеннями конституційних прав та свобод людини і громадянина у конкретній справі. Крім цього, важливо встановити можливість подачі конституційної скарги тільки після вичерпування усіх вітчизняних судових механізмів захисту порушеного конституційного права. Також важливо встановити обмеження щодо суб'єктів звернення до органу конституційної юрисдикції з індивідуальною скаргою, а саме передбачити можливість такого звернення лише для громадян України, іноземців, осіб без громадянства та юридичних осіб.

Отже, на наш погляд, під індивідуальною конституційною скаргою слід розуміти інститут, який виступає засобом ініціювання фізичною особою перед органом конституційної юрисдикції при здійсненні конституційного правосуддя особливої процедури (провадження) стосовно захисту конституційних прав та інтересів вказаної особи. Зазвичай, таку процедуру ініціюють у випадках, коли нормативно-правовим актом вищих органів державної влади порушуються права та інтереси фізичних осіб.

Інститут конституційної скарги в Україні представлений в обмеженій формі, оскільки, фізичні особи можуть звертатися до Конституційного Суду України лише для тлумачення Основного закону України та законів України. Право безпосереднього звернення фізичної особи до спеціалізованого органу конституційного контролю для визнання нормативно-правового акта неконституційним за чинним законодавством України не передбачене. Натомість, громадяни України теоретично можуть звертатися до органу конституційної юрисдикції опосередковано через Президента України, Парламент (в особі певної кількості народних депутатів), Кабінет Міністрів України, внаслідок чого інститут конституційної скарги в нашій державі суттєво політизується.

Вважаємо, що для встановлення додаткових гарантій для реалізації та захисту прав і свобод людини та громадянина необхідно у вітчизняному законодавстві регламентувати інститут індивідуальної конституційної скарги. Зокрема, доцільним вважається внесення змін до ст. 150 Конституції України, яка встановлює повноваження Конституційного Суду України, передбачивши в новій редакції ч. 2 вказаної статті, що питання, передбачені в п. 1 ст. 150 Основного закону України також можуть розглядатися за індивідуальними конституційними скаргами фізичних осіб.

Список використаних джерел:

1. Ткачук П. М. Конституційний Суд України: Теоретико-правові питання діяльності / П. М. Ткачук // Вісник Конституційного Суду України. – № 4. – 2006. – С. 23-38.

2. Владиченко С. Д. Проблеми формування ефективного механізму захисту прав і свобод людини Конституційним Судом України / С. Д. Владиченко // Бюлетень Міністерства юстиції України. − № 6. – 2005. – С. 76-81.

3. Про Конституційний Суд України : закон України від 16 жовтня 1996 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/422/96-%D0%B2%D1%80

4. Гультай М. М. Правові позиції Конституційного Суду України / М. М. Гультай // Вісник Конституційного Суду України. – 2011. – № 4-5. – С. 185-193.

Цивільне право та процес

Гражданское право и процесс

Civil Law and Procedure

Бондаренко К. О.,
студентка 2-го курсу юридичного факультету Приватного вищого навчального закладу «Фінансово-правовий коледж»

СУДОВА ФОРМА ЗАХИСТУ ЯК ОСНОВНА ЗАСАДА ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА: ДЕЯКІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ СУТНОСТІ

Принцип цивільного права, за яким можливий захист порушеного, невизнаного чи оспореного права очевидно вказує на керівну ідею законодавця, яка наділена засадничою функцією. А тому, питання про з'ясування її сутності, має важливе та актуальне значення для науки цивільного права.

Так, слід відмітити, що питаннями форм захисту цивільного права переймалося чимало вчених-дослідників, однак, деякі питання залишились, як на наш погляд, неоціненими належним чином або взагалі не досліджувались, що по суті зумовлюється нами за мету.

Як відомо, для цивільно-правових відносин, учасники яких є юридично рівними та автономними суб'єктами, найбільш адекватним способом захисту є, безумовно, судовий захист. Хоча і судовий захист і не вичерпує усіх можливих засобів примусового впливу на порушника суб'єктивного цивільного права, однак серед інших способів захисту, передбачених у главі 3 ЦК України він очевидно домінує, бо закріплений і як засада (принцип цивільного законодавства), і як форма судового захисту.

Натомість, кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового права або майнового права та інтересу (ст.16 ЦК України). Звертаючись до суду, за захистом порушеного права, особа може вимагати його визнання, припинення його дій, що порушують його права, відновлення становища, яке існувало до порушення, відшкодування збитків та інших способів відшкодування майнової шкоди, відшкодування моральної шкоди, визнання правочину недійсним та інших, передбачених ст.16 ЦК України. Таким чином, можливо припуститися думки у тому, що способи захисту цивільного права та інтересу є внутрішньою будовою (змістом) судової форми захисту цивільного права, оскільки, зміст, завжди утворює форму.

Водночас слід відмітити, що перелік способів судового захисту порушеного чи оспорюваного права, зазначений у наведеній статті, не є вичерпним. Суд може захистити цивільне право або інтерес й іншим способом, встановленим законом або договором (ч.2 ст.16 ЦК України). Отже, в даному випадку можливо відмітити і те, що опісля захисту іншими формами (адміністративною, громадською, третейською, самозахистом), суд може і «до врегулювати», «дозахистити» певне право, уразі неповного захисту у порядку дії іншої форми. Оскільки останні можуть через свій спеціальний статус суб'єктів правозастосування позбавленні можливості у повній мірі захистити порушене, невизнане чи то оспорюване цивільне право та інтерес. Однак, як вбачається із ст.16 ЦК України, законодавець про таку можливість не вказує, хоч визначає захистити і відновити цивільне право або інтерес іншим способом,але мова про «доврегулювання» не йдеться.

Відтак, на наше переконання, слід доповнити ст.16 ЦК України частиною четвертою, передбачивши пряму вказівку законодавця, як можливість для учасників цивільних правовідносин, до врегульовувати не у повній мірі «захищене» своє право чи інтерес в рамках цивільних правовідносин судовою формою захисту. При цьому передбачивши таку можливість лише у випадку, коли через правовий статус тих осіб, що є носіями тієї чи іншої форми не можуть у повній мірі врегулювати такі відносини. Гадаємо, що за таких обставин, цивільні правовідносини будуть виконуватись у більш пристосованій цивільно-правовій формі, що й внесе певну ясність і для їх суб'єктів (учасників цивільних правовідносин).

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України: Верховна Рада України; Кодекс України, Закон, Кодекс від 16.01.2003. – № 435-IV[Електронний ресурс]. – Верховна Рада України. Законодавство України. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15.

© Бондаренко К. О.,0 2014

Бонтлаб В. В.,
доцент Київського інституту Національного університету «Одеська юридична академія» здобувач кафедри цивільно-правових дисциплін Інституту права ім. І. Малиновського Національного університету «Острозька академія», кандидат юридичних наук

ПРИНЦИПИ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА: ПРОБЛЕМИ ТА ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ

Здійснення в Україні демократичних перетворень передбачає якісне та системне реформування судової гілки влади на основі вироблення дієвих і доступних механізмів реалізації та захисту цивільних прав. Як відомо, слідуючи міжнародному та національному досвіду, система цивільних прав людини є основою демократичного, соціально-економічного розвитку суспільства та держави[1]. До певної міри сталість та стабільність системи цивільних прав відображає система засад цивільного законодавства. За змістом ст. 4 ЦК України до основних засад цивільного судочинства відносяться такі як: 1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; 2) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом; 3) свобода договору; 4) свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; 5) судовий захист цивільного права та інтересу; 6) справедливість, добросовісність та розумність[2]. Такі принципи розвитку цивільного законодавства, безперечно позитивно віддзеркалюють стан системи цивільних прав. Одначе, ефективність та дієвість системи цивільних прав залежить від наявності чітких та доступних механізмів їх захисту. Особливого значення набуває зазначена проблематика у контексті здійснення судово-правової реформи, принциповим та основоположним орієнтиром якої має стати посилення ефективності та дієвості усієї системи прав та свобод людини. До певної міри проведення ефективної судово-правової реформи ускладнено такими чинниками як: а) невідповідність розвитку судової гілки влади розвитку суспільства і держави; б) наявність складного політико-правового розвитку суспільства і держави; в) відсутність єдиної стратегії судово-правової реформи; г) складність процедури, непрозорість судового захисту прав та свобод людини; г) відсутність ефективного громадського контролю за судовою гілкою влади; д) складність процесуального законодавства; е) відсутність системного громадського обговорення ініціатив судово-правової реформи.

Відповідні реформи можуть бути дієвими при умові вироблення сучасних механізмів захисту цивільних прав. Адже, найбільш універсальним та дієвим залишається судовий захист. У системі галузей національного права, які покликані забезпечувати дієві процесуальні механізми захисту цивільних прав провідне місце посідає цивільне процесуальне право України.

Слід відзначити, що цивільне процесуальне право України потребує якісного та системного оновлення через призму оптимізації судових процедур врегулювання цивільних спорів і, тим самим, забезпечення ефективності та дієвості усієї системи цивільних прав.

Насамперед, якісного реформування потребує система принципів цивільного процесуального права, яка охоплює найбільш концептуальні ідеї, положення та тенденції, які відображають та закріплюють напрями розбудови цієї галузі права. У такому значенні принципи виступають основоположними засадами усієї системи норм цивільного процесуального права. Зрозуміло, що кожен принцип цивільного процесуального права так чи інакше знаходить своє закріплення у цілій системі норм галузі цивільного процесуального права. Саме тому, вірним буде твердження про те, що принципи цивільного процесуального права є своєрідним сконцентрованим виразом сутності цієї галузі права.

До певної міри система принципів цивільного процесуального права випливає із змісту норм Цивільного процесуального кодексу України (далі – «ЦПК України»). У ст. 1 цього Кодексу доречно підкреслено, що завданнями цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Теоретико-правовий аналіз цього положення дає підстави ствердно вказати на певні засади здійснення цивільного судочинства, виходячи із об'єктивної потреби забезпечення його цілісності та системності. Із змісту

© Бонтлаб В. В., 2014

глави «Основні положення» (ст.ст. 1-14) можна виділити такі основні принципи цивільного процесуального права як: принцип судового захисту; принцип здійснення правосуддя на засадах поваги до честі і гідності, рівності перед законом і судом; принцип гласності та відкритості судового розгляду; принцип дотримання державної мови цивільного судочинства; принцип змагальності сторін цивільного судочинства; принцип диспозитивності; принцип забезпечення права на правову допомогу; принцип забезпечення апеляційного і касаційного оскарження судових рішень; принцип обов'язковості судових рішень. Очевидно, що пропонована система принципів цивільного процесуального права не є досконалою, оскільки переважно, відображає загальні риси.

Враховуючи сучасний стан розвитку суспільства та держави, основними напрямами розвитку сучасної системи принципів цивільного процесуального права є наступні: а) відповідність сучасному розвитку суспільства та держави; б) посилення ефективності, дієвості та прозорості реалізації права на судовий захист; в) сприяння ефективності та доступності правової допомоги; г) забезпечення прозорості та доступності стадій цивільного судочинства; г) забезпечення відкритості, публічності та змагальності сторін цивільного судочинства; д) забезпечення прозорості та доступності процедур оскаржень рішень судів цивільної юрисдикції; е) забезпечення прозорості та доступності процедур оскарження рішень судів до Верховного суду України; є) забезпечення прозорості та доступності процедур оскарження рішень судів до Європейського суду з прав людини; ж) забезпечення прозорості та доступності виконання рішень судів.

Список використаних джерел:

1. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

2. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 7 липня 2010 року // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 41-45. – Ст. 529.

3. Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 року № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40-44. – Ст. 356.

4. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40-42. – Ст. 492.

Босык О. И.,
студентка Института Государства и Права, ГБОУ ВПО Сургутского государственного университета Ханты-Мансийского автономного округа – Югры» (Россия)

ЦЕНА КАК СУЩЕСТВЕННОЕ УСЛОВИЕ ДОГОВОРА СТРОИТЕЛЬНОГО ПОДРЯДА

Согласно положениям ст. 709 ГК РФ в договоре подряда указываются цена подлежащей выполнению работы или способы ее определения, иначе определяются в порядке, предусмотренном п.3 ст.424 ГК РФ[1,стр.98]. В соответствии со ст.746 ГК РФ цена договора указывается в смете, то есть документе, в котором фиксируются виды работ и их стоимость. Следовательно, смета вместе с технической документацией, образует проектно-сметную документацию, являющуюся неотъемлемой частью договора строительного подряда. В п. 11 Информационного письма ВАС РФ от 25.02.2014 №165 указано, что если в ходе переговоров одной из сторон предложено условие о цене или заявлено, о необходимости ее согласовать, то такое условие является существенным для этого договора[3,стр.1]. Он не может считаться заключенным до тех пор, пока стороны не согласуют названное условие или сторона, предложившая условие о цене или заявившая о ее согласовании, не откажется от своего предложения. Давайте попробуем проанализировать судебную практику и выявить какое значение имеет цена договора.

Так, в постановлении ФАС Западно-Сибирского округа от 10.12.2009 по делу №А70-2805/2009 указано, поскольку в договоре не согласовано одно из существенных условий, а именно цена, суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу о незаключенности указанного договора. Федеральный суд не принял во внимание то, что стороны детализировали в договоре условия о предмет и сроках, посчитав, что этого недостаточно.

ФАС Московского округа в постановлении от 17.12.2009 №КГ-А41/12592-09 по делу №А41-7337/09 установил, что договор строительного подряда является незаключенным в силу несогласованности по стоимости работ. Как следует из материалов дела, между сторонами был заключен договор строительного подряда, согласно которому объем и содержание работ определялось в соответствии с локальной сметой, однако в ней не содержались условия о стоимости работ, что и послужило основанием для признания договора незаключенным. Как видим, суды посчитали, что цена в договоре строительного подряда не может быть установлена в порядке ст.424ГК РФ, установив, что в отношении индивидуально-определенных объектов она не распространяется.

Однако встречается и иная позиция:

В постановлении ФАС Дальневосточного округа от 30.08.2012 №Ф03-3683/2012 по делу №А73-6843/2011 указано, что ссылка заказчика на незаключенность спорного договора подряда ввиду несогласования сторонами его цены подлежит отклонению, поскольку, условие о цене работ не является существенным условием договора подряда. Постановление ФАС Московского округа от 17.09.2012 по делу №А40-8015/12-50-72: условие о цене не является существенным условием договора строительного подряда, в связи с этим несогласование сторонами сметы не может являться основанием для признания договора незаключенным. Таким образом, в целом цена не является существенным условием договора подряда, если стороны сами не изъявили желание ее согласовать. Однако мы считаем, что цена-это консолидирующий фактор интереса сторон друг в друге, в силу чего ее согласованность на преддоговорном этапе правоотношений, снижает в будущем вероятность возникновения споров.

Главным документом, который необходимо использовать при составлении и проверке смет, является Методика определения стоимости строительной продукции на территории Российской Федерации, согласно которой сметная стоимость – сумма денежных средств, необходимых для осуществления строительства, являющаяся основой для определения размера капитальных вложений, финансирования строительства, формирования договорных цен на строительную продукцию. Таким образом, цена договора подряда – это сметная стоимость выполненных работ; она включает в себя как материальные расходы, так и саму работу. Сама работа-это вознаграждение подрядчику за выполненное задание заказчика, а материальные расходы– издержки подрядчика, а именно расходы по приобретению оборудования, строительных материалов, а также их транспортировка к объекту строительства.

© Босык О. И., 2014

Следовательно, возникает вопрос, а как установить цену? В соответствии с п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 24.01.2000 №51 в договоре может быть установлен способ определения цены или ее составной части[2,стр.4]. Как следует из материалов дела рассмотренных ФАС Северо-Западного округа и выраженных в постановлении от 04.06.2012 N Ф07-0/12 по делу №А26-1531/2011, стороны вправе в дополнительном соглашении оговорить порядок оплаты и механизм изменения стоимости, но ссылка на это соглашение должна быть дана в договоре, также как цена подрядных работ. Поскольку сторонами была указана цена, а также механизм ее определения, то условие считается согласованным, а договор заключенным. Следовательно, в договоре могут быть предусмотрены способы ее определения, что также вытекает из положения ст.709 ГК РФ, однако если стороны предусматривают способ определения в дополнительных документах, но их не прикрепляют к договору, то считается, что способ не определен. По смыслу ст.709 ГК РФ цена, может указываться твердая или приблизительная, но размер твердой цены нельзя изменить, если только не меняются существенные условия самого договора. Подрядчик вправе требовать увеличения установленной цены при существенном возрастании стоимости предоставленных им материалов и оборудования, а также оказываемых ему третьими лицами услуг, которые нельзя было предусмотреть при заключении договора (п. 6 ст. 709 ГК РФ).

Так согласно положениям ст. 746 ГК РФ, при отсутствии соответствующих указаний в законе или договоре заказчик обязан уплатить подрядчику обусловленную цену после окончательной сдачи результатов работы при условии, что работа выполнена надлежащим образом и в согласованный срок либо с согласия заказчика досрочно, т.е. обязательным условием оплаты работ является приемка работ заказчиком. Заключение договора подряда с приблизительной ценой может привести к спорам, вызванных тем, что итоговая цена по актам приема-передачи значительно отличается от суммы, указанной в договоре, в тоже время и твердая цена может отличаться от представленной в акте выполненных работ. Проанализируем судебную практику, чтобы понять, как же лучше устанавливать цену.

Согласно положениям Постановления ФАС Северо-Западного округа от 09.03.2010 по делу №А21-8672/2009, если заключен договор с приблизительной ценой, то применяется цена по актам приема-передачи. В договоре была указана стоимость работ в размере 1 645 156 руб, но согласно актам сдачи-приемки и выполненных работ подрядчик выполнил, а заказчик принял без замечания работы на общую сумму 1 672 803 руб. Таким образом, суд посчитал, что при разницы фактической стоимости выполненных работ и указанной в договоре, преимущество за фактической. ФАС Волго-Вятского округа в постановлении от 20.07.2012 по делу №А79-6052/2011 установил, что если договором определена приблизительная цена, подрядчик вправе представить заказчику акт выполненных работ на сумму выше, чем указано в договоре, но при этом должен доказать необходимость ее повышения, иначе заказчик вправе оплатить работы в размере договорной цены. Как считает Романец Ю.В., в договоре подряда следует установить возможность увеличения твердой цены договора на № % при наличии экономии подрядчика, либо приблизительной цены в случаях удорожания материалов, возникновения непредвиденных расходов[4,стр.125]. Ведь действительно, такая оговорка впоследствии может стать существенным средством защиты интересов сторон, получается, чем детальнее будет оговорен механизм разрешения спорных вопросов по цене и оплате, тем отношение будут более определенными и стабильными.

Таким образом, хотя действующее законодательство не относит прямо условие о цене и порядка оплаты выполненных работ к существенным условиям договора, мы считаем, что согласование и включение этого условия в договор, позволяет достичь баланса в отношениях сторон.

Список использованной литературы

1. Гражданский Кодекс РФ от 26.01.1996 №14-ФЗ(«//СПС Консультант-Плюс. http://www.consultant.ru// (обращения 29октября 2014 г)

2. Информационное письма Президиума ВАС РФ от 24.01.2000 №51 «Обзор практики разрешения споров по договору строительного подряда» //СПС Консультант-Плюс. http://www.consultant.ru//(обращения 29 октября 2014г)

3. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25.02.2014 №165 «Обзор судебной практики по спорам, связанным с признанием договоров незаключенными»//СПС Консультант-Плюс. http://www.consultant.ru//(обращения 29 октября 2014г)

4. Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве России: монография. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, Инфра-М, 2013.

Валеева А. А.,
кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры гражданского права Института права Башкирского государственного университета г. Уфа, Россия

КАТЕГОРИЯ «ПРЕИМУЩЕСТВЕННОЕ ПРАВО»: СООТНОШЕНИЕ С ПОНЯТИЕМ «ПРАВОВАЯ ПРИВИЛЕГИЯ»

Категория «преимущественное право» долгое время оставалась без внимания и нужного научного исследования. Кроме того, в характеристике перспектив ее существования некоторыми учеными делались однозначные прогнозы о необходимости упразднения преимущественного права, «как не жизненного, но и прямо нарушающего гражданский оборот» [1]. Однако развитие самого гражданского оборота потребовало иного нормативного определения. Для целей наибольшего обеспечения интересов различных групп участников отношений в рамках диспозитивного регулирования социальных связей все чаще стала использоваться дифференцированный подход. Так, среди множества субъектов гражданского права происходит выделение лиц с предоставлением преимущественных прав. Данный факт, на фоне слабой теоретической разработанности отмеченной категории, предопределил формирование в науке умозаключений относительно квалификации преимущественного права в качестве публично-правового элемента гражданско-правового регулирования, как некого изъятия из принципа юридического равенства субъектов гражданских правоотношений [2]. Кроме того, преимущественное право часто определяется как правовая привилегия, а там, где имеют место привилегии, по мнению Л.Ю. Леоновой, равенство заканчивается [3].

Полагаем, подобное понимание представляется малообоснованным.

Как известно, любое правило, закрепленное в гражданском праве, являясь нормой отмеченной отрасли, формируется, опираясь на основные начала, принципы гражданского права. А они, как первостепенные идеи, определяют качество нормы, ее содержание, и сами могут представлять собой правовые нормы или выводится из общего смысла законов [4]. Правовыми принципами охватывается вся правовая материя – и идеи, и нормы, и отношения, тем самым ей придается логичность, последовательность и сбалансированность [5]. Обратимся к принципу юридического равенства.

Толкование указанного принципа в доктрине гражданского права сводится к характеристике, в рамках которой обозначается отсутствие возможности для какой-либо из сторон гражданских отношений только по занимаемому ею положению предопределять поведение другой [6], а так же отсутствие состояния подчинения субъектов одного другому. Равенство участников отношений, отмечает А. Л. Маковский, выражается в равенстве возможности выражать волю, «независимости воли каждого из них от воли другого» [7]. Полагаем, что наделение субъекта преимущественной субъективной правом не может создать отношения субординации, а его носитель не способен определять волю обязанного лица. К тому же, например, в ходе реализации указанного субъективного права его обладатель вообще лишен возможности определять условия сделки купли-продажи. Они предлагаются лицом, отчуждающим имущество. Сам факт заключения сделки купли-продажи зависит от воли этого лица. Согласно ныне действующему законодательству субъект вправе отказаться от заключения договора, даже если он получит положительный ответ на сделанное им извещение. Кроме того, преимущественное право, являясь в большинстве случаев императивным элементом, может быть установлено и по усмотрению сторон, к примеру, в рамках корпоративных отношений преимущественным правом покупки акций, отчуждаемых акционером третьему лицу, вправе воспользоваться само общество, если уставом определена такая возможность для юридического лица. Данный факт является свидетельством диспозитивных начал в регулировании отношений и неточности однозначных выводов о публично-правовом характере преимущественного права.

Толкование изучаемой категории в качестве правовой привилегии представляется интересной, однако такая точка зрения не лишена спорных моментов. Понятие «правовая привилегия» представляет собой аспект, изучение которого имело место в рамках общей теории права, в рамках же частного права понятие является малоисследованным. По мнению А. В. Малько, привилегия – это исключительное, монопольное право, предоставляемое конкретным субъектам, выступающее разновидност-

© *Валеева А. А., 2014*

тью правовых льгот, первостепенной задачей закрепления которых является улучшение положения отдельных лиц, перевод процесса удовлетворения их интересов в более благоприятный режим. Тем самым, привилегия, как и правовая льгота, определяется в качестве своеобразного правостимулирующего средства конкретного поведения лица [8] с целью наиболее полного удовлетворения интересов субъекта. Предоставление указанного права связывается со спецификой правового статуса личности, поэтому привилегия и правовая льгота вообще справедливо считаются средством дифференцированного регулирования общественных связей. Однако, по мнению ученых-теоретиков, наделение лица правовой привилегией обуславливается состоянием субъекта на государственной службе, наличием властных полномочий [9], т. е. отношения, участниками которых выступают носители привилегий, характеризуются наличием соподчинения субъектов. Полагаем, это создает почву для определения привилегии как элемента, прежде всего, публичных отраслей права и исключает использование категории в рамках частноправового регламентирования. И как следствие, такое одностороннее понимание правовой привилегии служит основой для выводов о том, что привилегия, какой бы она не была, «олицетворяет известное неравенство» [10] или что установление привилегии обуславливается «различиями в фактическом и юридическом положении субъектов» [11].

Однако, представляется неправильным узкое толкование понятия «правовая привилегия», а так же констатация неравенства субъектов в случае предоставления кому-либо из них привилегии. Привилегия выступает способом юридического регулирования общественных отношений. Ее использование предполагает выделение среди множества субъектов права лиц, чей правой статус характеризуется специфическими чертами, наличие которых может определяться в качестве условия предоставления привилегии. В этой связи, полагаем, что и в рамках диспозитивного регулирования общественных отношений нормами частноправовых отраслей уместно де-юре наделение отдельных участников привилегией, используя дифференциацию в нормативном определении социальных связей, путем осуществления правового стимулирования определенного поведения управомоченного субъекта по реализации его интересов, признанных со стороны государства и требующих для своего удовлетворения создания более благоприятных условий по сравнению со всеми другими участниками отношений. В качестве одного из таких правостимулирующих средств может и определяться преимущественное право, которое в этой связи следует понимать как правовую привилегию, предоставленную с целью юридически обеспечить приобретение отдельных благ в первоочередном порядке по сравнению с третьими лицами субъекту.

Список использованной литературы:

1. Кусиков А. О праве совладельца на преимущественную покупку продающейся доли соучастника // Вестник Советской юстиции. – 1927. – № 23. – С. 792.

2. Леонова Л. Ю. Преимущественные права в гражданском праве. Дис. …канд. юрид. наук. – М. 2006. – С. 52. Гражданское право. Учебник / под ред. Е.А. Суханова. Т. 1. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – С. 135. Телюкина М.В. Комментарий к Федеральному закону «Об акционерных обществах» / М.В.Телюкина. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – С. 54. Кузнецова Л.В. Преимущественное право аренды // Право и экономика. – 2006. – № 2. – С. 17. Она же. Преимущественные права в гражданском праве России: Монография. – М.: «Ось-89», 2007. – С. 35-46.

3. Леонова Л. Ю. Указ. соч. – С. 52.

4. Теория государства и права. Уч-к для юридических вузов и факультетов / Под ред. В.М.Корельского, В. Д. Перевалова. – М., 1998. – С. 237.

5. Лившиц Р. З. Теория права. Уч-к. – М., 1994. – С. 12-13.

6. Толстой Ю. К. Принципы гражданского права // Правоведение. – 1992. – № 2. – С. 51.

7. Маковский А. Л. Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик // Хозяйство и право. – 1991. – № 10. – С. 91.

8. Малько А. В. Стимулы и ограничения. – М.: Юристъ, 2005. – С. 66-69. Теория государства и права: Уч-к / Под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. – М.: Юристъ, 2004. – С. 215-217.

9. Малько А.В. Льготы в праве: общетеоретические проблемы // Правоведение. – 1996. – № 2. – С. 23. Он же. Стимулы и ограничения. – С. 67–69. Мирошник С.В. Правовые стимулы в российском законодательстве: Автореф. дис. …канд. юрид. наук. – Ростов н/Д., 1997. – С. 16.

10. Теория государства и права: Уч-к / Под ред. Н.И.Матузова, А.В.Малько. – С. 216.

11. Афанасьева В.И. Привилегия как источник исключительного права в процессе становления и развития патентного права России X–XIX вв. (Историко-правовое исследование): Автореф. дис. …д-ра юрид. наук. – М., 2007. – С. 19-20.

Вінник О. М.,
доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України

РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ПУБЛІЧНО-ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА: ПРОБЛЕМА СПІВВІДНОШЕННЯ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТА САМОРЕГУЛЮВАННЯ

Всесвітня популярність відносин публічно-приватного партнерства/ППП не обминула й Україну, що відбилося в прийнятті 2010 року Закону «Про державно-приватне партнерство» (далі – Закон про ДПП). Ці відносини, як і в цілому сфера господарювання, зазнають регулювання, що здійснюється на різних рівнях і за допомогою різних засобів.

Ключова *причина регулювання* – участь (безпосередня та опосередкована) в таких відносинах кількох/багатьох осіб, інтереси яких щодо одних і тих же об'єктів можуть істотно відрізнятися; *мета регулювання* – збалансоване врахування правомірних інтересів усіх учасників відповідних відносин: партнерів ППП, їх контрагентів; споживачів продукції, що виробляється в процесі реалізації проектів ППП; суб'єктів організаційно-господарських повноважень, покликаних впорядкувати відносини ППП, в т.ч. уповноважених органів держави, саморегулівних організацій професійних учасників певних товарних ринків/сфер діяльності (СМО); *основні рівні регулювання: саморегулювання*, що здійснюється на рівні суб'єктів таких відносин, та *зовнішнє* щодо таких осіб регулювання, насамперед – *державне*.

Регулювання суспільних (в т.ч. господарських) відносин має на меті встановлення порядку. Порядок у сфері господарювання – велика цінність, адже він створює стабільність у відносинах між його учасниками, чого так бракує суспільству, в якому ми живемо [2].

Основний фундаментом такого порядку в нашій державі є законодавство [2], що стосується повною мірою й відносин ППП з їх яскравою вираженою суспільною спрямованістю. Разом з тим, в умовах становлення та розвитку громадянського суспільства в Україні все більшу роль відіграють засоби саморегулювання, які, однак, безпосередньо пов'язані з актами законодавства, адже останнє визначає межі свободи у сфері господарювання, аби вона, з одного боку, діяла на користь суспільству, не завдаючи йому шкоди, а з іншого – дозволяла учасникам відносин ППП забезпечувати урахування своїх законних інтересів при реалізації суспільно значущих проектів. Співвідношення державного регулювання та саморегулювання має забезпечити той баланс публічних і приватних інтересів, без якого навряд чи можна сподіватися на ефективність ППП для суспільства і водночас – для приватних бізнес-партнерів, прибутковість діяльності яких є необхідною умовою їх функціонування (адже без такого джерела самофінансування більшість суб'єктів підприємництва приречена на банкрутство). Водночас саморегулювання – це не лише засіб урахування приватних інтересів, а й важливий правовий механізм захисту публічних інтересів, що яскраво проявляється при застосуванні механізмів соціальної відповідальності бізнесу за результати прийнятих рішень «перед тими, на кого прямо або опосередковано ці рішення впливають» [3].

Отже, збалансоване урахування публічних і приватних інтересів у відносинах ДПП досягається завдяки: (1) ***державному регулюванню економікою***, покликанням якого є забезпечення публічних інтересів, та (2) ***саморегулюванню*** цих відносин безпосередньо їх учасниками (з урахуванням специфіки проектів ППП, суб'єктного складу, можливостей партнерів і відповідно – їх обов'язків щодо реалізації проектів ППП). Основними засобами такого саморегулювання є *договори*, що укладаються в рамках ППП, *установчі та внутрішні документи партнерів* (що особливо актуально за інституційної/корпоративної форми ППП, відповідно до якої реалізація проектів ППП зазвичай покладається на спільне підприємство за участю партнерів/СП [4, с. 147-148]) та інших учасників відносин ППП, *акти рекомендаційного характеру* (є загальноприйнятими в ЄС та інших країнах ринкової економік [5; 6; 7]).

Форми та засоби державного регулювання відносин ППП є класичними для сфери господарювання (***форми:*** нормативне регулювання [1; 8 та ін.]; планування, що має місце з боку державного партнера щодо контрольованих ним об'єктів; поточне управління справами у сфері ППП [1, ст.. 22]; контроль, що забезпечується не лише з боку сторін ППП, а й покладається на уповноважений у сфері ППП орган – Мінекономрозвитку [9], інші державні органи та органи місцевого самоврядування [1, ст. 21]),

© Вінник О. М., 2014

засоби (ведення обліку та організація перевірки виконання договорів, укладених у рамках ППП та ін. [1, ст.. 22]; державні гарантії та інші форми підтримки/сприяння приватного партнера [1, ст. 18, 20]). Проте законодавець не врахував низку важливих аспектів державного регулювання в Законі про ДПП, не передбачивши систему органів, що опікуються проблемами такого партнерства, приділивши лише окрему увагу уповноваженому органу державного партнера [1, статті 11-13, 17] та спеціально уповноваженому органу у сфері ППП [1, ст. 21], побіжно згадавши про акти Уряду та проігнорувавши роль спеціально уповноважених органів, що опікуються ринками/сферами діяльності, на/в яких встановлюються відносини ППП [4, с. 138-139] (енергоринку, зокрема).

Саморегулюванню законодавець приділяє ще менше уваги, згадуючи в Законі про ДПП [1] лише такий його засіб, як договір, однак без визначення його істотних умов (останні закріплено лише в підзаконному акті [8, п. 7]). Проте договорами не обмежуються засоби саморегулюванні відносин ППП, систематизувати які можна таким чином:

– угоди, що опосередковують відносини ППП (угода ППП та договори, що укладаються на її виконання з постачальниками, субпідрядниками тощо);

– установчі та внутрішні документи безпосередніх учасників відносин ППП, в т.ч. спільного підприємства партнерів за корпоративної (чи інституційної) форми ППП [4, с. 140-149], безпідставно проігнорованої Законом про ДПП на противагу зарубіжному досвідові (Словенії, Латвії, Хорватії [10; 11; 12] та інших країн);

– акти уповноважених органів з боку державного партнера, спрямовані на встановленні відносин ППП: (1) пропозиції про здійснення ППП, яка готується зазначеним органом [1, ст. 10], а згодом (після проведення аналізу ефективності здійснення ДПП, виявлення можливих ризиків [1, ст. 11] та обґрунтування соціально-економічних та екологічних наслідків здійснення ППП [1, ст. 12]) – (2) рішенні такого органу про встановлення відносин ППП, проведення конкурсу з визначення приватного партнера та (3) затвердження його результатів [1, ст. 13] та (4) укладення угоди ППП з переможцем конкурсу [1, ст.. 17];

– установчі, внутрішні документи СРО та їх регулятивні акти щодо своїх членів/учасників, певною мірою акти таких організацій, видані на підставі делегованих державою повноважень (тут має місце поєднання делегованого державного регулювання та саморегулювання);

– акти рекомендаційного характеру на зразок зарубіжних, в т.ч. ЄС та інших країн з соціально орієнтованою ринковою економікою [5; 6; 7].

Оскільки Закон про ДПП не містить навіть згадки про саморегулювання відносин ППП, то слід заповнити цю прогалину, доповнивши його відповідними положеннями (про: роль та засоби саморегулювання, співвідношення державного регулювання та саморегулювання, основні параметри певних засобів саморегулювання: істотні умови угоди ППП; вимоги до статуту інституційного ППП; рекомендаційні акти на зразок примірних угод ППП, примірного статуту СП партнерів тощо).

Саморегулювання зазвичай має відбуватися в межах, визначених законом, який повинен встановлювати імперативні вимоги до угод та установчих документів учасників відносин ППП, передбачаючи водночас можливість включати в них положення, не врегульовані законом або обирати найбільш прийнятний для себе (із закріплених законом) варіант поведінки.

Держава в особі уповноважених органів може делегувати окремі повноваження СРО щодо регулювання відносин на відповідному ринку, в т.ч. задіяному в реалізації проектів ДПП (наприклад, фондовому ринку [13, ч. 2 ст. 2, ч. 4 ст. 16, ч. 1 ст. 47, частини 2 і 3 ст. 48] чи у сфері містобудування [14, абз. 15 ст. 1, ст. 16-1, ст. 17]). СРО вправі встановлювати для своїх членів правила, що забезпечують цивілізовані засади функціонування відповідного ринку (правила професійної етики, зокрема).

Чіткість та адекватність регулювання відносин ППП (державного і саморегулювання) з відповідним урахуванням основних засадах громадянського суспільства (насамперед щодо посиленням ролі саморегулювання), забезпечення прозорості ППП значною мірою дозволять максимально використати потенціал такого партнерства та мінімізувати ризики, які при цьому виникають, а в підсумку – забезпечать дієвість Закону про ДПП, сприятимуть ефективності такого партнерства для всіх його учасників – безпосередніх (державних і приватних партнерів) та опосередкованих (в першу чергу – кінцевих споживачів, задля задоволення потреб яких і реалізуються проекти ППП). Це, своєю чергою, разом з комплексом передбачених Урядом заходів [15] створить передумови для посилення дієвості Закону про ДПП, адже реалізація проектів з ознаками ППП до останнього часу зазвичай відбувалася не в рамках такого партнерства, а суто концесійних відносин.

Список використаних джерел:

1. Закон України від 01.07.2010 р. «Про державно-приватне партнерство» // Голос України від 30.07.2010 – № 140.

2. Знаменский Г.Л. Хозяйственное законодательство Украины: формирование и перспективы развития. -К.: Наукова думка, 1996. // Режим доступа: http://www.pravo.vuzlib.org/book_z919_page_3.html.

3. Социальная ответственность бизнеса. Определение социальной ответственности бизнеса: // Режим доступа: http://csr.paragraf.ua/page.php?id=11.

4. Вінник О.М. Корпоративна форма державно-приватного партнерства: проблеми правового забезпечення на тлі зарубіжного досвіду: Монографія. – Суми: МакДен, 2012. – 204 с.

5. THE EUROPEAN COMMISSION'S GUIDE TO SUCCESSFUL PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS // [Electronic resource] – Way of access : http://www.epsu.org/IMG/pdf/EC-PPPs-crit-final.pdf;

6. Public–Private Partnership Handbook [Electronic resource] – Way of access : // http://www2.adb.org/Documents/Handbooks/Public-private-Partnership/Chapter10.pdf;

7. Draft of a PPP contract [Electronic resource] – Way of access : // www.ajpp.hr/media/30975/ppp%20contract.pdf.

8. Порядок проведення конкурсу з визначення приватного партнера для здійснення державно-приватного партнерства щодо об'єктів державної, комунальної власності та об'єктів, які належать Автономній Республіці Крим, затв. постановою Кабінету Міністрів України від 11 квітня 2011 р. N 384 «Деякі питання організації здійснення державно-приватного партнерства» // ОВУ, 2011 р., № 28, ст.1168.

9. Положення про Міністерство економічного розвитку і торгівлі України: затв. постановою Кабінету Міністрів України від 20 серпня 2014 р. № 459 // ОВУ, 2014 р., № 77, ст. 2183.

10. Закон Республіки Словенія «Про публічно-приватне партнерство» від 23.11.2006 р. (PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP ACT (ZJZP) // Way of access :www.mf.gov.si/slov/javnar/53646– ZJZP_EN.pdf.

11. Закону Латвії від 09.07.2009 р. «Про публічно-приватне партнерство» / Public–Private Partnerships Law, 9 July 2009 // Way of access :http://www.ppp.lv/fetch_6625.html.

12. Закон Хорватії від 24 жовтня 2008 р. «Про публічно-приватне партнерство» / Act on Public Private Partnerships adopted by the Croatian Parliament at its session of 24 October 2008 // Way of access :http://www.antikorupcija.hr/Default.aspx?sec=161.

13. Закон України від 23.02.2006 р. «Про цінні папери та фондовий ринок« // ВВР України, 2006 р., № 31, ст. 268.

14. Закон України від 20.05.1999 р. «Про архітектурну діяльність» // ВВР України, 1999 р., № 31, ст. 246.

15. Концепція розвитку державно-приватного партнерства в Україні на 2013–2018 роки, схвалена розпорядженням Розпорядженням Кабінету Міністрів України від від 14 серпня 2013 р. № 739-р // Урядовий кур'єр від 23.10.2013 № 194.

Грабовська О. О.,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри правосуддя юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ЗМІСТ ДОКАЗУВАННЯ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ: АНАЛІЗ ВИСНОВКІВ ТА СУДЖЕНЬ

Аналіз окремих наукових праць, у яких найбільш повно розкривається поняття «доказування», викликав чимало запитань та міркувань. Зокрема, у одному з відомих видань, яке присвячене проблемам науки цивільного процесуального права, «судове доказування (доказова діяльність)» розкривається як витікаюча з сутності принципу змагальності цивільного процесуального права процесуальна діяльність сторін, інших осіб, які беруть участь у справі, заснована на сукупності процесуальних прав та обов'язків, яка складається з повідомлення суду про фактичні обставини справи, подання доказів, спростування доказів, заявлення клопотань про витребування доказів, участі у дослідженні та оцінці доказів, а також діяльності суду по оцінці доказів, витребуванні доказів, з клопотання сторін, з пропозиції сторонам усунути прогалини у доказовому матеріалі, спрямована на з'ясування фактичних обставин справи, прав та обов'язків сторін, і ухвалення законного та обгрунтованого рішення у цивільній справі[1].

У наведеному висновку автор намагався включити якомога більше складових процесу доказування: основопложні засади, суб'єктів, стадії (процесуальні дії по доказуванню), мету, втім, деякі аспекти викликають низку питань, а тому потребують осмислення, зокрема: 1) видається, що виділяти принцип змагальності або лише його, – питання спірне. Принцип змагальності лише у сукупності з іншими принципами (принципом ріності[2], безпосередності[3], усності та ін.) забезпечує дію механізму доказування у цивільному процесі. Окрім того, модель змагального процесу поступово розвивається виключно у справах позовного провадження, у справах окремого провадження змагальність обмежена, що обумовлено юридичною природою справ, які розглядаються та вирішується в цьому порядку, а також роллю суду у процесі доказування в справах окремого провадження. Змагальність як така відсутня й у справах наказного провадження[4]; 2) питання про суб'єкти доказування у цивільних справах є спірним, дискусія з цього приводу точиться тривалий час. Авторський висновок про те, що доказування – це процесуальна діяльність лише сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, не відповідає висновкам більшості процесуалістів. Дійсно, сторони та інші особи, які беруть участь у справі, – основні суб'єкти доказування в силу їх юридичної заінтересованості, але вказувати у визначенні лише на них недостатньо для розуміння доказування у цивільних справах.

Решетнікова І.В., розкриваючі різні аспекти доказування у цивільних справах, у підсумках зазначає, що доказування – це одночасно і наведення фактів, доводів, підтверджуючих щось, і висновок, шляхом якого виводиться нове положення; це, з одного боку, процес обгрунтування якогось положення, а з іншого – виведення нового знання на підставі дослідженого; це діяльність суб'єктів доказування в процесі розгляду та вирішення спору по обгрунтуванню обставин справи з метою її вирішення[5].

Видається, що таке визначення є поверхневим, розпливчатим, воно не містить конкретики, яка б давала цілісне уявлення про таке правове явище як доказування у цивільному процесі. Думається, що

---

[1] Проблемы науки гражданского процессуального права / В.В. Комаров, В.А. Бигун, В.В. Баранкова; Под ред. проф. В.В. Комарова. – Харьков: Право, 2002. – С. 171 (440).

[2] Грабовська О.О. Роль принципу рівності в процесі доказування у цивільних справах // Судова апеляція № 2 (35), 2014. – С. 13-15.

[3] Грабовська О.О. Специфіка дії принципу безпосередності в доказуванні у цивільних справах / О.О. Грабовська // Форум права. – 2014. – № 3. – [Елекстронний ресурс].– Режим доступу: http//nbuv. gov. ua/jpdf/FP_ index. htm_ 2014_ 3_ pdf.

[4] Докладніше див.: Грабовська О.О. Змагальна модель цивільного судочинства: поняття та юридична природа // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – № 90, 2012. – С. 54-58.

[5] Решетникова И.В. Доказывание в гражданском процессе: учеб. – практ. пособие /И.В. Решетникова. – М.: Издательство Юрайт; ИД Юрайт, 2011. – С. 22-23 (503).

© Грабовська О. О., 2014

визначення будь-якого поняття повинно бути наповнене відповідною кількістю компонентів, які б у сукупності та взаємозв'язку виражали його сутність. Поняття «доказування» повинно включати основні елементи, конкретику щодо суб'єктів тощо.

Надаючи належне місце розумововій діяльності суб'єктів у доказуванні, Андрійцьо В.Д. робить висновок, що доказування – це процесуально-розумова діяльність суду та осіб, які беруть участь у розгляді справи, спрямована на встановлення оспорюваних обставин цивільної справи, що обгрунтовують вимоги і заперечення сторін[1].

Погоджуючись із важливістю розумового аспекту, думається, що і даним автором не зовсім коректно вказані суб'єкти доказування у цивільному процесі, а також мета доказування у цивільних справах. У наведеному висновку зазначається, що доказування – це діяльність суду та осіб, які беруть участь у розгляді справи. У наступних же підрозділах наукового дослідження сам автор називає експерта суб'єктом доказування, і включає його до «допоміжних суб'єктів доказування» [2].

Окрім того, вказівка автора на те, що доказування – це діяльність суду та осіб, які беруть участь у розгляді справи також не є коректною. Очевидно, слід говорити про осіб, які беруть участь у справі, а не про осіб, які беруть участь у розгляді справи. Особи, які беруть участь у справі можуть й не брати особистої участі у її розгляді, а діяти, приміром, через представника, але ж вони не втрачають від того юридичного статусу позивача, відповідача, третьої особи, тобто особи, яка бере участь у справі з відповідним обсягом прав та обов'язків у доказуванні. Біьше того, розгляду справи може й не бути. Чинним ЦПК України передбачена можливість остаточного вирішення справи позовного провадження під час попереднього судового засідання (ст. 130).

Небеззаперечним є також висновок про те, що діяльність, пов'язана із доказуванням спрямована на встановлення оспорюваних обставин цивільної справи, що обгрунтовують вимоги і заперечення сторін. Такий висновок є в цілому правильним лише щодо справ, які розглядаються та вирішуються судами в порядку позовного провадження, але не слід забувати, що в структурі цивільного процесу існує ще й кола справ, які розглядаються за правилами інших видів судочинств, – окремого та наказного, у яких судом не вирішується спір, але у яких доказування, – невід'ємна частина, хоча й має свою специфіку, обумовлену юридичною природою справ, які розглядаються в указаних порядках.

Таким чином, аналіз поглядів та висновків про сутність доказування у цивільних справах дозволяє констатувати: 1) *у наукових працях, присвячених дослідженню доказування та виявленню його проблем, у поняття «доказування» кожним автором закладаються ті аспекти, які здаються авторами визначальними у характеристиці даного правового явища; 2) поняття «доказування» розкриваються, в основному, з урахуванням юридичної природи позовного провадження, поза увагою лишається окреме та наказне провадження, доказування у яких також є основною складовою, хоча й має свою специфіку; 3) дискусійним питанням лишається коло суб'єктів доказування у цивільних справах.*

[1] Андрійцьо В.Д. Теоретичні проблеми доказування в цивільному судочинстві України: монографія / В.Д. Андрійцьо. – Ужгород: ТОВ «ІВА», 2014. – С. 40 (410).

[2] Андрійцьо В.Д. Теоретичні проблеми доказування в цивільному судочинстві України: монографія / В.Д. Андрійцьо. – Ужгород: ТОВ «ІВА», 2014. – С. 88 (410).

Данилюк Л. Р.,
аспірантка другого року навчання без відриву від виробництва кафедри цивільного права Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника

МИСЛИВСЬКЕ ГОСПОДАРСТВО ЯК ГАЛУЗЬ ВИРОБНИЧОЇ СФЕРИ ГОСПОДАРСТВА

Правові основи ведення мисливського господарства регламентуються Законом України «Про мисливське господарство та полювання». Відповідно до ст. 1 Закону, мисливське господарство як галузь – це сфера суспільного виробництва, основним завданням якого є охорона, регулювання чисельності диких тварин, використання та відтворення мисливських тварин, надання послуг мисливцям щодо здійснення полювання, розвиток мисливського собаківництва.

Як можна зауважити, законодавець даючи офіційне тлумачення мисливського господарства, використовує такі поняття як «галузь» і «сфера суспільного виробництва». З огляду на це, виникає необхідність з'ясувати їх значення, співвідношення між собою та, відповідно, доцільність і коректність їх застосування при визначенні поняття «мисливське господарство».

Перш за все слід зазначити, що структура господарства будь-якої країни, як правило, поділяється на виробничу сферу (сферу матеріального виробництва) і невиробничу сферу (сферу послуг).

Виробнича сфера – це сукупність галузей народного господарства та видів діяльності, які створюють матеріальні блага. Невиробнича сфера – це сукупність галузей і видів діяльності з обслуговування населення та народного господарства, управління ними [1, с. 1419]. Сфери господарства в свою чергу поділяються на галузі. Галузь представляє собою певну ділянку виробництва; сукупність підприємств і організацій, що характеризуються спільністю ознак виробничо-господарської діяльності [1, с. 219].

Тобто, господарство, сфери господарства та його галузі співвідносяться між собою як загальне, часткове і конкретне відповідно.

З урахуванням вищезазначеного, таке нормативне формулювання як «мисливське господарство як галузь – це сфера суспільного виробництва» є не зовсім коректним, оскільки:

1) будь-яка галузь господарства є частиною однієї із сфер господарства

(виробничої або невиробничої), до яких входять й інші галузі, а з формулювання, закріпленого в Законі України «Про мисливське господарство та полювання», складається враження, що галузь мисливського господарства представляє всю виробничу сферу або ж, що виробнича сфера є частиною галузі мисливського господарства;

2) з позиції лексикології слова «галузь» і «сфера» є синонімами, тобто тотожними за значеннями, але різними за звучаннями [2, с. 66; с. 404]. Тобто, визначення одного поняття («галузь») через тотожне йому («сфера») є необґрунтованим;

3) мисливське господарство доцільно розглядати не тільки в значенні галузі господарства, але й як юридичну особу.

Якщо звернутися до законодавства інших держав, то, наприклад, відповідно ст. 1 Федерального закону Російської Федерації «Про полювання і про збереження мисливських ресурсів та про внесення змін в окремі законодавчі акти Російської Федерації», під «охотничьем хозяйством» розуміють сферу діяльності щодо збереження та використання мисливських ресурсів та середовища їх проживання, щодо створення мисливської інфраструктури, надання послуг у даній сфері, а також по закупівлі, виробництву та продажу продукції полювання.

В ст. 1 Закону Республіки Білорусь «Про тваринний світ» закріплено поняття «ведение охотничьего хозяйства» і визначено, що це вид економічної діяльності, пов'язаної з охороною, відтворенням і раціональним використанням диких тварин, які відносяться до об'єктів полювання, спрямованої на організацію полювання та (або) добування мисливських тварин з метою їх використання в економічній діяльності, що здійснюється користувачем мисливських угідь.

Як бачимо, не зважаючи на певні відмінності, в цілому, поняття мисливського господарства за законами України, Російської Федерації і Республіки Білорусь фактично є однаковими за своїм змістовим

© Данилюк Л. Р., 2014

навантаженням. Адже, відповідно до законодавства трьох держав, під мисливським господарством розуміють певну сферу діяльності, яка має відповідні завдання та мету.

Щодо позицій науковців, то В. С. Шахов зазначає, що під мисливським господарствам розуміється система заходів з охорони, відновлення і використання диких тварин та середовища їх проживання, що дозволяє здійснювати полювання найбільш раціонально, науково обґрунтованими методами [3, с. 9].

На думку О. О. Томин, сучасне мисливське господарство – це система організаційно-правових, природоохоронних, господарських та інших заходів, які спрямовані на відтворення, цільове і раціональне використання та охорону мисливських ресурсів в інтересах суспільства [4, с. 10].

Тобто, дослідники визначають мисливське господарство як систему певних заходів. Однак, з їхніми позиціями ми погодитися не можемо, оскільки вони дещо суперечать значенню самого терміну «господарство».

Відповідно до Великого тлумачного словника сучасної української мови за ред. В. Т. Бусела, під господарством розуміється: «1. Сукупність виробничих відносин того чи іншого суспільного укладу; спосіб виробництва. 2. Все, що складає виробництву, служить виробництву; економіка. 3. Галузь якого-небудь виду виробництва; виробнича одиниця. 4. Обладнання інвентар, будівлі і т. ін. якого-небудь виробництва або виробничої одиниці. // розм. Сукупність предметів, речей, належних кому-небудь. 5. Сільськогосподарська виробнича одиниця із знаряддями і засобами виробництва, з ділянкою землі, худобою і т. ін. 6. Виробнича, фінансова і т. ін. сторона побуту» [1, с. 256].

Тому, не цілком коректно визначати мисливське господарство як систему певних заходів. Скоріш за все це сфера діяльності, а точніше галузь господарства, завданнями якої і є здійснення системи відповідних заходів. Мисливське господарство належить до галузей виробничої сфери господарства (сфери матеріального виробництва), адже в результаті його ведення не тільки надаються послуги (як у невиробничій сфері господарства (сфері послуг)), але й створюються матеріальні блага.

На основі вищевикладеного, пропонується викласти поняття мисливського господарства у Законі України «Про мисливське господарство та полювання» викласти в наступній редакції: мисливське господарство – це галузь виробничої сфери господарства основними завданнями якої є: охорона, регулювання чисельності, використання та відтворення мисливських природних ресурсів, збереження, використання та відтворення середовища їх перебування, надання послуг мисливцям щодо здійснення полювання, розвиток мисливського собаківництва, створення мисливської інфраструктури, надання послуг щодо купівлі та продажу продукції полювання.

Список використаних джерел:

1. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К.; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.

2. Практичний словник синонімів української мови / ред. С. Караванський. – 2-ге вид., допов. й опрац. – К. : Українська книга, 2000. – 480 с.

3. Шахов В. С. Право пользования охотничьими угодьями : автореф. дис. на соискание научн. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Колхозное, земельное, водное, лесное, горное право; правовая охрана природы» / В. С. Шахов. – М., 1989. – 24 с.

4. Томин О. О. Правове регулювання мисливства та полювання в Україні (на матеріалах Карпатського регіону) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право» / О. О. Томин. – К., 2009. – 22 с.

Захарова О. С.,
доцент кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук, доцент

ГАРАНТІЇ ЗАХИСТУ ПРАВ ОСОБИ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Процесуальні гарантії – це різновид правових гарантій. Останні прийнято визначати як встановлені законом засоби забезпечення використання, дотримання, виконання і застосування норм права. Є два види правових гарантій – нормативно-правові та організаційно-правові. В свою чергу, нормативно-правові гарантії поділяються на матеріальні і процесуальні [6, 555]. У наведених енциклопедичних джерелах правові гарантії пов'язують з нормами права, їх реалізацією, застосуванням. Якщо звернутися до більш високого рівня узагальнень правових явищ, які забезпечують створення, застосування норм права, то в теорії права цим вимогам відповідає поняття механізму правового регулювання. Механізм правового регулювання – це система правових способів, за допомогою яких здійснюється упорядкування суспільних відносин відповідно до цілей та завдань правової держави. Основні структурні елементи механізму правового регулювання – це норми права, правовідносини та акти реалізації юридичних прав і обов'язків [4, 341]. Таким чином, правомірно процесуальні гарантії в цивільному процесі розглядати як підпорядковане, невід'ємне явище механізму правового регулювання при здійсненні цивільного судочинства. Зазначена постановка питання все ж не дає відповіді про природу процесуальних гарантій. В контексті вищенаведеного визначення правових гарантій процесуальні гарантії, як поняття, в загальному вигляді має також підпорядковуватись цьому визначенню, або, принаймні, не суперечити цій дефініції. Водночас не можна процесуальні гарантії розглядати тільки через механізм засобів забезпечення виконання, застосування норм права або як засоби реалізації принципів цивільного процесуального права.

Видається вкрай спірним аналізувати проблеми правової природи процесуальних гарантій через залучення спірних наукових здобутків в сфері визначення принципів цивільного процесуального права. Водночас не можна не помітити певної суперечливості думок дослідників в цій сфері, коли вони розмірковують про співвідношення принципів цивільного процесуального права і їх реального нормативного визначення в законі. В цьому контексті необхідно погодитись з висновками тих дослідників, які приходять до висновку про неможливість існування принципів цивільного процесуального права як ідеї, певного суспільного погляду без нормативного їх оформлення [1,15; 5,12.]. Видається, що лише у правових нормах принципи набувають загальнообов'язкового значення. В цьому аспекті розрізнити принцип права і певну процесуальну гарантію, коли йдеться про нормативне визначення, наприклад, забезпечення апеляційного, касаційного оскарження судових рішень неможливо і не варто, оскільки це різні сторони одного й того ж правового явища – мети і завдань певного виду судочинства. Між тим процесуальні гарантії, безвідносно до проблем розмежування юрисдикцій спеціалізованих судів, визначені в низці статей Конституції України, зокрема, про процесуальні гарантії йдеться в статтях 8, 55, 59, 61,62,63 та інших. Так, в ст. 55 Конституції проголошено, що кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. В ст. 8 Конституції визначено, що звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується. Гарантоване право на судовий захист кореспондується з конституційними приписами, що визначають обов'язки або правосуб'єктність органів судової влади, зокрема, відповідно до ч. 2 ст. 6 Конституції органи судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України.

Отже, можна зробити висновок, що процесуальні гарантії, в т.ч. в цивільному процесі – це передусім система процесуальних засобів забезпечення реалізації прав учасників певного виду судочинства, визначена Конституцією і Законами України.

Про які процесуальні засоби в цьому випадку йдеться? Передусім необхідно говорити про процесуальні засоби, які забезпечують безумовне виконання завдання цивільного судочинства – це справедли-

© Захарова О. С., 2014

вий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. В теорії цивільного процесу до процесуальних гарантій відносять, окрім власне процесуальних засобів, які забезпечують доступ до правосуддя, процесуальних засобів виправлення судових помилок (забезпечення апеляційного і касаційного оскарження судових рішень) і т.і., ще й організаційні і функціональні принципи цивільного процесуального права [2, 33]. Не заперечуючи допустимість визначення вказаних принципів як процесуальних гарантій, необхідно все ж назвати суб'єктів щодо яких спрямовані ті чи інші процесуальні гарантії. Повертаючись до завдань цивільного судочинства необхідно погодитись, що центральною фігурою в цивільному судочинстві є особа, якій гарантується право звернення до суду за захистом (ст. 3 ЦПК). Звісно, що не менш важливим є гарантування реалізації правосуб'єктності візаві особи, що звертається до суду за захистом, та іншим учасникам цивільного процесу, однак без процесуальних гарантій реалізації права особи на звернення до суду за захистом завдання цивільного судочинства не може бути виконане. Видається, що забезпечення процесуальних прав учасників цивільного процесу, з одного боку, та виконання процесуальних обов'язків іншими суб'єктами цивільного судочинства, це власне квінтесенція процесуальних гарантій. Інший висновок полягає в тому, що права і гарантії не можна змішувати. В науковій літературі зазначається, що конструювання прав має супроводжуватися конструюванням засобів і умов їх забезпечення. Не можна вважати, що встановлення певного права автоматично тягне його гарантію.

В науковій літературі справедливо зазначається, що для забезпечення гарантій прав в процесі першочергове значення мають: 1) законодавче встановлення прав учасників процесу; 2) законодавча регламентація умов забезпечення прав учасників процесу; 3)точне виконання посадовими особами приписів законів щодо забезпечення гарантій прав учасників процесу; 4) знання власних прав і обов'язків учасниками процесу та безумовне їх виконання [3, 15].

Список використаних джерел:

1. Андрушко А.В. Принцип диспозитивності цивільного процесуального права України: Моногр. – Х.: Консум, 2006. – 172 с.;

2. Васильєв С.В. Гражданський процес: учебное пособие / С.В.Васильев. – Харьков: Одиссей, 2006. – 512 с.

3. Выдря М. Уголовно-процессуальные гарантии в суде. – Краснодар, -1980. – 74 с.

4. Теория государства и права / Под ред.В.Г.Стрекозова. –М.: -1996. -534 с.

5. Тертышников В.И. Гражданский процесс: Курс лекций. Х.: РИРЕГ, 1995. – 228 с.

6. Юридична енциклопедія: В 6 т. / редкол.: Ю.С.Шемшученко та ін. – К.: Укр. енцикл. 1998. – Т. 1: А-Г. – 672 с.

Коваленко Т. С.,
Могилевский государственный университет имени А.А.Кулешова, факультет экономики и права (г. Могилев, Республика Беларусь)

ПРЕОБРАЗОВАНИЕ УНИТАРНОГО ПРЕДПРИЯТИЯ В ОТКРЫТОЕ АКЦИОНЕРНОЕ ОБЩЕСТВО КАК СПОСОБ ПРИВАТИЗАЦИИ ГОСУДАРСТВЕННОГО ИМУЩЕСТВА

Социально-экономические реформы, проводимые в последнее время в Республике Беларусь, привели к развитию предпринимательской деятельности и расширению числа ее субъектов. Одной из наиболее распространенных организационно-правовых форм коммерческих организаций в нашей стране стали открытые акционерные общества. В основном бурный рост распространения акционерных обществ произошел благодаря процессу приватизации государственного имущества, в результате которого в самых различных отраслях экономики возникли десятки тысяч новых открытых акционерных обществ, среди которых как множество сравнительно небольших бывших государственных унитарных предприятий, так и являющиеся основой национальной экономики предприятия-гиганты.

Приватизация государственных предприятий является одним из основных направлений рыночных реформ и на нынешнем этапе развития экономических отношений в Республике Беларусь. Процессу приватизации отводится немаловажная роль в экономической реформе, которая нацелена на построение социально ориентированной рыночной экономики и обеспечение реального многообразия форм собственности. Приватизация государственной собственности в Республике Беларусь – широкомасштабное и во многом противоречивое экономико-правовое явление.

Так, согласно Закона «О приватизации государственного имущества и преобразовании государственных унитарных предприятий в открытые акционерные общества» от 19.01.1993 г. № 2103-XII (в ред. 16.07.2010 г.) в качестве одного из способов приватизации государственной собственности, выступает преобразование государственного унитарного предприятия в открытое акционерное общество.

По своим процедурам приватизация унитарного предприятия в открытое акционерное общество является его реорганизацией путем преобразования. Под реорганизацией можно понимать прекращение деятельности реорганизуемого лица и (или) возникновение новых юридических лиц, сопровождающиеся передачей имущественных прав и обязанностей между этими юридическими лицами (от прекращающего деятельность общества к его правопреемнику или возникающему лицу от его правопредшественника) в порядке общего или частного правопреемства. При реорганизации в форме преобразования происходят прекращение деятельности реорганизуемого и возникновение нового лица. Таким образом, в отличие от остальных форм реорганизации, при преобразовании количество участников гражданского оборота не изменяется, а возникшее юридическое лицо обладает имуществом в том же объеме, что и реорганизованное.

В научных целях следует разделить процедуру преобразования унитарного предприятия в открытое акционерное общество как процесса приватизации государственного предприятия на три этапа:

1) разработка плана (программы) приватизации и его утверждение Правительством Республики Беларусь;

2) подготовка предприятия к приватизации и принятие решения об условиях приватизации;

Здесь следует отметить, что в случае преобразования унитарного предприятия, имеющего в своем составе объекты культурного наследия (памятники истории и культуры) необходимо размещать условия охранного обязательства не в самом тексте решения об условиях приватизации, а оформлять их в виде отдельного решения, либо в виде приложения к решению об условиях приватизации. Условия охранного обязательства – это достаточно объемный документ, поэтому нецелесообразно включать их в решение об условиях приватизации.

3) преобразование унитарного предприятия в открытое акционерное общество с участием государства.

Следует говорить о том, что преобразование унитарных предприятий в акционерные общества как способ приватизации государственного имущества содержит исчерпывающий перечень видов такого преобразования:

© Коваленко Т. С., 2014

– преобразование предприятия в открытое акционерное общество, 100% акций которого находится в государственной собственности,

– преобразование предприятия с закреплением части акций в государственной собственности при продаже остальных (незакрепленных) акций,

– преобразование с использованием специального права («золотой акции»). Фактически ограничения в приватизации в этом случае не происходит, так как акции продаются в соответствии с планом (программой) приватизации, однако существенно уменьшаются возможности органов управления акционерного общества по управлению последним.

Нужно отметить, что преобразование предприятия в открытое акционерное общество приобретает определенную специфику, если посмотреть на нее с точки зрения трансформации вещных прав на имущество предприятия. Напомним, что предприятие не обладает правом собственности на закрепленное за ним имущество, имея лишь ограниченное вещное право. Имущество предприятия в рассматриваемом случае находится либо в республиканской, либо в коммунальной собственности. Таким образом, при преобразовании происходит трансформация вещного права собственника имущества предприятия (право собственности) в обязательственное право в отношении имущества созданного открытого акционерного общества. Право собственности же на данное имущество переходит из государственной собственности в частную собственность возникшего общества. Однако в отдельных случаях законодательство предусматривает, что имущество предприятия передается акционерному обществу не на праве собственности, а на праве безвозмездного пользования либо вообще не подлежит передаче возникшему акционерному обществу [1].

Можно сделать вывод о том, что в указанном процессе открытое акционерное общество, созданное путем преобразования унитарного предприятия, становится его правопреемником, безусловно, по передаточному акту, получает все имущество и обязательства унитарного предприятия, но конечная цель приватизации при этом не может быть достигнута. Признавать преобразование унитарных предприятий в открытые акционерные общества как таковое собственно приватизацией независимо от последующей продажи акций в частную собственность представляется не совсем верным, что подтверждается и природой законодательства о приватизации.

Законодательство о приватизации рассматривает открытые акционерные общества как преимущественную и оптимальную организационно-правовую форму вновь создаваемого субъекта, который будет хозяйствовать на базе приватизируемого имущества в отличие от других форм собственности. Преимущества акционерного общества перед обществом с ограниченной ответственностью состоят в том, что акционера невозможно исключить из общества (в отношении участника общества с ограниченной ответственностью исключение возможно) и акционерное общество гарантированно защищено от уменьшения капитала из-за выхода участников (за редкими исключениями выйти из акционерного общества можно лишь найдя покупателя акций) Открытое акционерное общество более удобно для привлечения внешних инвесторов, нежели закрытое, поскольку количество его участников не ограничено определенным количеством. Отчуждение его акций не затруднено преимущественным правом других акционеров на их покупку. Следовательно, именно данная организационно-правовая форма оптимальна для концентрации крупного капитала, реализации дорогостоящих проектов [3].

Для любого цивилизованного государства законодательство, регулирующее вопросы приватизации является одним из основных законов экономического оборота. Очевидно, что оно имеет важное значение как для индивидуальных предпринимателей, так и для субъектов малого и среднего предпринимательства.

Список использованных источников:

1. Войтович, Г. И. Особенности преобразования государственного унитарного предприятия в открытое акционерное общество / Г. И. Войтович // Консультант Плюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ.Беларусь. – Минск, 2014.

2. О приватизации государственного имущества и преобразовании государственных унитарных предприятий в открытые акционерные общества : Закон Респ. Беларусь, 10 янв. 1993 г., №-2103-XII : в ред. Закона Респ. Беларусь от 16.07.2010 г. // Консультант Плюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ.Беларусь. – Минск, 2014.

3. Национальный Интернет-портал Республики Беларусь [Электронный ресурс] / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2014. – Режим доступа : http://www.dissercat.com. – Дата доступа : 11.04.2014.

Кравець І. М.,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри господарського права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ОЗНАКИ ЦЕНТРІВ ГОСПОДАРСЬКИХ СИСТЕМ

У сучасних умовах розвитку господарювання актуальним вбачається дослідження правового становища господарських систем, оскільки порівняно з господарськими системами колишнього СРСР змінилися їх призначення, принципи утворення, порядок взаємодії між центрами господарських систем та підпорядкованими їм учасниками таких систем. У радянській господарсько-правовій доктрині господарські системи та їх складові досліджувалися в аспекті удосконалення системи управління соціалістичною економікою такими науковцями як: Коняєв М. І., Лаптев В. В., Мамутов В. К., Пилипенко А. Я., Плекан А. М., Пронська Г. В., а в адміністративно-правовій доктрині того часу такими вченим як: Алєхин О. П., Бачило І. Л., Вишняков В. Г., Козлов Ю. М.

З огляду на призначення сучасних господарських систем, організації порядку їх функціонування та притримуючись положення щодо подібності всіх господарських систем за основними складовими [1, с. 15, 16] можна дати таке визначення поняття господарської системи: «Господарська система – це комплекс взаємодіючих суб'єктів господарювання та суб'єктів організаційно-господарських повноважень, створений/сформований в установленому порядку з метою забезпечення ефективності організації та здійснення господарської діяльності учасниками комплексу (центром системи та підпорядкованими йому суб'єктами) шляхом взаємного дотримання ними своїх прав та виконання обов'язків, який функціонує на базі матеріальних ресурсів (майна), які належать учасникам такого комплексу на праві власності та/або інших правових титулах відповідно до законодавства».

На сьогодні в Україні функціонують господарські системи, що є традиційними для економіки України (галузі економіки, очолюваними господарськими міністерствами; господарські системи, центрами яких виступають господарські об'єднання; холдингові групи на чолі з холдинговими компаніями; групи дочірніх підприємств унітарного та корпоративного типу, що контролюються материнськими організаціями) та новітні господарські системи (групи професійних організацій, що спеціалізуються на певному виді господарської діяльності, наприклад, професійних учасників фондового ринку, адміністраторів недержавних пенсійних фондів, оптових ринків сільськогосподарської продукції, що входять до відповідних саморегулівних організацій, наділених низкою організаційно-господарських повноважень щодо своїх учасників; учасників відносин державно-приватного партнерства).

Одним з учасників господарських систем, що здійснюють організаційно-господарські повноваження по відношенню до підпорядкованих їм учасників господарської системи є центри таких систем.

На думку Лаптева В. В. центр господарської системи – це уособлення того спільного, що об'єднує її ланки для досягнення цілей діяльності системи. Ці цілі здійснюються на окремих ділянках низовими ланками, а в масштабах всього виробничо-господарського комплексу – системою в цілому та її центром, що забезпечує досягнення як загальних, так і приватних цілей господарської системи із збереженням економічної та правової самостійності її ланок [2, с. 67].

Саме завдяки керуючій діяльності центра господарської системи, наголошувала Пронська Г. В., відбувається організаційно-функціональна консолідація системи, посилюється виробничо-технічна пов'язаність та економічна спільність виробничо-господарського комплексу – господарська система стає єдиним відносно автономним підрозділом народногосподарського комплексу. Проте інтегруючі можливості центра господарської системи не безмежні, при підпорядкуванні великої кількості підприємств центр не може враховувати у своїх організуючій діяльності роль та значення кожного з них у функціонуванні виробничо-господарського комплексу, в повній мірі знати та забезпечувати ефективне використання господарського потенціалу. Запобігти цьому можна, підкреслювала вчена, шляхом створення всередині господарської системи інтегрованих об'єднань зі своїми організуючими центрами – господарських систем нижчого порядку [3, с. 25–26].

© Кравець І. М., 2014

З огляду на вищевикладене, уявляється обґрунтованим виокремлення таких ознак центра сучасної господарської системи:

1) основне призначення – здійснення організаційно-господарських повноважень по відношенню до підпорядкованих йому учасників господарської системи, в тому числі шляхом забезпечення чіткої системи взаємодії між центром господарських систем та підпорядкованими центру учасниками господарської системи, а також учасниками господарських систем між собою;

2) організаційно-господарські повноваження набуваються шляхом їх делегування самими учасниками господарських систем та/або на підставі нормативно-правових актів та/або встановлення вирішального впливу на формування складу органів управління та контролю учасників господарської системи, результати голосування на загальних зборах та прийняття рішень цими органами, завдяки володінню контрольним пакетом акцій (відповідною часткою в статутному капіталі);

3) обсяг тих організаційно-господарських повноважень, що набуваються центром господарських систем по відношенню до підпорядкованих йому (у межах таких повноважень) учасників господарських систем визначається у нормативно-правових актах, установчих документах господарських об'єднань, організаційно-господарських договорах тощо;

4) у ході реалізації своїх повноважень приймає обов'язкові рішення для підпорядкованих йому учасників господарської системи;

5) здійснює контроль по відношенню до підпорядкованих йому учасників господарської системи;

6) повинен нести відповідальність перед підпорядкованими йому учасниками господарських систем та/або їх кредиторами за збитки, спричинені внаслідок реалізації своїх організаційно-господарських повноважень.

Отже, оскільки, центри господарських систем забезпечують ефективне функціонування всієї господарської системи, в подальшому потребують дослідження питання правового становища центра господарської системи, в тому числі класифікація центрів господарських систем, визначення характеру взаємовідносин між центром господарської системи та підпорядкованими йому учасниками цих господарських систем, межі та умови відповідальності центра господарської системи перед підпорядкованими йому учасниками та/або їх кредиторами.

Список використаних джерел:

1. Вінник О. М. Господарське право: навчальний посібник. 2-е вид., змін. і доповн. / Вінник О. М. – К. : Правова єдність, 2008. – 766 с.

2. Лаптев В. В. Правовая организация хозяйственных систем / Лаптев В. В. – М. : Юридическая литература, 1978. – 168 с.

3. Пронская Г. В. Правовая организация отраслевых хозяйственных систем (на примере Украинской ССР) / Пронская Г. В. – К. : Издательское объединение «Вища школа», 1985. – 129 с.

Лідовець Р. А.,
кандидат юридичних наук, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін Інституту права ім. І. Малиновського Національний університет «Острозька академія»

ПРОБЛЕМА ВИБОРУ ВИДУ ДОГОВОРУ ДЛЯ ЗДІЙСНЕННЯ ПЕРЕВЕЗЕННЯ ВАНТАЖУ

Для задоволення потреб у здійсненні перевезень вантажів учасники цивільних відносин можуть скористатися передбаченими Цивільним кодексом України договірними моделями. До них слід віднести договір перевезення вантажу та договір транспортного експедирування.

Згідно ч. 1 ст. 909 Цивільного кодексу України за договором перевезення вантажу одна сторона (перевізник) зобов'язується доставити довірений їй другою стороною (відправником) вантаж до пункту призначення та видати його особі, яка має право на одержання вантажу (одержувачеві), а відправник зобов'язується сплатити за перевезення вантажу встановлену плату.

Відповідно до ч. 1 ст. 929 Цивільного кодексу України за договором транспортного експедирування одна сторона (експедитор) зобов'язується за плату і за рахунок другої сторони (клієнта) виконати або організувати виконання визначених договором послуг, пов'язаних з перевезенням вантажу.

Порівнюючи ці поняття можна зробити висновок, що перевезення – це послуга фактичного характеру, яка полягає у переміщенні вантажу з одного пункту в інший та передача його одержувачу. Транспортне експедирування – це організація перевезення, що може передбачати обов'язок укладення експедитором кількох договорів зокрема і договору перевезення вантажу, надання послуг щодо сплати обов'язкових платежів, оформлення накладних, зберігання вантажу а також інші послуги яких потребує процес перевезення.

Таким чином вантаж може бути перевезений за допомогою будь-якого із зазначених договорів. Відмінність полягає у тому, що договір транспортного експедирування вимагає менших зусиль від відправника і одержувача. У договорі перевезення відправник самостійно виконує організацію укладення та виконання цього договору, пошук перевізників тощо. При транспортному експедируванні усі зазначені дії виконує експедитор. Також суттєва різниця між ними полягає у обсязі відповідальності учасників..

Якщо виходити з критерію інтересів сторін, то використання безпосереднього договору перевезення є найбільш вигідним для вантажовідправника. Саме за такої умови істотно збільшуються шанси відправника вантажу стягнути можливі збитки, оскільки відповідальність перевізника, що ґрунтується на презумпції його винуватості, у достатній мірі гарантуватимуть його інтереси. Однак, у разі необхідності здійснення перевезень вантажу різними видами транспорту та різними перевізниками, робота відправника безпосередньо з перевізниками досить часто вимагатиме значно більше витрат і зусиль. У такому разі доцільно залучити для цього спеціального суб'єкта – експедитора. Саме на нього можна перекласти функції розробки маршруту, пошуку перевізників, забезпечення мінімізації часу перевезення. При використанні договору транспортного експедирування відправник або одержувач вантажу має приділити значну увагу якісному правовому захисту відповідних відносин.

Найпершою обставиною, на яку слід звернути увагу є встановлення у ч. 3 ст. 9 Закону України Про транспортно-експедиторьку діяльність переліку істотних умов договору транспортного експедирування. Це означає, що сторони цього договору мусять обов'язково дійти згоди та включити до тексту договору усі ці умови. У іншому разі такий договір може бути визнаний неукладеним і, як наслідок, одна із сторін може бути позбавлена можливості захистити свої права Наприклад клієнт на зможе притягнути до відповідальності експедитора через посилання останнього на відсутність між ними договору а отже і відповідальності за його невиконання. Таке, на жаль, на практиці трапляється. Поширеним є неузгодження чіткого розміру оплати послуг експедитора. З метою усунення такої підстави визнання договору транспортного експедирування неукладеним пропонується надати сторонам свободу у визначення умов цього договору.

І нарешті найважливішим аспектом у виборі між перевезенням та транспортним експедируванням є питання відповідальності. Порівнюючи за обсягом відповідальність на стороні виконавця у випад-

© Лідовець Р. А., 2014

ках укладення договору перевезення та договору транспортного експедирування можна з впевненістю стверджувати, що у першому випадку він значно більший. Перевізник є відповідальний за прострочення прийняття вантажу до перевезення, за прострочення його доставки, втрату недостачу або пошкодження вантажу при перевезенні. Крім того, на користь замовника послуги є встановлена законом презумпція вини перевізника, що проявляється в обов'язку доведення обставин, які могли б звільнити перевізника від відповідальності.

Експедитор на відміну від перевізника відповідає перед клієнтом за кількість місць, вагу, якщо проводилося контрольне зважування у присутності представника перевізника, що зафіксовано його підписом, належність упаковки згідно з даними товарно-транспортних документів, що завірені підписом представника перевізника, якщо інше не встановлено договором транспортного експедирування (ч. 1 ст. 14 Закону України Про транспортно-експедиторьку діяльність). Тобто його відповідальність є вужчою, що вимагає більшої уваги для врегулювання питання відповідальності експедитора в договорі. Експедитор за договором зобов'язаний, як правило, лише організувати перевезення, на відміну від перевізника який має обов'язок доставити ввірений безпосередньо йому вантаж до місця призначення. Недоліком законодавства слід вважати невизначеність поняття «організація перевезення». Тому лише самі сторони договору можуть визначити обсяг цього поняття, конкретизувавши які саме дії має вчинити експедитор. Обов'язок безпосереднього здійснити перевезення вантажу покладається на експедитора вкрай рідко, лише тоді, коли експедитором виступає транспортна компанія.

Таким чином в інтересах відправника або одержувача вантажу є забезпечення такої конструкції договору, яка б наділяла їх можливістю стягнення з експедитора збитків, навіть у разі невиконання договору перевезення з вини перевізника, а не самого експедитора. Інтерес експедитора натомість у тому щоб розмір його відповідальності перед клієнтом не перевищив обсягу відповідальності перевізника перед самим експедитором. Саме на врахування цих обставин має бути спрямована діяльність сторін при виборі моделі договору, що буде обслуговувати процес перевезення та при визначенні його умов.

Сприяло б досягненню цих завдань удосконалення чинного законодавства у цій сфері А саме варто надати сторонам договору транспортного експедирування свободу у визначення умов цього договору. Також покращило б ситуацію з регулюванням цього договору визначення на законодавчому рівні поняття «організація перевезення».

Мирзоян Р. Э.,
кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского и арбитражного процесса Адыгейского государственного университета (Россия)

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ДЕНЕЖНО-КРЕДИТНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ИНВЕСТИЦИОННЫХ ПРОЦЕССОВ

Проблема осуществления инвестиционной деятельности остается актуальной, прежде всего потому, что активность потенциальных инвесторов сдерживается страхом за потерю вложенных капиталов. Так как основу предпринимательской деятельности составляет расчет, основанный на экономических показателях с учетом действующих правовых норм, то даже риск в данном случае является «расчетной единицей» при осуществлении планово-прогнозной деятельности[3].

Геополитические проблемы на фоне начавшегося в предыдущие годы исчерпания традиционных источников экономического роста стали серьезным вызовом для российской экономической политики в целом и денежно-кредитной политики в частности. В условиях возросшей неопределенности как никогда важно создавать четкие ориентиры для населения и бизнеса, способствуя развитию внутренних долгосрочных инвестиций и росту экономики[2].

Эффективность инвестиционной деятельности напрямую связана с необходимостью совершенствования законодательной базы, регулирующей инвестиционные отношения.

Инвестиционные процессы в России невозможно представить без основного способа реализации денежно-кредитной политики, а именно денежно-кредитного регулирования.

Центральный банк постоянно изучает состояние денежного обращения и инвестиционных процессов. Он располагает целой системой экономических и административных методов. Федеральный закон «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» определил основные инструменты денежно-кредитного регулирования Банка России: процентные ставки по операциям Банка России; нормативы обязательных резервов, депонируемых в Банке России (резервные требования); операции на открытом рынке; рефинансирование банков; валютное регулирование; установление ориентиров роста денежной массы; прямые количественные ограничения[1]. Таким образом, Правительство РФ разрешило Банку России широко использовать в целях укрепления денежного обращения как экономические, так и административные методы регулирования.

Административные методы денежно-кредитного регулирования основаны на установлении государством или его органом для субъектов денежно-кредитных отношений обязательных к исполнению норм и нормативов. Данные методы регулирования базируются на экономическом принуждении субъектов денежно-кредитных отношений. Следует отметить, что в условиях рыночного хозяйства широкое применение таких методов регулирования может привести к отрицательным последствиям, поскольку они противоречат основным принципам организации рыночной экономики.

В условиях рыночной экономики более приемлемо применение экономических (косвенных) методов денежно-кредитного регулирования. Дифференциация норм обязательного резервирования – один из способов увеличения инвестиционных возможностей в экономике.

В целях повышения эффективности инструментов денежно-кредитной политики Банк России продолжает работу, направленную на повышение доступности операций рефинансирования Банка России для кредитных организаций, включая возможность расширения перечня активов, используемых в качестве обеспечения по указанным операциям, в том числе за счет золота.

Банк России продолжает использование обязательных резервных требований в качестве инструмента регулирования ликвидности банковского сектора и сдерживания инфляционных процессов. В зависимости от изменения макроэкономической ситуации, состояния ресурсной базы российских кредитных организаций Банк России может принять в 2015 году решение относительно изменения нормативов обязательных резервов и их дифференциации. Дальнейшее развитие процентной политики Банка России будет направлено на совершенствование системы инструментов денежно-кредитного

© Мирзоян Р. Э., 2014

регулирования, сужение коридора процентных ставок, внедрение системы рефинансирования под единый пул обеспечения[2].

Для сохранения высоких темпов роста экономики, и, в частности, инвестиций в основной капитал и притока иностранных инвестиций Правительством РФ принимаются меры, направленные на улучшение инвестиционного климата и привлечение иностранных стратегических инвесторов, прежде всего в транспортную и энергетическую инфраструктуру, телекоммуникации, цифровое телевидение.

Денежно-кредитное регулирование должно способствовать расширению инвестиционных процессов в реальном секторе народного хозяйства, стимулировать политику накоплений в национальной денежной единице как резидентов, так и не резидентов РФ, укреплению банковской (поощрение банков, работающих с реальным сектором экономики) и финансовой систем (ограничение активности Банка России на рынке государственных долговых обязательств).

На современном этапе развития национальной экономики необходимо применение методов денежно-кредитного регулирования для стимулирования инвестиционных процессов.

Список использованных источников:

1. Российская Федерация. Законы. О Центральном банке Российской Федерации (Банке России): федер. закон от 10.07.2002 г. № 86-ФЗ: принят Гос. Думой РФ 27 июля 2002 г. // Собрание законодательства РФ. – 2002. – № 28. – Ст. 2790.

2. Основные направления единой государственной денежно – кредитной политики на 2015 год и период 2016 и 2017 годов (проект) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: www.cbr.ru

3. Марамыгин, М. С. Денежно-кредитная политика в системе государственного регулирования инвестиций: дис. … док. экон. наук [Электронный ресурс] / М. С. Марамыгин. – М., 2003. – 370 с. – Режим доступа: http: // diss.rsl.ru

Погорецька Н. В.,
доцент кафедри міжнародного права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», кандидат юридичних наук, доцент

ІНСТИТУТ ОБХОДУ ЗАКОНУ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Історія виникнення інституту обходу закону сягає ще римського права, у межах якого виникнення зазначеного інституту пов'язували з потребою у правовому інструментарії, за допомогою якого можливо було обґрунтувати незаконність дій у зв'язку з невідповідністю результату цілям закону. Такий підхід до визначення обходу закону призвів до досить широкого його трактування, а тому пізніше у Стародавньому Римі він трансформувався у новий, якому однак також були властиві невизначеність та розпливчастість. Під обходом закону почали розуміти неправомірні дії, яким у певний спосіб намагалися надати правомірного вигляду.

На сьогодні також існує декілька підходів до розуміння обходу закону. Традиційно ж під ним розуміють штучне, цілеспрямоване, свідоме створення колізійної прив'язки до іншої правової системи з метою обійти небажаний правопорядок, що містить імперативні норми по відношенню до конкретних правовідносин, і забезпечити застосування іншої, бажаної, правової системи та, як наслідок, не підпорядковувати зазначені правовідносини цим імперативним нормам.

Обхід закону – це свідомо обраний суб'єктом правовідносин варіант поведінки, який виступає засобом для досягнення певної мети. Обійти закон можна лише не порушивши його, принаймні не порушивши нормативно-правові приписи, що сформульовані законодавцем. Отже, можна говорити про обхід закону як правомірну поведінку, але правомірну лише за формальними ознаками.

Окремі науковці розглядають обхід закону як можливу поведінку суб'єкта права. При цьому, на їх погляд, обхід закону – це різновид зловживання правом, тобто це така можлива поведінка, яка не була врахована законодавцем при встановленні юридичних прав та обов'язків в контексті врегулювання відповідних суспільних відносин. Отже, під обходом закону слід розуміти форму поведінки, яка є цілеспрямованим використанням суб'єктом правовідносин недосконалості законодавства.

У багатьох провідних країнах світу, таких як Німеччина, Австрія, Швейцарія, питання обходу закону не закріплено в законодавстві. Із цього приводу А. О. Філіп'єв зазначає, що позиція європейського законодавця стосовно даного інституту є більш зваженою (в джерелах міжнародного права ЄС не міститься положення про обхід закону), оскільки закріплення заборони обходу закону, хоча і створює додаткові захисні механізми, однак суперечить принципу автономії волі.

Міжнародному приватному праву притаманними є два, з першого погляду, взаємовиключних інститути, а саме – це «обхід закону», та автономія волі сторін. Ознайомившись лише з дефініціями, які закріплені у ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право», можна зазначити, що вказані інститути є самостійними за своїм змістом та не виключають один одного, не дивлячись на те, що з одного боку інститут автономії волі сторін надає змогу сторонам підпорядковувати свої відносини будь – якому праву на їх вибір, а з іншого боку такі дії сторін призводять до нікчемності дій спрямованих на зміну правопорядку, який регулює існуючі відносини.

Не дивлячись на тривалий час існування та доктринального дослідження зазначених інститутів, на сьогоднішній день не вироблено єдиної та узгодженої наукової позиції щодо питання про їх співвідношення.

Існують різні підходи щодо визначення та співвідношення даних інститутів. Загалом можна виокремити декілька точок зору.

Першою є думка, відповідно до якої інститут обходу закону є пережитком римського права. Тобто, на певному етапі дана концепція відіграла свою роль, але на сучасному етапі розвитку суспільних відносин, в умовах глобалізації приватноправових відносин, цей інститут є непотрібним. ЇЇ коріння –у епосі формування традиційних колізійних норм. Його функції цілком можуть виконувати такі інститути, як застереження про публічний порядок та імперативні норми. На противагу цьому, роль принципу

© Погорецька Н. В., 2014

автономії волі сторін, як і засади свободи договору, постійно зростає і саме автономія волі має відігравати провідну роль та визначати вектор подальшого розвитку й глобалізації приватних відносин.

Другий підхід є суміжним із першим, однак його необхідно виділити в окрему думку через підстави, за яких автори надають перевагу принципу автономії волі сторін. Відповідно до цього підходу інститут автономії волі сторін повинен займати чільне місце, оскільки приватноправові відносини, як відносини між рівними суб'єктами, мають регулюватись за ініціативою таких суб'єктів, а не велінням третьої сторони, якою у разі встановлення правил прив`язки відмінних від lex voluntatis є держава, законодавством якої визначаються умови договорів (угод, контрактів) без можливості зміни їх сторонами.

Третім є більш поміркований підхід, відповідно до якого інститут обходу закону та автономія волі сторін дійсно є такими, що виключають одночасне їх застосування до одних й тих самих відносин. У зв'язку з чим необхідно розмежовувати для яких відносин є характерним правило автономії волі сторін, а для яких – застосування наслідків обходу закону у випадку вчинення сторонами дій, спрямованих на зміну правопорядку, встановленого законом.

Проблемним аспектом співвідношення досліджуваних явищ залишається їх дія в цивільних відносинах. Однак такі проблеми мають більше науковий характер, ніж емпіричний, оскільки в національному законодавстві чітко встановлені правила прив'язок для цього виду правовідносин. Якщо сторонами цивільних відносин здійснюється обхід колізійної норми, що встановлює правило прив'язки без можливості застосування автономії волі сторін, то в такому разі повинні застосовуватись наслідки обходу закону. Виходячи з аналізу положень Закону України «Про міжнародне приватне право», такі колізійні норми предметом свого регулювання в обсязі містять відносини, які мають зв'язок з публічними елементами правовідносин, зокрема державою, державною реєстрацію, державним контролем тощо.

Важливу частину предмета міжнародного приватного права, поряд із цивільними, займають трудові, сімейні, земельні та господарські відносини. Особливістю вказаних груп відносин є суміщення в них ознак як приватного, так і публічного характеру. Саме через ці особливості предмета міжнародного приватного права приватні відносини розуміються у широкому значенні, тобто, між юридично рівними суб'єктами.

Таким чином, співвідношення інституту обходу закону та інституту автономії волі сторін необхідно здійснювати враховуючи особливості предмета регулювання міжнародного приватного права. Залежно від характеру зазначених інститутів варто відрізняти їх вплив у різних групах відносин.

Говорячи про співвідношення досліджуваних інститутів, варто одразу підкреслити, що вони досить істотно різняться. При автономії волі сторони мають можливість встановити правопорядок шляхом домовленості. Домовленість про вибір права, відповідно до національного законодавства, може бути здійсненна явно вираженими діями або прямо випливати з дій сторін правочину, умов правочину чи обставин справи, які розглядаються в їх сукупності, якщо інше не передбачено законом. А при обході закону утворення прив'язки можливе лише за умови вчинення дії сторонами. Тобто сторони мають здійснити об'єктивно виражені акти волевиявлення, які мають юридичні наслідки й утворюють прив'язки до іншого правопорядку ніж той, за яким мають регулюватись такі дії.

Таким чином, принцип автономії волі діє доти, доки воля суб'єктів самостійна та не обмежена, тобто пов'язана зі сферою договірних відносин. А якщо воля суб'єктів не самостійна, то повинна виходити з існуючих обмежень, які містяться у відповідних імперативних положеннях, що мають як колізійну так і матеріально-правову природу та які не можна обійти за згодою сторін, оскільки мають особливе значення для захисту публічного порядку держави. Саме ця задача і покладена на інститут «обходу закону», який призваний забезпечувати додержання закріплених в законодавстві імперативних вимог.

У вітчизняній правовій науці обґрунтовується функціональна і змістова відмінність між обходом закону та застереженням про публічний порядок й імперативними нормами. Прибічники цієї позиції переконані, що останніх двох застережень цілком достатньо аби захистити національний правопорядок від небажаного застосування іноземного права. Однак існує й протилежна точка зору, відповідно до якої заміни обходу закону застереженням про публічний порядок та імперативними нормами не може бути в силу відмінностей предмета правового регулювання.

Так, предметом обходу закону виступає недійсність угод та інших дій, спрямованих на виключення об'єктивно застосовного в силу закону права і, як наслідок, застосування іншого права. Предметом застереження про публічний порядок є виключення застосування іноземного права, якщо воно протирічить публічному порядку країни. При цьому метою визнання недійсною угоди, вказаної в нормі про

обхід закону, є не забезпечення застосування lex fori, а лише створення умов для застосування права відповідно до колізійних норм.

Обхід закону є важливим інститутом міжнародного приватного права та виступає одним із регуляторів приватноправових відносин, ускладнених іноземних елементом. У зв'язку із цим не можна погодитись з думкою про те, що норма про обхід закону є непотрібною, а її функції цілком можуть виконувати такі інститути, як застереження про публічний порядок та імперативні норми. Також замінити обхід закону застереженням про публічний порядок та імперативними нормами не можна з огляду на відмінності в предметі правового регулювання. Інститут обходу закону на сьогоднішній день відіграє провідну роль та наряду з принципом автономії волі сторін визначає вектор подальшого розвитку й глобалізації приватноправових відносин.

Список використаних джерел:

1. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 № 2709-IV. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2709-15

2. Філіп'єв А.О. «Вибір права та його обмеження в джерелах міжнародного приватного права ЄС та України порівняльно-правовий аналіз»/ А.О. Філіп'єв //Адвокат, (144)/2012. –№ 9. – С. 23-28.

3. Задорожна С.М. Автономія волі як колізійно-правова норма / С.М. Задорожна // Науковий вісник Чернівецького університету. Вип. 435. – Правознавство. – Чернівці: Рута, 2008. – С. 62-65.

4. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15

5. Онищенко Г.В. Автономія волі як основоположний принцип при визначенні права, що підлягає застосуванню до довірчих відносин з іноземним елементом / Г.В. Онищенко // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – №3. – С. 77-80.

6. Принципы международных коммерческих договоров (принципы УНИДРУА (UNIDROIT) от 01.01.1993 года. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. – Model Clause. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.unidroit.org/english/principles/model.html

7. Кибенко Е.Р. Международное частное право: Учебно-практическое пособие. – Х.: Еспада, 2003. – 512 с.

8. Муранов А.И. «Обход закона» в международном частном праве: мнимости актуальности и надуманности проблем». – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.mgimo.ru/files/15292/muranov_27.pdf

9. Кисіль В. І. Міжнародне приватне право: питання кодифікації: 2 вид., доповн. і переробл. / В. І. Кисіль // – К.: Україна, 2005. – 480с.

10. 10.Кудашкин В.В. Актуальные вопросы международного частного права. / В.В. Кудашкин // – М.:Волтерс Клувер, 2004. – 160 с.

11. 11.Кудашкин В.В. «Актуальные проблемы доктрины обхода закона в международном частном праве». – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.rospravo.ru/files/sites/f8c0b57b83bf3abbddd3f80ed8cc4b6a.pdf

Трудове право.
Право соціального забезпечення

Трудовое право.
Право социального обеспечения

Labour Law. Social security Law

Алмаева Ю. О.,
Набережночелнинский филиал ИЭУиП (г. Казань)

ПРОБЛЕМА ИСПОЛЬЗОВАНИЯ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ ПРИ СОВЕРШЕНСТВОВАНИИ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РФ

Во многом невысокое качество трудового законодательства РФ, думается, связано с тем, что не обеспечивается активно взаимосвязь судебной практики с законопроектной деятельностью [1]. Хотя, конечно, существуют примеры, когда трудо-правовые понятия, сформулированные судебными органами, приобретали в дальнейшем законодательную основу. Например, на основании п. 42 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 [2]был уточнен пп. «б» п. 6 ст. 81 ТК РФ, в результате чего стало ясно, что под появлением работника на работе в состоянии алкогольного, наркотического или иного токсического опьянения понимается его появление в таком состоянии на своем рабочем месте либо на территории организации – работодателя или объекта, где по поручению работодателя работник должен выполнять трудовую функцию.

Безусловно, использование актов официального судебного толкования при конкретизации в законодательстве о труде правовых положений имеет практическое значение, поскольку в результате такого процесса устраняются обнаруженные на практике недостатки норм трудового законодательства, что в целом положительно сказывается на состоянии его качества. Недостаточный учет в правотворчестве положений, вырабатываемых в ходе обобщения практических ситуаций судебными органами, и отсутствие систематичности в осуществлении этой деятельности носят субъективный характер и не могут не снижать качество и, соответственно, значимость правовых дефиниций [3].

Интерес к деятельности судов по осуществлению правосудия, вносящей элемент новизны в правовое регулирование трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений, высок, и многие ученые обращаются к этому вопросу. Тем не менее, трудовое законодательство не отличает всеобщее и точное его исполнение и, несмотря на наличие проблем в данной сфере, активное восприятие и заимствование выработанных в процессе обобщения судебной практики суждений не наблюдается. Например, практика рассмотрения споров о расторжении трудового договора по инициативе работника показывает, что расторжение трудового договора по этому основанию порой бывает вынужденным, поскольку происходит под давлением со стороны работодателя. Уволившийся «по собственному желанию» работник при этом считает, что такое увольнение будет правомерным даже в том случае, если заявление об этом не было подано им добровольно, либо что факт понуждения к подаче заявления об увольнении по собственному желанию доказать невозможно. Однако случаи удовлетворения судом требований заявителей о восстановлении на работе встречаются. Так, Ш. работал в ОАО «Уфимский нефтеперерабатывающий завод». Приказом от 24 февраля 2005 г. он был уволен с работы по п. 3 ст. 77 ТК РФ по собственному желанию. Считая увольнение незаконным, Ш. обратился в суд с иском к ОАО о восстановлении на работе, взыскании среднего заработка за время вынужденного прогула, компенсации морального вреда, причиненного увольнением. В обоснование иска он указал, что 24 февраля 2005 г. генеральный директор предприятия предложил ему уволиться по собственному желанию, пригрозив, что если он этого не сделает, то будет уволен как не прошедший аттестацию. По мнению истца, действительной причиной увольнения явилось выступление его матери А. 24 февраля 2005 г. на двадцать первом заседании Государственного Собрания – Курултая Республики Башкортостан. О заинтересованности руководства в его увольнении свидетельствовали также поспешные действия администрации предприятия по увольнению Ш. по собственному желанию. Оценив юридически значимые по делу обстоятельства, суд обоснованно сделал вывод о том, что администрация предприятия вынудила Ш. подать заявление об увольнении по собственному желанию [4].

Как разъяснено в подп. «а» п. 22 постановления Пленума ВС РФ от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса РФ», при рассмотрении споров о расторжении трудового договора по инициативе работника судам необходимо иметь в виду, что расторжение трудового договора по этому основанию допустимо лишь в случае, когда подача заявления об увольне-

© Алмаева Ю. О., 2014

нии являлась добровольным волеизъявлением работника. Утверждение истца, что работодатель вынудил его подать заявление об увольнении по собственному желанию, подлежит проверке и обязанность доказать это обстоятельство возлагается на работника.

Нужно отметить, что функции гарантий охраны права граждан на труд выполняют нормы Трудового кодекса РФ, устанавливающие: запрещение необоснованного отказа в заключении трудового договора (ст. 64); запрещение требовать выполнение работы, не обусловленной трудовым договором (ст. 60); возможность перевода на другую работу только с письменного согласия работника (ст. 721); ограничение увольнения с работы по инициативе работодателя (ст.ст. 81-82) [5] и т.д. Нам представляется целесообразным восполнить эти гарантии отсутствующей в ТК РФ нормой, с помощью которой обеспечивалось бы осуществление предоставленных работникам прав при расторжении трудового договора по собственному желанию. В частности, в интересах качественного развития трудового законодательства России следует включить в ст. 80 ТК РФ «Расторжение трудового договора по инициативе работника (по собственному желанию)» следующее положение: запрещается понуждение работника к подаче заявления об увольнении по его инициативе (по собственному желанию). Увольнение работника по его инициативе (по собственному желанию) при отсутствии добровольного волеизъявления работника, установленного судом, считается незаконным [6]. В рассматриваемом случае правовая норма, подлежащая включению в трудовое законодательство, могла бы служить примером закрепления уже сложившейся практики. Из чего следует, что воздействие сформировавшейся линии правоприменения на деятельность компетентных органов государственной власти по реализации функций правотворчества может повлечь за собой изменения, дополнения или отмену нормативных актов о труде. Однако не стоит относиться к судебной практике как к своеобразной панацеи от всех проблем и недостатков качества трудового законодательства.

На наш взгляд, прямое воздействие судебной практики на качество правового регулирования труда представляется достаточно спорным явлением, особенно если законодатель ситуационно воспринимает индивидуальные правоприменительные акты. В этом варианте суд, фактически подменяя законодателя, осуществляет законотворческую деятельность. Более того, этот путь таит в себе определенную опасность, которая видится не только в подмене законодательного органа судебным и двусмысленности положения законодателя, но и в известной оспоримости результатов рассмотрения конкретных трудовых дел [7]. В результате этого законодательное предвидение может оправдаться или оказаться неплодотворным.

Действительно, первоначально сформулированные судами правовые позиции в значительной степени неустойчивы. И хотя зачастую при рассмотрении однородных судебных дел правовые позиции могут повторяться, это отнюдь не означает, что такая позиция приобрела самостоятельное правовое значение. Устоявшийся и относительно стабильный характер присущ правовым позициям «только после прохождения всех судебных инстанций, многочисленной проверки на правильность понимания закона и, как правило, после опубликования для всеобщего сведения» [8]. Поэтому действительно положительное воздействие судебной практики на развитие качества законодательства о труде будет иметь место лишь в случае накопления опыта судебной практики. Лишь устойчивая практика судов, по нашему мнению, не только раскрывает информацию о соотношении действующих норм трудового права и сложившейся практики разрешения конкретных трудовых дел, но и содержит вариант для законодательного закрепления в целях решения проблемы или преодоления ошибочной практики [9]. В этом смысле уже применяемое в юридической практике суждение дает информацию законотворческим и иным субъектам права об имеющемся адекватном и апробированном предложении.

Думается, что по наличию (отсутствию) правовых оснований влияние судебной практики на состояние качества трудовых норм разделяется на легитимное и противоправное (условно-правомерное). Противоправное влияние осуществляется вопреки трудовым нормам, а условно-правомерное – при отсутствии этих норм. При этом нелегитимное влияние судебной практики на качество трудового законодательства имеет немало конкретных примеров. В частности, установившаяся судебная практика по делам об увольнении за прогул (подп. «а» п. 6 ст. 81 ТК РФ) работника, выступавшего представителем в суде, приобрела дестабилизирующий характер, поскольку обнаружилась тенденция неправильного разрешения подобных дел по существу, с существенными нарушениями норм материального права. Так, гражданин З. состоял в трудовых отношениях с ОАО «Магистральные нефтепроводы Центральной Сибири». В 2004-2005 гг. он в качестве представителя неоднократно участвовал в судебных засе-

даниях в Арбитражном суде Томской области. Поскольку в предоставлении отпусков без сохранения заработной платы для участия в судебных заседаниях ему было отказано, но несмотря на это на рабочем месте он отсутствовал, он был привлечен к дисциплинарной ответственности, а впоследствии уволен по подп. «а» п. 6 ст. 81 ТК РФ. Вышестоящими судами решения, отказывающие в удовлетворении требований об отмене приказа о наложении дисциплинарного взыскания, о признании незаконными действий работодателя, о восстановлении на работе и оплате времени вынужденного прогула, были оставлены без изменения [10].

При изучении подобной категории рассмотренных дел выявилась утвердившаяся позиция судов, что истцы должны были получать согласие руководителей на исполнение обязанностей представителей в рабочее время. Хотя участие в судебном процессе в качестве представителя стороны следует признать уважительной причиной отсутствия на работе, поскольку участие работника в судебном процессе не может быть поставлено в зависимость от усмотрения работодателя [11].

Приведенный пример обращает внимание на то, что противоречивая и консервативная практика по тому или иному вопросу иногда руководит судьей, избавляя его от необходимости нового рассмотрения юридической природы дела, а это противодействует развитию качества трудового законодательства. Мы убеждаемся, что в этом случае ошибочная, дефектная судебная практика, сводя на нет замысел законодателя, негативно влияет на трудовой закон, делая его некачественным. Тем не менее, несмотря на возможность существования отрицательного опыта, «элемент устойчивости, предсказуемости, стабильности, бесспорно, полезен судебной практике. Особенно это важно, когда законодатель высказался недостаточно четко, оставив большой простор для свободы судейского усмотрения» [12]. И с этим следует согласиться, поскольку в силу специфики своей деятельности судебные органы в наибольшей степени обладают информацией о состоянии качества трудового законодательства.

Как видно, судебная практика оказывает разнообразное влияние на развитие качества трудового законодательства. Однако то, что использование сформировавшейся судебной практики в целях совершенствования трудового законодательства РФ осуществляется пока не особенно интенсивно, отрицательно сказывается на обеспечении правового порядка в сфере труда, сдерживает развитие качества правового регулирования трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений.

Список использованных источников:

1. Алмаева Ю.О. Основные проблемы и правовые гарантии качества законодательства в трудовом праве // Юридический мир. – 2008. – № 8. – С. 48.

2. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» // Российская газета. – 2006. – 31 декабря.

3. См.: Алмаева Ю.О. Влияние судебной практики на качество трудового законодательства: способы, формы и последствия // Академический юридический журнал. – 2011. – № 3. – С. 33-34.

4. Определение № 49-Ф05-509 / Обзор судебной практики по трудовым и социальным делам Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации за 2005 год // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. – 2006. – № 12. – С. 18.

5. Рыженков А.Я. Трудовое право России: учебник / А.Я. Рыженков, В.М. Мелихов, С.А. Шаронов; под общ. ред. А.Я. Рыженкова. – М.: Высшее образование; Юрайт-Издат, 2009. – С. 85.

6. Алмаева Ю.О. Влияние судебной практики на качество трудового законодательства: способы, формы и последствия // Академический юридический журнал. – 2011. – № 3. – С. 34.

7. Шумаков А.И. Роль судебной практики в повышении качества законотворческого процесса // Гражданин и право. – 2006. – № 9. – С. 67.

8. Соловьев В.Ю. Судебная практика в Российской правовой системе: автореф. дис. … к.ю.н. – М., 2003. – С. 13.

9. Венгеров А.Б. Роль судебной практики в развитии советского права: дис. … к.ю.н. – М., 1965. – С. 239.

10. Определение Конституционного Суда РФ от 19 февраля 2009 г. № 75-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Зайцева А.Л. и Зайцевой Т.П. на нарушение их конституционных прав подпунктом «а» пункта 6 части первой статьи 81, частью первой статьи 128, частью первой статьи 170 Трудового кодекса Российской Федерации» // Документ опубликован не был.

11. Правовое заключение на документы гражданского дела об увольнении за прогул (подпункт «а» пункта 6 ст. 81 ТК РФ) работника, выступавшего представителем в суде // Трудовое право. – 2009. – № 2. – С. 9.

12. Бошно С.В. Указ. соч. – 21.

Костюк В. Л.,
заступник завідувача відділу Апарату Верховної Ради України, доцент Інституту права ім. І. Малиновського Національного університету «Острозька академія» доктор юридичних наук, доцент

ПРАВО НА СОЦІАЛЬНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ В УМОВАХ СОЦІАЛЬНОЇ ДЕРЖАВИ: НАУКОВО-ТЕОРЕТИЧНИЙ АСПЕКТ

Утвердження України як демократичної, соціальної та правової держави вимагає якісно нових, конструктивних підходів до розуміння сутності та змісту основоположних соціальних прав людини відповідно до сучасного етапу розбудови громадянського суспільства, необхідності посилення прозорості, дієвості та доступності механізмів реалізації, гарантування, правової охорони і захисту, розвитку національного законодавства України. Становлення в Україні соціально орієнтованої моделі розвитку як необхідної складової подальшого удосконалення конституційно-правового механізму взаємодії суспільства, особи та держави передбачає підвищення уваги до права на соціальне забезпечення як фундаментального, основоположного права кожної людини у межах реалізації якого забезпечуються адекватні та гідні умови життя[1, с. 76-90 та ін.]. Слід зауважити, що генезис цього права, особливо якщо взяти до уваги радянську добу його розвитку, пов'язаний із об'єктивною необхідністю підтримки державою, переважно, непрацездатних осіб. За змістом Загальної декларації прав людини кожна людина, як член суспільства, має право на соціальне забезпечення і на здійснення необхідних для підтримання її гідності і для вільного розвитку її особи прав у економічній (ст.22)[2]. Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права декларує, що держави, які беруть участь у цьому Пакті, визнають право кожної людини на соціальне забезпечення, включаючи соціальне страхування[3].

За своєю правовою природою, право на соціальне забезпечення виступає як об'єктивний та закономірний процес визнання і підтримки, створення умов для самореалізації осіб, які є не конкурентоздатними (обмежено конкурентоздатними) у суспільстві та державі. Як відомо, Конституція України трактує право на соціальне забезпечення через право на соціальний захист. Згідно ст. 46 Конституції України[4] громадяни мають право на соціальний захист, що включає право на забезпечення їх у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, передбачених законом. По-перше, сумнівною є конструкція «право на соціальний захист», оскільки соціальний захист – це одним із напрямів діяльності суспільства та держави. Соціальний захист охоплює широку сферу діяльності суспільства та держави з соціальних питань (наприклад, освіти, охорони здоров'я, соціального забезпечення, культури тощо). Тобто по суті соціальний захист включає соціальне забезпечення. По-друге, такий підхід повною мірою не враховує основоположні міжнародно-правові акти з прав людини. По-третє, соціальне забезпечення виступає своєрідною організаційно-правовим механізмом у межах якого провадиться соціальний захист осіб, які є неконкурентоспроможними в окремих сферах суспільного життя. Отже, соціальне забезпечення сприяє реалізації соціального захисту щодо окремих категорій осіб. По-четверте, соціальне забезпечення є більш усталеним терміном у правовій доктрині. По-п'яте, норма за якою право на соціальний захист включає можливість забезпечення осіб «у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, передбачених законом» означає примірний перелік соціальних ризиків, які обумовлюють їх участь у системі соціального забезпечення. З правової точки зору, це означає, що у суспільстві та державі може існувати необмежене коло соціальних ризиків, які дозволятимуть особі отримувати певні види соціального забезпечення від суспільства та держави. В умовах соціальної держави, законодавець має забезпечувати достатньо широке коло можливостей щодо участі особи у соціальному забезпеченні. Адже, ключове завдання суспільства та держави вчасно та адекватно реагувати на виклики сьогодення, які зумовлюють виникнення нових соціальних ризиків а, відтак, потребу у посиленні соціальної захищеності особи. Разом із тим, законодавство України з питань соціального захисту залишається переважно, громіздким, безсистемним та суперечливим[5-7].

© Костюк В. Л., 2014

Також норми Основного Закону України у частині другій ст. 46 встановлюють, що право на соціальний захист (соціальне забезпечення) «гарантується загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням за рахунок страхових внесків громадян, підприємств, установ і організацій, а також бюджетних та інших джерел соціального забезпечення; створенням мережі державних, комунальних, приватних закладів для догляду за непрацездатними». Таким чином, можна констатувати, що право на соціальний захист (соціальне забезпечення) гарантується через такі організаційно-правові форми як: 1) соціальне страхування; 2) державне (комунальне) соціальне забезпечення; 3) недержавне соціальне забезпечення. Також доречним буде наголосити на тому, що суспільство та держава мають прагнути шукати оптимальні та диференційовані підходи щодо обсягу та змісту видів соціального забезпечення, виходячи із змісту та характеру соціальних ризиків, потребі забезпечення цільового, адресного характеру.

Також частина третя ст. 46 Конституції України передбачає, що пенсії, інші види соціальних виплат та допомоги, що є основним джерелом існування, мають забезпечувати рівень життя, не нижчий від прожиткового мінімуму, встановленого законом. Соціальні гарантії є важливою складовою права на соціальний захист. Однак, вони мають динамічно розвиватись відповідно до економічних, соціальних та інших процесів, які відображають стан суспільства і держави. Очевидно, що соціальні гарантії мають сприяти належному рівню життя осіб, які не є конкурентоспроможними.

Таким чином, основними ознаками права на соціальне забезпечення в умовах соціальної держави є наступні: а) виступає своєрідною правовою моделлю підтримки суспільством та державою особи; б) реалізуються через діяльність суспільства і держави у сфері соціального захисту; в) поширюється на осіб, які не є конкурентоспроможними у різних сферах суспільного життя, (як правило, не можуть самостійно забезпечити свою життєдіяльність); г) реалізується через систему соціального страхування, державного (комунального) та недержавного соціального забезпечення; г) характеризується специфічною процедурою реалізації, гарантування і правової охорони; д) диференціюється і конкретизується через систему видів соціального забезпечення; е) доповнюється системою соціальних гарантій; є) спрямоване за забезпечення достатнього життєвого рівня; ж) є універсальним та не може бути скасованим (обмеженим); з) як правило, має цільовий та адресний характер.

В умовах сьогодення, видається доцільним ухвалення Соціального кодексу України як базового законодавчого акту у межах якого будуть визначатися чіткі та доступні механізми реалізації, гарантування та правової охорони права особи на соціальне забезпечення. Враховуючи соціальну значимість цього Кодексу, який зачіпатиме інтереси кожної людини у нашій державі, його розробка та ухвалення має провадитись виключно із урахуванням пропозицій інститутів громадянського суспільства, системних обговорень та слухань за участю фахівців, експертів, провідних правових шкіл права соціального забезпечення.

Список використаних джерел:

1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №30. – С. 141.

2. Право соціального забезпечення в Україні: підручник / Т.А., Занфірова, М.І. Іншин, С.М. Прилипко та ін.; за заг. ред. Т.А. Занфірової, С.М. Прилипка, О.М. Ярошенка. – 2-ге вид. переробл. і доповн. – Х.:ФІНН, 2012. – 640 с.

3. Загальна декларація прав людини: Прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 року. // Права людини: Міжнародні договори України, декларації, документи/ Упор. Ю. К. Кучеренко. – К.: Наукова думка. – 1992. – С.19-24.

4. Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права: Прийнятий Генеральною Асамблеєю ООН 19 грудня 1996 р.//Права людини, міжнародні договори України, декларації, документи./Упор. Ю. К.Кучеренко. – К.: Наукова думка. – 1992. – С. 25-31.

5. Про пенсійне забезпечення: Закон України від 5 листопада 1991 року №1788-XII// Відомості Верховної Ради України. – 1992. – №3. – Ст.10.

6. Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування: Закон України від 9 липня 2003 року №1058-IV// Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №49-51. – Ст.376.

7. Про заходи щодо законодавчого забезпечення реформування пенсійної системи: Закон України від 08.07. 2011 року №3668-VI//Відомості Верховної Ради України. – 2011. – №12-13. – Ст.82.

Мельник В. П.,
здобувач кафедри муніципального права та адміністративно-правових дисциплін Інституту права ім. І. Малиновського Національного університету «Острозька академія», кандидат юридичних наук

ЗАКОНОДАВЧІ ЗАСАДИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ РЕАБІЛІТАЦІЇ ІНВАЛІДІВ: СТАН ТА НАПРЯМИ УДОСКОНАЛЕННЯ

Визнання України як соціальної держави, серед інших складових означає формування та розвиток сучасної системи соціального захисту інвалідів, яка б забезпечила належні, гідні умови життя, у тому числі достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї[1], [2, с.10-15]. Розвиток сучасної системи соціального захисту інвалідів передбачає вироблення дієвих та доступних механізмів їхньої реабілітації. Свого часу загальні засади реабілітації інвалідів були визначені на підставі норм Закону України «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні» [3]. Одначе, рамковий характер цього Закону не забезпечив якісної моделі реабілітації інвалідів. До того, переважно, він покликаний регламентувати загальні засади та принципи соціального захисту інвалідів.

Першим системним кроком на шляху законодавчого регулювання відносин з питань реабілітації інвалідів стало ухвалення Верховною Радою України Закону України від 6 жовтня 2005 року №2961-IV «Про реабілітацію інвалідів в Україні»[4]. За змістом цього Закону реабілітація інвалідів являє собою систему медичних, психологічних, педагогічних, фізичних, професійних, трудових, фізкультурно-спортивних, соціально-побутових заходів, спрямованих на надання особам допомоги у відновленні та компенсації порушених або втрачених функцій організму для досягнення і підтримання соціальної та матеріальної незалежності, трудової адаптації та інтеграції в суспільство, а також забезпечення інвалідів технічними та іншими засобами реабілітації і виробами медичного призначення. У свою чергу, реабілітаційні послуги включають послуги, спрямовані на відновлення оптимального фізичного, інтелектуального, психічного і соціального рівня життєдіяльності особи з метою сприяння її інтеграції в суспільство, а реабілітаційні заходи – комплекс заходів, якими здійснюється реабілітація інвалідів.

Виходячи із змісту зазначеного Закону, основними завданнями законодавства України з питань реабілітації інвалідів є:

– створення умов для усунення обмежень життєдіяльності інвалідів, відновлення і компенсації їх порушених або втрачених здатностей до побутової, професійної, суспільної діяльності;

– визначення основних завдань системи реабілітації інвалідів,видів і форм реабілітаційних заходів;

– розмежування повноважень між центральними і місцевими органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування;

– регламентування матеріально-технічного, кадрового,фінансового, наукового забезпечення системи реабілітації інвалідів;

– структурно-організаційне забезпечення державної соціальної політики по відношенню до інвалідів і дітей-інвалідів;

– сприяння залученню громадських організацій інвалідів до реалізації державної політики у цій сфері.

У 2006 році Генеральною Асамблеєю ООН було ухвалено Конвенцію про права інвалідів [5], якою було закладено міжнародно-правові основи соціального захисту інвалідів, у тому числі механізми реабілітації. Верховною Радою України її було ратифіковано ще у 2009 році. Концептуальні положення Конвенції ООН про права інвалідів передбачають систему зобов'язань держав-учасниць щодо розвитку системи соціального захисту інвалідів, системи прав, гарантій та пільг інвалідів у різних сферах суспільного життя. Разом із тим, положення Конвенції про права інвалідів мають, переважно, рамковий характер. Враховуючи важливість зазначеної Конвенції для подальшого розвитку соціального захисту інвалідів, її якісне та системне впровадження потребує якісного реформування законодавства.

Одним із варіантів розвитку законодавства, реалізації положень вищезазначеної Конвенції, видається доцільним розробку та ухвалення Кодексу про права інвалідів, який би чітко та системно регламентував відносини соціального захисту інвалідів, у тому числі питання реабілітації: систему прав,

© Мельник В. П., 2014

пільг та гарантій інвалідів з питань реабілітації; прозорі та доступні механізми реабілітації інвалідів у системі державного соціального захисту; прозорі та доступні механізми реабілітації інвалідів у системі соціального страхування; прозорі та доступні механізми реабілітації інвалідів у системі недержавного соціального захисту; механізми реабілітації інвалідів, які зазнали травм та ушкоджень внаслідок військових конфліктів; механізми державного нагляду та громадського контролю з питань реабілітації інвалідів.

Прикметно зауважити, що розробка проекту Кодексу про права інвалідів має провадитись на основі врахування позиції провідних громадських організацій інвалідів, фахівців, експертів, вчених-юристів з питань соціального захисту. При цьому, положення такого Закону мають бути максимально прозорими, відкритими та доступними. Подальший розгляд проекту Кодексу про права інвалідів, серед іншого має бути предметом системних громадських обговорень в експертному середовищі. Зрештою, у разі ухвалення Кодексу про права інвалідів парламентом, він має стати настільною книгою для кожної особи з інвалідністю.

Список використаних джерел:

1. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – С. 141.

2. Право соціального забезпечення в Україні: підручник / Т. А. Занфірова, М. І. Іншин, С. М. Прилипко та ін.; за заг. ред. Т.А. Занфірової, С.М. Прилипка, О.М. Ярошенка. – 2-ге вид. переробл. і доповн. – Х.:ФІНН, 2012. – 640 с.

3. Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні.: Закон України від 21 березня 1991 року №875-XII. // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – №21. – Ст. 252.

4. Про реабілітацію інвалідів в Україні: Закон України від 6 жовтня 2005 року №2961-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – №2-3. – Ст.26.

5. Конвенція про права інвалідів: Конвенція ООН від 13 грудня 2006р.// Електронний ресурс: режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_g71.

Панасюк С. В.,
здобувач кафедри муніципального права та адміністративно-правових дисциплін Інституту права ім. І. Малиновського Національного університету «Острозька академія»

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО НА СОЦІАЛЬНИЙ ЗАХИСТ: ПРОБЛЕМИ ТА НАПРЯМИ РЕАЛІЗАЦІЇ

Становлення України як демократичної, соціальної та правової держави[1] вимагає змістовних та концептуальних перетворень і реформ, які б сприяли реальному втіленню усталених у міжнародній практиці цінностей та стандартів через призму вироблення новітніх механізмів щодо забезпечення та гарантування системи прав та свобод людини. Слід відзначити, що саме права та свободи людини – це ключова соціальна цінність та орієнтир у розбудові громадянського суспільства та сучасної моделі держави. Упродовж минулого сторіччя, вони виступали фундаментальним предметом міжнародно-правового регулювання. Найбільш концептуальні права та свободи людини визнані та закріплені у Загальній декларації прав людини, Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права[2], [3] та інших міжнародних документах вироблених світовим співтовариством у процесі його еволюції. Об'єднувальним фактором значної частини міжнародно-правових актів про права людини є визнання та закріплення права на соціальне забезпечення як своєрідну модель захисту окремих категорій громадян на випадок настання складних життєвих обставин зі сторони суспільства і держави.

Сучасну демократичну та соціальну державну складно уявити без права на соціальне забезпечення як права на якісний, ефективний та дієвий захист від різних небезпечних ризиків, які впливають або обмежують життєдіяльність особи. Можна погодитися із позицією професора Н.Б. Болотіної, яка вказує, що право соціального забезпечення – це система правових норм, якими регулюються суспільні відносини з соціального, матеріального забезпечення, обслуговування й утримання громадян у разі настання соціальних ризиків [4, с. 559]. Однак, в сучасних умовах розвитку суспільства і держави, право на соціальне забезпечення потребує якісного переосмислення пов'язаного із виникнення новітніх викликів, ризиків та загроз, які негативно впливають на життєдіяльність особи, її інтереси та потреби. Суспільство і держава не завжди встигають адекватно реагувати на їх появу. До того ж, фінансові та інші ресурси суспільства та держави, як правило, обмежені.

Головними пріоритетами сучасного суспільства та держави є не стільки якісна та адекватна підтримка непрацездатних або інших вразливих категорій громадян, а насамперед, вироблення дієвих механізмів упередження можливих загроз та ризиків, що лежить у площині дієвої соціальної, економічної, культурної політики, проведення системних реформ пов'язаних із забезпеченням сучасних соціальних стандартів та гарантій. Саме тому, в умовах сьогодення, варто трансформувати право на соціальне забезпечення у право на соціальний захист.

Право на соціальний захист є правом на якісний та своєчасний, адекватний захист кожної особи від ризиків, які впливають або можуть вплинути на рівень життя кожної людини. Таке право реалізується через соціальну діяльність суспільства і держави.

Буде доречним вказати, що право на соціальний захист в Україні визнано на конституційному рівні. Перетворення право на соціальний захист в основоположне конституційне право людини є виразом спрямування діяльності суспільства і держави у бік якісних та системних соціальних зрушень. Проте, норми ст. 46 Конституції України, які містять визначення права на соціальний захист потребують якісного та системного удосконалення, відповідно до стану розвитку суспільства та держави, забезпечення гідних умов життєдіяльності вразливих категорій громадян. По-перше, право на соціальний захист визнається як «право на забезпечення їх у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, передбачених законом». Очевидно, що це загальне розуміння права на соціальне забезпечення. Тобто, по суті, законодавець обмежується декларуванням обмежених можливостей щодо підтримки громадян у разі очевидних обставин, які ускладнюють їх конкуренцію на ринку праці та тим самим прирівнює право на соціальний захист до права на соціальне забезпечення. Посилання на можливість

© Панасюк С. В., 2014

забезпечення «в інших випадках, передбачених законом» засвідчує намір держави його розширювати, проте складно ствердно говорити про які обставини йдеться. По-друге, законодавець декларує, що право на соціальний захист «гарантується загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням за рахунок страхових внесків громадян, підприємств, установ і організацій, а також бюджетних та інших джерел соціального забезпечення; створенням мережі державних, комунальних, приватних закладів для догляду за непрацездатними». Разом із тим, така гарантія видається декларативною та непереконливою, оскільки чітко не окреслює джерел забезпеченості та гарантованості права на соціальний захист. Із змісту вищезазначеного положення неясно у який спосіб кожна особа буде здійснювати реалізацію права на соціальний захист. По-третє, за змістом частини третьої ст. 46 Конституції України «пенсії, інші види соціальних виплат та допомоги, що є основним джерелом існування, мають забезпечувати рівень життя, не нижчий від прожиткового мінімуму, встановленого законом». Разом із тим, в сучасних умовах така важлива соціальна гарантія залишається неефективною, через відсутність механізмів гнучкого перегляду прожиткового мінімуму відповідно до міжнародних стандартів і критеріїв визначення достатнього рівня життя.

Список використаних джерел:

1. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – С. 141.

2. Загальна декларація прав людини: Прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 року. // Права людини: Міжнародні договори України, декларації, документи/ Упор. Ю. К. Кучеренко. – К.: Наукова думка. – 1992. – С.19-24.

3. Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права: Прийнятий Генеральною Асамблеєю ООН 19 грудня 1996 р.//Права людини, міжнародні договори України, декларації, документи./ Упор. Ю. К. Кучеренко. – К.: Наукова думка. – 1992. – С. 25-31.

4. Болотіна Н. Б. Соціальний захист/ Н. Б. Болотіна // Юридична енциклопедія. – К. : Вид-во «Українська енциклопедія» ім. М. П. Бажана, 2003. – Т. 5. – 2003. – С. 558-559.

Яцкевич І. І.,
здобувач кафедри муніципального права та адміністративно-правових дисциплін Інституту права ім. І. Малиновського Національного університету «Острозька академія»

НОВЕЛИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ГАРАНТІЙ ТРУДОВИХ ПРАВ ОКРЕМИХ КАТЕГОРІЙ ПРАЦІВНИКІВ ПРИ ПРИПИНЕННІ СЛУЖБОВО-ТРУДОВИХ ВІДНОСИН

Сучасний стан українського законодавства відзначається динамічними змінами, зумовленими активними політично-правовими процесами. Нововведення стосуються різних сфер суспільного життя, одначе такі зміни покликані забезпечити правове підґрунтя для виконання комплексних завдань: впровадження антикорупційної політики, підтримки євроінтеграційних процесів, очищення влади. Зазначені зміни стосуються, звичайно, і сфери соціально-трудових відносин, через які реалізується соціально-економічна політика держави. Разом з тим, виконуючи поставлені завдання, важливо зберігати баланс інтересів держави та громадянина, роботодавця та працівника тощо. Особливо актуальним у цьому аспекті, на нашу думку, є не лише дотримання встановлених соціально-трудових прав-гарантій, не лише їх збереження, а й посилення, що відповідатиме стратегічним цілям нашої держави на шляху до більш глибокої європейської інтеграції.

Аналіз змін до нормативно-правових актів трудового законодавства та суміжних галузей права дозволяє виділити декілька напрямків, за якими впродовж останніх років було внесено низку законодавчих змін. Так, наприклад, у межах реформування антикорупційної політики у зв'язку з прийняттям законів України «Про засади запобігання і протидії корупції» (від 07.04.2011), «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реалізації державної антикорупційної політики» (від 14.05.2013), «Про очищення влади» (від 16.09.2014) у статтю 36 Кодексу законів про працю України [1] (далі – КЗпП), було внесено зміни, за якими до підстав припинення трудового договору відноситься також набрання законної сили судовим рішенням, відповідно до якого працівника притягнуто до відповідальності за корупційне правопорушення, пов'язане з порушенням обмежень, передбачених Законом України «Про засади запобігання і протидії корупції». Зазначена вище стаття КЗпП містить також бланкетну норму, за якою трудовий договір з працівником припиняється з підстав, передбачених Законом України «Про очищення влади».

У науково-експертних колах до наведених у зазначеному Законі України «Про очищення влади» [2] (далі – Закон 1682) підстав припинення службово-трудових відносин з окремими категоріями службовців виникає ціла низка зауважень, [3] зокрема щодо припинення трудового договору (контракту) з підстав членства/співпраці у КПРС, КДБ (ст. 4), що суперечить закріпленому цим же Законом 1682 принципу індивідуальної відповідальності (ст. 2), адже фактично, запроваджується колективна відповідальність за діяльність цих органів в цілому. Крім того, звільнення через членство в КПРС (двадцятирічної давнини!) є де-факто політично вмотивованою підставою для звільнення особи із займаної посади, що є дискримінацією за політичними поглядами, знову ж таки забороненою чинним трудовим законодавством, адже у ст. 2^1 КЗпП зазначено, що «Україна забезпечує рівність трудових прав усіх громадян незалежно від походження, соціального і майнового стану, расової та національної приналежності, статі, мови, політичних поглядів, релігійних переконань, роду і характеру занять, місця проживання та інших обставин». [1] А тому, це положення дуже суперечливе і таке, яке звільнена на такій політично мотивованій підставі особа може оскаржувати в суді і виграти справу проти держави Україна, адже порушено гарантії щодо недискримінації особи в трудових відносинах за ознакою політичних поглядів.

Разом з тим, ми погоджуємося, що влада потребує очищення, однак критерії люстрації мають бути чіткими та правовими. Наприклад, справедливою є заборона обіймати певні посади на визначений строк у зв'язку з вчиненням корупційного правопорушення, доведеного в судовому порядку. Так само логічним, наприклад, є звільнення із займаної посади особи, яка за своїми професійними і діловими якостями не відповідає цій посаді, що знову ж таки встановлено відповідною атестаційною комісією, за умови неможливості переведення на іншу відповідну посаду. Водночас концепція Закону 1682 щодо

© Яцкевич І. І., 2014

трудової люстрації суперечить суті та змісту права на працю, закріпленого на конституційному рівні.

Законом України «Про засади запобігання і протидії корупції» від 07.04.2011 [4] (далі – Закон 3206) передбачено низку підстав, за якими особа підлягає звільненню з займаної посади. Так, у ст. 9 Закону 3206 зазначено, що у разі неможливості усунення обставин, за яких мають місце обмеження щодо роботи близьких осіб, підпорядкована особа підлягає звільненню із займаної посади, згідно з пунктом 4 частини першої статті 41 КЗпП. [1]

Згідно з положеннями статті 10 Закону 3206, особам, які звільнилися з посад або припинили діяльність, пов'язану з виконанням функцій держави, місцевого самоврядування, забороняється протягом одного року з дня звільнення з роботи (служби) укладати трудові договори (контракти) з підприємствами, установами чи організаціями незалежно від форми власності або фізичними особами-підприємцями, якщо такі екс-посадовці протягом року до дня припинення виконання функцій держави або місцевого самоврядування здійснювали повноваження з контролю, нагляду або підготовки чи прийняття відповідних рішень щодо діяльності цих підприємств, установ чи організацій або фізичних осіб-підприємців. Очевидно, наявність такого обмеження спрямована на запобігання випадкам, коли особа, перебуваючи на посаді, заздалегідь «готує» для себе робоче місце у підприємстві чи організації, які вона контролює, чи іншим чином впливає на їх діяльність.

Таким чином, це не повна заборона укладати трудовий договір після звільнення з роботи (служби) в державних органах та органах місцевого самоврядування, а обмеження права реалізації особою права на працю, що визначено: 1) часовими межами – строком в один рік з дня звільнення; 2) колом потенційних роботодавців, які були підконтрольні звільненій особі; 3) колом суб'єктів, яких така заборона стосується – осіб, які були уповноваженні на виконання функцій держави або органу місцевого самоврядування і здійснювали при цьому повноваження з контролю, нагляду, чи прийняття відповідних рішень щодо діяльності цих роботодавців. [5] Отже, таке обмеження є хоч і тимчасовим, але порушенням конституційного принципу свободи найманої праці, закріпленого у статті 43 Конституції України. [6, с. 125]

Особливості звільнення з роботи осіб, які вчинили корупційні правопорушення, визначені статтею 22 Закону 3206. Так, особа, якій повідомлено про підозру у вчиненні нею злочину у сфері службової діяльності, підлягає відстороненню від виконання повноважень на посаді в порядку, визначеному Законом. Особа, щодо якої складено протокол про адміністративне корупційне правопорушення, якщо інше не передбачено Конституцією і законами України, може бути відсторонена від виконання службових повноважень за рішенням керівника органу (установи, підприємства, організації), в якому вона працює, до закінчення розгляду справи судом. Однак у разі закриття провадження у справі про адміністративне корупційне правопорушення у зв'язку з відсутністю події або складу адміністративного правопорушення відстороненій від виконання службових повноважень особі відшкодовується середній заробіток за час вимушеного прогулу, пов'язаного з таким відстороненням.

Дострокове припинення повноважень особи на виборній посаді, припинення повноважень посадової особи на посаді, звільнення, що здійснюється за рішенням Президента України, Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, звільнення військової посадової особи з військової служби у зв'язку з притягненням до відповідальності за корупційне правопорушення, пов'язане з порушенням обмежень, передбачених Законом 3206, а також відсторонення такої особи від виконання службових повноважень у випадках, передбачених частиною першою статті 22 зазначеного Закону, здійснюється з урахуванням особливостей, визначених Конституцією і законами України. Інші особи, яких притягнуто до кримінальної або адміністративної відповідальності за корупційні правопорушення, пов'язані з порушенням обмежень, передбачених цим Законом, підлягають звільненню з роботи (служби) у триденний строк з дня отримання органом державної влади, органом місцевого самоврядування, підприємством, установою, організацією копії відповідного судового рішення, яке набрало законної сили, якщо інше не передбачено законом.

Обмеження щодо заборони особі, звільненій з посади у зв'язку з притягненням до відповідальності за корупційне правопорушення, займатися діяльністю, пов'язаною з виконанням функцій держави, місцевого самоврядування, або такою, що прирівнюється до цієї діяльності, встановлюється виключно за вмотивованим рішенням суду, якщо інше не передбачено законом. Адже мова йде про обмеження трудової правосуб'єктності працівника, через яку, як зазначає В. Л. Костюк, і реалізуються соціально-трудові гарантії. [7, с. 132]

Зважаючи на суспільну значимість зазначених вище законодавчих новел, їх прийняття повинно було б супроводжуватися широким громадським обговоренням із залученням широкого кола фахівців, громадських діячів та вивченням міжнародної практики як впровадження, так наслідків дії таких нововведень. Очевидно, що більшість проблемних моментів трудової люстрації та антикорупційних запобіжників у службово-трудових відносинах мають бути врегульовані у майбутньому Трудовому кодексі України, що дозволить упорядкувати розрізнену джерельну базу правового регулювання трудових відносин. У цьому відношенні окремої уваги потребує забезпечення існуючих соціально-трудових гарантій як працівників, так і службовців, а також недопущення контраверсійного їх правозастосування.

Список використаних джерел:

1. Кодекс законів про працю України, затверджений Законом УРСР від 10.12.1971 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/322-08

2. Про очищення влади : Закон України від 16.09.2014, № 1682-VII // Голос України від 15.10.2014, № 198

3. Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України на проект Закону України «Про очищення влади» (реєстр.№4359а від 24.07.2014р.) від 14.08.2014 / ГНЕУ Апарату ВР України; перший заст. керівника Головного управління В. М. Шамота; вик. О. В. Мельник, І. І. Гребенюк, В. О. Гергелійник : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=51795&pf35401=310948

4. Про засади запобігання і протидії корупції : Закон України від 07.04.2011, № 3206-VII // Голос України від 15.06.2011, № 107

5. Закон України «Про засади запобігання і протидії корупції». Науково-практичний коментар. – К. : «Видавничий дім «Скіф», 2012. – 512 с.

6. Конституція України : Закон України від 28.06.1996, № 254к/96-ВР : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр

7. Костюк В. Л. Правосуб'єктність у трудовому праві: проблеми теорії та практики : Монографія / В. Л. Костюк. – К. : Видавець Карпенко В. М., 2012. – 464 с.

Земельне право.
Екологічне право

Земельное право.
Экологическое право

Land Law. Ecology law

Высторобец Е. А.,
кандидат юридических наук, доцент Российского государственного университета правосудия (РАП) ВС РФ, руководитель Центра интерэкоправа ЕврАзНИИПП (Россия)

ИНТЕРЭКОПРАВО И «ДИКИЕ ВОЛНЫ»

По какой причине, может спросить читатель, до сих пор не общеизвестно и не общепризнано, что отношения по поводу охраны и использования радиочастотных природных ресурсов (РЧПР) [1, с. 3–29; 2] рассматриваются в рамках природоохранного и природоресурсного права, как отношения по поводу элемента охраны окружающей среды и объекта права природопользования (и интерэкоправа в целом)? Ответ очевиден.

Регулирование радиосвязи развивалось в рамках и на основе норм о проводной связи, можно сказать, за долго, до появления интерэкоправа и экологического права в том виде, какой они приобрели к началу XX в.

Регулирование пользования РЧПР «законсервировалось» в части основного терминологического аппарата на уровне того фрагментарного, не комплексного и не реального, а в большой мере технократического, одностороннего восприятия отдельных объектов РЧПР. Развивались технологии, развивалась техника и отношения в области осуществления хозяйственной деятельности – по предоставлению услуг связи. Изначально в основу регулирования РЧПР было положено правило о том, что другие отношения в области электросвязи, касающиеся проводной коммуникации, применяются к пользованию РЧПР *mutatis mutandis* – с заменой лишь «проводной» на «беспроводной» – при полной аналогии, то есть без учета сущностного различия между хозяйственными отношениями и отношениями по поводу охраны и использования природных ресурсов. В Законе Новой Зеландии о беспроводной телеграфии 1903 г. так и предусмотрено: «Положения Закона Новой Зеландии о линиях электропередач 1884 г. должны, поскольку это установленный порядок, применяться *mutatis mutandis* к станциям, создаваемым в соответствии с настоящим Законом, и к коммуникациям, осуществляемым посредством беспроводной телеграфии» (п. 3) [3]. Данный подход надолго закрепился в праве и в управлении во многих странах мира и на международном уровне. Создавались органы управления, которые одновременно распоряжались природными ресурсами и использовали их. Это прямо противоречит установленному сегодня правилу (принципу) недопустимости совмещения функций управления природными ресурсами и их хозяйственного использования. Органы управления природопользованием, органической функцией которых является контроль (надзор) в области охраны окружающей среды и пользования природными ресурсами «не вправе одновременно осуществлять функции хозяйственного использования природных ресурсов» [4]. Иначе говоря, политика, контроль, охрана и рационализация пользования должны быть отделены от предоставления права пользования соответствующими природными ресурсами или любого распоряжения ими. Кроме того, управление природным ресурсом не может осуществлять орган связи. Так Минтранс, Минэнерго ведают развитием отраслей экономики, но не выделяют землеотводы под автодороги, магистральные трубопроводы и не контролируют охрану и использование земель, водных объектов, владение, пользование, распоряжение природными объектами, находящимися в государственной собственности или элементов природной среды, в отношении которых государство осуществляет свои суверенные права.

Несмотря на заявления, сделанные президентом и судом, как пишет П.С. Райан, единственным госорганом, который занимается практически всеми вопросами, связанными со спектром, является Федеральная комиссия по связи (FCC) – то же самое правительственное учреждение, которое ограничивает свободу слова и просмотра контента, и которое вообще не имеет опыта управления другими природными ресурсами [5, с. 10622].

Орган по распределению радиочастотного спектра (РЧС), создан в виде Государственной комиссии по радиочастотам (ГКРЧ) в 1972 г. [6], когда Госкомприроды СССР, образованного в 1988 г. [7] не существовало, когда не было системы государственного управления в области охраны окружающей среды и рационального использования природных ресурсов.

© Высторобец Е. А., 2014

Современное понимание РЧПР уже выросло из рамок «видового состава радиоволн» (совокупности радиочастот), как часто определяется РЧС – очевидно внутреннее ценностное разнообразие спектра и различная многомерность его сегментов, а также то, что ресурс радиопользования – не только спектр [8]. Осознание совокупности компонентов РЧПР, как целостного комплекса, их ограниченности, конечности, так и, в том числе, экологической опасности пользования РЧПР, и их регулирование вне области экологического права, например, в России затянулось.

Объективно это связано со сложным составом ресурсов. В юридическом языке их природная сущность замаскирована. Так, например, было бы с земельными ресурсами, если бы мы говорили о пользовании кадастровым номером земельного участка, а не о пользовании земельным участком. Однако, несмотря на то, что на юридическом языке говорят об использовании радиочастот, фактически речь идет о пользовании радиоволнами, имеющими определенные параметры. Ущерб от деяний, связанных с эпизодами неправомерного использования РЧПР, может быть определен формально не с точки зрения нарушения требований в области охраны окружающей среды и рационального использования ресурсов, а как угроза информационной, государственной безопасности. Но в данном случае правонарушитель посягает одновременно на несколько объектов – на отношения в области информационной безопасности, а еще до этого происходит незаконное пользование радиопространством, нарушение правил радиопользования, правил охраны резервируемых каналов, создание помех законному использованию ограниченных природных ресурсов и т.д. Игнорировать это недальновидно и неправомерно.

Полагаем, практика сложится в пользу верховенства Конституции РФ на территории России, которая относит законодательство об охране окружающей среды, в том числе, природоресурсное законодательство к предметам совместного ведения Федерации и ее субъектов. Задача юридического сообщества не допускать возможностей произвольного толкования и длящегося положения, при котором общественные отношения по поводу охраны и пользования РЧПР на практике не в полной мере включены в область экологического права.

Граница между нормами, регулирующими общественные отношения в области охраны РЧПР и радиопользования, с одной стороны, и нормами в других областях, например, в области связи, настолько же отчетлива, как между охраной и ресурсопользованием другими природными ресурсами и отношениями материального производства, возникающими в связи с хозяйственной деятельностью предприятий и организаций на природных объектах.

Для отграничения областей эколого-правового и интерэкоправового регулирования отношений, возникающих по поводу РЧПР, по аналогии с другими природными ресурсами, от не экологических отношений (в том числе не природоресурсных) имеет значение время «изъятия» – то, когда «дикие волны» становятся «добытыми», момент, когда они «перерабатываются», установленные ограничения «оборота» объектов РЧПР и средств по их использованию. Вовлечение объектов РЧПР в хозяйственный оборот происходит не мгновенно, ему предшествует длительное получение разрешения на пользование определенными объектами права радиопользования, подготовка средств «добычи». Таким временем следует ориентировочно признать начало работы радиоэлектронных средств, высокочастотных устройств, и выведения искусственных спутников Земли на геостационарную орбиту в «поясе Кларка». Отношения, возникающие до этого времени, касающиеся РЧПР – предмет регулирования экологическим правом. Кроме того, к предмету экологического права концептуально относятся отношения по ограничению оборота «незаконно добытых волн», а именно: по прекращению неразрешенного использования частот и средств пользования, основное назначение которых – радиопользование; отношения по охране радиопространства от помех, от электромагнитного смога, по охране объектов права радиопользования, по охране геостационарных орбит от засорения мусором, связанным с пользованием РЧПР; по защите прав субъектов радиопользования; об ответственности и некоторые другие [9, с. 34–38]. Соответствующие отношения между субъектами международных правоотношений являются в концептуальном плане предметом международного экологического права, международного права окружающей среды и интерэкоправа в целом.

Для выявления пределов границ предмета экологического права и интерэкоправа в части использования волновых ресурсов уместно обратиться к общественным отношениям, возникающим по поводу использования радиоактивных веществ и ядерных материалов. Общепризнанно, что защита окружающей среды и населения от негативного воздействия радиации, установление экологических требований к производству работ, связанных с использованием атомной энергии регламентированы ФЗ «Об

охране окружающей среды» [10, с. 366–367; 11, с. 621], а также специальными законами. Данные отношения, например обеспечение радиационной безопасности, связаны с ионизирующей радиацией. С другой стороны, вся деятельность, связанная с неионизирующим излучением, имеющим потребительскую ценность и пределы использования, за исключением даровых видов энергии, ее антропогенное воздействие на окружающую среду – может и должны регулироваться экологическим правом. В первую очередь это относится к пользованию волнами радиочастотного спектра, другими объектами РЧПР, и, в перспективе, инфракрасным спектром.

Как это было сделано с другими природными ресурсами, считает П.С. Райан, с чем трудно не согласиться, должен быть разработан правовой механизм, чтобы решить имеющиеся проблемы и установить экологический [социальный, экономический] баланс [использования] электромагнитного спектра [5, с. 10629].

Список использованных источников:

1. См.: ст. 44 // Устав Международного союза электросвязи (г. Женева, 22 декабря 1992 г.) с изм. от 06.11.1998 // Бюллетень междунар. договоров. – 1997. – № 3. – С. 3–29.

2. Сборник основных текстов документов Международного союза электросвязи, принятых Полномочной конференцией. – Женева: МСЭ, 2011. – 720 с.

3. Wireless Telegraphy Act 1903 (New Zealand) // URL: http://www.rsm.govt.nz/cms/image-library/images_resource_library/nzwta1903.gif/image_view_fullscreen (04.10.2014).

4. Боголюбов С.А., Хлуденева Н.И. Комментарий к Федеральному закону от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды» (Постатейный). – М.: Юстицинформ, 2009. Комментарий к статье 65.

5. Ryan P.S. Treating the Wireless Spectrum as a Natural Resource // Environmental Law Reporter. – 2005. – № 9 (35). – P. 10622.

6. Постановление ЦК КПСС и Совмина СССР от 31 января 1972 г. № 90–43.

7. Постановление ЦК КПСС и Совмина СССР от 7 января 1988 г. № 32 «О коренной перестройке дела охраны природы в стране», ред. от 10.03.1988 // Свод законов СССР. – 1990. – Т. 4. – С. 10–1.

8. См. абз. 23 ст. 1 // Закон Украины «О радиочастотном ресурсе Украины» от 01.06.2000 № 1770-III, в ред. от 25.07.2014 // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2000. – № 36. – Ст. 298.

9. Wystorobets E.A. Interecolaw and radio space = Высторобец Е.А. Интерэкоправо и радиопространство // Актуальные проблемы совершенствования законодательства и правоприменения: материалы IV межд. науч.-практ. конф. (г. Уфа, 8 февраля 2014 г.): в 2 ч. / под общ. ред. А.В. Рагулина, М.С. Шайхуллина; Евразийский научно-исследовательский институт проблем права. – Уфа, 2014. – С. 34 –38. [Электронный ресурс] / Сайт «Eurasniipp.ru». Режим доступа: http://www.eurasniipp.ru/PDF/international.pdf. – Дата доступа: 11.09.2014.

10. Серов Г.П. Правовая охрана окружающей среды при осуществлении хозяйственной и иной деятельности (Лекция 37) // Винокуров Ю.Е. Экологическое право / под ред. Ю. Е. Винокурова. – М.: Экзамен, 2005. – С. 366–367.

11. Минина Е.Л. Экологические требования к обращению с опасными веществами (10.4) // Боголюбов С.А. Экологическое право / под ред. С. А. Боголюбова. – М.: Юрайт ; ИД Юрайт, 2011. – С. 261.

Елшин Е. Б.,
Российский государственный университет правосудия (РАП) ВС РФ (Россия), научный руководитель к.ю.н., доцент Л. В. Солдатова

ПОНЯТИЕ ЗЕМЕЛЬ НАСЕЛЕННЫХ ПУНКТОВ

В земельном законодательстве Российской Федерации (далее – РФ) и Украины земли населенных пунктов (земля жилищной и общественной застройки) выделены в самостоятельную категорию. Юридическое определение земель населенных пунктов содержится в ст. 83 Земельного кодекса РФ [1]. Землями населенных пунктов признаются земли, используемые и предназначенные для застройки и развития населенных пунктов. В Земельном кодексе Украины к земле жилищной и общественной застройки принадлежат земельные участки в пределах населенных пунктов, которые используются для размещения жилищной застройки, общественных зданий и сооружений, других объектов общего пользования [2].

В законодательстве обоих государств не дается юридического понятия населенного пункта, однако термин «населенный пункт» имеет широкое толкование в литературе. В словаре русского языка С.И. Ожегова под населенным пунктом понимается «общее название мест, где живут люди (город, деревня, поселок)» [3]. Ряд ученых предлагает понимать под населенным пунктом место проживания людей, приспособленное для жизни, хозяйственной деятельности и отдыха, где сосредоточены жилье, административные и хозяйственные постройки [4]. Таким образом, нет единого понятия «населенный пункт».

Поскольку административно-территориальное устройство в РФ отнесено к ведению субъектов РФ регионы по-разному определяют понятия «населенный пункт». В законах одних субъектов РФ под населенным понимается «часть территории, имеющая сосредоточенную застройку в пределах установленной границы и служащая постоянным местом проживания населения» [5]. В законах других субъектов РФ населенный пункт – это часть населенной территории административно-территориальной единицы, имеющая сосредоточенную застройку и служащая постоянным (в том числе сезонным) местом проживания городских и сельских жителей [6].

В третьей группе регионов под населенным пунктом понимается территория, имеющая сосредоточенную застройку, служащая местом проживания людей[7].

Таким образом, большинство законов субъектов РФ при определении населенных пунктов обращает внимание на два их основных признака: территория и население.

Из этого определения остается непонятным, что же такое «населенный пункт», а также какова единая классификация населенных пунктов на виды. Конституция Российской Федерации не оперирует таким понятием как населенный пункт, однако согласно ст. 131 Конституции РФ, местное самоуправление осуществляется в городских, сельских поселениях и на других территориях с учетом исторических и иных местных традиций. Названное конституционное положение конкретизировано в ст. 2 Федерального закона (далее – ФЗ) от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», подразделяющей муниципальные образования на городское или сельское поселение, муниципальный район, городской округ и внутригородскую территорию города федерального значения.

Согласно ст. 140 Конституции Украины, местное самоуправление является правом территориальной громады – жителей села или добровольного объединения в сельскую громаду жителей нескольких сел, поселка и города – самостоятельно решать вопросы местного значения в рамках Конституции и законов Украины. Нам не удалось обнаружить понятие «населенного пункта» в законодательстве Украины. Однако в Законе Украины от 21 мая 1997 г. № 280/97-ВР «О местном самоуправлении на Украине», административно-территориальные единицы унитарного государства подразделяются на области, районы, города, районы в городе, поселки, села [8].

Поскольку единый подход к классификации населенных пунктов в законах Украины и РФ отсутствует, А.П. Анисимов сформулировал классификацию населенных пунктов на виды по следующим основаниям [10, с. 12–13].

© Елшин Е. Б., 2014

Во-первых, по критерию количества населения. Такую классификацию проводит ФЗ от 25.10.2001 № 137-ФЗ «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации» [9], устанавливая разную выкупную цену земли в населенных пунктах с различной численностью населения (ст. 2). Кроме того, согласно ст. 11 ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», в состав территории сельского поселения могут входить, как правило, один сельский населенный пункт или поселок с численностью населения более 1000 человек (для территории с высокой плотностью населения – более 3000 человек) и (или) объединенные общей территорией несколько сельских населенных пунктов с численностью населения менее 1000 человек каждый (для территории с высокой плотностью населения – менее 3000 человек каждый). Следовательно, наличие указанного количества жителей имеет правовое значение (включая земельно-правовое) и может служить основанием формирования отдельного муниципального образования.

Во-вторых, в зависимости от значения населенного пункта в системе управления федеральный и региональный законодатель различает города федерального значения (Москва и Санкт-Петербург), регионального (республиканского, краевого, областного и т.д.) значения, города районного значения, поселки городского типа, сельские населенные пункты.

В-третьих, деление по наличию экологических факторов. Так, существует ряд особенностей правового статуса населенных пунктов, расположенных в границах эколого-курортного региона Кавказских Минеральных Вод (Пятигорск, Кисловодск), в пределах федерального курортного региона Анапа, населенных пунктов, расположенных на территории заповедников и национальных парков. Существует ряд особенностей правового статуса городов и сел, расположенных в зоне экологического бедствия, в зоне защитных мероприятий вокруг объекта по хранению химического оружия и т.д.

В-четвертых, по специализации можно выделить «наукограды»; населенные пункты, расположенные в границах территории закрытых административно-территориальных образований, населенные пункты – места расположения игорного бизнеса и т.д. [10].

Между тем объективно существуют определенные правовые различия, с одной стороны, в статусе города, и с другой стороны в статусе поселка и сельского населенного пункта. Во-первых, большая разница заключается в том, что города, как правило, являются самостоятельными муниципальными образованиями (либо на территории города создано несколько муниципальных образований – внутригородских территорий). В них представительные и исполнительные органы местного самоуправления города вправе самостоятельно распоряжаться муниципальной собственностью в соответствии с действующим законодательством, включая земельную собственность.

В тоже время поселки и сельские населенные пункты самостоятельными муниципальными образованиями обычно не являются, а входят в состав сельских поселений как муниципальных образований, административно подчиняются главе органа местного самоуправления.

Так, согласно ст. 6 Устава Волгоградской области, на ее территории расположено 6 городов областного значения и 33 административных района, включающих в себя города районного значения, сельсоветы и иные территориальные единицы. Поселки и сельские населенные пункты, расположенные в названных районах, не являются муниципальными образованиями, но являются самостоятельными населенными пунктами.

Исключение составляют города федерального значения – населенные пункты, включающие внутригородские муниципальные образования в свой состав.

В заключении отметим, что в настоящее время в научной литературе наблюдается тенденция к устранению понятийного пробела в экологическом и земельном праве в части понятия «населенный пункт», что связано с важностью и значимостью земель населенных пунктов в составе земельных фондов Украины и России – см. Антологию интерэкоправа [11, с. 388, 502, 584].

Список использованных источников:

1. Земельный кодекс Российской Федерации от 25.10.2001 № 136-ФЗ // «Собрание законодательства РФ», 29.10.2001, № 44, ст. 4147;

2. Земельный кодекс Украины от 25.10.2001 № 2768-III, в ред. от 06.09.2014 // Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2002. № 3–4. Ст. 27;

3. Ожегов С.И. Словарь русского языка: Ок. 57 000 слов. – М., 1986. С. 334;

4. Выдрин И.В., Кокотов А.Н. Муниципальное право России. Учебник для вузов. – М., 1999. – С. 115.

5. Закон Республики Калмыкия «Об административно-территориальном устройстве Республики Калмыкия» от 6 ноября 2001 г. // СПС Консультант-плюс;

6. Закон Волгоградской области от 7 октября 1997 г. № 139-ОТ «Об административно-территориальном устройстве Волгоградской области» // СПС Консультант-плюс;

7. Закон Астраханской области от 4 октября 2006 г. № 67/2006-ОЗ «Об административно-территориальном устройстве Астраханской области» // СПС Консультант-плюс;

8. Закон Украины от 21.05.1997 № 280/97-ВР «О местном самоуправлении на Украине», в ред. от 24.07.2014 // Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1997. № 24. Ст. 170;

9. Федеральный закон «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации» от 25.10.2001 № 137-ФЗ // «Собрание законодательства РФ», 29.10.2001, № 44, ст. 4148;

10. Анисимов А.П. Актуальные проблемы правового режима земель населенных пунктов в Российской Федерации: Монография. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 12–13.

11. Антология интерэкоправа: учебное пособие, тематический каталог, ссылки на скачивание полных текстов, источниковедческие обзоры, интервью и статьи / Под. ред. Е.А. Высторобца ; [предисл. В.И. Данилова-Данильяна, к читателям А.Д. Буриана, пролог Р.М. Валеева]. – 2-е изд. – М.-Уфа: МИРмпОС, Центр интерэкоправа ЕврАзНИИПП, 2014. – 678 с. // Московская инициатива в развитие международного права окружающей среды [Электронный ресурс]. – 2014. – Режим доступа: http://mield.narod.ru/index/anthology_of_interecolaw/0-10. – Дата доступа: 22.01.2014.

Іванова А. А.,
студентка 3 курсу юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, науковий керівник: к.ю.н., доц. Позняк Еліна Владиславівна

ОСОБЛИВОСТІ ФУНКЦІОНАЛЬНО-ПРОЦЕДУРНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ГРОМАДЯН НА БЕЗПЕЧНЕ ДЛЯ ЖИТТЯ І ЗДОРОВ'Я ДОВКІЛЛЯ

Фундаментальним у системі екологічних прав є право громадян на безпечне для життя і здоров'я довкілля. Це право надає можливість людині проживати у такому природному середовищі, що є сприятливим для її життя і здоров'я. Конституція України проголошує право кожного на безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування завданої порушення цього права шкоди [1].

В. І. Андрейцев характеризує право на безпечне навколишнє природне середовище як інтегровану правову категорію, що синтезує в своїй основі ряд галузевих прав: а) право на стабільну екологічну обстановку; б) право на екологічне благополуччя; в) право на якісне, сприятливе, здорове навколишнє природне середовище [2, с. 35].

Право на безпечне для життя і здоров'я навколишнє природне середовище має відповідний механізм гарантій реалізації та захисту. Під гарантіями розуміють сукупність об'єктивних і суб'єктивних факторів, спрямованих на фактичну реалізацію прав людини, на усунення причин і перешкод їх обмеження та ненадійного здійснення [3, с. 70].

У Законі України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25.06.1991 зазначається, що екологічні права громадян забезпечуються проведенням державних заходів щодо підтримання, відновлення і поліпшення стану навколишнього природного середовища, участю громадських організацій та громадян у діяльності щодо охорони навколишнього природного середовища та здійсненням державного та громадського контролю за додержанням екологічного законодавства.

Розглядаючи гарантії права громадян на екологічну безпеку, доцільно зазначити позицію В. І. Андрейцева, що у механізмі гарантій реалізації та захисту права громадян не екологічну безпеку виділяє функціонально– процедурне, тобто процесуальне доюрисдикційне забезпечення, державний нагляд і контроль, спеціально-правові та превентивні гарантії реалізації права людини на екологічну безпеку. Важливе значення посідають функціонально-процедурні гарантії реалізації, а саме: декларування екологічної безпеки щодо об'єктів підвищеної небезпеки; планування локалізації та ліквідації наслідків аварій на об'єктах підвищеної небезпеки; ідентифікація об'єктів підвищеної екологічної безпеки; ліцензування екологічно небезпечної діяльності; інформування про екологічно небезпечну діяльність; гігієнічна регламентація екологічно небезпечних факторів; державна реєстрація екологічно небезпечних факторів і речовин; облік небезпечних речовин; зонування території надзвичайної екологічної ситуації; державний нагляд і контроль у сфері забезпечення екологічної безпеки [4, с. 218].

Крім зазначено, доцільно додати процедури еколого-оціночного характеру, а саме: екологічну експертизу та екологічний моніторинг.

Питання декларування екологічної безпеки щодо об'єктів підвищеної небезпеки регулюється Законом України «Про об'єкти підвищеної небезпеки» від 18.01.2001, в якому зазначається, що суб'єкт господарської діяльності готує і подає до місцевих органів виконавчої влади декларацію безпеки об'єкта підвищеної небезпеки.

Важливе значення у системі функціонально-процесуальних гарантій належить плануванню локалізації та ліквідації аварій на об'єктах підвищеної небезпеки. Закон України «Про об'єкти підвищеної небезпеки» від 18.01.2001 вказує на обов'язок суб'єктів господарської діяльності розробити і затвердити план локалізації і ліквідації аварій для кожного об'єкта підвищеної небезпеки, який вони експлуатують або планують експлуатувати.

Не менш важливим засобом функціонально-процесуальних гарантій є інформування про екологічно небезпечну діяльність загалом і про об'єкти підвищеної небезпеки зокрема. Закон України «Про об'єкти підвищеної небезпеки» від 18.01.2001 зазначає про обов'язок суб'єкта господарської діяльності надавати відповідним органам виконавчої влади інформацію про об'єкти підвищеної небезпеки, які перебувають у його власності або у користуванні.

© Іванова А. А., 2014

Право на одержання інформації стосовно екологічно небезпечної діяльності тісно взаємопов'язане з правом на екологічну інформацію. Зазначене право гарантується Конституцією України та Конвенцією «Про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля» (1998р.), в якій зазначається, що зацікавлена громадськість адекватно, своєчасно та ефективно одержує інформацію залежно від обставин шляхом публічного повідомлення або в індивідуальному порядку на початковому етапі процедури прийняття рішень з питань, що стосуються навколишнього середовища.

Відповідно до Директиви Європейського Парламенту «Про доступ громадськості до екологічної інформації» (2003 р.) екологічної інформації повинна містити у будь-якій формі інформацію про стан навколишнього середовища, фактори чи діяльність, які впливають або можуть вплинути на навколишнє середовище, або спрямовані на його захист, а також інформацію про стан здоров'я людини [5, с. 65].

М. В. Краснова зазначає, що за своєю структурою гарантії реалізації права на екологічну інформацію складаються із: юридичних норм, організаційно-правової діяльності держави та її органів, процесуально-правових та стимулюючих засобів держави, юридичної відповідальності. Ці складові формують юридичний механізм забезпечення права громадян на екологічну інформацію [6, с. 8].

Ефективність функціонально-процедурного забезпечення напряму залежить від здійснення державного нагляду і контролю у сфері забезпечення екологічної безпеки.

Екологічний контроль як важливий інститут екологічного права та законодавства України розглядається у значенні його превентивно-стимулюючого характеру до забезпечення додержання вимог охорони навколишнього природного середовища, стандартів та нормативів у галузі екологічної безпеки, екологічних прав громадян України, та сутність якого зводиться до перевірки виконання підконтрольними об'єктами приписів екологічного законодавства. [7, с. 86].

Отже, право на безпечне для життя і здоров'я довкілля забезпечується механізмом гарантій реалізації та захисту, серед яких важливе місце займають функціонально-процедурні гарантії. Ознакою реалізації права громадян на безпечне для життя і здоров'я довкілля є те, що в результаті дії чи бездіяльності відбувається перетворення можливості, закріпленій в суб'єктивному праві у дійсність.

Список використаних джерел:

1. Законодавчі та нормативно-правові акти наведено у відповідності з офіційним сайтом Верховної Ради України // www.rada.gov.ua.

2. Андрейцев В. І. Екологічне право: Курс лекцій – Андрейцев Володимир Іванович. – К., 1996. – 208 с.

3. Екологічне право України : [підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] за ред. А. П. Гетьмана та М. В. Шульги. – Х. : Право, 2009. – 328 с.

4. Андрейцев В. І. Право екологічної безпеки: Навч. та наук.-практ. посіб. – Андрейцев Володимир Іванович. – К.: Знання – Прес, 2002. – 332 с.

5. Збірник нормативно-правових актів Європейського Союзу у сфері охорони навколишнього середовища. – Львів, 2004.— 192 с.

6. Краснова М.В. Гарантії реалізації права громадян на екологічну інформацію. / Автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.06. / Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка.– К., 1997. – 16 с.

7. Гетьман А. П. Процедура реалізації матеріальних норм у галузі екологічного контролю / Гетьман Анатолій Павлович // Вісник Академії правових наук України. – № 2. – 1996. – 232 с.

Корновенко С. В.,
доктор історичних наук, професор, завідувач кафедри інтелектуальної власності та цивільно-правових дисциплін Черкаського національного університету імені Богдана Хмельницького
Гук Б. М.,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри інтелектуальної власності та цивільно-правових дисциплін Черкаського національного університету імені Богдана Хмельницького

ДЕРЖАВНО-ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ЛЮДИНИ ТА ГРОМАДЯНИНА НА ЕКОЛОГІЧНУ ІНФОРМАЦІЮ

Одним з основних конституційних прав людини та громадянина є, закріплене у статті 50 Конституції України, право кожного на безпечне для життя і здоров'я довкілля, а також гарантоване право вільного доступу до інформації про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту, а також право на її поширення [1]. Ця конституційна гарантія конкретизована в Законі України «Про інформацію», де різновидом інформації за її змістом називається інформація про стан довкілля (екологічна інформація) [2, ст.10], а Законом України «Про охорону навколишнього природного середовища» до екологічних прав громадян України віднесено, зокрема, право на вільний доступ до інформації про стан навколишнього природного середовища (екологічна інформація) та вільне отримання, використання поширення та зберігання такої інформації, за винятком обмежень, встановлених законом [3, п. е). ст. 9]. Такі нормативні гарантії права особи на екологічну інформацію ґрунтуються на міжнародних правових актах, зокрема на положеннях Орхуської Конвенції, в якій на міжнародному рівні урегульовані питання доступу до екологічної інформації, [4, ст. 2,3].

Наявність таких нормативних актів свідчить, що правовому регулюванню доступу до екологічної інформації відводиться важлива роль в активізації діяльності суспільства у сфері охорони навколишнього середовища і підтверджує тезу про неможливість уявлення собі сучасного, цивілізованого, відкритого суспільства, яке б не забезпечувало своїм громадянам юридичних гарантій одержання інформації, яка їх цікавить, у тому числі екологічної [5, 41].

Правове забезпечення екологічних прав громадян, зокрема й екологічних інформаційних відносин є предметом досліджень Г. Балюк, Ю. Власенко, Г.Анісімової, Т. Захарченко, Н.Кобецької, М.Краснової, М. Малишка, Ю. Шемшученка та інших вітчизняних науковців. Проте в механізмі правового регулювання інформаційних екологічних відносин залишається ряд колізій та прогалин, наявні спірні питання щодо шляхів удосконалення системи державно-правової охорони права особи на екологічну інформацію. Враховуючи, що праву особи на інформованість про стан навколишнього природного середовища, повинен відповідати обов'язок держави надавати екологічну інформацію, яка є у розпорядженні відповідних державних органів, порушене питання потребує подальшого комплексного наукового дослідження.

Державно-правовий характер механізму регулювання екологічних відносин, у тому числі й права на екологічну інформацію, характеризується не тільки наявністю відповідних нормативно-правових актів, але й системою відповідних державних органів та установ, до повноважень яких належить як збір, обробка екологічної інформації, так і її розповсюдження, доведення до суспільства чи інформування окремих осіб за інформаційними запитами чи зверненнями громадян. З іншого боку, такі органи повинні володіти відповідними правовими методами і засобами впливу на екологічні інформаційні відносини та в цілому на інформаційну безпеку.

Нині інформаційні екологічні правовідносини, крім власне екологічного законодавства, регулюються цілою низкою інших законів та підзаконних актів. Так, Закон України «Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку» одним із принципів державної політики у сфері використання ядерної енергії та радіаційного захисту визначає відкритість і доступність інформації, пов'язаної з використанням ядерної енергії [6, ст.5], Закон України «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення» закріплює право громадян на достовірну інформацію про наявні та можливі фактори ризику для здоров'я та їх ступінь [7, ст.4]. Таке, далеко не повне розмаїття правового регулювання доступу на екологічну інформацію, на перший погляд повинно забезпечити це право, але з іншого боку існують ряд прогалин та колізій в механізмі правового регулювання цих відносин.

© Корновенко С. В., Гук Б. М., 2014

Право вільного доступу до інформації про стан довкілля, якість харчових продуктів та предметів побуту гарантується Конституцією України без жодних застережень[1, ст. 50]. Водночас, за Законом України «Про охорону навколишнього природного середовища» на право вільного доступу до інформації про стан довкілля (екологічної інформації), може бути встановлено обмеження [3, п. е). ст.9]. В Законі України «Про інформацію» розміщена імперативна норма, за якою інформація про стан довкілля, крім інформації про місце розташування військових об'єктів, не може бути віднесена до інформації з обмеженим доступом [2, ч.3 ст.13]. Натомість, в Законі України «Про державну таємниці» прямо зазначено, що інформація про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту, про вплив товару (роботи, послуги) на життя та здоров'я людини не відноситься до державної таємниці [8, ч. 4 ст. 8]. Наявність таких конфліктних норм явно ускладнює механізм правового регулювання інформаційних екологічних відносин.

Наявні прогалини та колізії і в законодавстві, що регулює відносини інформаційного екологічного забезпечення. Перелік таких суб'єктів такого забезпечення визначено в цілому Законом України «Про охорону навколишнього природного середовища», але він видається обмеженим, з огляду навіть на те, що екологічне інформаційне забезпечення покладено тільки на органи державної влади та органи місцевого самоврядування [3, ч.2 ст. 25-1]. Недоліком такого конструкції зазначеної норми є те, що у ній не враховані сучасні економічні відносини, наявність численних суб'єктів господарювання, зокрема й фізичних осіб-підприємців, певний вид господарської діяльності яких може негативно впливати на стан навколишнього природного середовища, життя і здоров'я людей, нести загрозу екологічній безпеці загалом. Тому, на нашу думку, суб'єкти господарської діяльності незалежно від форми власності, фізичні особи-підприємці повинні бути на законодавчому рівні віднесені до суб'єктів інформаційного екологічного забезпечення.

Зважаючи на таку розгалуженість законодавства, що регулює екологічні правовідносини, наявність прогалин в законодавстві та конфлікту норм, що регулюють інформаційні екологічні права людини та громадянина, варто детально проаналізувати ідею прийняття Екологічного кодексу України, в якому пропонується звести норми усіх трьох видів екологічних правовідносин: про екологічну безпеку, про охорону навколишнього природного середовища, про раціональне використання природних ресурсів [9, с. 12]. Така пропозиція заслуговує уваги і в контексті порушеної нами проблеми захисту екологічних інформаційних прав людини і громадянина, які можливо було б закріпити окремим розділом в такому кодифікованому акті. Звичайно, така пропозиція потребує детального дослідження, але, на нашу думку, її ґрунтовне дослідження могло б стати одним із шляхів удосконалення та якісного зміцнення державно-правового механізму реалізації права людини та громадянина на екологічну інформацію.

Список використаних джерел:

1. Конституція України від 28.06.96 (за станом на 21.02.2014 / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada. gov.ua/...

2. Про інформацію : Закон України від 02.10.92 року / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/...

3. Про охорону навколишнього природного середовища : Закон України від 26.06.91 / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/...

4. Конвенція про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля (Орхус, Данія, 25 червня 1998 року) : ратифікована Законом України від 6 лип. 1999 р. /[Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada. gov.ua/...

5.Захарченко Т. Некоторые вопросы права окружающей среды США. / Т. Захарченко – К.: УМК ВО. – 1992.

6. Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку: Закон України від від 08.02.1995 (Редакція від 26.10.2014) / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada. gov.ua/...

7. Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення: Закон України від 24.02.1994 (Редакція від 26.04.2014) / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada. gov.ua/...

8. Про державну таємницю: Закон України від 21.01.1994 (Редакція від 19.04.2014) / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada. gov.ua/...

9. Власенко Ю.Л. Оптимізація законодавства України у сфері забезпечення екологічної безпеки: автореф. дис. … канд..юр.наук – 12.00.06 /Ю.Л.Власенко; Київ.нац.ун-т ім.Т.Шевченка. – К., 2010. – 20 с.

Мирзаабдуллаева М. Р.,
и.о. доцента кафедры Экологического и аграрного права Ташкентского государственного юридического университета (Республика Узбекистан)

ПРАВОВЫЕ ВОПРОСЫ ОБЩЕСТВЕННОГО ЗЕМЕЛЬНОГО КОНТРОЛЯ

Земля – особый объект природы, непосредственно показывающий тесную связь общества и природы, имеющая социальный, естественно-природный аспекты.

В эпоху бурного развития науки и техники, сильного хозяйственного воздействия на землю остро встаёт вопрос правой охраны и контроля за сохранностью земель и их рациональным использованием.

Как отмечает, В.И. Кашин, пора понять, что жизненные ресурсы на планете ограничены. К примеру, земельный фонд составляет 134 млн. км2, а участвующие в обеспечении продовольственной безопасности земли, по усредненным данным, составляют всего 30%. Лидеры мировой экономики уже давно осознали масштаб возможных последствий утраты ценных земель и на протяжении долгого времени формируют свою земельную политику исходя из принципов максимальной охраны и рационального использования. Основы этому заложены в таких международных правовых актах, как «Всемирная стратегия охраны природы», «Всемирная почвенная хартия», «Основы мировой почвенной политики» [1].

Конституция независимого Узбекистана закрепила правовые гарантии демократического общества, в том числе и экологическую безопасность граждан, а также определила их обязанности. Так, статья 50 гласит: «Граждане обязаны бережно относиться к окружающей природной среде» [2]. Исходя из основных положений Конституции, в Республике Узбекистан проводится земельная реформа, направленная на совершенствование законодательных актов. Законодательство в сфере охраны природы в целом, и в частности земель создало предпосылки экологической безопасности населения на основе общепринятых принципов охраны земель и рационального землепользования. Земельное законодательство республики создала широкое правовое поле участия общественности в деле охраны земель и их рационального использования. Земельный кодекс Республики Узбекистан [3], Законы Республики Узбекистан «Об охране природы» [4], «Об экологическом контроле» [5], закрепляют правовую норму по осуществлению контролю, в юридической литературе которому дана характеристика как «важнейшая правовая мера обеспечения рационального природопользования и охраны окружающей среды от вредных воздействий, функция государственного управления и правовой институт экологического права» [6].

Как отмечает В.Т.Батычко, земельный контроль как правовая мера выполняет три основные функции: предупредительную, направленную на предотвращение еще не начавшегося противоправного воздействия на земельные участки; информационную, направленную на сбор сведений о подконтрольных объектах, и карательную, направленную на привлечение нарушителей земельного законодательства к юридической ответственности.

Классификацию видов земельного контроля можно производить по нескольким критериям. По критерию субъекта, осуществляющего земельный контроль, следует выделить государственный, муниципальный, производственный и общественный земельный контроль [7].

Земельный кодекс Республики Узбекистан определяет основными задачами контроля за использованием и охраной земель обеспечение соблюдения юридическими и физическими лицами, органами государственного управления, местными органами государственной власти требований законодательства (статья 83) [8].

Кодекс закрепил право органов самоуправления граждан осуществлять общественный контроль за использованием и охраной земель в пределах своей компетенции, так же земельное законодательство предусматривает, что общества охраны природы, научные общества и другие общественные объединения, а также граждане оказывают содействие государственным органам и органам самоуправления граждан в осуществлении контроля за использованием и охраной земель.

По статье 29 Закона система экологического контроля состоит из государственной службы наблюдения за состоянием окружающей природной среды, государственного, ведомственного, производственного и общественного контроля в области охраны природы.

© Мирзаабдуллаева М. Р., 2014

В этой связи основными задачами общественного контроля за соблюдением земельного законодательства, охраной и использованием земель по нашему мнению видится в обеспечении исполнения установленных требований (норм, правил, нормативов) пользования землей, в проверке выполнения мероприятий по охране земель органами государственной власти, юридическими лицами, их должностными лицами, а также гражданами. Общественный земельный контроль является всеобщим, охватывает все категории земель и распространяется на всех собственников, землевладельцев, землепользователей и арендаторов земельных участков.

Для совершенствования института общественного земельного контроля изучение опыта законодательного регулирования отношений связанных с общественным земельным контролем стран СНГ является одним из необходимых элементов. Так, в Земельном кодексе Российской Федерации закреплено, что общественный контроль осуществляется органами территориального общественного самоуправления, другими общественными организациями (объединениями), гражданами за соблюдением установленного порядка подготовки и принятия исполнительными органами государственной власти и органами местного самоуправления, предусмотренными ст. 29 Кодекса, решений, затрагивающих предусмотренные Кодексом права и законные интересы граждан и юридических лиц, а также за соблюдением требований использования и охраны земель [9].

Одним из особых, самостоятельных видов общественного земельного контроля является экологическая экспертиза. Законодательство нашей страны закрепляет следующие виды экологической экспертизы: государственная, общественная и экологический аудит.

В Законах Республики Узбекистан «Об охране природы» и «Об экологической экспертизе» [10] указано, что: общественная экологическая экспертиза может осуществляться по инициативе негосударственных некоммерческих организаций и граждан в любой сфере деятельности, которая нуждается в экологическом обосновании. Общественная экологическая экспертиза осуществляется независимыми группами специалистов по инициативе общественных объединений за счет их собственных средств или на общественных началах.

Следует отметить, что общественная экологическая экспертиза организуется и проводится по инициативе граждан и общественных организаций (объединений), а также по инициативе органов местного самоуправления. Она организуется общественными организациями (объединениями), которые зарегистрированы в установленном законодательством порядке. Основным направлением их деятельности (в соответствии с их уставами) должна являться охрана окружающей среды, в том числе организация и проведение экологических экспертиз. Так, статья 11 Закона «Об общественных объединениях в Республике Узбекистан» [11] гласит, что «общественное объединение, либо его организации (органы) осуществляют свою деятельность лишь после регистрации их устава в порядке, установленном настоящим Законом и в соответствии с гражданским законодательством могут признаваться юридическими лицами», а по статье 4 «все общественные объединения, выполняя функции, предусмотренные их уставами, другими актами, действуют в рамках Конституции Республики Узбекистан, других законов Республики Узбекистан». Таким образом, организатором общественной экологической экспертизы может быть не любая общественная организация (объединение), а только экологическая, причем зарегистрированная в соответствии с законодательством. Общественная экологическая экспертиза может проводиться независимо от государственной экологической экспертизы тех же объектов.

Хочется подчеркнуть, что запрещается препятствовать осуществлению общественной экологической экспертизы.

Заключение общественной экологической экспертизы носит рекомендательный характер. Учитывая зависимость силы заключения общественной экологической экспертизы от авторитета участников и мотивированности доводов, очень важно обеспечить правильную процедуру экспертизы и адекватный подбор членов и председателя комиссии общественной экологической экспертизы. Необходимо максимальное обеспечение гласности и доступа общественности по всем указанным выше направлениям. Состав экспертов по их научной квалификации и компетентности должен быть по уровню не ниже экспертов государственной экспертизы – иначе их доводы, даже мотивированные, не будут должным образом восприняты. Получение мотивированного, обоснованного экспертного заключения общественной экологической экспертизы важно, но это лишь часть дела. Главное – довести это мотивированное заключение до сведения принимающих решение органов и должностных лиц, сделать его хотя и альтернативным, но равноправным, наряду с заключением государственной экологической экспертизы, мнением официальных организаций. Поэтому целесообразно довести содержание заключения общественной экологической экспертизы до сведения максимально широкого круга лиц,

заинтересованных в этой проблеме. Это можно сделать путем рассылки заключения, опубликования его в средствах массовой информации, организации лекций, собраний, конференций, круглых столов, дискуссий, обсуждений. Законодатель допускает гласность экологической экспертизы. По статье 6 Закона «Об экологической экспертизе» заказчики экологической экспертизы могут опубликовывать в средствах массовой информации объявление о ее проведении. В этом случае в течение месяца со дня завершения экологической экспертизы публикуются сведения о ее результатах.

Анализ законодательства показал, в формируемом правовом механизме взаимодействия общества и природы имеется существенный сдвиг в направлении его демократизации. Важно то, что граждане и общественные экологические объединения получили некоторые возможности участвовать в рамках права в обеспечении выполнения или контроль за выполнением требований по охране земель в предпринимательской и управленческой сферах на стадиях подготовки и принятия хозяйственных и управленческих экологически значимых решений.

Но, несмотря на принимаемые меры нельзя назвать удовлетворительным и участие общественных организаций, самой общественности в реализации земельного законодательства.

По нашему мнению, закрепление осуществления общественного контроля за использованием и охраной земель в пределах своей компетенции только органами самоуправления граждан в Земельном кодексе на сегодняшний день не достаточно. Необходимо, закрепить возможность осуществления общественного контроля за сохранностью земель и их рациональным использованием также за общественными организациями.

Более того, на наш взгляд, в Закон «Об экологической экспертизе» необходимо внести изменения и дополнения, содержащие права граждан и общественных организаций (объединений) в области экологической экспертизы, объекты общественной экологической экспертизы, порядок проведения общественной экологической экспертизы, условия проведения общественной экологической экспертизы, заключение общественной экологической экспертизы и т.д.

Современным развитием демократизации общества началось, на наш взгляд, новая эра. Так, 2 августа 2008 года создано Экологическое движение Узбекистана. В программе Экодвижения указано «развитие и эффективное взаимодействие общественных объединений, общественных фондов и других негосударственных некоммерческих организаций в деле решения конкретных экологических проблем» [12].

Широкое участие общественности в реализации земельного законодательства через проведение общественного контроля и экспертизы будет способствовать гармонизации деятельности государственных и общественных организации в решении многих земельных и экологических проблем.

Список использованных источников:

1. Кашин В.И. Доклад на научной конференции «Экологизация производства сельскохозяйственной продукции – путь к повышению качества жизни и здоровья населения России» // В.И. Кашин председатель Комитета Государственной Думы по природным ресурсам, природопользованию и экологии, академика РАН. – Москва, 14 августа 2014 г.

2. Конституция Республики Узбекистан. – Т.: «Узбекистан», 2007.

3. Земельный кодекс Республики Узбекистан. Официальное издание / Министерство юстиции Республики Узбекистан. – Ташкент: Адолат. 2011. – 152 с.

4. Ведомости Верховного Совета Республики Узбекистан, 1993 г., № 1, ст.38 // В настоящий Закон внесены изменения в соответствии с Постановлением Олий Мажлиса Республики Узбекистан от 29.08.1996 г. № 257-I; Постановлением Олий Мажлиса Республики Узбекистан от 24.04.1997 г. № 397-I; Постановлением Олий Мажлиса Республики Узбекистан от 26.12.1997 г.; Постановлением Олий Мажлиса Республики Узбекистан от 30.04.1998 г. № 610-I; Постановлением Олий Мажлиса Республики Узбекистан от 30.04.1998 г. № 599-I.

5. Закон Республики Узбекистан «Об экологическом контроле» // Ведомости палат Олий Мажлиса Республики Узбекистан, 2013 г., № 12, ст. 352.

6. Файзиев Ш.Х. Экология назорати ва экологик экспертизасининг ҳуқуқий ҳолати. /Экология ҳуқуқи. –Т.: «Адабиёт жамғармаси», 2001. – 78 б; Бринчук М.М. Правовые основы экологического контроля. / Экологическое право. – М.: Юрист, 2005. – С. 235.

7. Батычко В.Т. Земельное право в вопросах и ответах. – Таганрог: ТТИ ЮФУ, 2007.

8. Земельный кодекс Республики Узбекистан. Официальное издание / Министерство юстиции Республики Узбекистан. – Ташкент: Адолат. 2011. – 152 с.

9. Земельный кодекс Российской Федерации //Собрание законодательства РФ, 2001, № 44, ст. 4147.

10. Ўзбекистон Республикаси Олий Мажлис Ахборотномаси 2000 й. 5-6-сон, 144-модда.

11. Ведомости Верховного Совета Республики Узбекистан, 1991 г., № 4, ст.76.

12. Ўзбекистон экологик харакати дастури. – Тошкент. 2009. 11-Б.

Скляр Е. А.,
студентка 3 курсу юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, науковий керівник: к.ю.н., доц. Позняк Еліна Владиславівна

ЕКОЛОГІЧНА БЕЗПЕКА ЯК ОСНОВА НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

Такі процеси, як деградація довкілля України, надмірне забруднення поверхневих і підземних вод, повітря і земель, нагромадження у дуже великих кількостях шкідливих, у тому числі високотоксичних, відходів виробництва, тривали десятиріччями і призвели до різкого погіршення стану здоров'я людей, зменшення народжуваності та збільшення смертності. Це, в свою чергу, викликало необхідність розробки правових норм, які би гарантували безпеку людини в процесі змін у середовищі її існування, що в подальшому обумовило формування права екологічної безпеки. Доречним видається висловлювання В. І. Андрейцева щодо обґрунтування існування екологічної безпеки: «Якщо дорога вготована на Голгофу, то мова йде не про охорону, а спасіння приреченого» [2, с. 14].

1.Поняття «екологічна безпека» є різновидом більш широкого поняття -»безпека», яке походить від англійського слова «security». У свою чергу, визначення терміну «безпека» пов'язується з поняттям «стан» – категорія наукового пізнання, що характеризується здатністю матерії,яка рухається, до прояву в різних формах з притаманними їм суттєвими властивостями і відношеннями. Отже, безпека розглядається як стан захищеності, відсутності загроз з боку різних чинників [3].

В довідковій літературі безпека також розглядається як відсутність загрози для об'єкта з боку внутрішніх та зовнішніх чинників [4, с. 207].

Щодо правового поняття екологічної безпеки, то слід виділяти 2 основних підходи до його визначення. Згідно з першим підходом екологічна безпека розглядається як певний стан. Наприклад, М. Н. Веденін визначає екологічну безпеку як стан захищеності людини, суспільства, держави і навколишнього середовища від негативного природного та техногенного впливу, що забезпечується організаційно – правовими, економічними, науково-технічними та іншими засобами та способами [5, с. 52].

Другий підхід полягає в тому, шо екологічну безпеку слід розуміти як певну діяльність. М. І. Малишко, досліджуючи проблему екологічної безпеки розглядає її як систему заходів, спрямованих на захист життєво необхідних інтересів людини від несприятливого впливу навколишнього природного середовища, вказуючи при цьому, що екологічна безпека є центральним питанням екології людини, оскільки безпосереднім об'єктом охорони є людина, її економічні інтереси, екофонд [6, с. 331-335].

На нашу думку, було б доцільно говорити не про захист, а про стан захищеності об'єктів як результат здійснення заходів для захисту життя і здоров'я людини та природних екосистем.

2.Найбільш широке визначення екологічної безпеки пропонує В. І. Андрейцев.

На його думку, екологічна безпека як правова категорія – це складова національної і транснаціональної безпеки, тобто такий стан розвитку суспільних правовідносин і відповідних їм правових зв'язків, за яких системою правових норм, інших державно-правових і соціальних засобів гарантується захищеність права громадян на безпечне для життя і здоров'я довкілля, забезпечується регулювання здійснення екологічно небезпечної діяльності і запобігання погіршенню стану довкілля та інших наслідків, небезпечних для життя і здоров'я особи, суспільства і держави, яка потребує чіткої конституціоналізації в чинному законодавстві [2, с.37].

3.В Декларації про державний суверенітет України (1990 р.) виділено окремий розділ, присвячений екологічній безпеці. У ньому зазначалось, що Українська держава самостійно встановлює порядок організації охорони природи на території держави та порядок використання природних ресурсів, має свою національну комісію радіаційного захисту населення, має право заборонити будівництво та припинити функціонування будь-яких підприємств, установ, організацій та інших об'єктів, які спричиняють загрозу екологічній безпеці. Українська держава дбає про екологічну безпеку громадян, про генофонд народу, його молодого покоління та має право на відшкодування збитків, заподіяних екології України діями союзних органів.

© Скляр Е. А., 2014

Знаковим стало прийняття низки законів, пов'язаних із катастрофою на Чорнобильській АЕС, а саме: Закон України від 27.02.1991 р. «Про правовий режим території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи», Закон України від 28.02.1991 р. «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильской катастрофи». В цих документах даються визначення категорій земель та класифікація забруднених територій. Також звертається увага на необхідність захисту громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильской катастрофи та розв'язання пов'язаних з нею проблем медичного і соціального характеру, що виникли внаслідок радіоактивного забруднення території.

4.Відповідно до Закону України «Про основи національної безпеки» від 19 червня 2003 р. під національною безпекою розуміється «захищеність життєво важливих інтересів людини і громадянина, суспільства і держави, за якої забезпечуються сталий розвиток суспільства, своєчасне виявлення, запобігання і нейтралізація реальних та потенційних загроз національним інтересам». У Законі України «Про охорону навколишнього природного середовища» під екологічною безпекою розуміється такий стан навколишнього природного середовища, при якому забезпечується попередження погіршення екологічної обстановки та виникнення небезпеки для здоров'я людей. Отже, екологічна безпека спрямована на попередження екологічно негативних наслідків, а національна передбачає не тільки запобігання, а й виявлення та нейтралізацію реальних та потенційних загроз національним інтересам, у тому числі екологічного характеру та є більш широким за своїм змістом поняттям.

У Законі України «Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року» від 21.12.2010 р. визначено мету національної екологічної політики, змістом якої є стабілізація і поліпшення стану навколишнього природного середовища України шляхом інтеграції екологічної політики до соціально-економічного розвитку України.

Про перехід від діючої економічної моделі розвитку держави на модель «зеленої економіки» свідчить підписання наказу Міністерства екології та природних ресурсів України від 24.02.2014 р. Згідно з наказом, передбачені заходи для переходу України від діючої економічної моделі розвитку на ресурсоефективну та екологічно орієнтовану «зелену економіку».

На данному етапі Україна перебуває в умовах економічної та політичної нестабільності. Забезпечення екологічної безпеки відійшло на другий план, проте прийняття наказу Мінприроди свідчить про прагнення України слідувати європейським тенденціям і намер запровадити модель «зеленої економіки».

Список використаних джерел:

1. Законодавчі та нормативно-правові акти наведено у відповідності з офіційним сайтом Верховної Ради України // www.rada.gov.ua.

2. Андрейцев В. І. Право екологічної безпеки : навч. та наук.-прак. посіб. / В. І. Андрейцев – К. : Знання-Прес, 2002. – 332 с.

3. Философский энциклопедический словарь / [ред. кол.: С. С. Аверинцев, Э. А. Араб– Оглы, Л. Ф. Ильичёв и др.]. – 2-е изд. – М. : Сов. энциклоп. – 1989. – 815 с.

4. Юридична енциклопедія. – В 2 т / за заг. ред. Ю. С. Шемшученка. – К., 1998 – Т. 1. – 356 с.

5. Веденин Н. Н. Экологическое право : учеб. [для студентов высш. учебных заведений.] / Веденин Н. Н. – М. : Право и Закон. – 2000. – 336 с.

6. Малишко М. І. Екологічне право України : навч. посіб. / М. І. Малишко. – К.: Видавничий дім «Юрид. книга», 2001. – 389 с.

Червенко А. Г.,
здобувач кафедри земельного та аграрного права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ОСОБЛИВОСТІ ВИЗНАЧЕННЯ РОЗМІРУ ЗБИТКІВ, ЗАПОДІЯНИХ У СФЕРІ ЗЕМЕЛЬНИХ ВІДНОСИН НЕПРАВОМІРНИМИ ДІЯМИ

Конституцією України визначено, що земля, її надра, та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, є об'єктами права власності Українського народу. Від імені Українського народу права власника здійснюють органи місцевого самоврядування в межах, визначених Конституцією.

Згідно ст. 12 Земельного кодексу України до повноважень сільських, селищних, міських рад у галузі земельних відносин на їх території належить, зокрема, розпорядження землями територіальних громад, передача земельних ділянок комунальної власності у власність громадян та юридичних осіб та надання земельних ділянок у користування із земель комунальної власності відповідно до Земельного Кодексу.

Рішеннями сільських, селищних, міських рад, з метою посилення контролю за використанням земель, створення єдиних організаційно-правових та економічних засад, затвердженні «порядки визначення та відшкодування міським радам збитків, заподіяних внаслідок тимчасового невикористання земельних ділянок та використання земельних ділянок з порушенням законодавства про плату за землю» (далі – Порядок).

Даний Порядок поширюється на всі підприємства, установи та організації, суб'єктів підприємницької діяльності-фізичних осіб, незалежно від їх місця реєстрації, а також громадян, у користуванні яких перебувають земельні ділянки комунальної власності у межах територій сільських, селищних, міських рад.

Порядок встановлює єдину процедуру відшкодування збитків, заподіяних раді внаслідок порушення вимог земельного законодавства.

Шкода, заподіяна внаслідок самовільного зайняття земельних ділянок, визначається та стягується згідно з Методикою, затвердженою Постановою Кабінету Міністрів України від 25.07.2007 №963 та не розраховується згідно даного Порядку.

Фізичні та юридичні особи, у разі використання ними земель міста з порушеннями вимог ст. ст. 125, 206 Земельного кодексу України повинні відшкодувати міській раді збитки, спричинені їх діями або бездіяльністю.

Збитки відшкодовуються внаслідок невикористання земельної ділянки, використання земельної ділянки без оформлення документів, що посвідчують право на земельну ділянку відповідно до закону. Інших випадків, коли особа використовує земельну ділянку з порушенням земельного законодавства.

Визначення сум збитків покладається на комісію міської ради по визначенню збитків власникам землі та землекористувачам.

Підготовку матеріалів на засідання комісії по визначенню збитків здійснює уповноважений виділ міської ради (як правило, це відділи організаційно-правової роботи).

Комісія розглядає наступні матеріали:

– копію рішення ради про надання в оренду земельної ділянки або поновлення права оренди земельної ділянки (за наявності);

– кадастрову справу на земельну ділянку (за наявності);

– акт обстеження та визначення меж, площі та конфігурації земельної ділянки з планово-картографічними матеріалами з нанесенням меж земельної ділянки та фотоматеріалами;

– довідку державного податкового органу щодо справляння плати за землю;

– розрахунок суми збитків, виконаний відділом з організаційно-правової роботи відповідної ради;

– письмове повідомлення підприємств, установ, організацій та фізичних осіб, якими нанесені збитки, про час та дату засідання комісії з документальним підтвердженням його отримання. У разі відмови від отримання повідомлення складається відповідний акт. Повідомлення повинно бути одержане не пізніше, ніж за 3 дні до дати засідання комісії.

© Червенко А. Г., 2014

– копії матеріалів листування міської ради та її виконавчих органів з підприємствами, установами, організаціями та з фізичними особами, якими нанесені збитки (за наявності);

– інші документи, що підтверджують використання або невикористання суб'єктами земельної ділянки з порушенням вимог земельного законодавства.

Визначення сум збитків покладається на комісію по визначенню збитків власникам землі та землекористувачам. Склад комісії затверджується рішенням ради. Головою комісії по визначенню збитків є заступник голови ради відповідно до розподілу обов'язків.

До складу комісії включаються: депутати ради, керівники та працівники виконавчих органів ради, представники управління Держкомзему України у відповідному районі, представники державної податкової адміністрації, представник фінансового управління райдержадміністрації.

Засідання комісії по визначенню збитків скликається головою комісії та є правомочним за наявністю більше половини від її загального складу. Рішення приймається більшістю голосів шляхом відкритого голосування. Під час засідання секретарем комісії ведеться протокол. Члени комісії мають право на висловлювання окремої думки щодо розгляду матеріалів, яка фіксується у протоколі засідання комісії. Матеріали по збиткам розглядаються по кожному суб'єкту окремо. На засідання комісії по відшкодуванню збитків запрошуються представники підприємств, установ, організацій та громадяни, якими допущені порушення вимог законодавства у сфері земельних відносин, діями або бездіяльністю яких територіальній громаді спричинені збитки. Повноваження усіх запрошених на засідання комісії осіб повинні бути належним чином оформлені та підтверджені (довіреність, паспорт).

За результатами розгляду матеріалів комісією складаються акти про визначення збитків по кожному суб'єкту окремо та затверджуються рішенням виконавчого комітету ради.

Порядок нарахування збитків проходить наступним чином.

Відшкодування збитків проводиться за період використання землі з порушенням земельного законодавства у розмірі орендної плати за землю, яка могла би надійти до міського бюджету при належному виконанні (дотриманні) землекористувачем вимог земельного законодавства.

У разі фактичного користування земельною ділянкою без документів, державної реєстрації на неї, збитки визначаються за фактичний період користування земельною ділянкою.

У разі перевищення орендарем строку на укладення договору оренди визначеного у рішенні міської ради про її надання, збитки визначаються з наступного дня після завершення вказаного строку.

Збитки, завдані внаслідок порушення строку виконання обов'язку орендаря, передбаченого договором оренди, по укладенню додаткової угоди на збільшення орендної плати у випадку затвердження нової нормативної грошової оцінки, нараховуються в сумі орендної плати, яку орендар має сплачувати відповідно до нової нормативної грошової оцінки починаючи з наступного дня після закінчення такого строку.

У разі сплати користувачем земельної ділянки плати за землю, її розмір враховується при визначенні розміру збитків, про що зазначається в розрахунку та акті про визначення збитків.

Факт використання земельної ділянки без наявності правовстановлюючих документів на землю має підтверджуватись відповідними актами реагування Державної інспекції сільського господарства (акт обстеження земельної ділянки, приписи, протоколи адміністративного правопорушення, постанови про накладення адміністративних стягнень).

Збитки визначаються за ставками орендної плати, які діяли на момент виникнення таких збитків, із застосуванням відповідних коефіцієнтів інфляції на початок кожного звітного року та відповідно до наступних рішень ради, як правило, це рішення про затвердження технічної документації з нормативно-грошової оцінки земель міста або селища, рішення про затвердження розміру орендної плати та інші.

Відшкодування збитків відбувається за наступною процедурою.

Після затвердження акту про визначення збитків рішенням виконавчого комітету міської ради відділ з організаційно-правової роботи міської ради у п'ятиденний термін направляє суб'єктам повідомлення про необхідність відшкодування збитків.

У повідомленні зазначаються:

– результати розгляду матеріалів Комісією, розрахунок суми збитків, рішення виконавчого комітету міської ради про затвердження акту про визначення збитків з пропозицією добровільного відшкодування збитків;

– попередження про необхідність інформування у письмовій формі у 10-денний термін з дня отримання повідомлення про результати розгляду для врегулювання спору у досудовому порядку.

Повідомлення підписується головою Комісії та надсилається юридичним та фізичним особам рекомендованим листом із зворотнім повідомленням про отримання.

У разі визнання вимог, зазначених у повідомленні та надання згоди добровільного відшкодування збитків укладається договір про добровільне відшкодування збитків.

Добровільне відшкодування збитків здійснюється шляхом укладання договору про відшкодування збитків, який готується управлінням з питань земельних відносин міської ради. Строк, протягом якого мають бути сплачені відповідні збитки, дорівнює 10 банківським дням з дати реєстрації договору в управлінні з питань земельних відносин, або за заявою землекористувача сплата збитків може бути розстрочена шляхом сплати рівними щомісячними платежами на строк до закінчення календарного року.

Невід'ємною частиною договору є розрахунок суми збитків, акт Комісії про визначення збитків, рішення виконавчого комітету ради про затвердження акту про визначення збитків та документ, що підтверджує згоду на добровільне відшкодування збитків (лист землекористувача).

Договір про добровільне відшкодування збитків підписується головою Комісії.

У випадку недосягнення сторонами згоди або неотримання результатів розгляду повідомлення про необхідність відшкодування збитків у встановлений строк з урахуванням поштового обігу, збитки підлягають стягненню у судовому порядку.

Юрченко А. А.,
Российский государственный университет правосудия (РАП) ВС РФ (Россия), научный руководитель к.ю.н. Е. А. Высторобец

ИНТЕРЭКОПРАВОВЫЕ ЭКОЛОГИЧЕСКИЕ НОРМЫ БРИКС О РАДИОЧАСТОТНЫХ ПРИРОДНЫХ РЕСУРСАХ

В Законе Украины [1] определено «радиочастотный ресурс – часть радиочастотного спектра, пригодная для передачи и / или приема электромагнитной энергии радиоэлектронными средствами и которую можно использовать на территории Украины и за ее пределами в соответствии с законами Украины и международным правом, а также на выделенных для Украины частотно-орбитальных позициях» (абз. 23 ст. 1). Такое определение является наиболее удачным примером закрепления состава радиочастотных природных ресурсов (РЧПР) в законодательстве, поскольку оно во-первых полнее прочих называет компоненты радиоресурсов, относя к ним не только радиочастотный спектр но и орбитальные позиции, и, во-вторых, указывает на необходимость соблюдения норм международного и внутригосударственного права как обязательное условие пользования РЧПР, что демонстрирует важность и значимость радиочастотных природных ресурсов, необходимость их охраны и защиты. Удачность определения в том, что оно дает представление о сложном составе РЧПР, включающих, как радиочастотный ресурс (РЧС), так и орбитальные позиции.

В законодательстве **Бразилии**, «Радио» – общий термин, применяемый для использования радиоволн [2], радиочастотный спектр – «ограниченный природный ресурс, использование которого находится в ведении Агентства, включающий в себя электромагнитные волны ниже 3000 ГГц, распространяющиеся в пространстве без искусственного волновода который, с точки зрения текущего технологического знания, может быть использован для систем радиосвязи» [2]. В Правилах пользования РЧС определено негативное воздействие (помехи) – «любое излучение, излучение или индукция, которое блокирует, приводит к деградации, неоднократно прерывает или может нанести ущерб качеству связи» [2]. Законодательство Бразилии содержит принцип рационального использования РЧС, за нарушение которого предусмотрена ответственность [3].

В **России** норму п. 5 ст. 22 ФЗ «О связи» Л.В. Лапач совершенно верно квалифицировала, как закрепление права общего радиопользования [13, с. 108].

Радиочастотные природные ресурсы (РЧПР) [4, с. 34–38] не упоминаются в законодательстве **Индии**, в том виде, как РЧПР определены в ст. 44 Устава Международного союза электросвязи (МСЭ)[5], однако их использование и охрана сравнительно детально регулируются. Прежде всего – даны определения устройств, работающих в радиочастотном спектре и самого РЧС: ««Телеграф» означает любое устройство … используемое для передачи или приема сигналов, при помощи... радиоволн или волн Герца». «Радиоволны» или «волны Герца» – электромагнитные волны с частотами ниже 3000 Гигациклов в секунду, распространяющейся в пространстве без искусственного волновода» [6]; «устройство, прибор или материал, используемые или которые могут использоваться при беспроводном сообщении» [6]. Законы Индии о телеграфе 1885 г. и о беспроводной телеграфии 1993 г. устанавливают исключительную государственную привилегию в области регулирования РЧС и лицензирования использования специального оборудования: «Никто не должен обладать аппаратом беспроводной связи кроме как на основании и в соответствии с лицензией, выданной в соответствие с Законом» [6, 7].

В каждом из названных законов установлена ответственность за нарушения Правил радиопользования: «Если любое лицо устанавливает, обслуживает или эксплуатирует «телеграф» в нарушение положений раздела 4 или иначе нарушая правила, то оно должно быть наказано, если телеграф является беспроводным – лишением свободы до трех лет, или штрафом, или и штрафом, и лишением свободы, и в любом другом случае, штрафом, который может достигать тысячу рупий» [7]. В Законе Индии о беспроводной телеграфии 1933 г. имеется норма о санкции, предусматривается возможность конфискации радиоаппаратуры и вводится ответственность за использование отдельных радиоаппаратов «Тот, кто обладает любым беспроводным аппаратом, кроме беспроводного передатчика, в нарушение

© Юрченко А. А., 2014

положений раздела 3 наказывается, в случае первого нарушения, штрафом до ста рупий, и, в случае повторного нарушения, штрафом до двухсот пятидесяти рупий»[7]. «Все беспроводные аппараты, конфискованные в соответствии с подразделом С статьи 6 (по решению суда) и все аппараты, не имеющие владельца являются собственностью центрального правительства»[7]. Отметим также возможность государства «в любое время отменить любую лицензию, на основании нарушения любого из условий, указанных в ней (в том числе, норм экологического законодательства – прим. автора), или неуплаты любого из предусмотренных платежей»[6] и, обусловленную необходимостью рационального использования РЧПР возможность для Центрального правительства и уполномоченных лиц «в случае возникновения чрезвычайной ситуации или в интересах государственной безопасности, если они находят это целесообразным принять во временное владение любой передающий аппарат»[6]. Отдельные положения, посвященные РЧПР содержаться так же в других нормативных актах Индии [8, 9].

В **Китайской Народной Республике** существуют специализированные органы, осуществляющие контроль за радиопользованием, в круг полномочий которых входит и «определение источников радиопомех, устранение радиопомех»[10] – то есть деятельность по охране РЧПР именно как природных ресурсов.

В 1996 году в ЮАР был принят Закон о телекоммуникации (Telecommunications Act), отменивший Закон о радио 1952 года [11]. Он во многом повторяет ранее действовавший, уточняя и дополняя отдельные положения: в п. 19 ст. 1 дано определение радио (РЧС)[12], в п. 20 ст. 1 указано, что относится к радиоаппаратуре[11], ст. 28 устанавливает что «государство осуществляет полномочия по планированию, администрированию, и лицензированию использования радиочастотного спектра»[12], в ст. 102 срок тюремного заключения, применяемый в качестве наказания за нарушения норм данного закона, снижен до двух лет, а штраф повышен до 500 000 рандов, так же сохранена «возможность конфискации радиоаппаратуры»[12].

В заключении отметим, что в настоящее время во внутригосударственном законодательстве наблюдаются тенденции к более полному нормативному регулированию РЧПР, что безусловно, связано с важностью и значимостью данного вида природных ресурсов. Государства предусматривают своё исключительное право в области регулирования, планирования и использования РЧПР, а так же право лицензирования деятельности, устанавливают ответственность (в т.ч. и уголовную) за нарушения норм законодательства и условий лицензий, обязывают граждан и организации рационально использовать РЧПР.

Список использованных источников:

1. Закон Украины «О радиочастотном ресурсе Украины» от 01.06.2000 № 1770-III, в ред. от 25.07.2014 // Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2000. № 36. Ст. 298.

2. Resolução nº 259, de 19 de abril de 2001.: [Termos de Brasil para utilizar o espectro radioeléctrico 19.04.2001] : [Recurso eletrônico]. – Modo de acesso: http://legislacao.anatel.gov.br/legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/2001/231-resolucao-259#art4. – Data de acesso: 19.10.2014.

3. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.: [Lei Brasileira de Telecomunicações, alterada em 18.07.2000] : [Recurso eletrônico]. – Modo de acesso: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1997/lei-9472-16-julho-1997-367735-norma-pl.html. – Data de acesso: 19.10.2014.

4. Wystorobets E.A. Interecolaw and radio space // Актуальные проблемы совершенствования законодательства и правоприменения : Материалы IV международной научно-практической конференции, Уфа, 8 февраля 2014 г., в 2х ч. / Под общ. ред. А.В. Рагулина, М.С. Шайхуллина.– Уфа: УврАзНИИПП, 2014. – Ч. II. Международно-правовая и уголовно-правовая секции. – С. 34–38. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.eurasniipp.ru/PDF/international.pdf – Дата доступа: 28.06.2014.

5. Устав Международного союза электросвязи (г. Женева, 22 декабря 1992 г.) с изм. от 06.11.1998 // Бюллетень международных договоров (БМД).– 1997.– № 3.– С. 3-29.

6. The Indian Telegraphy ACT 1885 : [India, amended 08.2004]. [Electronic source]. – Access mode: http://www.dot.gov.in/sites/default/files/the_indian_telegraph_act_1985_pdf.pdf. – Access date: 19.10.2014.

7. The Indian Wireless Act 1933.: [India, amended 15.05.1986]. [Electronic source]. – Access mode: http://www.dot.gov.in/act-rules/india-wireless-act-1933. – Access date: 19.10.2014.

8. Use of very low power Radio Frequency devices or equipments including the Radio Frequency Identification Devices, (Exemption from Licensing Requirement) 2009 Rules : [India 07.2009]. [Electronic source]. – Access mode: http://www.wpc.dot.gov.in/Static/gazette2502.html. – Access date: 19.10.2014.

9. Rules Regarding the import of Wireless Transmitting Equipment : [India 03.10.2008] [Electronic source]. – Access mode: http://www.wpc.dot.gov.in/Static/regarding_the_import.html – Access date: 19.10.2014.

10. Radio Regulations of the People's Republic of China 1993 : [People's Republic of China 11.09.1993]. [Electronic source]. – Access mode: http://www.asianlii.org/cn/legis/cen/laws/rr172/#7. – Access date: 19.10.2014.

11. Radio Act 1952.: [South African Republic's Radio act, repealed]. [Electronic source]. – Access mode: http://webcache.googleusercontent.com/search?hl=ru-GB&q=cache:SDcWYYTwyR4J:http://www.researchictafrica.net/countries/namibia/Radio_Act_no3_1952.doc%2BRadio+Act+1952&gbv=2&&ct=clnk. – Access date: 19.10.2014.

12. Telecommunications Act 1996 : [South African Republic's Telecommunication act 15.11.1996]. [Electronic source]. – Access mode: http://www.saflii.org/za/legis/num_act/ta1996214/. – Access date: 19.10.2014.

13. Лапач Л.В. Правовое регулирование российского радиочастотного ресурса // Хозяйство и право. – 2007. – № 11. – С. 108.

Юсіфова М. О.,
студентка 3 курсу юридичного факультету науковий керівник: к.ю.н., доц. Позняк Еліна Владиславівна Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРИНЦИПИ ФЛОРИСТИЧНОГО ПРАВА

Принципи права – об'єктивно властиві праву відправні начала, незаперечні вимоги (позитивні зобов'язання), які ставляться до учасників суспільних відносин із метою гармонічного поєднання індивідуальних, групових і громадських інтересів. У принципах зосереджено світовий досвід розвитку права, досвід цивілізації. Тому принципи права можна назвати стрижнем правової матерії [1, с.227].

Виходячи зі сказаного, принципи будь-якої галузі права посідають важливе місце у функціонуванні та вивченні останньої. Флористичне право є підгалуззю екологічного, тому доречно буде спочатку охарактеризувати принципи екологічного права в цілому.

Принципи екологічного права – це виражені в його нормах основоположні ідеї, засади, риси, відповідно до яких здійснюється регулювання екологічних відносин. Еколого-правові принципи можуть офіційно закріплюватися у законодавстві або виводитися з його загального змісту. У науковій літературі виділяються такі принципи: принцип правового забезпечення досягнення гармонійної взаємодії суспільства та природи; принцип правового забезпечення екологічної безпеки; принцип правового закріплення приналежності природних ресурсів конкретним суб'єктам права для їх використання з метою задоволення екологічних, майнових та інших інтересів відповідно до вимог чинного законодавства; принцип правового забезпечення раціонального й ефективного використання природних ресурсів; принцип правового забезпечення цільового використання природних об'єктів; принцип правового забезпечення комплексного підходу до використання й відтворення природних ресурсів; принцип запобігання екологічній шкоді; принцип міжнародного співробітництва в охороні навколишнього природного середовища [2, с.14-18].

Нормативне закріплення системи принципів охорони навколишнього природного середовища міститься в ст. 3 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» [3].

У наукових дослідженнях, присвячених з'ясуванню питань, пов'язаних зі специфікою основоположних еколого-правових принципів, їх формуванням і змістом, правники пропонують їх перелік. Це принципи правового забезпечення (а) гармонійної взаємодії суспільства і природи, (б) екологічної безпеки,(в) належності природних об'єктів численним суб'єктам для їх використання з метою задоволення інтересів останніх [4, с.9,10].

Слід також зауважити, що в Декларації по навколишньому середовищу і розвитку, прийнятій на конференції ООН в Ріо-де-Жанейро в 1992 р. сформульовано 27 соціально-екологічних принципів, що мають основоположне значення для всього міжнародного співтовариства і для кожної окремо взятої держави.

Крім того, існує Стокгольмська конвенція про стійкі органічні забруднювачі (22.05.2001), основною метою якої є охорона здоров'я людини й навколишнього природного середовища від стійких органічних забруднювачів, що реалізує принцип вжиття запобіжних заходів.

При визначенні принципів основних підгалузей екологічного права (земельного, водного, надрового, атмосферного, фауністичного, флористичного,лісового) враховуються передусім природні характеристики відповідних природних об'єктів та їх екологічне й економічне значення для суспільства. Принципи флористичного права становлять собою основоположні ідеї, які або висловлені в законі, або випливають з нього й відповідно до яких регулюються флористичні відносини. Зазначені принципи мають свою систему. Флористичне право відчуває на собі вплив якостей, притаманних усій правовій системі, в тому числі й системі екологічного права. До принципів флористичного права належать тільки ті, що характеризують виключно флористичні правовідносини з урахуванням їх специфіки та ознак [5, с.88-92].

Важливим є те, що принципи флористичного права закріплені законодавчо. Зокрема ст. 3 Закона України «Про рослинний світ» містить їх перелік: а) правове забезпечення збереження біорізноманіт-

© Юсіфова М. О., 2014

тя; б) урахування визначення рослинного світу як природного об'єкта, природного ресурсу й одночасно нерухомого майна, об'єкта права власності та інших прав; в) правового закріплення комплексного використання об'єктів рослинного світу; г) правового забезпечення стимулювання власників і користувачів останніх щодо належної їх експлуатації; д) правового забезпечення невиснажливого користування цими об'єктами; е) правового забезпечення відтворення об'єктів рослинного світу; є) законодавчого закріплення.

Основоположні принципи флористичного права втілює також Закон України «Про Червону книгу України». Метою даного закону є попередження зникнення рідкісних і таких, що перебувають під загрозою зникнення, видів тваринного і рослинного світу.

У правових джерелах іноді підкреслюється, що, наприклад, серед принципів, наприклад, земельного права існує певна ієрархія, де одні принципи превалюють над іншими. Приміром, принцип забезпечення сприятливого екологічного середовища є головнішим порівняно з принципом раціонального використання земель [6, с.44,45].

Отже, флористичні принципи випливають із загальних еколого-правових принципів; становлять певну систему; закріплені законодавчо.Нормативне визначення флористичних принципів є дуже важливим не тільки для даної підгалузі, а і для екологічного права в цілому. З огляду на це, принципам цієї підгалузі повинно приділятися більше уваги з боку науковців.

Список використаних джерел:

1. Скакун О. Ф. Теорія держави і права: Підручник /// Пер.з рос. –Харків: Консум, 2001.-С.656.

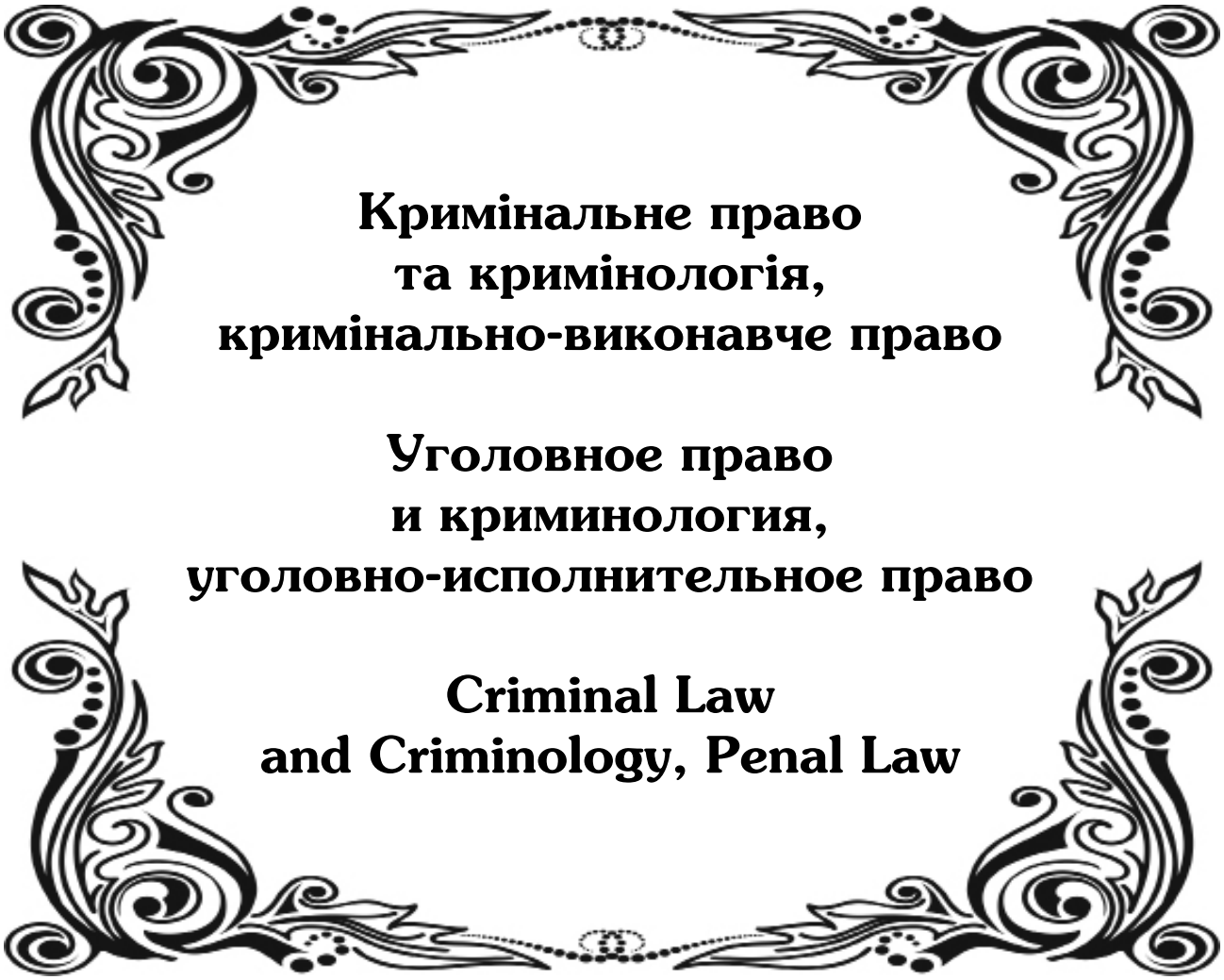
2. Екологічне право України/ за ред. А. П. Гетьмана та М. В. Шульги.– Х.:2009.-С.328.

3.Законодавчі та нормативно-правові акти наведено у відповідності з офіційним сайтом Верховної Ради України///www.rada.gov.ua.

4. Чаусова Л. Л. Принципи екологічного права: автореф. дис. на здоб. наук. ступ. канд. юрид. наук: 12.00.06 /Л. Л. Чаусова. – Х., 1998. – С.14.

5. Визначення системи принципів флористичного права / А. К. Соколова // Проблеми законності : акад. зб. наук. пр. / Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». – Х., 2012.: С. 93.

6. Ерофеев Б. В. Земельное право России: учебник [для юрид. вузов] / Б. В. Ерофеев. – М.: Профобразование, 2002. – 656 с.



Кримінальне право та кримінологія, кримінально-виконавче право

Уголовное право и криминология, уголовно-исполнительное право

Criminal Law and Criminology, Penal Law

Dávid Tóth
PhD student University of Pécs, Hungary Law Faculty

THE REGULATION OF COUNTERFEITING CURRENCY IN HUNGARY AND IN THE EU

The purpose of this paper is to analyze the regulation of counterfeiting currency in Hungary and in the European Union. The first part of the paper presents the legal historical aspect of counterfeiting. The second part analyzes the current regulation in the new Hungarian Criminal Code (the Act C of 2012) which came into effect on the 1st of July 2013. The Final Part focuses on the new directive from the European Union, which tries to protect the euro.

According to our findings, counterfeiting is not primarily a quantity but a quality problem of crime. Hopefully the new regulation will reduce the numbers of registered counterfeits pro year.

Key words: *counterfeiting of currency, economic crime, regulation, Criminal Code. Directive*

Introduction

The crime of counterfeiting is probably as old as the use (and development) of money. The right to coinage and to issue money has always belonged to the privileges of the monarch and the state. It's risky nature lies in the fact that it affects the trust and confidence towards state-issued money.

This study intends to present the regulatory solutions to counterfeiting, taking into consideration the new Hungarian Criminal Code came into effect on the 1st of July 2013.

I. Legal History of counterfeiting outside of Hungary

One of the first written source that mentions counterfeit as a crime were in the ancient Code of Hammurabi. This act from Babylon had an interesting sanction, «the counterfeiters shall be punished with the curse of Anu the greatest god from all.»

In the laws of Manu counterfeiting was not an independent crime but they valued it as fraud.[1]

The ancient Greeks also valued creating fake money as fraud. They even sanctioned the attempt of this crime.

B.C. 5th century in the Roman Empire the numbers of counterfeiting started to spread. Marius Graditianus praetor tried to stop the offenders by creating the possibility for any person to bring an action against the offenders.[2]

At the reign of Sulla there was a reform of criminal law. B.C. 81, the Lex Cornelia Testamentaria Numaria was written and this Act regulated counterfeiting (in latin term: *falsum*).[3] Under the law the punishment for counterfeiting was exile.[4]

Later they created currency guardian offices as well.[5]

When the Roman Empire started to enlarge their borders and emperors had the power to rule the view of counterfeit has changed. They valued as a criminal act against the emperor himself. If the perpetrator counterfeited gold, the sanction was stake. If they counterfeited silver or bronze the punishment was lesser.[6]

As we reach the end of the Roman Empire the Codex Theodosianus punished counterfeiting with death also, and lastly Justinian excluded the possibility of amnesty[7]

---

[1] *MANU törvényei* Manava Darhmasastra [laws of Manu] (fordította: Büchler Pál). Erdélyi Múzeum-Egyesület Jog és Társadalom-Tudományi Szakosztálya. Benkő Gyula Cs. és Kir.Udv. Könyvkereskedése, Budapest, 1915. 42. fejezet 287. cikk.

[2] Angyal Pál, A *magyar büntetőjog kézikönyve 17. [Handbook of the Hungarian Criminal Law]*. Pénzhamisítás. Hamis tanúzás és hamis eskü. Hamis vád. Attila-Nyomda Részvénytársaság, Budapest, 1940. pp. 6.-7.

[3] Digesta 48. 10. 9. http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Corpus/d-48.htm#16 (date of download: 2014. 06. 25.)

[4] Sáry Pál, *Sulla Büntetőjogi reformja [the criminal law reform by Sulla]* http://www.romaikor.hu/torvenyek_es_jogrendszer/sulla_buntetojogi_reformjai/cikk/a_lex_cornelia_testamentaria_nummaria (date of download:. 06. 06. 2014)

[5] Theodor Mommsen*, Römisches Strafrecht. [Roman Criminal law]* Verlag von Dunker & Humblot, Leipzig, 1899. p. 673.

[6] Balogh Elemér, *A pénzhamisítás bűncselekménye a XIX. század első felének néhány német kódexében és a korabeli magyar büntetőtörvény-könyv tervezetekben [the delict of counterfeiting money in some german Codes in the first half of the 19th century and in the contemporary hungarian criminal code drafts]* In: Emlékkönyv Dr. Meznerics Iván egyetemi tanár születésének 80. évfordulójára / szerk. Tóth Károly. – Szeged: JATE, 1988. p. 21.

[7] Zlinszky János, *Római büntetőjog. [Roman Criminal law]* Nemzeti Tankönyvkiadó, Miskolc. 1995. 135. o.

II. Legal history of counterfeiting in Hungary

1. The first sources of law

The very first sources that mention counterfeiting as culpable of punishment and related penalties were from the reign of András (Andrew) the 3rd in the 13th century. According to the Act XL of 1298 *«If someone coins money on his land or in his house, he shall be punished with dispossessing his land or house, and he shall be awarded with a suitable punishment.»*[1]

Later on in the 14th century in the reign of Róbert Károly the Statutum Camarae decree contained that the in Hungarian so called «ispáns» (in latin term: comes, similar to barones or to counts) are responsible for supervising the genuineness of the coins.[2]

King Zsigmond's second decree (1405) stated that modifying, tampering with the royal cash (forge and fraud) is proved to be counterfeiting, and the perpetrator as a miscreant must be punished.[3]

Similar rules can be found in the Act II of 1462 and in the Act XXVI of 1464 that also put into effect criminal penalties and sanctions against counterfeiters.[4]

According to the Tripartitum from Werbőczy «those that coin, forge, or counterfeit money or those that are aware of using such money are responsible for treason.»[5] The Tripartitum never came into effect as an Act but as a custom, the courts applied it through almost three centuries and preserved the unity of the Hungarian legal system.[6]

The Act IX of 1723 also mentioned counterfeiters, and put extremely strict sanctions into action against the perpetrators including forfeiture of property and capital punishment if they counterfeited more than 50 Forints.[7]

2. Attempts for a Criminal Code

The first attempt for creating the Hungarian Criminal Code was in 1795. The title of the Bill (a criminal law proposal) was *Codex de delictis eorumque poenis,* and it was entirely written in latin. The Code never came into effect. In the Code the regulation of counterfeiting was very detailed. Under Section 14 counterfeiting was a separate crime. The Code was progressive in many ways for example there was no capital punishment for this crime.[8]

The second attempt was in 1827. This Bill had the same fate as the first one it never commenced to force. Overall, it was feudal and strict but regulation of counterfeiting was an exception. Counterfeiting was still valued as a crime against the monarch even though the sanction was not capital punishment but imprisonment from one month to six years. As we can see the punishment was really minimal especially at that time.[9]

The most modern and progressive attempt for creating a Criminal Code was in 1843. The Bill was created by a legal committee. The head of the committee was Ferenc Deák a famous Hungarian lawyer and patriot. The Bill of 1843 had no capital punishment at all. According to the proposal, counterfeiting was a crime against property and not against the monarch. The highest sanction for this crime was 12 years imprisonment. The proposal declared the counterfeiting of bank notes (paper money) as forgery of administrative and public documents. Section 357 punished forgery, while Section 362 defined and regulated the issuing of counterfeit money.[10] This Bill shared the fate of the first two attempts and never came into effect.

---

[1] Béli Gábor: *Magyar jogtörténet, a tradicionális jog. [Hungarian legal history, traditional law]* Dialóg-Campus kiadó, Budapest-Pécs. 2000. p. 182.

[2] Goricsán Tamás Károly, *A pénzhamisításról a jogtörténet tükrében. [Counterfeit money in the aspect of legal history]* In: Tanulmányok Tóth Mihály professzor 60. születésnapja tiszteletére. Pécs, 2011. p. 231.

[3] Tóth, Mihály, *Gazdasági bűnözés és bűncselekmények [Economic Crime and Criminality].* KJK-Kerszöv kiadó, Budapest. 2002. p. 372.

[4] Angyal, 1940, Op. cit. p. 9.

[5] Angyal Pál, *Tanulmányok és beszédek a szociológia és a büntetőjog köréből.* [Studies and lectures of sociology and criminal law] Budapest. 1927. p. 158.

[6] Lábady Tamás: *A magyar magánjog (polgári jog) általános része. [The General part of the hungarian private (civil) law]* Dialóg-Campus kiadó, Budapest-Pécs. 2002. p. 81.

[7] Angyal, Op. cit. 1940. p. 10.

[8] Hajdu Lajos, *Az első (1795-ös) magyar büntetőkódex-tervezet. [the first hungarian Criminal Code draft (1795)]* Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest. 1971. pp. 458-459.

[9] Balogh, Op. cit. p. 31.

[10] Fayer László, *Az 1843-iki büntetőjogi javaslatok anyaggyűjteménye, I. kötet. [the criminal law proposal of 1843]* Magyar Tudományos Akadémia, Budapest. 1896. p. 83-85.

3. The Code Csemegi

After three unsuccessful attempts, first codified criminal code of Hungary was passed in 1878. The Act V of 1878 is often called «The Code Csemegi» from Károly Csemegi the author of the Act. Csemegi was a famous Hungarian lawyer. At the time he was working on the Criminal Code he was an under-secretary at the ministry of home affairs. He had been working on the Code for 5 years. He became later a judge at the Curia (the Hungarian Supreme Court). The Code Csemegi regulates the crime of counterfeiting in Chapter XI of Part Two in the Act V of 1878.

Ferenc Finkey grouped the counterfeiting into four categories:

1. Actual counterfeiting;
2. The turnover of counterfeit money;
3. Fraudulent use of counterfeit money;
4. Issue of counterfeit money.[1]

According to the Code Csemegi the legal subject of the crime the security of the public credit and the flow of money, while the subject of the perpetration or the offense subject: the money.

Under the term of money, the money in the domestic and foreign circulation was considered, and concerned both specie (coin) and paper (fiat) money. The money not in circulation was not subject of perpetration, except when the suspect modified that money in a way that it looked exactly, or intended to make it look like the money in circulation. Specie included gold, silver, bronze, and nickel coins, while paper money included all bank notes that confirmed to hold value by the state.

The Code Csemegi listed in Section 210 what could be considered as equivalent to paper money, for instance: printed promissory notes, bank notes, shares, coupons etc. The listed items were applied to both Hungarian and foreign papers. In Section 211 the Code also listed specified (name specific) promissory notes as equivalent to paper money, however this stipulation was applied only to the counterfeiting of Hungarian securities. Other securities, like counterfeiting of exchange bills are considered as forgery of administrative and public documents.[2]

The actual counterfeiting is defined by Section 203 of the Code Csemegi. According to this section, counterfeiting involves three sub-categories:

– imitation,
– forge,
– and fraud.

The perpetrator of the crime can be not just who imitate, modify and thus counterfeit money, but also who, as an instigator, order or has someone to carry out these counterfeiting activities.

Abettor in any of the mentioned counterfeiting categories is who deliberately facilitates or induces the act, or makes someone to do it, assists in the act, or agrees with the suspect to provide assistance in advance.[3]

The crime is finished when the counterfeiting was actually carried out in the form of imitation, deformation (changing the conditions of shape or content) on at least one single item.

The attempt of this crime was considered when the counterfeit money planned to be made for marketing purposes (to enter the circulation) was not yet ready or prepared, but the perpetrator had already started to carry out the counterfeiting processes, or when the counterfeit money was ready but inappropriate to enter the circulation.[4]

The stipulations included classified cases as well.

The Code and particularly counterfeiting was amended with the Act XXXVI of 1908 (the first Criminal law Novelle). Prior to the novelle if the counterfeiting was committed on specie than it was misdemeanor.

4. The Act V of 1961

The Act II of 1950 replaced the Code Csemegi's General Part. The Special part of the Code Csemegi was in force until 1961. The Act V of 1961 was the first unified socialist Criminal Code. The Criminal Code classified the legal state of affairs as crime against the national economy.[5]

---

[1] Finkey Ferenc, *Büntetőjog [Criminal Law]*. p. 752.

[2] Finkey, Op. cit. p. 753.

[3] Par (2) in Section 69. of Act V of 1878.

[4] Angyal 1940, Op. cit. p. 59.

[5] Kádár Miklós, *Büntetőjog Különös rész I. kötet*. Budapest, 1956. p. 248.

According to Zoltán Bogdál, in the socialist system, the fiscal and monetary system is closely related to the other fields of the economy. «*The legal functions of money do not lessen in a socialist state, it is the unit of account qualified by the state, when it defines that all obligations and liabilities within the country (literally, the territory under the control of the state) are to be settled by it. Obligations and liabilities settled by the unit of account declared legally by the state are always considered to be settled. The crime act of counterfeiting harms the very basics of the economy, the functions of money, deteriorates the trust in money, and harms the principle of distribution to work because the perpetrator receives goods and services for the counterfeit money.»*[1] Since counterfeiting harms the society, it is justifiable to classify it as crime against the national economy – states Bogdál.[2]

The legal subject of counterfeiting is the security of the flow of money. The economic functions of money are the role as a medium of exchange, a store of value, and therefore the unit of account.

Perpetration behavior:

– imitation or counterfeit of the money in circulation (currency);

– obtain the counterfeit money to use it for market purposes (to enter the money flow);

– use of counterfeit money.[3]

The subject of crime can also be who makes counterfeit money without the intention to use it (other purposes include handcraft or dexterity practices), but later still use the money, and also who obtains and then use the counterfeit money (for market purposes). The only exception is when the person received the counterfeit money as «real money» (unaware of it being counterfeit money) and used it that way (Criminal Code section 242.).

The three categories of counterfeiting can only be committed deliberately.

In case of easily identifiable counterfeits, the act is considered as attempt of counterfeiting with inappropriate tools, since the chance for the counterfeit money to enter the market as real money cannot be excluded due to the unaware individuals.

The Criminal Code contained two aggravated cases: if committed as part of a criminal conspiracy, or in case of high volume-high value counterfeiting. There was also one privileged case as well, if the subject of perpetration is specie. In this case punishment is less strict, due to lower risk of the crime to the society.[4]

5. Act IV of 1978

The Act V of 1961 was not the best Criminal Code, the lawmakers had to amend it many times. In 1978 a new Criminal Code was passed, trying to respond to the changes in the society.[5] The Act IV of 1978 came into effect on the first of July 1979. It was divided to Chapters and Titles. Counterfeiting was regulated in Chapter XVII (Economic Crimes) and in the Title: Counterfeiting of money and stamp.

Section 304

(1) Any person who

a) imitates or forges money with the purpose of distribution,

b) obtains counterfeit or forged money with the purpose of distribution, exports or imports such money or transports it through the territory of the country,

c) distributes counterfeit or forged money is guilty of a felony, and is punishable by imprisonment for two to eight years.

(2) The punishment shall be imprisonment between five to ten years if the counterfeiting

a) involves a substantial or greater amount of money,

b) is committed as part of a criminal conspiracy.

(3) The punishment shall be imprisonment for up to five years if the object of counterfeiting is coinage, or if the quantity or value involved is trivial or even less substantial.

---

[1] Bodgál Zoltán, *A pénz-és bélyeghamisítás* [Counterfeiting of money and stamps]. In: Blaskó Lajos – Bagi Dénes – Bodrogi Károly – Bogdál Zoltán – Halász Sándor – Szalma László: Magyar Büntetőjog II. – Különös Rész (Szerk.: Horváth Tibor). BM Tanulmányi és Propaganda Csoportfőnökség. Budapest, 1973. p. 435.

[2] Bogdál, Op. cit. p. 435.

[3] Bogdál, Op. cit. pp. 436-437.

[4] Földvári József, *Büntetőjog Különös rész, kézirat. [The Special part of Criminal Law]* Tankönyvkiadó, Budapest. 1972. p. 290.

[5] Kőhalmi László, *A büntetőjog alapproblémái [The Basic Problems of the Criminal Law]*. Pécsi Tudományegyetem Állam-és Jogtudományi Kar Gazdasági Büntetőjogi Kutatóintézet. Pécs. 2012. pp. 9-15.

(4) Any person who engages in preparations for counterfeiting money is guilty of a default and punishable by imprisonment for up to two years.

Aiding in Counterfeiting Operations

Section 304/A. *Any person who creates, obtains, keeps possession of, distributes or deals with any material, instrument, equipment or computer software intended to be used for counterfeiting money is guilty of default and punishable by imprisonment for up to two years.*

Section 305. *For the purposes of Section 304:*

a) any alteration of money that has been withdrawn from circulation to create an impression as if it was still in circulation shall be considered as imitation of money,

b) the application or removal of a sign serving as an indication that the money is valid only in a specific country, furthermore, the diminution of the precious metal content of the money, shall also be considered as counterfeiting.

The legal subject of the crime was the issue of money, the public interest of the circulation (cash flow), the security of financial management[1], and the trust in the value and credibility of money.[2] Counterfeiting a large amount of money threats the balance of the commodities and the cash in circulation.[3]

In some cases the subject of perpetration was real (in terms of origin), in other cases the result of criminal conduct (the end product of counterfeiting) was money, and any bank notes, securities that must be considered as money according to the criminal law.[4] The concept of money in the criminal law is defined in Section 24 of the Criminal Code.

The state of affairs defines four criminal conducts, which are the following:

– money imitation

– counterfeiting, forging

– acquisition of counterfeit or forged money, with the purpose of distribution, export, import, or transport of that money

– and finally, the distribution of the counterfeit or forged money.

Regarding the imitation of money, the perpetrator literally intends to create an imitation of the original, therefore creating a completely new «copy» or «version». Counterfeiting does not require the copy or imitation to be perfect.[5] The counterfeit money should only look slightly similar to the money in circulation in order to be misleading.[6]

Counterfeiting should be considered only in the case of the transformation or modification of real, valid money. In this case the end product is not a new copy of the original, but the manipulation of the unit of account, the store of value, the medium of exchange, therefore the money itself.

According to point b) of Section 305 in the Criminal Code, the application and removal of any sign that indicates the validity of the money in a certain country shall be considered as counterfeiting, as well as the diminution of the precious metal content of the money. In the current conditions of the money circulation, the diminution of the precious metal content of coins rarely occurs – mostly occurs in case of coins issued in limited numbers, for special events or occasions, which are also marketable.[7]

Acquisition refers to the possession or acceptance of counterfeit or forged money. The acquisition is not just the occupation through legal transaction, but the unauthorized getting as well. The perpetrator must be aware of the counterfeit or forged conditions of the money during the acquisition.[8]

---

[1] Kőhalmi László, *A gazdasági és a szervezett bűnözés [The Economic and the Organized Crime]*. In: Bevezetés a bűnügyi tudományokba (Szerk.: Csemáné Váradi Erika). Átdolgozott, bővített kiadás. Miskolci Egyetem Állam-és Jogtudományi Karának Kiadványsorozata, Assisitentia Iuris 5. Bíbor Kiadó. Miskolc, 2007. pp. 148-149.

[2] Horváth Tibor – Lévay Miklós, *Magyar Büntetőjog Különös rész. [The Special part of the hungarian Criminal Law]* Complex Kiadó. Budapest. 2009. p. 529.

[3] Molnár Gábor, *Gazdasági bűncselekmények. [Economic crimes]* Hvg-orac Kiadó. Budapest. 2009. p. 450.

[4] Erdősy Emil – Földvári József – Tóth Mihály, Magyar Büntetőjog Különös rész. [The Special part of the hungarian Criminal Law] Osiris Kiadó. Budapest. 2007. p. 467.

[5] Molnár Op. cit. p. 458.

[6] Kőhalmi László*, Jogállam és büntetőjog – avagy kételyeim az ezredforduló kriminájloga körül [Rule of Law and Criminal Law – My Doubts about the Crime Law of the Millenium]* In: Keresztmetszet – tanulmányok fiatal büntetőjogászok tollából (Szerk.: Karsai Krisztina). Pólay Elemér Alapítvány. Szeged, 2005. pp.129-130.

[7] Molnár, Op. cit. p. 459.

[8] Erdősy – Földvári – Tóth, Op. cit. p. 469.

The issue and distribution means that the perpetrator makes the imitated, counterfeit, or forged money available to others, which could be substantiated by onerous contracts or free transactions.[1]

The issue and distribution is not an intentional act, it could be carried out with unforeseeable intention, it can occur by chance.

The act was considered more severe, if:

– involves a substantial or greater amount of money, or

– is committed as part of a criminal conspiracy.

The substantial or greater amount of money refers to 50 million forints or above, according to Section 138/A in the Criminal Code. According to point 7 in Section 137, criminal conspiracy shall be considered when two or more persons are engaged in criminal activities under arrangement, or they conspire to do so, and attempt to commit a criminal act at least once, but a criminal organization is not formed.

The subject of the crime could be anybody. The crime could only be carried out deliberately. The law enacts the preparations of counterfeiting to be punished.

The Act IV of 1978 was in force until 30th of June 2013.

III. Counterfeiting according to the new Criminal Code (Act C of 2012)

After almost one hundred amendments of the Act IV of 1978 it was timeous to create a new and coherent Criminal Code to answer the changes in the society. After a long codification process the lawmakers has finally passed the new Criminal Code in 2012. The Act C of 2012, The 4th written Criminal Code of Hungary came into effect on 1st of July 2013.

The new Code regulates the counterfeiting in a separate Chapter XXXVIII. The title of the chapter is Criminal offenses relating to counterfeiting currencies and philatelic forgeries. The text of the law:

Counterfeiting Currency

Section 389

(1) Any person who:

a) imitates or counterfeits currency with the purpose of distribution;

b) obtains counterfeit or falsified currency with the purpose of distribution, exports or imports such currency or

transports it in transit through the territory of Hungary;

c) distributes counterfeit or falsified currency;

is guilty of a felony punishable by imprisonment between two to eight years.

(2) The penalty shall be imprisonment between five to fifteen years if counterfeiting:

a) involves a particularly considerable or greater amount of money; or

b) is committed in criminal association with accomplices.

(3) Any person who engages in preparations for counterfeiting currency is punishable by imprisonment not exceeding three years.

(4) The penalty of any person who distributes counterfeit or falsified currency of minor value or less, obtained as

genuine, may be reduced without limitation.

(5) For the purposes of this Section:

a) 'currency' shall mean banknotes and coins, the circulation of which is legally authorized, or that will be authorized in the future on the basis of law, European Union legislation, or official notice published by an institution vested with the privilege of monetary emission, as well as banknotes and coins withdrawn from circulation, where the issuing national bank is required, or agreed, to redeem such withdrawn currency and exchange it to legal tender pursuant to the relevant national legislation or European Union legislation;

b) printed securities issued as part of a series shall also be treated as banknotes, where the transfer of such securities is not restricted or precluded by law or by any endorsement made on the securities;

c) any alteration of currency that has been withdrawn from circulation to create an impression as if it was still in circulation shall be considered imitation of currency;

d) the application or removal of a sign serving as an indication that the currency is valid only in a specific country, furthermore, the diminution of the precious metal content of the currency, shall also be considered

[1] Erdősy – Földvári – Tóth, Op. cit. p. 469.

as counterfeiting.

(6) Foreign currencies and securities are granted protection identical with that of domestic ones.

Aiding in Counterfeiting Operations

Section 390

(1) Any person who produces, supplies, receives, obtains, keeps, exports or imports, or transports in transit through the territory of Hungary, or distributes any material, means, equipment, production plan, specifications or computer software intended to be used for counterfeiting currency is guilty of a misdemeanor punishable by imprisonment for up to two years.

(2) The penalty for a felony shall be imprisonment not exceeding three years if aiding in counterfeiting operations is committed in criminal association with accomplices or on a commercial scale.

Regarding counterfeiting, the new Criminal Code does not contain significant changes compared to the previous Code. The extent to which this crime is punishable lies on the rules of the international agreement, established in Geneva, on the 20th of April 1929, which came into effect in Hungary in the Act XI of 1933.

The legal subject of the crime is still the trust in the issued money and securities flow, as well as the legal order of the financial management.

The offense object or object of perpetration is controversial. According to some views the object of perpetration is money, as well as securities and bank notes that are equivalent to money in the criminal law, and therefore considered as money.[1] According to other views not all criminal conduct has a subject of perpetration. When someone imitates money, the imitated money is not the object of perpetration but the product of it.[2] A practical innovation is that it states the definition of money in this chapter, furthermore it clarifies the definition on several points.

From now on, not only the bulletin of the institution that is authorized to issue money, but also the legislation, and the legal act of the European Union can specify the legal tender (coins and banknotes) and the obligations to exchange the banknotes withdrawn from circulation.

The new Criminal Code will extend the definition of paper money, however, as opposed to the previous Criminal Code, it will not list the securities that satisfy the criteria to be considered as paper money fully comprehensively (in a holistic way), but will only ascertain the printed version of securities issued in a continuous flow to be considered as equivalent to banknotes, only if the exchange and transfer of such securities is neither limited nor prohibited by legal measures or contracts of those securities. The new Code will not change the regulation of foreign currency and securities, as the foreign and domestic currencies and securities would still partake in similar protection. There are 5 perpetration behaviors:

– imitation,
– the counterfeit,
– the intentional acquisition,
– the export, import, or transport through the territory of the country
– the distribution of false or falsified money

These five are extended with the interpretation section: the application or removal of a sign serving as an indication that the currency is valid only in a specific country, and any alteration of currency that has been withdrawn from circulation to create an impression as if it was still in circulation shall be considered imitation of currency.[3]

The new Criminal Code includes the act of counterfeiting of currency, and the counterfeit of money where the quantity or value involved is trivial or even less substantial as a privileged case.

The state of affairs is stricter compared to previous regulations, in aggravated cases the punishment can be imprisonment for up to 15 years at maximum (previous Code had 10 years at maximum). The preparation

[1] Molnár Gábor, *Pénz- és bélyegforgalom biztonsága elleni bűncselekmények. [Criminal offenses relating to counterfeiting currencies and philatelic forgeries]* In: Kónya István (Szerk.): Magyar Büntetőjog, Kommentár a gyakorlat számára 3. kiadás. II. Kötet. Hvg-orac Lap és Könyvkiadó Kft, Budapest. 2013. p. 1456.

[2] Gál István László, *Pénz és bélyegforgalom biztonsága elleni bűncselekmények. [Criminal offenses relating to counterfeiting currencies and philatelic forgeries]* In: Polt Péter (Szerk.): Új Btk. Kommentár. 7. kötet, Különös rész. Nemzeti Közszolgálati és Tankönyvkiadó. Budapest, 2013. p. 197.

[3] Karsai Krisztina, *Pénz- és bélyegforgalom biztonsága elleni bűncselekmények [Criminal offenses relating to counterfeiting currencies and philatelic forgeries]* In: Karsai Krisztina (Szerk.): Kommentár a Büntető Törvénykönyvhöz. Complex Kiadó, Budapest. 2013. p. 818.

becomes a criminal act or felony category, its punishment is raised by the new Criminal Code to up to 3 years of imprisonment.

The new Criminal Code, as opposed to previous legal traditions, enacts the issue and distribution of counterfeit money not as an independent state of affairs, rather within the act of counterfeiting. The actual difference between the two acts is that, in this case the perpetrator obtains the money legally and «bona fide», and realizes it's wrong, disingenuous and sophisticated nature only after. Legality refers to the legal pretence of acquisition. Therefore, the acquisition is not legitimate if the person obtains the counterfeit money through a criminal act. The legal tradition measures this act as a privileged case with respect to the cause emerged from the expectations, what the international agreement has made feasible and what it has given potential. For the security of the money flow (the circulation) the initiation of increased protection is reasonable. The distribution of forged or counterfeit money of substantial or greater amount cannot be measured as the lack of expectations, since the perpetrator is aware of the increased risk, therefore the new Criminal Code will ensure the possibility for the mitigation of the punishment only in specific cases, tied to a threshold limit (when the value of the money is trivial or even less substantial) and with an unlimited mitigation of the punishment.[1]

IV. The New Directive in the European Union

Since 2004 Hungary is a member of the European Union, having an obligation to implement the passed directives. Counterfeiting is not really a national problem, and the most of offenders are targeting euros not Forints.

In total, around €913 billion worth of euro notes and €16 billion worth of euro coins are in circulation around the world. Counterfeiting of the euro has led to a financial damage amounting to at least EUR 500 million since the introduction of the euro in 2002.

The euro, forints and other currencies continue to be a target of organised crime groups active in the money forgery. Europol considers that there is a long-term trend towards an increase in the crime level and notes that the criminal threat remains serious. This is illustrated by the seizures of large amounts of counterfeit euro notes and coins and the continuous dismantling of illegal print-shops and mints each year within and outside the European Union.

These developments show that the current measures against counterfeiting are insufficient and, therefore, that an improved protection of the euro is needed at European level. 353,000 counterfeit euro banknotes were withdrawn from circulation in the second semester of 2013. This represents an increase of 11.4% as regards the quantity recovered in the second half of 2013 compared with the previous months. Recent Annual Reports of the European Technical and Scientific Centre point to a continuous discovery of new types of counterfeit euro coins and an increase in the number of sophisticated counterfeit coins. According to the latest figures from the European Central Bank (ECB), the €20 and €50 denomination banknotes are the most counterfeited, accounting together for almost 78%. The 2-euro denomination remains by far the most affected by this criminal activity. The aim of the directive is to increase the protection of the euro and other currencies through criminal law measures to achieve an adequate and efficient level of protection across the European Union.

Due to these facts above the European Union passed the directive[2] this year to protect the euro and other currencies within the EU. The legal bases of the directive is The Lisbon Treaty. The Lisbon Treaty equips the EU with strenghtened tools to tackle this problem of counterfeited currencies through criminal law measures. Under Article 83 of the Treaty on the Functioning of the European Union the EU can adopt directives with minimum rules concerning EU criminal law for particularly serious crimes with a cross-border dimension.

According to the studies of the European Commission, Member States have adopted very diverging rules resulting in diverging levels of protection and practices. The previous rules therefore needed to be strengthen to improve the prevention, investigation and sanctioning of euro counterfeiting throughout the EU.

There were three main weaknesses in the legal framework on the protection by criminal law measures of the European single currency against counterfeiting were identified:

1. Insufficient sanctions
2. Cross-border investigations hampered and
3. Insufficient prevention

[1] Based on the justification of the Act C of 2012.

[2] Directive 2014/62/EU OF The European Parliament and of the council of 15 May 2014 on the protection of the euro and other currencies against counterfeiting by criminal law, and replacing Council Framework Decision 2000/383/JHA

1. Insufficient sanctions

The level of penalties for currency counterfeiting is not sufficiently dissuasive and effective. There are important differences between the sanctions foreseen in Member States, which is one of the reasons for insufficient deterrence and uneven protection of the euro and other currencies across the European Union.

2. Cross-border investigations hampered

Cross-border investigations and prosecutions may be unsuccessful due to cooperation problems resulting from differences in availability of efficient investigative tools, such as interception of communications, the monitoring of bank accounts and other financial investigations. In some Member States, those responsible for investigating and prosecuting currency counterfeiting do not have the possibility to make use of such investigative tools typically used for combatting organised crime or other serious crime.

3. Insufficient prevention

If during judicial proceedings seized counterfeits are not transmitted in a timely manner to the competent authorities for analysis, the detection of the source of production of counterfeits in an on-going investigation or prosecution can be delayed or hampered. Such types of counterfeits risk continuing circulation because delays in the adjustment of machines for detecting counterfeits will occur.

The new directive on the protection of the euro and other currencies against counterfeiting provides added value to the current framework with respect to the following issues:

Firstly, the directive sets a minimum level of the maximum penalty of five years applicable to the distribution offences and maintains the existing eight years for production increasing deterrence against the main counterfeiting offences. If a citizen receives counterfeit currency without the knowledge that it is counterfeit, but passes it on with the knowledge, this is clearly criminalized, but Member States may decide to set, as the maximum penalty, a penalty of less than five years of imprisonment or a fine.

Secondly, the directive obliges Member States to ensure that effective investigative tools are available to facilitate cross-border investigations of currency counterfeiting offences, such as those used in other serious crimes.

Thirdly, the directive obliges to ensure a timely transmission of seized counterfeits for technical analysis and detection during judicial proceedings to increase the possibility of detecting counterfeit notes and coins in circulation;

Fourthly, the directive requires Member States to collect data on the number of counterfeiting offences, of the persons prosecuted and those convicted, and transmit these data to the Commission.

The directive covers the offences:

– the production of counterfeit notes and coins and their distribution,

– the production of counterfeiting instruments and components,

– misuse of legal facilities or material and

Counterfeiting of currency not yet issued but designated for circulation as legal tender.

The new directive requires the Member States to ensure that the criminal offences defined in the directive are punishable by criminal sanctions which are effective, proportionate and dissuasive. For this goal, the directive provides for a minimum maximum sanction of eight years for production of counterfeits and five years for distribution offences, including where they relate to banknotes and coins which are not yet issued but are designated for circulation as legal tender, such as the future new series of euro banknotes. For offences of currency counterfeiting by use of legal facilities or material, a minimum maximum sanction of imprisonment without a specified length must be foreseen. For preparatory offences, such as the fraudulent making of holograms, also where such conduct relates to future banknotes and coins, a minimum maximum sanction of imprisonment without a specified length must be foreseen.

Under the directive legal persons will also be punishable by effective proportionate and dissuasive criminal or non-criminal fines, which may include other sanctions such as exclusion from entitlement to public benefits or aid, temporary or permanent disqualification from carrying out of commercial activities, placing under judicial supervision, judicial winding up or temporary or permanent closure of establishments which have been used for committing the offence.

Obviously, Member States are allowed to impose more stringent provisions than those laid down in the directive.

It is important to note that the directive does not introduce minimum penalties, i.e. imprisonment and in serious cases imprisonment of at least six months, for production and distribution of counterfeits, which the Commission proposed.[1]

[1] http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-334_en.htm (date of download 09. 09. 2014)

From now on the authorities (police officers and prosecutors) working on currency counterfeiting cases should have the possibility to make use of effective investigative tools such as those which are used in combatting organized or other serious crimes. Such tools could include the interception of communications, covert surveillance and the monitoring of bank accounts, whilst taking into account the principle of proportionality and the nature and seriousness of the offences.

Hungary and all the other Member States with the exception of the United Kingdom and Denmark has two years after the entry into force of the directive to transpose the directive into national law.

V. Statistics and Conclusion

The following criminal statistics shows the registered numbers of counterfeiting in Hungary pro year.

Year	The registered numbers of counterfeiting
2007	2676
2008	1767
2009	1748
2010	1970
2011	1302
2012	1356

The statistics show us that the number of perpetrated counterfeit is not so high. It is important to note that statistics only shows what the authorities registered and has knowledge of. We can only estimate the latent crime.

Under the statistics the number of counterfeiting/ year has a decreasing tendency. Since 2008 the numbers of perpetrated counterfeit are below 2000 in every year.

In conclusion counterfeiting is not primarily a quantity but a quality problem of crime. The real threat of this crime is the damage it can cause to the economy. High numbers of fake money in the circulation can destabilize the economics relations, and the trust in a country's money.

Hopefully the regulation of the new Hungarian Criminal Code will decrease the numbers of counterfeiting pro year.

There is the same hope in connection with new regulation in the EU. According to Johannes Hahn, the EU Commissioner responsible for Justice: «These new measures will help protect one of our most valuable assets: the euro. Citizens and businesses must be able to trust that the money they have in their pockets is authentic. And criminals seeking to undermine the strength of the euro must be duly punished. Today's endorsement marks a strong resolve to protect our currency for honest businesses and citizens and sends a stark warning to criminals.»[1]

lgirdas Šemeta, the Commissioner responsible for Taxation, Customs, Statistics, Audit and Anti-Fraud, said: «These new rules against euro-counterfeiting will boost confidence in our common currency, and help to protect honest businesses and citizens from ending up with fake money in their pockets. While the final text has less bite than the Commission would have liked, it is nonetheless an important advance on where we stand today. The euro is better protected against criminals, thanks to this new law adopted today.»[2]

Bibliography:

1. Angyal Pál, A Magyar Büntetőjog Kézikönyve [Handbook of the Hungarian Criminal Law]. 17. A pénzhamisítás, hamis tanúzás, hamis eskü, hamis vád. Budapest, Attila-nyomda részvénytársaság. 1940.

2. Angyal, Pál, Tanulmányok és beszédek a szociológia és a büntetőjog köréből. [Studies and lectures of sociology and criminal law]Budapest. 1927.

3. Balogh Elemér, A pénzhamisítás bűncselekménye a XIX. század első felének néhány német kódexében és a korabeli magyar büntetőtörvény-könyv tervezetekben [the delict of counterfeiting money in some german Codes in the first half of the 19th century and in the contemporary hungarian criminal code drafts] In: Emlékkönyv Dr. Meznerics Iván egyetemi tanár születésének 80. évfordulójára / szerk. Tóth Károly. – Szeged: JATE, 1988.

4. Béli Gábor, Magyar jogtörténet, a tradicionális jog. [Hungarian legal history, traditional law] Dialóg-Campus kiadó, Budapest-Pécs. 2000.

[1] http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-333_en.htm (date of download 09. 09. 2014)

[2] http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-333_en.htm (date of download 09. 09. 2014)

5. Bodgál Zoltán, A pénz-és bélyeghamisítás [Counterfeiting of money and stamps]. In: Blaskó Lajos – Bagi Dénes – Bodrogi Károly – Bogdál Zoltán – Halász Sándor – Szalma László: Magyar Büntetőjog II. – Különös Rész (Szerk.: Horváth Tibor). BM Tanulmányi és Propaganda Csoportfőnökség. Budapest, 1973.

6. Erdősy Emil – Földvári József – Tóth Mihály, Magyar Büntetőjog Különös rész. [The special part of the Criminal Law] Osiris Kiadó. Budapest. 2007.

7. Fayer László, Az 1843-iki büntetőjogi javaslatok anyaggyűjteménye, I. kötet. [the criminal law proposal of 1843] Magyar Tudományos Akadémia, Budapest. 1896.

8. Finkey Ferenc, Büntetőjog [Criminal Law].

9. Földvári József, Büntetőjog Különös rész, kézirat. [The special part of the Criminal Law] Tankönyvkiadó, Budapest. 1972.

10. Gál István László, Pénz és bélyegforgalom biztonsága elleni bűncselekmények. [Criminal offenses relating to counterfeiting currencies and philatelic forgeries] In: Polt Péter (Szerk.): Új Btk. Kommentár. 7. kötet, Különös rész. Nemzeti Közszolgálati és Tankönyvkiadó. Budapest, 2013.

11. Goricsán Tamás Károly, A pénzhamisításról a jogtörténet tükrében. [Counterfeit money int he aspect of legal history] In: Tanulmányok Tóth Mihály professzor 60. születésnapja tiszteletére. Pécs, 2011.

12. Hajdu Lajos, Az első (1795-ös) magyar büntetőkódex-tervezet. [the first hungarian Criminal Code draft (1795)] Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest. 1971.

13. Horváth Tibor – Lévay Miklós, Magyar Büntetőjog Különös rész. [The special part of the Hungarian Criminal Law] Complex Kiadó. Budapest. 2009.

14. Kádár Miklós, Büntetőjog Különös rész I. kötet. [The special part of the Criminal Law] Budapest, 1956.

15. Karsai Krisztina, Pénz- és bélyegforgalom biztonsága elleni bűncselekmények. [Criminal offenses relating to counterfeiting currencies and philatelic forgeries] In: Karsai Krisztina (Szerk.): Kommentár a Büntető Törvénykönyvhöz. Complex Kiadó, Budapest. 2013.

16. Kőhalmi László: A gazdasági és a szervezett bűnözés [The Economic and the Organized Crime]. In: Bevezetés a bűnügyi tudományokba (Szerk.: Csemáné Váradi Erika). Átdolgozott, bővített kiadás. Miskolci Egyetem Állam- és Jogtudományi Karának Kiadványsorozata, Assisitentia Iuris 5. Bíbor Kiadó. Miskolc, 2007.

17. Kőhalmi László, Jogállam és büntetőjog – avagy kételyeim az ezredforduló kriminál̈joga körül [Rule of Law and Criminal Law – My Doubts about the Crime Law of the Millenium] In: Keresztmetszet – tanulmányok fiatal büntetőjogászok tollából (Szerk.: Karsai Krisztina). Pólay Elemér Alapítvány. Szeged, 2005.

18. Kőhalmi László, A büntetőjog alapproblémái [The Basic Problems of the Criminal Law]. Pécsi Tudományegyetem Állam-és Jogtudományi Kar Gazdasági Büntetőjogi Kutatóintézet. Pécs. 2012.

19. Lábady Tamás, A magyar magánjog (polgári jog) általános része [The General part of the hungarian private (civil) law] Dialóg-Campus kiadó, Budapest-Pécs. 2002.

20. MANU törvényei MĀNAVA DHARMAŚĀSTRA [the laws of Manu] (fordította: Büchler Pál). Erdélyi Múzeum-Egyesület Jog-és Társadalom-Tudományi Szakosztálya. Benkő Gyula Cs. és Kir.Udv. Könyvkereskedése, Budapest, 1915. 42. fejezet 287. cikk.

21. Molnár Gábor, Gazdasági bűncselekmények. [Economic crimes] Hvg-orac Kiadó. Budapest. 2009.

22. Molnár Gábor, Pénz- és bélyegforgalom biztonsága elleni bűncselekmények. [Criminal offenses relating to counterfeiting currencies and philatelic forgeries] In: Kónya István (Szerk.): Magyar Büntetőjog, Kommentár a gyakorlat számára 3. kiadás. II. Kötet. Hvg-orac Lap és Könyvkiadó Kft, Budapest. 2013.

23. Sáry Pál, Sulla Büntetőjogi reformja (the criminal law reform by Sulla) http://www.romaikor.hu/torvenyek_es_jogrendszer/sulla_buntetojogi_reformjai/cikk/a_lex_cornelia_testamentaria_nummaria (letöltés ideje: 2013. 06. 25.)

24. Theodor Mommsen, Römisches Strafrecht [Roman Criminal Law]. Verlag von Dunker & Humblot, Leipzig, 1899.

25. Zlinszky János, Római büntetőjog. [Roman Criminal law] Nemzeti Tankönyvkiadó, Miskolc. 1995.

Масикова Е. А.,
Могилевский государственный университет имени А. А.Кулешова, факультет экономики и права (г. Могилев, Республика Беларусь)

ПРЕСТУПНОСТЬ «СЛАБОГО ПОЛА» И ПРИЧИНЫ ЕЕ ПРОЯВЛЕНИЯ

Интерес к явлению женской преступности вполне объясним с учетом особого места женщин в системе общественных отношений, важности социальных ролей и функций, которые они выполняют в жизни общества и крайне неблагоприятных последствий криминальных форм их поведения.

Криминологическая характеристика личности женщины-преступницы весьма специфична. Как правило, среди них больше, чем среди выявленных преступников-мужчин, лиц старшего возраста, несмотря на то, что в целом в последние годы прослеживается омоложение преступников. Образовательный уровень женщин-преступниц всегда был выше по сравнению с мужчинами-преступниками, однако, раньше никогда не отмечалось такого высокого прироста среди преступниц числа лиц, имеющих высшее образование.

С самых древних времен женщина была хранительницей домашнего очага, а мужчина был охотником или рыболовом. Допустим, что основой такому распределению социальных ролей было физическое неравенство, хотя это достаточно спорно, так как известно, что существовали амазонки, которые не уступали в физической силе любому мужчине. Поэтому, помимо возможного физического неравенства, основой разделения функций на мужские и женские послужили нравственно-психологические различия полов. Женщина, как изначально задумано природой, является матерью, соответственно, в ней преобладают созидательные качества, мужчина же, как охотник или рыболов, наделен больше агрессивными качествами. Это вовсе не означает, что женщины лишены агрессии, а мужчины не способны к созиданию. В практике встречаются женщины, которые убивают своих новорожденных детей без всякого сожаления, и отцы, которые с успехом воспитывают не только своих, но и приемных детей.

Дело в том, что у большинства женщин преобладают те качества, которые препятствуют совершению преступлений, так как мотивации женского поведения, как правило, связаны с семьей. При этом ответственность за семью чаще всего также несет женщина. Вследствие этих причин жизнь женщина мало совместима с криминальной деятельностью, ибо она осознает свою ответственность за своих детей, за целостность и благополучие семьи. Соответственно, если женщина встает на путь преступлений, то она подвергает опасности свою семью. Также семейному человеку гораздо сложнее уклонится и избежать наказания, так как, если преступник решит скрываться, переменить место жительства, то наличие семьи осложнит это желание. Также семейному человеку труднее найти время для обдумывания и совершения преступления, так как семейные хлопоты отнимают достаточно много времени. Именно с большей привязанностью женщины к семье, чем мужчины, связан тот факт, что жертвами насильственных преступлений, совершаемых женщинами, как правило, являются мужья, сожители, дети, ближайшие родственники.

Таким образом, природная предрасположенность женщины определяет ее социальную роль в обществе, которая, в свою очередь, влияет на уровень преступности среди женщин. Поэтому, определяя обстоятельства, приводящие к совершению преступлений, необходимо учитывать характер деятельности женщин в обществе, то есть все ситуации, которые возникают в связи с занятостью женщины на работе и дома. В настоящее время существует несколько видов преступлений среди женщин, в которых наблюдается особенный рост. К таким видам преступлений относятся насильственные преступления, совершаемые на семейно-бытовой почве, корыстные преступления, экономические преступления.

Невозможность реализоваться, безработица, падение уровня жизни, а также падение интереса к семейным ценностям приводит к тому, что женщины нередко встают на криминальный путь, пытаясь добыть средства к существованию или средства для поддержания того уровня жизни, который они считают достойным для себя, совершая корыстные преступления. Правда, женщины-преступницы чаще избирают такие виды преступлений, как вымогательства, обман покупателей, мошенничество, кражи.

© Масикова Е. А., 2014

Гораздо реже женщины участвуют в разбоях и грабежах, хотя с каждым годом ситуация меняется и женщины «догоняют» мужчин.

Так же как причину увеличения в последнее время доли преступности женщин можно связать с уравниванием полов в правовом, социальном и других аспектах. Если женщина в обществе становится равной мужчине, то она невольно перенимает мужской тип поведения, который изначально более агрессивен. Отсюда рост насильственных преступлений в семье, так как женщина и дома начинает себя вести более жестко. Женщина пробует себя активнее и в корыстных преступлениях, так как те природные свойства, которые в ней заложены для сохранения семьи, отходят на второй план. Женщина не стремится теперь брать всю ответственность за семью на себя, она делит ответственность на двоих. Доля ответственности за семью, как основной сдерживающий фактор от криминальной деятельности, снижается, что ведет к росту преступлений. Таким образом, смешивание социальных ролей мужчины и женщины привело к тому, что и женщина, и мужчина попадают в разные ситуации, которые возникают в связи с их занятостью на работе и дома. То есть, вероятность возникновения конфликтов, которые могут закончиться преступлением, одинакова как для мужчины, так и для женщины. Естественно, не каждый человек, независимо от пола, решится на преступление, даже если возникла такая возможность. Однако, если раньше женщина обладала набором тех нравственно-психологических характеристик, которые необходимы для совершения преступления, то у нее не всегда были те же возможности, что и у мужчины, который обладал таким же набором. Теперь, поскольку и у мужчины, и у женщины равные возможности для реализации своих преступных устремлений, то почему бы женщине их не реализовать?

Для полноты осознания проблемы, связанной с женской преступностью в Республике Беларусь будет целесообразно привести статистические данные, отражающие динамику проявления в нашем государстве этого негативного общественно опасного явления:

1.По Республике Беларусь в целом

2. По Могилевской области

Исходя из данных, приведенных в диаграмме видно, что количество преступлений, совершенных женщинами в Республике Беларусь и конкретно о Могилевской области уменьшается.

Подводя вывод всему сказанному выше нужно отметить, что женская преступность со временем по своему негативному проявлению и содержанию практически становится на одну ступень с мужской. Однако в силу того, что женщины всегда находились и находятся под особой защитой государства, и в связи с тем, что женщина – это мать, продолжение рода, к профилактике и предупреждению преступности, совершенной «слабым полом» нужно подходить с другой стороны и использовать справедливые, но более мягкие методы борьбы с этим негативным явлением. Необходима разработка специальной программы, в которой были бы заложены особые приемы и методы воздействия на женскую преступность. Для многих женщин лишение свободы представляет огромный эмоциональный удар. Поэтому необходимо обеспечить женские колоний квалифицированными психологами. Необходимо также изучить опыт решения этой проблемы другими государствами. Необходимо активизировать деятельность правоохранительных органов, общественных организаций, церкви и других организаций.

Целесообразно будет разработать и воплотить в жизнь специальную программу по предупреждению конкретно женской преступности для достижения иного, более достойного нашего общества состояния.

Фесенко Є. В.,
доктор юридичних наук, професор

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ПРОТИДІЯ ТЕРОРИЗМУ (СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ)

Тероризм – це вкрай небезпечне явище, яке загрожує людству всього світу. Саме це зумовило необхідність прийняття низки міжнародно-правових документів, спрямованих на запобігання злочинам терористичного характеру[1].

Загострення політичної ситуації в Україні, значною мірою посилене зовнішньою агресією, зумовило особливу актуальність протидії тероризму і в нашій державі. Ускладнює проблему також інформаційна війна, перекручення та фальсифікація фактів, тенденційне або відверто неправдиве висвітлення подій в районі АТО. На такому підґрунті на проукраїнські сили навішуються ярлики карателів, поширюються вигадки про геноцид російськомовного населення, виправдовується масштабне сприяння так званим ополченцям в формі надання найсучаснішої важкої зброї і бронетехніки, а то й безпосереднє проникнення збройних іноземних озброєних формувань на територію України. Водночас відбілюються злочинні дії терористів. Крім того, запобігаючи до юридичної казуїстики, поборники анексії і захоплення територій суверенної держави маскують свої дії політичними мотиваціями, забезпеченням волевиявлення народу тощо.

За такої ситуації є потреба у визначенні поняття «тероризм», його відмежування від інших категорій.

Відповідно до Закону України від 20 березня 2003 р. «Про боротьбу з тероризмом» тероризм – це суспільно небезпечна діяльність, яка полягає у свідомому, цілеспрямованому застосуванні насильства шляхом захоплення заручників, підпалів, убивств, тортур, залякування населення та органів влади або вчинення інших посягань на життя чи здоров'я ні в чому не винних людей або погрози вчинення злочинних дій з метою досягнення злочинних цілей.

В юридичній літературі тероризм визначається в діапазоні найбільш широкого розуміння як «суспільно небезпечні діяння, спрямовані на залякування населення з метою спонукання держави, міжнародної організації, фізичної або юридичної особи чи групи осіб до вчинення якихось дій, а також сприяння таким діянням» [2, 13].

Оскільки поняття «тероризм» є узагальнюючим, розуміється двозначно – як явище і конкретна поведінка, з точки зору кримінального права замість терміну «тероризм» краще вживати словосполучення «терористичні злочини», тобто конкретні суспільно небезпечні, протиправні та винні діяння, вчинені суб'єктом злочину. Терористичними злочинами названо такий прояв тероризму і в Конвенції Ради Європи про запобігання тероризму від 16 травня 2005 р.

Категорією «тероризм» в означеному розумінні не охоплюються такі загально соціальні явища, як «терор», «війна», «агресія», «геноцид» тощо (на це слушно зверталась увага науковцями, хоч і в дещо іншій інтерпретації) [3, 25].

Як вже зазначалось, наукове осмислення зазначених положень особливо важливе у зв'язку з спробами представників так званих ДНР і ЛНР, а також високо посадовців та політологів РФ перевести протиправну діяльність сепаратистів у площину політичної мотивації, представити її як акції протесту проти «порушення прав» населення Криму, а згодом і східних регіонів, протиставляючи «справедливу війну обуреного народу» з «захопленням влади в Україні націоналістами» тощо.

Але таке співставлення абсолютно некоректне. Учасники подій на Майдані не захоплювали арсенали зброї, не вбивали і не катували мирних громадян, не руйнували їх помешкання, не захоплювали заручників, не використовували озброєних найманців, не руйнували промислові підприємства та життєво важливі комунікації, не збивали літаки цивільної авіації. Подальше функціонування влади Україні здійснювалось законно обраним законодавчим органом і призначеними ним виконавчими органами, а також законно призначеними органами правосуддя, а згодом всенародно обраним Президентом.

Що стосується дій збройних сил України, то вони здійснюються відповідно до норм Розділу III (Проведення антитерористичної операції) Закону України «Про боротьбу з тероризмом».

© Фесенко Є. В., 2014

Це визнано всією світовою спільнотою і, навпаки, грубе порушення суверенітету України засуджено переважною більшістю міжнародних інституцій. У Резолюції Ради Європи від 1 жовтня 20014 р. відзначалось, що безпека континенту поставлена під серйозну загрозу через порушення міжнародних норм і принципів з боку Росії. Озброєний сепаратизм, який підтримують найманці і іноземні війська, йде врозріз з усім, що підтримує Конгресс [4].

У ст. 1 згаданої вище Європейській конвенції про боротьбу з тероризмом зазначено, що не розглядається як політичний злочин, пов'язаний з викраданням людей, захопленням заручників або тяжким незаконним затриманням; злочин з використанням бомб, гранат, ракет, автоматичної вогнепальної зброї або вибухових листів чи посилок, якщо це призводить до загрози особам.

Важливі положення містить також ст.1 Міжнародної конвенції про боротьбу з бомбовим тероризмом від 15 грудня 1997 р., у якій зазначено:

«Будь-яка особа чинить злочин за змістом цієї Конвенції, якщо вона незаконно й умисно доставляє, розміщує, приводить в дію або підриває вибуховий або інший смертоносний пристрій в межах місць громадського користування, державного або урядового об'єкта, об'єкта системи громадського транспорту або об'єкта інфраструктури або таким чином, що це спрямовано проти них».

Усі положення міжнародно-правових документів щодо боротьби з тероризмом передбачає і кримінальне законодавство України, яке містить блок норм про відповідальність за терористичні злочини, а саме:

Стаття 258. Терористичний акт

Поняття «терористичний акт» дає описова диспозиція ч.1 ст. 258, а саме:

Об'єктивними визнано такі ознаки :

1) дії, які полягають у застосуванні зброї, вчиненні вибуху, підпалу чи інших дій

або погроза вчинення зазначених дій.

2) створення небезпеки

а) для життя чи здоров'я людини

б) або заподіяння значної майнової шкоди

в) чи настання інших тяжких наслідків.

З суб'єктивної сторони для цього злочину специфічні:

Прямий умисел і мета:

а) порушення громадської безпеки

б) залякування населення;

в) провокації воєнного конфлікту, міжнародного ускладнення;

г) або мета впливу на прийняття рішень чи вчинення або невчинення дій органами державної влади чи органами місцевого самоврядування, службовими особами цих органів, об'єднаннями громадян, юридичними особами,

д) або привернення уваги громадськості до певних політичних, релігійних чи інших поглядів винного.

Кваліфікуючими ознаками є повторність, попередня змова або значна майнова шкода чи інші тяжкі наслідки

Особливо кваліфікуючими– загибель людини.

Іншими нормами передбачено:

Стаття 258[1]. Втягнення у вчинення терористичного акту.

Стаття 258[2]. Публічні заклики до вчинення терористичного акту.

Стаття 258[3]. Створення терористичної групи або терористичної організації.

Стаття 258[4]. Сприяння вчиненню терористичного акту.

По суті це спеціальний вид співучасті з конкретизацією вчинених діянь.

Закон «Про боротьбу з тероризмом» передбачає, зокрема, такі форми сприяння терористичній діяльності:

1) фінансування терористів, терористичних груп (терористичних організацій);

2) надання або збирання коштів безпосередньо чи опосередковано з наміром використання їх для вчинення терористичних актів чи злочинів терористичної спрямованості;

3) проведення операцій з коштами та іншими фінансовими активами:

– фізичних осіб, які вчиняли чи намагалися вчинити терористичні акти чи злочини терористичної спрямованості або брали участь у їх вчиненні чи сприяли вчиненню;

– юридичних осіб, майно яких безпосередньо чи опосередковано перебуває у власності чи під контролем терористів або осіб, які сприяють тероризму;

– юридичних і фізичних осіб, які діють від імені чи за вказівкою терористів або осіб, що сприяють тероризму, включаючи кошти, одержані або придбані з використанням об'єктів власності, що безпосередньо чи опосередковано перебувають у власності чи під контролем осіб, які сприяють тероризму, або пов'язаних з ними юридичних чи фізичних осіб;

4) надання коштів, інших фінансових активів чи економічних ресурсів, відповідних послуг безпосередньо чи опосередковано для використання в інтересах фізичних осіб, які вчиняють терористичні акти або сприяють чи беруть участь у їх вчиненні, чи в інтересах юридичних осіб, майно яких безпосередньо чи опосередковано перебуває у власності чи під контролем терористів або осіб, які сприяють тероризму, а також юридичних і фізичних осіб, які діють від імені чи за вказівкою зазначених осіб;

5) надання допомоги особам, які брали участь у вчиненні терористичних актів;

6) вербування фізичних осіб для заняття терористичною діяльністю, сприяння встановленню каналів постачання зброї терористам та переміщенню терористів через державний кордон України;

7) переховування осіб, які фінансували, планували, підтримували чи вчиняли терористичні акти або злочини терористичної спрямованості;

8) використання території України з метою підготовки чи вчинення терористичних актів або злочинів терористичної спрямованості проти інших держав або іноземців.

Стаття 258-5 передбачає відповідальність за фінансування тероризму. Поряд з вчиненням терористичних злочинів поширені й інші діяння підвищеного ступеню небезпеки: злочини, передбачені статтями 113 (диверсія), 147 (захоплення заручників), 260 (створення не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань), 447 (найманство) тощо.

За повідомленням радника голови СБУ терористи на окупованих ними територіях з перших днів використовували неприпустимую практику тоталітарних режимів – замінили судові та правоохоронні органи карательними і створили систему так званих» трійок», якими без суду та слідства, катували у підвалах, виносили вироки та росстрілювали людей. «Засуджена у всьому світі «есесівська» практика створення концтаборів, у яких до невинних людей застосовуються тортури, пораненим не надається медична допомога, хворих добивають, здійснюється психологічний та моральний тиск на заручників, серед яких є несповнолітні діти, – має бути засуджена всім світом, а нелюди покарані»[5].

Це висловлення цілком відповідне і законодавчим приписам. У ст.23 Закону України від 20 березня 2003 р. «Про боротьбу з тероризмом» зазначено:

«Особи, винні в терористичній діяльності, притягаються до кримінальної відповідальності в порядку, передбаченому законом.

Непокора або опір законним вимогам військовослужбовців, посадових осіб, які беруть участь у проведенні антитерористичної операції, неправомірне втручання в їх законну діяльність тягнуть за собою відповідальність, передбачену законом».

Список використаних джерел:

1. Декларация про заходи по ліквідації міжнародного тероризму, затверджена резолюцією 49/60 Генеральної Ассамблеї від 9 грудня 1994 р.; Європейська конвенція про боротьбу з тероризмом, ратифікована Законом України від 17 січня 2002 р.; Міжнародна конвенція про боротьбу з бомбовим тероризмом, прийнята в Нью-Йорку 15 грудня 1997 р.; Міжнародна конвенція про боротьбу з фінансуванням тероризму, прийнята в Нью-Йорку 9 грудня 1999 р.; Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки цивільної авіації, укладена в Монреалі 23 вересня 1971 р.; Міжнародна конвенція про боротьбу із захопленням заручників, прийнята в Нью-Йорку 17 грудня 1979 р.

2. Ємельянов В.П., Новикова, Л.В., Семикін М.Н. Терористичні злочини:: кримінально-правова характеристика та питання вдосконалення анти- терористичного законодавства. Харків, 2007. – 214 с.

3. Проблема систематизації та комплексного розвитку антитерористичного законодавства України: Монографія / Кол. авт.: В.С. Зеленський, В.П. Ємельянов, В.Я. Настюк та ін. Х.: Право, 2008. – 96 с.

4. Резолюція Ради Європи від 1 жовтня 20014 р. Електронний варіант. Режим доступу: http://tyzhden.ua/News/121405

5. СБУ предоставила масштабы преступлений террористов. Електронний варіант. Режим доступу: http://news.bigmir.net/ukraine/850029-Karta-smerti--SBU-pokazala-mesta-zahoronenij-i--konclagerej--boevikov

Хомич Т. М.,
викладач кафедри теорії та історії держави і права Національного університету «Острозька академія»

ПРИЧИНИ ЛАТЕНТНОСТІ НАСИЛЬСТВА В СІМ'Ї

Насильство в сім'ї є одним із найбільш латентних правопорушень. Люди залюбки діляться проблемами, які виникають на роботі, розповідають про конфлікти із малознайомими, а то й сторонніми людьми, але рідко обговорюють сімейні, так звані внутрішні негаразди, мовчки терплять і образи, і приниження, а то й жорстокіші форми насильства, адже «так прийнято робити», «не слід виносити сміття з хати». Проте в більшості випадків фізичне насильство починається з психічного, емоційного насильства і розвивається по висхідній.

Згідно Звіту про стан протидії насильству в сім'ї за 2012 рік (станом на 20.11.2012 р.) зареєстровано 137782 заяв, повідомлень про загрозу або вчинення насильства в сім'ї[1]. У 2011 році ця цифра становила 162768 заяв[2], а у 2010 році – 157167 заяв[3], а за 10 місяців 2013 року – більше як 145000[4]. Як видно, майже з кожним роком кількість зареєстрованих заяв про загрозу або вчинення насильства в сім'ї зростає. Проте, це не свідчить про зростання кількості випадків насильства в сім'ї загалом, тобто про зростання масштабів цього явища. Ці дані можуть засвідчити лише збільшення кількості виявлених випадків насильства в сім'ї, адже насильство в сім'ї є досить латентним явищем. Так, дані різних досліджень та соціологічних оцінок показують, що лише у 10-20-ти відсотках випадків насильства в сім'ї потерпілі звертаються до правоохоронних органів[5]. Варто сказати, що звернення до міліції у фактах домашнього насильства здійснюється, за свідченням експертів та працівників органів внутрішніх справ, не після першого випадку насильства, а лише після повторних випадків скоєння насильства в сім'ї. Таким чином реальна кількість фактів насильства в сім'ї є значно більшою ніж та, яка фіксується органами внутрішніх справ[6].

Серед причин латентності насильства в сім'ї можна виділити наступні:

– страх зганьбити сім'ї, небажання виносити «сміття з хати» (робити приватне життя публічним);

– зневір'я в дієвості правоохоронних органів, правосуддя, страх перед їх байдужістю і навіть знущанням, їх непрофесійність та корумпованість;

– сприйняття насильства як належного (б'є – значить любить), допустимість такої поведінки;

– страх перетворитися із жертви злочину в його винуватця, відчуття власної вини (сама винна – довела);

– жалість до кривдника, небажання, щоб проти нього порушили кримінальну справу або притягнули до адміністративної відповідальності, зокрема, штрафу, що відобразиться на сімейному бюджеті;

– заборона втручання у приватне життя особи (посварились – справа сімейна, помиряться і самі; неможливість втручання в сімейні справи психологів, соціальних працівників із превентивною метою);

– мовчання за звичкою (перший раз – пробачається, другий раз – з ким не буває і т. д.);

– економічна залежність від кривдника;

– бажання зберегти сім'ї (часто заради дітей);

– побоювання помсти кривдника;

– неефективність покарання кривдника.

Існуванню багатьох із перелічених причин сприяє саме суспільство, а також органи влади, зокрема і ті, які покликані згідно закону сприяти виявленню цього явища та його запобіганню. Так, праців-

---

[1] Звіт про стан протидії насильству в сім'ї станом на 20 листопада 2012 року.

[2] Звіт про стан протидії насильству в сім'ї за 12 місяців 2011 року.

[3] Звіт про стан протидії насильству в сім'ї за 12 місяців 2010 року.

[4] Відеоматеріали доповіді Андрія Лабуня : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.youtube.com/watch?v=mLsJlBQ-bYk

[5] Левченко К. Б. Статистичній вимір виконання Закону України «Про попередження насильства в сім'ї» / К. Б. Левченко // Форум права. – 2011. – № 3. – С. 457 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-3/11lkbnvc.pdf

[6] Там само.

© *Хомич Т. М., 2014*

ники органів внутрішніх справ (далі – ОВС) часто неналежним чином ставляться до виконання своїх обов'язків, вважаючи, що насильство в сім'ї – це внутрішні справи сім'ї і вирішувати їх повинні члени сім'ї самостійно, без зовнішнього втручання. Таким чином, правоохоронці неохоче виїздять на такі правопорушення, а коли все ж прибувають на місце, то не завжди фіксують правопорушення, а затримання правопорушника, як правило, проводиться лише за наявності таких підстав, як нетверезий стан, опір працівнику міліції, хуліганство. Відповідно, і у протоколах затримання вказуються саме останні з перелічених правопорушень, а не першопочаткова причина – вчинення насильства в сім'ї. Причинами такого підходу є недостатня професійна підготовка працівників правоохоронних органів для роботи з особами, які зазнали насильства в сім'ї, однобічне тлумачення виявленого правопорушення та зосередження зусиль на його припиненні, а не допомозі жертві насильства, покаранні винних та попередженні наступних подібних порушень.

І навіть коли особа знає про можливість звернутися за допомогою до ОВС і відчуває потребу у цьому, вона може не знати як це зробити на практиці. Адреси відділів ОВС переважній більшості населення не відомі, а після зміни номерів екстрених служб, недоступними стають і засоби зв'язку, особливо з мобільних телефонів.

Іншим суб'єктом, який приховує випадки насильства в сім'ї є сама жертва посягання. В даному випадку слід зазначити, що і суспільство, і держава як через ЗМІ, так і через правоохоронні органи повинні постійно інформувати таких жертв, що насильство в сім'ї є циклічним явищем, інтенсивність та жорстокість якого з кожним разом підвищується, його наслідки можуть відразу і не проявлятися, але з часом впливати як на фізичне та психічне здоров'я жертви, так і на інших членів сім'ї, які не є безпосередніми потерпілими, проте спостерігають за насильством, спрямованим на їх рідних. Найчастіше ними є діти. Небезпека такого спостереження проявляється в тому, що діти отримують психічну травму, яка з часом може проявитися як на їх психічному, так і на фізичному стані здоров'ї. Крім того, діти сприймають такий стереотип поведінки і переносять його в своє доросле життя, наражаючи себе на небезпеку стати жертвою насильства у своїй майбутній сім'ї або вчиняти насильство по відношенню до членів своєї майбутньої сім'ї. А жінкам слід пам'ятати, що в сім'ях, де мати стає жертвою насильства з боку батька, в більшості випадків з часом воно поширюється і на дітей.

Ще однією з причин латентності насильства в сім'ї є неефективність існуючих санкцій. Так, стаття 173-2 Кодексу України про адміністративні правопорушення передбачає як санкцію за вчинення насильства в сім'ї накладення штрафу, або громадські роботи, або виправні роботи, або адміністративний арешт на строк до п'яти діб[1]. Проаналізувавши судову практику по розгляду справ за 2010-2013 роки, можна побачити, що найчастіше суди застосовують за даною статтею КУпАП адміністративне стягнення у вигляді саме штрафу. Так, із 92915 осіб, щодо яких було прийнято рішення про накладення адміністративного стягнення у 2013 році, штраф було накладено на 80086 осіб, що складає 86 % від загальної кількості адміністративних стягнень. Якщо говорити мовою чисел, то сума штрафу за дане правопорушення складає від 51 до 85 грн. Загальна сума накладеного штрафу за 2013 рік складає 5 376 862 грн., з якої сплачено добровільно 2 223 656 грн., тобто 41 %. Такий стан речей не тільки не відповідає меті передбаченого покарання – перевихованню правопорушника та попередженню повторного вчинення правопорушення, але й лягає фінансовим тягарем на усю сім'ї правопорушника, оскільки штраф сплачується із сімейного бюджету, а подекуди покарання несе сама жертва, якщо правопорушник ніде не працює. Стягнення ж, які спричинюють негативні наслідки особистого характеру саме для правопорушника, який вчинив насильство в сім'ї, тобто громадські роботи або адміністративний арешт, складають лише 13,7 % від загальної кількості адміністративних стягнень за 2013 рік. Таким чином, існуюча практика стягнення штрафу за здійснення насильства в сім'ї знеохочує жінок від подання заяви до міліції, оскільки гроші зазвичай вираховуються із сімейного бюджету, що негативно впливає на інших членів сім'ї так само, як і на винуватця[2].

Для виправлення такої ситуації та виведення насильства в сім'ї із сфери латентних правопорушень необхідна чітка, послідовна та довготривала злагоджена робота не тільки органів влади, але й громадських об'єднань та суспільства загалом.

---

[1] Кодекс України про адміністративні правопорушення : чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 11 лист. 2011 р.: – К.: ПАЛИВОДА А. В., 2011. – С. 130.

[2] Міжнародна Амністія. Україна. Насильство в сім'ї: звинувачуючи жертву. – AI Index: EUR 50/005/2006, 2006. – С. 6.

Список використаних джерел:

1. Відеоматеріали доповіді Андрія Лабуня : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.youtube.com/watch?v=mLsJlBQ-bYk

2. Звіт про стан протидії насильству в сім'ї за 12 місяців 2010 року.

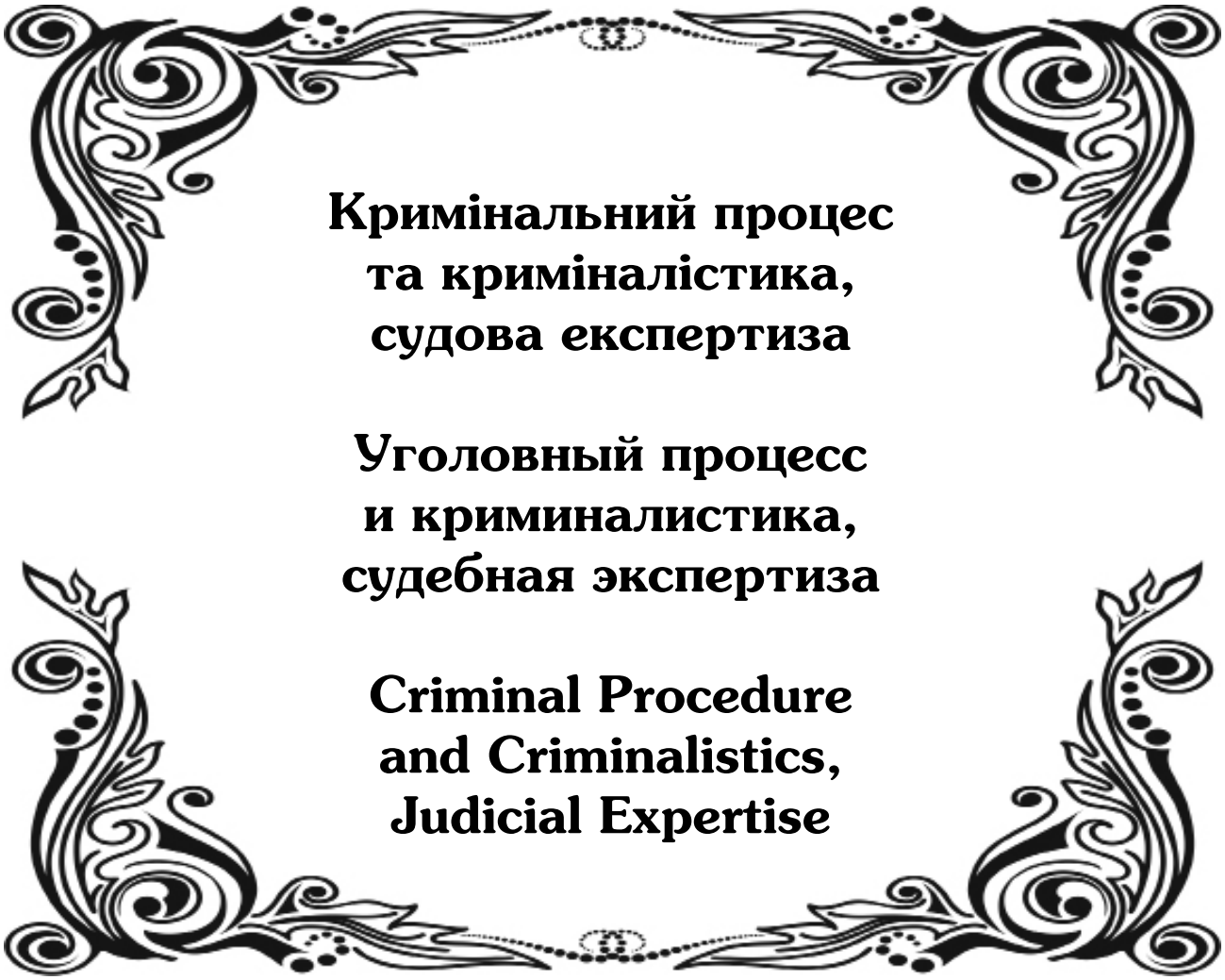
3. Звіт про стан протидії насильству в сім'ї за 12 місяців 2011 року.

4. Звіт про стан протидії насильству в сім'ї станом на 20 листопада 2012 року.

5. Кодекс України про адміністративні правопорушення : чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 11 лист. 2011 р.: – К.: ПАЛИВОДА А. В., 2011. – 272 с.

6. Левченко К. Б. Статистичній вимір виконання Закону України «Про попередження насильства в сім'ї» / К. Б. Левченко // Форум права. – 2011. – № 3. – С. 457 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-3/11lkbnvc.pdf

7. Міжнародна Амністія. Україна. Насильство в сім'ї: звинувачуючи жертву. – AI Index: EUR 50/005/2006, 2006. – 11 с.



Кримінальний процес та криміналістика, судова експертиза

Уголовный процесс и криминалистика, судебная экспертиза

Criminal Procedure and Criminalistics, Judicial Expertise

Dr. habil. Csaba Fenyvesi,
Associate professor University of Pécs, Hungary Faculty of Law Department of Criminal Procedure Law and Forensic Sciences

ПРОБЛЕМА НАСИЛИЯ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ (СУБЪЕКТЫ ВТОРИЧНОЙ ВИКТИМИЗАЦИИ)

В научном исследовании, подготовленном в духе интердисциплинарности, речь идёт о насилии, неизбежно появляющемся в уголовном процессе как на законодательном уровне, так и в реальной, практической форме. Мы различаем легально-необходимое от ему противостоящего иллегально-ненужного насилия и все его проявления. Наша работа анализирует их на различных этапах процесса (следственном, промежуточном, судебном, карательном). Мы указываем на участников процесса, терпящих насилие, кроме обвиняемого, а также освещаем важнейшие черты вреда, нанесённого самому подсудимому. Останавливаемся на вопросах катализаторов виктимизации и их функций. В конечном счёте раскрываем возможные способы снижения насилия и связанного с этим вторичного его употребления.

1. Место и роль насилия в уголовном процессе

Цель уголовного процесса в правовом государстве, чтобы с помощью для всех доступных, на письме закреплённых правил (уголовно-процессуального права) обеспечить раскрытие уголовных дел в духе законности и честности (fairness), а также употребление уголовного кодекса, который предписывает формы поведения, карающиеся законом. Уголовно-процессуальное право, как следуемая директива, само по себе уже является неким знаком «угрожающим», вернее, должно быть, как в старые времена «палка, повешенная на полке»[1] в начальной школе. Как на школьных занятиях палка время от времени использовалась, таким же образом, а иногда ещё строже, мы полагаемся на право в практике судебного процесса. Мы не утверждаем, что использование насилия является элементарным и неизбежным условием любого уголовного дела, но реальную возможность его применения должны чувствовать участники, вовлечённые в процесс. Ведь часто под этим влиянием участники добровольно, без конфликта сотрудничают с судом, и таким своим поведением достигают, что палка не снимается со стены.

Теоретическими и практическими исследованиями доказано, что преступники – с их стороны это естественная человеческая, может быть даже инстинктивная реакция – пытаются избежать ответственности, стремятся препятствовать полному и всестороннему раскрытию фактов, что мешает реконструкции всего случившегося, не дают расследовать изобличительные данные, а также отягчающие вину обстоятельства, таким образом тяжелее выяснить все причины, приведшие к криминальному происшествию. Этим самым своим поведением они создают ту принципиальную основу, на которой строится необходимость применения насилия со стороны органов розыска. С полным правом мы можем утверждать, что угроза насилием и некоторыми другими формами принуждения и отсутствие их применения резко влияет на эффективность судопроизводства, и те желательные цели, которые общество предъявляет, не могут быть осуществлены.

Другим устоем применения насилия является существование кровного, объединяющего всех членов общества интереса, а это именно та не игнорируемая криминально-политическая заинтересованность, которая тесно связана с успехом уголовного преследования, с правом призыва к уголовной ответственности со стороны государства. Это такая сильная заинтересованность всех, что даёт решительную и принципиальную основу для применения впрочем нежелательного насилия ведомственных властей. Даже в правовых государствах может встречаться и встречается «государственное насилие», но его урегулированный характер, постоянное соблюдение гражданских конституционных прав гарантируют, что насилие не выходит за рамки ненужного.[2]

---

[1] Выражение употребляет в кандидатской диссертации Farkas Ákos: A büntető eljárás hatékonysága Budapest, 1996. 119. p.

[2] Как ясно определяет Акош Фаркаш: «Хорошо функционирующее судопроизводство нуждается в эффективных средствах, которые сделают возможным уголовное преследование, помогают преодолеть все препятствия, стоящие перед процессом, – даже без сотрудничества обвиняемого – чтобы удовлетворить государственную уголовную потребность.

При осуществлении правовые органы руководствуются разнообразными целями:

© *Dr. habil. Csaba Fenyvesi, 2014*

2. Различение легально-необходимого и иллегально-ненужного насилия

Так мы подошли к вопросу различения легального и иллегального (законного и незаконного или учреждённого и запрещённого) насилия в ходе уголовного процесса. Легальным признаётся насилие, которое фиксируется и определяется прежде всего в Конституции, с другой стороны разрешается законом об Уголовном процессе (1. Закон 1973. г.) и закреплено в относящихся к ним правовых нормах (напр. Законе О милиции, О пограничной охране, О налогово-финансовом управлении, О таможне, О карательных органах и т. д.) Однако законные полномочия сами по себе не дают основу для применения насилия, поскольку оно является грубым вмешательством в человеческие права. Только в случае соблюдения строгих критериев правоприменяющее ведомство может прибегать к насилию. Два таких критерия: необходимость и соразмерность (пропорциональность).[1] Необходимое – это обозначает, что по другому неустранимо, по другому невозможно извлечь никаких результатов, безусловно нужно применять. Критерий соразмерности следует критерию минимума, то есть применимы только самые мягкие методы насилия, которые соответствуют ситуации. Нарушение обоих критериев (излишнее и непропорциональное насилие) является весомым и значительным несоблюдением норм, что не согласуется с конституционными и уголовно-процессуальными правами личности.

Венгерский уголовно-процессуальный закон гласит: «В уголовном процессе свободу личности и другие гражданские права надо соблюдать, и они ограничиваются только в определённых этим законом случая. Закон также закрепляет образ и метод такого ограничения» (4. параграф 1-2. абзац).

В негативном случае любой акт насилия, что не гармонизирует с вышеуказанными нормами, запрещён. В контексте нелегального насилия для нас приемлемо определение английского закона «Police and Criminal Evidence Act», принятого в 1984-ом году. В восьмом абзаце 76-ого параграфа пишется, что принуждение (opression) заключает в себе и принуждённый допрос (torture), бесчеловечное или унизительное обращение (inhuman or degrading), и угрожающее насилием поведение допрашивающих органов, доходя вплоть до принудительного допроса.

3. Характерные черты насилия, появляющиеся в четырёх главных этапах уголовного процесса (расследовательный, промежуточно-процессуальный, судебный, карательный)

Уголовно-процессуальный закон в общих чертах описывает задачу следственных властей: «Задача следственных ведомств заключается в быстром и всестороннем расследовании противозаконных действий, в проведении обходительных работ, необходимых для привлечения к ответственности совершителей преступлений» (16. параграф, 1. абзац).

Требование быстроты и всесторонности появляется и среди криминалистических (следуемая тактика во время расследования) критериев, которые наполняют практическим содержанием уголовно-процессуальное право. Выдающееся значение придаётся так называемому «erster Angriff» – «первому удару»[2], от которого зависит успех всего уголовного процесса. Достаточно нам вспомнить только задержание на месте преступления, привод, первичное собирание данных, не отлагаемые действия по расследованию, как например осмотр на месте, обыск в квартире, телесный обыск, наложение ареста, взятие под стражу. Почти все из вышеупомянутых следственных действий содержат в себе какой-то

– милиция стремится улучшать показатели розысковой работы;

– прокуратура заинтересована увеличивать количество обоснованных обвинений;

– суд хочет закончить как можно больше дел и уменьшить количество успешных обжалований приговора;

– карательные институты заинтересованы в том, чтобы отбывание наказания проходило как можно беспроблемнее.

Эти цели конфликтуют друг с другом и во многих случаях находятся в противоречии с целевой установкой закона. Ведомственные власти для достижения этих целей стремятся создать условия, чтобы как можно глубже вмешиваться в личностные права.

Противостоит этому требование подсудимого на справедливый процесс, на соблюдение процессуальных правил, на защиту своих прав, на конституционность всего процесса. Найти деликатное равновесие нелегко, это тяжёлый вопрос даже для Конституционного суда.» Farkas Ákos: Alkotmányosság és büntetőeljárás. Kriminológiai és kriminalisztikai tanulmányok. 30. kötet. Budapest, 1993. 45. p.

[1] Критерии – потому что насилие в обоих случаях появляется – показывают сходство с потребованиями применения обоснованной защиты, где как и юридическая литература, так и юридическая практика предписывает необходимость, соразмерность, непосредственность (посредственное нападение) и неустранимость.

[2] Tremmel Flórián – Fenyvesi Csaba- Herke Csongor: Kriminalisztikai tankönyv és atlasz. Dialóg-Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2005. 242. p.

момент, нарушающий человеческое право, в случае сопротивления – применение ведомственного насилия или же ограничение в правах. Среди этих действий задержание является такой специальной формой, которая применима по отношению к любому гражданину и утверждается общественной волей. Здесь опять играет свою роль необходимость и соразмерность. Злоупотреблять этим легальным насилием нельзя, после задержания «немедленно» нужно извещать ведомство и передать задержанного. На практике в связи с этим создаётся немалое количество конфликтов, поскольку эмоционально переполненный, раздражённый, в большинстве случаев потерпевший выступает в качестве судьи и исполнителя приговора относительно виновного лица – нападавшего на него самого, на родственников, на их имущество. Потерпевший в такой ситуации склонен к применению чрезмерного насилия: в ненужной и неоправданной мере.

Применение чрезмерного насилия появляется иногда и у членов ведомства, ведущего расследование. Пренебрегая двухсотлетней традицией презумпции невиновности, подсудимого иногда подвергают нелегальному насилию. У работников судопроизводства это объясняется прежде всего их мнением о «скрытой презумпции виновности»[1], «охотничьей страстью» и не в последнюю очередь часто встречается у них какой-то искажённый статистический взгляд на результативность своего труда. Применяемое насилие может быть психическое или физическое, часто их комбинация. Различные его формы появляются уже с самого начала процесса (для примера перечислим несколько из них: угроза лишением личной свободы, угроза реторсиями, касающимися детей, жены, других родственников, рабочего места, оскорбление действием и т. д.)

Поскольку расследование характеризуется в первую очередь секретностью (непубличностью), ограниченностью использования защиты[2], множеством мер принуждения (среди них – ограничивающее личную свободу взятие под стражу[3], предварительное заключение[4], временное принудительное лечение). Этот процессуальный этап соблазнителен для тех, кто намерен злоупотреблять правом или имеет власть для этого. Просматривая акты преступлений, совершённых в Венгрии, мы обнаруживаем, что почти все преступления во времени падают на непосредственно предшествующий этап до уголовного процесса или на начальную стадию следствия (чаще всего на милицейскую). Из этого вытекает, что в интересах криминалистического и уголовно-процессуального успеха, в стремлении раскрытия фактов и пользуясь отсутствием защиты применяется нелегальное насилие.[5]

На втором этапе венгерского уголовного процесса, промежуточном процессе, когда уже, имея весь собранный готовый материал расследования, прокурор решает вопрос о дальнейшем ходе дела, а также на подготовительном этапе судебного заседания, когда суд вне судебного заседания проверяет

---

[1] Смотри об этом Farkas Ákos – Pap Gábor: Alkotmányosság és büntetőeljárás. Kriminológiai és kriminalisztikai Évkönyv, Budapest, 1993. 45. p., Jerome Skolnick: Justice Without Trial. New York, 1994. 112. p., Szikinger István: Az ártatlanság vélelme – alkotmányos alapelv. In: Belügyi Szemle, 1989/3. 8. p.

[2] Об этом подробнее пишу в монографии «A védőügyvéd. A védő büntetőeljárási szerepéről és jogállásáról» Dialóg-Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2002. 493. p.

[3] Комитет для Предотвращения Пытки и Бесчеловечного или Унизительного Обращения при Совете Европы в 1992-ом и 1994-ом годах провели в Венгрии экспертизу. В докладе ноября 1994-ого года писалось: «Опасность оскорбления действием арестованных уменьшается возможностью незамедлительного извещщения родственников о взятии под стражу, а также возможностью пользоваться услугами адвоката или врача… Комитет подчёркивал, что эти права принадлежат лицу, взятому под стражу с того момента, когда выясняется, что данному лицу нужно остаться в милиции, и ограничение в правах необходимо фиксировать мисьменно, ведомство должно аргументировать надобность ограничения, и считал (Комитет – Ч. Ф.) необходимым контроль прокурора или судьи при ограничении в правах, точное установление временных координатов ограничения.» Смотри подробнее: «Összefoglaló tájékoztatás az Európa Tanács Kínzás Ellenes Bizottsága (CPT) jelentéséről. In: Kriminológiai Közlemények. Budapest, 1996/53. 50. p.

[4] Аномалии описывают подробнее Herke Csongor: Az előzetes letartóztatás elméleti és gyakorlati kérdései. Phd értekezés. Pécs, 2001. 1-528. p. и Róth Erika: Emberi jogok kontra fogvatartás a büntető eljárásban. In: Acta Humana. Emberi jogi közlemények. 1995/20. 3-87. p.

[5] В связи с предварительным заключением, как принудительной мерой, замечаем, что в США «решение Миранды установило неопровержимую презумпцию, когда допрос, проведённый в заключении признало ab ovo таким принуждением, против которого подсудимый нуждается в правовой защите.» J. D. Grano: Miranda's Constitutional Difficulties: A Reply to Professor Schulhofe. In: The University of Law Rewiew, 1988/january 174-178. p. в Венгрии смотри об этом подробнее: Szikinger István: Miranda-ügy. In: Belügyi Szemle, 1990/3. 111-119. p.

адресованные ему документы, наряду с легальными формами насильственных принудительных мер не являются характерными иллегальные формы насилия. В этой фазе исключительно редко производятся следственные действия, а также встреча с участниками процесса, прежде всего лично с подсудимым.[1]

На третьем этапе уголовного процесса, в фазе судейской (первая, вторая инстанция, пересмотр приговора, обжалование) совет суда и сами судьи располагают законным правом применения принудительных мер (взятие под стражу, удаление из заседания и т.п.). В круг нелегального насилия может относиться чересчур авторитарное судейское ведение заседания и с наибольшим пристрастием проведённый допрос. Здесь же стоит упомянуть о том навязчивом, напористом поведении судьи, когда он начинает допрашивать подсудимого о причинах отказа от признания, после чего он бомбит его настоящими, существенными вопросами. Подсудимому, отказавшемуся от признания, нельзя задавать ни одного вопроса, потому что ответ считается уже признанием. Любая открытая и скрытая судейская инициатива, направленнае на это, является иллегитимным напором, давлением на «подсудимого, находящегося в невыгодном положении.»[2]

Четвёртым, самостоятельным, урегулированным этапом уголовного процесса является исполнение наказания (карательный этап). Здесь мы уже говорим не о подсудимом, а о приговорённом, который ещё в большей степени беззащитный и подчинённый. В карательном учреждении он живёт по строгому режиму, изредка общаясь со своим адвокатом, если он его имеет. Презумпция невиновности в данном случае уже не функционирует, ведь приговор/решение по отношению к нему имеет законную силу, возможность на пересмотр приговора почти нереальна. В роли «защитника» его прав, как заключённого, как ни парадоксально может выступать сторож законности – прокурор, выдвинувший негативное решение. В ежедневной, никем не контролируемой практике учреждения отбывания наказания количество форм легального и нелегального насилия, применяемого в ущерб заключённому, бесчисленное.[3]

4. Субъекты, терпящие вторичную виктимизацию в ходе уголовного процесса

В вышеописанных четырёх хорошо различаемых этапах венгерского уголовного процесса законное или незаконное насилие применяется не только против подсудимого, но и против потерпевшего, против свидетеля. Особо выделяется здесь потерпевший, добровольно проходящий процесс, который уже сам является жертвой насилия, ведь зло причинили ему самому, ограничивали в правах, пытались лишить предметов имущества. Нанесённый насилием вред и ущерб могут быть разными: душевный, телесный, материальный, временный, и т.д. Все они одновременно нагромождённо и подчёркнуто могут присутствовать. В придачу к этому с потерпевшими часто обращаются грубо, они много раз испытывают недоверие к себе, часто их выслушивание ведётся в недостойной, унижающей обстановке, подбирается неподходящий тон в задаче вопросов, в результате чего они чувствуют себя подозреваемыми.[4] На медицинском осмотре климат тоже суровый и холодный, что вытекает конечно из официальности всей процедуры, всё это нагнетает, приобретает напряжённый характер.

Особое внимание стоит уделять молодым и несовершеннолетним потерпевшим, у которых ещё не сложившаяся духовная структура, поэтому легче найти уязвимое место и душевно ранить их. По отношению к ним ещё в большей степени проявляется верховенство взрослого работника уголовного розыска, он концентрирует в руках неимоверно большую власть. По этим возрастным причинам понятно, что в таких случаях ни в коем случае нельзя взяться за рутинные, общепринятые схемы выслушивания и допрашивания.[5]

---

[1] Прокурор в этой промежуточной фазе уголовного процесса должен допрашивать подозреваемого, находящегося в предварительном заключении, он на допросах может общаться с ним. При этом с нелегальным насилием мы не встречались ни в литературе, ни в своей практике.

[2] Выражение встречается Tremmel Flórián: Magyar büntetőeljárás. Dialóg-Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2001. 95. p.

[3] На правовые недостатки этапа исполнения наказания обращает внимание и тот факт, что «Европейский Комитет Прав Человека больше всего жалоб (40%) получил от заключённых.» Vókó György: Az elítéltek jogi helyzetéről, mint reszocializálásuk kiindulópontjáról. In: Jogtudományi Közlöny, 1989/12. 626. p.

[4] Огорчительная иллюстрация к этому, что выслушивание женщин, жертв сексуального преступления ведётся в такой комнате уголовного розыска, где на стенах висят постеры обнажённых женщин в различных позах.

[5] Один из самых грустных, криминалтактически опровергаемых случаев, когда ребёнка или несовершеннолетнюю потерпевшую (поскольку она обязана как свидетельница) заставляют на очной ставке «сказать в глаза» отцу или другому близкому родственнику, который отрицает обвинение в сексуальном преступлении, причинённом молодой девочке.

Субъектами насилия могут стать также и свидетели. По отношению к ним также применяется привод, обязательство участвовать в некоторых экспертизах, временно пребывать в указанном месте и т.д. В то же время он может оказаться жертвой угроз и других насильственных методов, потому что по ныне действующим правилам он не имеет право нанимать даже адвоката.[1]

В этот круг субъектов, терпящих виктимизацию/принудительные меры входят ещё испытывающие наложение, секвестр. Это могут быть ни подсудимые, ни потерпевшие, ни свидетели. А, например, благонамеренный покупатель легковой машины, который, сам недоумевая этого, соглашается на наложения принудительных мер, потому что продавец приобрёл автомобиль из раньше совершённого преступления (кража, контрабанда и т.д.)

5. Виктимизационные катализаторы и их роль

В круг потерпевших насилие и членов ведомства, применяющего насилие включаются лица и организации, учреждённые в венгерском уголовном процессе. Они могут благодатно повлиять на уменьшение насилия (обеих форм), сократить тот вред, который оно приносит обществу. Такие должностные лица ведомства, например начальник расследования, прокурор, судья, представитель защиты, а также омбудсмен, Конституционный суд и другие правоохранительные органы. Все они, особо выделяя адвоката, обладающего специальным статусом, должны предотвратить как и ведомственное насилие, так и вторичную виктимзацию, их обязанность быть всегда на страже, чтобы обходить излишнее насилие. Задача трудная, потому что проявления насилия отмечаются главным образом в близкое к преступлению время, часто на месте уголовного преступления, когда и где не присутствуют вышеназванные лица. Поскольку защита в ограниченной мере участвует в расследовании, так её роль частичная, ничтожная. К тому же опыт десятилетних эмпирических исследований показывает, что только одна треть подсудимых получает формальную защиту. Две трети этой формальной защиты обеспечивается назначенным адвокатом. Так, получается всего-навсего 10% всех подсудимых (каждый десятый подсудимый) получают «эффэктивную» защиту, провозглашённую в требованиях Европейского Договора и Суда Прав Человека.)[2] Борьба внешних факторов против насилия набирает ход только в последующем этапе, после преступления, и сложной трансмиссией доходит до потерпевших и до «совершителей». Таким образом эффективность скромнее, чем работа тех, которые принимают участие в процессе, исполняющих роль внутреннего катализатора.

6. Возможные способы снижения насилия в ходе уголовного процесса (вторичная виктимизация)

Нам думается, что источник, корень всех форм насилия (допущенного и запрещённого) общий, и поэтому способ избавиться от них тоже одинаковый. Осмотрительный выбор работников правоохранительных, расследовательных органов, служащих карательных учреждений. Необходима их постоянная профессиональная подготовка в целях повышения компетенции, увеличение опыта, усиление чувства уверенности в себе.

Это дополняется разработкой требовательной системы вступительных экзаменов. Отбор и непринятие в соответствующие вузы тех кандидатов, которые в личностной структуре имеют характерные черты, способствующие применять насилие без контроля. Нужно научить всех работников на высшем уровне усвоить знания, связанные с теоретическим правом (материальные, процессуальные, управленческие, органы охраны общественного порядка), с криминалистикой. А также важно в симуляционном порядке беседовать о разных конфликтных ситуациях, полемизировать об их решении на практике.

В уголовно-процессуальном праве нужно придавать всё большее значение «катализаторам» (начальник расследования, адвокат, прокурор) как в принципиально-правовом, так и в действительно-практическом отношении.

---

[1] Новый венгерский закон об уголовном процессе, 19. Закон от 1998-ого года только с 1-ого января 2003-его года введёт в силу желательный институт адвоката свидетеля

[2] Смотри об этом подробнее: Szabóné Nagy Teréz: A vétségi nyomozás a gyakorlatban. In: Belügyi Szemle, 1983/10. 28. p., Tóth Mihály: Nyomozás és védelem. In: Magyar jog, 1989/4. 350. p., Kiss Anna: A védő szerepe a büntetőeljárásban. In: Kriminológiai és kriminalisztikai tanulmányok. Budapest, 1991/XXVIII. 177. p. Fenyvesi Csaba: A védői jogállás empirikus vizsgálat tükrében. In: Belügyi Szemle, 2001/2. 37. p., Fenyvesi Csaba: A kirendelt védői intézmény problematikája. In: Jogelméleti Szemle, 2001/4.Решения Европейского Суда Прав Человека, связанные с требованием «эффективной защиты» (EHRC – European Human Right Court) для примера: Дело Артико против Италии, 1980. 13-ое мая; Дело Годди против Италии, 1984. 9-ое апреля; Дело Вашэ против Франции, 1996. 17-ое декабря; Дело Бельзюка против Польши, 1998. 25-ое марта

Заключение

Практика уголовного процесса показывает, что сама угроза законом («палка на стене») не достигает нужной эффективности, не осуществляются желанные цели уголовного преследования и превенции; для их достижения необходимо применять легальное насилие, принуждение (пользоваться палкой); сам уголовный процесс является уже насильственным, прессовальным методом разбирательства, включает в себе целый ряд обязанностей, процесс никогда не «бархатный», в крайнем случае бережный и снисходительный; особенно относится это к участникам организованного преступления, которые «работают» самыми жестокими методами и средствами, но нарушить конституционные, законные правила ни в связи с ними нельзя; применение насилия не может быть произвольным, а также не соразмерным – ни в степени, ни во времени; законодательные органы и правоприменители должны создать деликатное равновесие между возможностью применения легального насилия и правами человека (имея в виду конечно и права подсудимого);

в ходе уголовного процесса не только «главное действующее лицо» (подсудимый) подвергается насилию, но и многие другие вольно-невольно терпят легитимное и нелегитимное насилие; эти влияния в сумме могут оказаться такими тяжёлыми, что иногда превосходят убытки и ущерб, пережитые во время преступления. Это в большой степени вредно как и для индивидуального лица, так и для успеха дальнейших уголовных процессов. Вторичная виктимизация – реальное явление в практике, об избежании которого должны думать наравне и законодатели, и правоприменители, все профессиональные и непрофессиональные «виктимизационные катализаторы», все они кровно заинтересованы в уменьшении насилия, проблематику которого мы пытались проанализировать.

Csongor Herke,
Professor, Dr. habil., DSc. Head of Department, vice dean Department of Criminal Procedure Law and Forensic Science Faculty of Law University of Pécs, Hungary
Daniel Antal,
PhD student Department of Criminal Procedure Law and Forensic Science Faculty of Law University of Pécs, Hungary

THE WITNESS IN THE HUNGARIAN CRIMINAL PROCEDURE LAW

The main source for criminal procedure is the Act XIX of 1998 on Criminal Proceedings which take place on 1st July, 2003. The evidence system of the Hungarian criminal procedure is not completely free, as it is limited by the CPC itself. The CPC enlists thoroughly (one by one) the means of evidence. Means of evidence shall be the testimony of the witness, the expert opinion, physical evidence, documents and the pleadings of the defendant. The legal status of the witness consists of rights (such as right to witness-fee, or right to give uninterrupted testimony etc.), and duties (such as duty to attend and to tell the truth, etc). The rules of witness protection serve for protecting the life, physical integrity and personal freedom of the witness (and his relatives) and for guaranteeing that he meets his obligation to give testimony which needs to be done without any intimidation. The CPC names four types of witness protection measures, which constitutes a hierarchy as well: confidential treatment of the personal data of the witness, specially protected witness, personal protection, and the protection program.

Key words: *criminal procedure law, Hungarian criminal procedure system, system of evidence, the legal status of the witness, witness protection.*

I. Concept and systems of evidence

Proof [1] is a cognitive process in the course of the criminal proceedings which aims to establish the findings of facts, most likely happened in the past and has importance regarding an individual case, by the authorities, at the end by the court. This finding of facts needs to be adequate to reality and realized in collecting, examining and evaluating evidence.

Evidence [2]are information which refers to facts of criminal law importance and may be gathered from a lawful source, therefore they can be entirely and complexly used for the establishment of finding of facts of criminal law relevance by the authority entitled to pass the final decision.

From a historical point of view, four different systems were established according to rules on means of evidence, as well as its examination and evaluation [3]:

• Positively bound evidence system: the law determines every type of evidence and their probative value (e.g. testimony of eye-witness 1/2, ear-witness 1/4, and confession of the accused 1/1). The defendant is going to be convicted if the value of the evidence adds up in its quality and quantity to the number specified in the law (1/1).

• Negatively bound way evidence system: it is grounded on the principle of minimum proof. The law determines every type of evidence and their probative value, but the legislator provides only the minimum quantity and quality of evidence is necessary in order to find the defendant guilty.

• Completely free evidence system: the law does not define either the types of evidence or the rules of collecting and evaluating evidence in order to establish the defendant's guilt, so evidence may come from any source and both aggravating and mitigating circumstances may be applied. This system enables the court to base its decision on prejudicial belief, emotions, and impulses; furthermore this system is not really verifiable.

• Not completely free evidence system: the proceeding authorities may collect and examine evidence within the limits set forth by law. Such basic restrictions are that evidence may only be gathered from legal sources and the decision on the establishment of guilt needs to be reasoned in details.

The evidence system of the Hungarian criminal procedure is not completely free [4], as it is limited by the CPC itself – although Section 78 of the CPC says almost like a fundamental principle that in the course of criminal proceedings, all means of evidence and all evidentiary procedures specified by law may be used without restriction. However, the CPC sets forth certain limitations for the freedom of evidence when making obligatory the use of specific means of evidence (e.g. the juvenile's age must be proved by a public document [5]). The principle of legality applies to taking evidence also, since it limits the complete freedom concerning evidence, so the CPC states that means of evidence obtained by the court, the prosecutor or the investigating authority by way of committing a criminal action, by other illicit methods or by the substantial restriction of

© Csongor Herke, Daniel Antal, 2014

the procedural rights of the participants may not be admitted as evidence [Section 78 (4)]. Another regulation, stating that specific methods of performing certain acts of the evidentiary procedure, examination and recording of means of evidence, and conducting the evidentiary procedure may be stipulated by law [Section 77 (1)], therefore also promotes legality. Further guarantee for legality is that in the course of the acts of the evidentiary procedure, the human dignity, the personal rights and the integrity of a deceased person of those involved shall be respected, and unnecessary disclosure of data on privacy shall be prohibited [Section 77 (2)].

II. Types of evidence

Proof is the result or effect of means of evidence or evidentiary procedure so it is the whole body of evidence upon which the establishment or denial of relevant facts in respect of criminal law is made. As a formal requirement, the evidence must originate from a source permitted by law.

Usual and most well-known classification of evidence are the following [6]:

• evidence of personal (e.g. testimony of witness, opinion of the expert) or objective (e.g. documents) character,

• original (examined directly by the court, so called proto-sourced) or derivative by the nature of the source of the data (e.g. a house consumed by fire is the original and the picture thereof is the derivative),

• incriminating (aggravating) or acquitting (mitigating) concerning the interests of the person under procedure and

• direct or indirect by referring to the facts of criminal relevance directly (e.g. testimony of witness that he saw the crime itself) or indirectly (e.g. a fingerprint found at the crime scene, since it proves only that the defendant was at the scene).

The Hungarian CPC distinguishes two types of evidence: means of evidence [7] and evidentiary procedures [8].

The CPC enlists thoroughly (one by one) the means of evidence as carriers of facts to be proved, provided that other kind of evidence cannot be admitted. Whereas, the CPC says: Means of evidence shall be the testimony of the witness, the expert opinion, physical evidence, documents and the pleadings of the defendant (Section 76).

III. Testimony of the witness

Those persons may be heard as a witness who may have knowledge of the fact to be proven (Section 79.). [9] The CPC provides the rules on the witness first among all of the evidence due its importance and since this is the most frequent type of evidence used in a criminal procedure. [10] Properly, the CPC emphasize the testimony of the witness and not the witness itself, especially because the witness is only the source of the proof, and his person is the evidence. [11]

3.1. Legal status of the witness

The legal status of the witness consists of rights and duties as follows: [12]

Rights of the witness	Duties of the witness
• right to witness-fee • right to give uninterrupted testimony • right to use native language • right to write down the testimony • right to attorney • right to compensation for his loss occurred due to his • participation • right to ask questions during confrontation • right to legal remedy against disciplinary penalty (with delaying effect) • right to refuse to give testimony in certain cases	• duty to attend • duty to give testimony • duty to delivery (of any document might serve as evidence) • duty to cooperate • duty to tell the truth

The essential obligations the witness is to attend if summoned and give testimony (he can be permitted not to testify if any obstacles emerge, but if he testifies, than has to tell truth. If the witness fails to meet these obligations he may be fined and has to bear the costs caused by his action.

The witness is entitled to get witness-fee, such as a compensation for his expenses he spent in order to fulfil his obligations as witness. If there is reason to free the witness from bearing testimony, the attorney can support the witness effectively, but also can control the recording of the testimony.

3.2. Obstacles for the witness to bear testimony

According to the CPC, obstacles of the witness to bear testimony can be on the one hand absolute, allowing no deliberation (absolute obstacles=prohibitions to testify), on the other hand – depending on the subjective opinion of the witness – there can be exemption from bearing testimony also permitted (relative obstacles=witness immunity). As essential principle of legal criminal procedure that the court has to consider consequently the prohibitions to bear testimony and to advise the witness about the reasons for witness immunity and his rights at the beginning of the questioning. Both the advice and the response of the witness thereto shall be recorded into the minutes. Upon the failure to give such advice and to record the response thereto into the minutes, the testimony of the witness may not be admitted as evidence [Section 82 (2)].

The obstacles for giving testimony can be classified as follows:

Prohibitions to testify (Section 81 (1) and (2))	**Witness immunity (Section 82 (1) and 98/A e))**
• *priest (clergyman)*: regarding information covered by duty of confidentiality, • *defence counsel*: information what he obtained as a defence counsel or he gave to the defendant in their capacity as a defence counsel (attorney-client privilege), • *physical/mental state*: person from whom correct testimony clearly cannot be expected due to their physical/ mental condition, • *official witness*: on facts, data and circumstances subjected to the duty of confidentiality, and has not been relieved therefrom, • *classified data:* who have not been relieved from the duty of confidentiality may not be heard as witnesses on classified data	• *relative* of the defendant, • *prohibition of self-incrimination*: those who would incriminate themselves or their relatives may not answer questions regarding this, • *private secret*: who is bound by secrecy owing to their profession or public office, if the given answer would violate such duty of confidentiality, • witness protection program: the witness and the defendant participating in the program may refuse to give testimony regarding data that imply their new identity or new place of residence or stay (Section 98/A e)) [13]

There is one exception among the absolute obstacles, which is the prohibition to give testimony due of physical or mental state. This means that on the one hand knowledge of only those facts are not expected from a handicapped, which he could not perceive adequately because of his condition, on the other hand a handicapped can also bear testimony on some facts, even if the fact that his condition becomes clear for the authority during the questioning. For such reasons, this is considered to be rather a relative obstacle.

In case of witness immunity, the witness can decided whether he wants to refuse to answer a question. If he was not advised before giving testimony about the grounds for witness immunity and later he states that he would not have had answered the related question, then his testimony cannot be admitted as evidence, however this rule prevails only regarding those answers which were subjected to his immunity. Furthermore, the CPC provides some exceptions of witness immunity when the witness cannot refuse to testify despite the fact that a ground for witness immunity is exists.

These obstacles shall be taken into consideration regardless to whether they existed at the time of the commission of the crime or the questioning (Section 83.).

3.3. Witness protection

The rules of witness protection serve for protecting the life, physical integrity and personal freedom of the witness (and his relatives) and for guaranteeing that he meets his obligation to give testimony which needs to be done without any intimidation (Section 95).[14]

The CPC names four types of witness protection measures, which constitutes a hierarchy as well:

a) *Confidential treatment of the personal data of the witness* (Section 96): lightest category of security, when the proceeding authority shall ensure that the witness's personal data cannot become known from the documents or from any other data of the procedure.

b) *Specially protected witness* (Section 97) [15]: it is necessary when the testimony of the witness is related to important circumstances of a particularly grave crime, it is impossible to obtain the proof expected from his testimony in any other way, the identity and residence of the witness is unknown by the defendant (or

the defence counsel) and by revealing these information his safety or personal freedom would be seriously jeopardized. [16]

c) *Personal protection* (Section 98): the CPC expands the regulation of witness protection by including all participants of criminal procedure (defendant, witness, victim, expert, adviser, interpreter, official witness) and in respect of them any other persons. In addition, the CPC opens the door for the personal protection of the members of the proceeding authorities (court, prosecutors' office, investigating authority). The personal protection may be ordered if violent crimes against the person or crimes resulting in public danger have been committed or are likely to be committed against these persons.

d) *Protection Program (Section 98/A)*: It is called Protection Program instead of Witness Protection Program because it is available not only for the witness but for other participants as well. In very dangerous cases, the change of identity and place of residence may be ordered. The new identity and place of residence are known only by the institution managing the Program, which simultaneously keeps contact both with the authorities and participants (e.g. by serving summons) and guarantees that the participants of the Program is going to meet their procedural obligations (e.g. make an appearance at the trial). [17]

References:

1. Tremmel, F.: Bizonyítékok a büntetőeljárásban. Dialóg-Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2006 43. pp.
2. Tremmel, F.: Bizonyítékok a büntetőeljárásban. Dialóg-Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2006 67. pp.
3. Fenyvesi Cs., – Herke, Cs., Tremmel, F.: Új magyar Büntetőeljárás. Dialóg-Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2004. 215. pp.
4. Act XIX of 1998 on Criminal Proceedings (CPC) Section 78 (1).
5. CPC Section 453 (2).
6. Herke, Cs. – Hautzinger, Z.: Büntető eljárásjogi alapkérdések. AndAnn Kiadó, Pécs, 2014. 45. pp.
7. CPC Section 76.
8. CPC Sections 119-125.
9. Herke, Cs.: Lehet-e a tanú gyermekkorú vagy fiatalkorú? In: Gál I. L., (edit.): Tanulmányok Tóth Mihály professzor 60. születésnapja tiszteletére. PTE ÁJK, Pécs, 2011. 284. pp.
10. See more: Herke, Cs.: Testimony and the protection of the witness. In: Balogh, Zs. (ed.): Selected Essays of Faculty of Law University of Pécs. Pécs, 2009. pp. 113-127.
11. Tremmel F.: Magyar büntetőeljárás. Dialóg-Campus Kiadó, Budapest–Pécs, 2001. 229. pp.
12. Herke, Cs. Büntető eljárásjog. Jogi szakvizsga segédkönyvek. Dialóg-Campus Kiadó, Budapest–Pécs, 2012. 64. pp.
13. Fenyvesi Cs., – Herke, Cs., Tremmel, F.: Új magyar Büntetőeljárás. Dialóg-Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2004. 234. pp.
14. See more: Herke, Cs.: A tanúvédelem külföldi modelljei. In: Mészáros B., (edit.): A tanú védelmének elméleti és gyakorlati kérdései. PTE ÁJK, Pécs, 2009. 91-96. pp.
15. Antal D.,: Gondolatok a különösen védett tanú kihallgatásáról. In: Belügyi Szemle 2014. no. 3. 92-107. pp.
16. Antal D.: A különösen védett tanú kihallgatásának alternatívái. In: Rab, V.: (edit.) XII. Országos Grastyán Interdiszciplináris Konferencia Előadásai. PTE Grastyán Endre Szakkollégiuma, Pécs, 2014. 7-15. pp.
17. See more: Herke, Cs.: The protection of the witness. In: Studia Iuridica Caroliensia (2011). 6. Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar, 53-65. pp.

Dr. Fanni Pilisi,
PhD student University of Pécs, Hungary Law Faculty

SIGNIFICANCE OF DATA SCREENING IN CRIMINALISTICS

Introduction

One of the most exciting part of the criminal work is to reconnoiter the crime committed by unidentified perpetrator.

In most cases, – except question who and with whom – the seven main questions of criminalistics might be answered in certain part of the investigation by the investigative authority, but if these set of questions remain unanswered later on, the investigation comes to a standstill, is unsuccessful. It follows from the foregoing, that in these cases the proceeding ends at the investigative period of the criminal procedure, thus there is no question of legal or judicial process.

If the criminal act has no accused, it might be said, that in this case, the criminal prosecution is one-sided, aim of persecution or prevention of the crime can not be enforced by the state, so we can hardly talk about criminal justice, reparation, or compensation for the injured party.

In Hungary, 30-40 % of criminal procedures (annually circa 400-500 000) take action against unidentified offender. However, there are certain types of criminal offences, for instance burglary, when the investigation brings an action nearly 100 % against unknown offender. The index of criminal procedures that have been brought to a successful close is between 40-50 %.

For this reason, I consider my subject important, that is to say, how could an investigation be more effective on behalf of detecting unidentified offenders. In the course of my research, on the one hand, I tried to find out what kind of own data banks the investigative authorities apply, what is the content, purpose, technique and legal basis of those. On the other hand, what kind of information could be obtained from civil life to promote the success of the investigation.

I. Definition and role of data collection in investigation

Governmental action against crime includes the prevention of committing a crime, the interruption of potential crimes, or the detection of past crimes.

In most of the cases, the criminal perpetrators make an effort to avoid (in some way) calling them to account. It could be done two ways, by covering the criminal activity, hereby hiding away the act of commission from the authorities, or by crossing the plans to identify the offender of a veiled crime.

Get to know these hidden, veiled, concealed acts are important from the angle of criminal investigation, crime prevention, and evidentiary, and therefore investigative authorities perform wide-reaching – open or covert – data collection.[1]

Data collection means clearing up the circumstances of the action – that is, in a wider sense, the object of the investigation –, the activity, the whereabouts and the personal factors of the concerned person, that is to say it means all the actions, which strive to improve the knowledge existing within the scope of the formal procedure.

As a matter of fact, in this way the whole investigation – from ordering an investigation, to the disclosure of investigation files – can be explained as data collection.

Data collection has significance both in crime detection, and in evidence. Its function is realized, when it completely gives an answer to the main questions of criminalistics: what, where, when, how, who, with whom, why is it happened. These simple questions give a clear and logical principle to the investigation work, and the relating answers tell us the deed, that materializes the elements of the general historic factum of a crime. Answering the question ’who’ tells us the identity of the offender, answering the question ’what’ tells us the criminal conduct, answering the questions ’what’, ’where’, ’with what’, ’why’ and ’how’ tell us the time, the location, the instrument, the method, the reason and the motive of commission…[2]

[1] Bócz Endre (editor): Kriminalisztika; Published by BM Duna Palota és Kiadó, Budapest, 2004. 703-707. p

[2] Tremmel Flórián – Fenyvesi Csaba – Herke Csongor: Kriminalisztika. Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2009. 408-413. p

© *Dr. Fanni Pilisi, 2014*

Basic requirement is to collect information free from distortions, and to record them true to nature. In some cases, irrelevant data are collected and recorded as well, those are important not to be waisted and therefore can be applied.[1]

Information must be kept distinct from opinion. Putting down facts in writing is essential, and the added remarks to them may serve as a base draft for further examination. Breaking the requirements of data management, or secrecy of investigation is not permitted. Secrecy does not necessarily mean to protect classified data, since information becoming public might be a problem, or may involve risk in an open criminal procedure as well, for instance a suspect being at large possessing unfold information can influence the injured party or the witnesses, therefore success of investigation may be in danger.

An important criterion is promptness, by that, facts can be delivered to the investigative authority at the right time and in the proper form.

Common fields of applying the above-mentioned data collecting activities are:

– finding the involved parties or objects;

– finding or obtaining means of evidence;

– collecting facts needed to support or lay out investigatory actions;

– screening investigatory activities;

– clarify the facts and circumstances of the case[2]

II. Concept and importance of data screening

Collecting relevant pieces of information – accessible from both criminal, and so-called civil or international data storages – is an essential part of integrated criminal investigation. This kind of research work begins from the initial stage of the investigation, but follows through the whole crime detection and investigative procedure.

In a relatively short time, completely cross-checking and comparing the so-called registered pieces of information of the described data storages makes the investigation possible to lead to the perpetrator from behind the desk. Making the most of the opportunities provided by the data banks may make fairly easy and effective the investigative work, therefore investigators find more time to classical criminalistics thinking. Obtaining information is important to be in harmony with the facts related to the criminal offence.

Although this method, the so-called screening search has neither really come into being in Hungary, therefore nor its legal bases has been laid down properly. However it can be proved, that the executive investigators make an effort to embrace the opportunities for the different investigations provided by the databases.

Screening search, so-called ’Rasterfahndung’, which is based on the comparison of pieces of information available from data stores was shaped by the investigative authority of the Federal Republic of Germany in 1970s, and is still in use. The legal basis and conditions of this method are regulated in German Criminal Code, and German Criminal Procedure Code as well. Based on those Codes the Federal Criminal Police Office may ask for personal data of specific groups held by private and public institutions – to compare them with other databases – as far as there is a concrete threat to state national security, or the body, life, or freedom of a person, or it is necessary to protect private property.[3]

Determining state of danger requires sufficient factual indications, that predicate emerges of crimes. Based on term of the Federal Criminal Police Office (Bundeskriminalamt – BKA) screening search means an automatic comparison and transfer of personal data, in order to screen and reduce the circle of persons who meet the previously fixed specifications.

The German pioneer of this data screening technique was Horst Herold, former head of the BKA. Use of this technique dates back to the 1970s, and the Federal Republic of Germany’s struggle against the Red Army Fraction (RAF).[4]

Making use of the researches, and relying on proper facts of the so-called data mining criterion, certain acts of terrorists might have been investigated. It may also be described that ’some people got caught on the stretched net’[5] by means of representing different types of screening search or scanning through databases.

---

[1] Lakatos János (editor): Kriminalisztika I., Rejtjel Kiadó, Budapest, 2004. 51-58. p

[2] Illár Sándor (editor): Kriminalisztika – textbook for students of College of Police, Published by BM, Budapest 1983. 44-62. p

[3] Bundeskriminalamtgesetz vom 7. Juli 1997: 20j (1) Rasterfahndung

[4] Dieter Schenk: Der Chef. Horst Herold und das BKA. Spiegel-Buchverlag, Hamburg 1998. 22-28. p

[5] Tremmel Flórián – Fenyvesi Csaba – Herke Csongor: Kriminalisztika. Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2009. 236-237. p

Identifying the perpetrator always promise to be an exciting task, that is to say exposing or determining the identity of the perpetrator who committed serious criminal offense and does everything possible to remain unknown from the authorities. On the other hand, different types of data storages, and computer technology provide a great opportunity in up-to-date criminal investigations to establish unknown criminal offender's identity by making use of proper screening techniques simultaneously applying, or instead of applying classic investigation techniques.

III. Role of computer technology

Achievements of computerized information systems in these days provide new possibilities for working out modern criminal investigation techniques. Country-wide accessibility of existing data in available data banks intensify the investigators' chance to search, investigate in such cases as well, when they want certain pieces of information to equal to previously established, so-called 'casemap', since that is the main point of screening search. Basically, refinement of personalized 'casemaps'. We can also say meeting the requirements of personalized criterions may qualify the potential circle of perpetrators, who might get caught in the trap, and it is just possible as well, that the investigation get tighter to one single person. All these can also be achieved by simply sitting at a working desk.

Besides classic criminal records, it is worth expanding investigations to civil data storages as well, for instance:

– data of cell phone service – examine call history, scan information gathered by mobile phone base stations;
– scan pictures taken on motorways;
– query of bank account information, examine records taken by ATM security cameras;
– look into pictures taken by CCTV in petrol stations;
– check personal data of air traffic passengers;
– seize internet opportunities – users' data of different types of social networks (Iwiw, Facebook etc.).

The above-listed specifications are not complete, only exemplary, the list may increase day by day.

IV. Data storages

To the above-mentioned method, the pieces of the information obtained from the following data storages were taken as basis.

1. Watch list
2. Personal data registration
3. Immigration controls registration

– GPR J – Foreigners being subjected to immigration coercive measures registration
– GPR R – Individuals both refused to entry, or denied of formal admission, and registered for immigration control registration
– GPR T – Individuals received residence or immigration permit registration
– GPR U – Foreigners' lost documents registration

4. Criminal Record System – at present – serves as a register of persons under coercive measures or indicted under criminal procedure and a register of DNA

– GPR A – Convicted criminals and final judgements registration
– GPR B – Modus Operandi registration (based on the crime committed by natural individuals, they will be accordingly registered on a criminal data base)
– GPR E – Individuals indicted under criminal procedure registration
– GPR K – Individuals indicted under coercive measures registration
– GPR N – Individuals restricted to travel abroad registration
– GPR S – DNA registration

5. Vehicles registration
6. Passport
7. RoboCop – Netpolice
8. Interpol
9. Europol
10. Instant fines registration
11. Misdemeanor registration
12. Security Guards' and Private Investigators' licenses permitted by the Police registration
13. Firearms registration

14. Title deeds registration

V. Summary

In the Federal Republic of Germany data screening was incorporated into law as ’Rasterfahndung’ in 1997. Paragraph (1)-(4) of Article 20. of the Federal Investigation Bureau Law (Bundeskriminalamtgesetz – BKAG) specify the related measures and procedures of the investigative authorities.[1]

Notwithstanding that Hungary has not incorporated the concept of this special procedure into law, and the terminology of this form of investigation can only be found in learned treatise, investigative authorities apply this technique when investigating unidentified perpetrators.

Experts dealing with criminal research work widely utilize the opportunity provided by the disposable data stores that are specified to the criminal offender.

The legal ground for this type of investigation is given by the Act XXXIV of 1994 on the Police, the Act LXXXV of 1999 on Criminal Records and Official Certificates of Criminal

History, the Act LXIII of 1992 on Protection of Personal Data and the Publicity of Data of Public Interest and the Act XIX of 1998 on Criminal Proceedings.

The above-listed Acts guarantee, that the investigation is not limitless, but conscious and aware.[2]

Framing a ’casemap’ is a complicated procedure, simultaneously applying the knowledge of several fields of science is required. In other context – considering the amount of the data – significant personal input is needed for the analytical and research work. It must be borne in mind, that various data storages, data bases are incompatible with one another. At the same time, cross-examining incompatible data storages can highlight essential links for the experts in this field. Practically speaking, promoting the (evergreen) final goal of the investigator and the investigation, is to find the correct answer to the main criminological questions, among others like the question ’who was the perpetrator?’.

[1] Bundeskriminalamtgesetz vom 7. Juli 1997: § 20j Rasterfahndung

[2] Working out the personal criterion of the perpetrator (criterion of data screening) requires precesion and attention. It must be arranged by experts having the proper skill and knowledge to it.

Dr. Melinda Hengl,
Jurist, psychologist, signing intercultural communication expert, graphologist, handwriting expert (University of Pécs, Faculty of Law, Department of Criminal Procedure Law and Forensic Science, Hungary)

WHAT QUESTIONS CAN IT ANSWER? THE ROLE OF HANDWRITING ANALYSIS IN THE PRESENT DAY

1. Criminalistics and Expertise

An important field of legal science is criminalistics, which in essence is the branch of the discipline of criminal investigation that explores and systematizes the means and methods of solving and proving crimes. One of its main functions is providing the basis for criminal culpability through the procuring of the most authoritative evidence possible. Therefore, criminalistics is the science of effective and professional criminal investigation.[1]

A criminalistics expert analysis is a special type of expert analysis. In this case, during the examination of the facts and circumstances necessary to resolve the matter, the expert employs a special body of knowledge from the science of criminalistics, which also has a technical and scientific basis.[2]

2. The Branches of Forensic Handwriting Analysis

Handwriting analysis has three main branches: graphology, handwriting expert and forensic linguistics. In the case that a handwritten document remained behind at the site of the crime, then the graphologist, the handwriting expert and the forensic linguist are brought in and all try to explore, to analyze and to evaluate the examined material using their different criteria.[3]

The word *graphology* comes from the combination of the Greek words «grapho» (drawing, writing, handwriting) and «logos» (science), so its meaning is the science of writing. Graphology investigates human nature as well as personality behaviors that can be recognized through symbols, drawings and writing.[4] During graphological investigations the differences from standard writing of the written samples (e.g. the formal appearance of writing features, their placement and changes in size) is examined by the expert, and on the basis of this the personality of the person providing the writing sample is deduced.[5]

The *handwriting expert* also investigates the writer – with one of the main goals being identification – but does not focus on personal character. The method of individual identification is comparative handwriting analysis, the essence of which is the full disclosure of the individual characteristics of the examined writings, and the comparison of these characteristics with known manifestations from other writings (comparative material).[6]

Forensic linguistics is a science dealing with the native language that analyzes the style and examines the key words, sentence structure, phrasing and rarely used foreign expressions. The forensic linguistics mobilize the results of the linguistic basic researches by specifically techniques and specifically purposes.[7]

3. What Questions Can Handwriting Analysis Answer?

3.1. Determination of Gender

The *graphologist* requires prior information on the gender of the writer, because the writing only provides data on the psychological gender.[8] Masculine and feminine traits can be found in individuals irrespective of

[1] Tremmel Flórián – Fenyvesi Csaba – Herke Csongor: Kriminalisztika tankönyv és atlasz. Dialóg – Campus Kiadó, Budapest – Pécs, 2005. pp. 35.

[2] Vass Kálmán: A kézírásvizsgálat helye a bizonyításban. In: Gödöny József (szerk.): Kriminalisztikai tanulmányok 6. kötet. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1968. pp. 48.

[3] Tremmel Flórián – Fenyvesi Csaba – Herke Csongor: Kriminalisztika tankönyv és atlasz. Dialóg – Campus Kiadó, Budapest – Pécs, 2005. pp. 147.

[4] Fazekasné Visnyei Irma: Pedagógiai grafológia 1. Regiografo Kiadó, Komló, 2005. pp. 7.

[5] Fazekasné Visnyei Irma: Pedagógiai grafológia 1. Regiografo Kiadó, Komló, 2005. pp. 65.

[6] Kaszab Gyula – Soóky Andrea – Gulyás Jenő István: Hamis vagy valódi? Írásszakértés és jogismeret mindenkinek. Grafodidakt Grafológusképző és Személyiségfejlesztő Központ, Budapest, 2003. pp. 215.

[7] Nagy Ferenc: Kriminalisztikai szövegnyelvészet. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1980. pp. 5-20.

[8] Müller, W. H. – Enskat, A.: Graphologische diagnostik. Ihre Grundlagen, Möglichkeiten und Grenzen. Verlag Hans

© Dr. Melinda Hengl, 2014

their gender. According to researchers, a properly functioning personality has 4/5^{ths} of its attributes from its own gender and 1/5th from the opposite gender. In this case, it is able to fulfill its gender role, and the writing bears features related to its own gender for the most part. The following list illustrates masculine and feminine traits that can be observed in the form of the handwriting.[1] Feminine writing characteristics: large central zone, constraint, main lines inclined to the right, irregularity, freer structure, left-hand twist and more common use of symbols. Masculine writing characteristics: small central zone, lack of constraint, main lines that are straight or lean to the left, regularity, more rigid structures and a right-hand twist. According to Agárdi's opinion the feminine writing parameters can be linked mainly to the functioning of the right hemisphere of the brain, while the masculine to the left hemisphere.[2]

Handwriting experts are able to make significant conclusions related to the gender of the writer based on probabilities.[3] Researchers have proven that there are writing characteristics that occur with greater frequency in the handwriting of women or men.[4] [5]

Through the assistance of a *forensic linguist,* it is possible to determine the gender of an anonymous letter writer. According to observations, there are feminine and masculine features. The following characteristics can be considered feminine and therefore indicate a female writer: if the content of a slanderous, libelous or extortive letter simply reports the truth, if the text is more verbose, the description more detailed and diverges into less significant events less connected to the topic (this naturally is also expressed in the text being longer), if there is content that suggests the writer is working for a good cause, if the text is more lewd, filled with crude, obscene expressions, and if positive or negative indicators often pile up in the text. The following indicate a male author: the content of a slanderous, libelous or extortive letter demands definite measures from the addressee, the wording is official sounding, the accusations are often formulated in legal terms and the composition is brief and is not verbose.[6]

3.2. Determination of Age

Graphologists require prior knowledge of age to prepare their analyses, because the writing can only provide information about the psychological age of the subject, not its biological age.[7]

Handwriting experts are able to make conclusions related to the age of the writer on the basis of probabilities, for which the appearance of orthographical characteristics provide a foundation.[8]

With the assistance of a *forensic linguist,* the writer's age can be *approximated*. Boasting and a romantic tone are characteristics of youths. They may to be members of a secret organization, but the characteristic use of terminology can also be telltale of their youth. They often include a drawing for explanation. The use of the formal and informal register may be inconsistent in the writing. Many times their wording is like a schoolboy/schoolgirl, and their lack of life experience is noticeable. Jealousy and envy are often in the background of anonymous letters from middle-aged people. They often blame their bosses, and request that justice be done. Their vocabulary and body of knowledge is richer, and the use of foreign words and technical terms appears in the better educated. The favorite topic of older people is the onus they bear due to immoral individuals. They often give advice and bits of wisdom, and many times they generalize from an action they dislike. For the most part, they think on the level of society and moralize, while idiomatic expressions and proverbs are woven into their writing.[9]

Huber, Bern, 1961. pp. 244.

[1] For example one other study dealing with the topic Hengl Melinda: Lehetséges a nem meghatározása a kézírásból? Pécsi Határőr Tudományos Közlemények XIV. Pécs, 2013. pp. 387-394.

[2] Fazekasné Visnyei Irma – Gulyás Jenő – Katona Ágnes – V. Vékony Györgyi: A grafológia alaptankönyve 1. Grafodidakt Grafológusképző és Személyiségfejlesztő Központ, Budapest, 2000. pp. 234.

[3] Tremmel Fórián: A komplex kézírásvizsgálatok lehetőségei és korlátai. In: Ligeti Katalin (szerk.): Wiener A. Imre 70. születésnapjára. KJKKERSZÖV, Budapest, 2005. pp. 311-312.

[4] Vass Kálmán: A kézírás vizsgálata. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1973. pp. 482-483.

[5] For example the study dealing with the topic Hengl Melinda: Lehetséges a nem meghatározása a kézírásból? Pécsi Határőr Tudományos Közlemények XIV. Pécs, 2013. pp. 387-394.

[6] Nagy Ferenc: Kriminalisztikai szövegnyelvészet. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1980. pp. 100-110.

[7] Müller, W. H. – Enskat, A.: Graphologische diagnostik. Ihre Grundlagen, Möglichkeiten und Grenzen. Verlag Hans Huber, Bern, 1961. pp. 244.

[8] Vass Kálmán: A kézírás vizsgálata. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1973. pp. 482.

[9] Nagy Ferenc: Kriminalisztikai szövegnyelvészet. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1980. pp. 110.

3.3. Diagnosis of Personality Characteristics

The main task of *graphology* is the preparation of a personality profile.[1] During the analysis the expert is able to provide information about the writer's personality characteristics: their relationship to themselves (their possible tendencies in terms of self-estimation, self-confidence, self-control, self-image, self-ideal, self-acceptance, self-resistance and self- improvement), their sociability (the need to fit in, form of integration, purpose of fitting in, need for dominance, attitude towards conflicts, autonomy, adaption and diplomacy), their emotional life (intensity of emotions, emotional content, temperament type, aggression, degree of adventurousness, manner of expressing emotions, sensitivity, orientation towards success or avoidance of failure, ability to handle frustration and inhibitions), their mental characteristics (speed of thought, malleability of thought, globalization, variational ability, fantasy, creativity, assessment of relationships, logic, ability to systematize, concentration of attention, critical ability, objectivity and curiosity), their energy (amount and utilization), the characteristics of their work activities (tendencies for energy use, trustworthiness, methodical nature or spontaneity, work tempo, activity, relationships with co-workers, respect for tradition or innovation, attitude towards decisions, orientation towards success and organizational ability), their motivation (motivation for performance, need for self-fulfillment, need for material remuneration, entertainment or social relationships, need for a leadership role or immersion, need for comfort and need for movement) and instincts (intensity of impulses, openness to experiences, need to maintain personal boundaries, degree of intimacy, lack of psychosexual development disorders and repression).[2]

Handwriting experts do not attempt to investigate the character of the writer.[3]

According to the experiences of criminological forensic linguistics, the linguistic characteristics for the given author differ from individual to individual. Absolute specific linguistic traits do not exist, but together with other types of touchstones, linguistic traits can identify the character of the author, so they can be considered unique to the complex of traits.[4] Language is a compound phenomenon, on one hand objective, because it is made up of a system of rules, and on the other hand subjective, because it is dependent on the will of the individual (e.g. which expression is chosen in the case of synonyms).[5]

3.4. Determination of the Level of Education

Graphologists undertake to determine the education and level of schooling of the subject. For example, the longer the individual has attended school, the more automatic their writing.[6]

Handwriting experts are also able to make conclusions about the education of the writer, based upon the orthographic traits of the writing.[7]

On the basis of *forensic linguistic* examinations the level of education in general can be determined. According to forensic linguistic observations, persons with a lower level of education are essentially unable to compose complex sentences made up of several clauses or use constructions that are subordinated multiple times. While this does not represent a problem for those who are better educated and regularly write.[8] Nuanced composition, a rich vocabulary, a wide body of knowledge, proper orthography, plays on words and expert composition indicates an educated author. In contrast to this, the writing of uneducated individuals is full of grammatical and orthographical errors, their textual units are loosely related to one another and their vocabulary is meager.[9]

3.5. Determination of Occupation

In favorable cases a *graphologist* can conclude the occupation of the writer. Klára Románné Goldzieher has positively associated types of writing with occupations: official, businessperson, doctor, scholar, artist, etc.[10] There are occupations that alter an individual's writing, such as teachers or technicians.[11]

---

[1] Wittlich, B.: Angewandte Graphologie. Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1951. pp. 30-32.

[2] Fazekasné Visnyei Irma – Gulyás Jenő – Katona Ágnes – V. Vékony Györgyi: A grafológia alaptankönyve 2. Grafodidakt Grafológusképző és Személyiségfejlesztő Központ, Budapest, 2001. pp. 11-13.

[3] Agárdi Tamás: Grafológiáról mindenkinek. Szikra Lapnyomda, Budapest, 1985. pp. 37.

[4] Nagy Ferenc: Kriminalisztikai szövegnyelvészet. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1980. pp. 60.

[5] Nagy Ferenc: Kriminalisztikai szövegnyelvészet. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1980. pp. 61.

[6] Fazekasné Visnyei Irma – Gulyás Jenő – Katona Ágnes – V. Vékony Györgyi: A grafológia alaptankönyve 1. Grafodidakt Grafológusképző és Személyiségfejlesztő Központ, Budapest, 2000. pp. 237.

[7] Vass Kálmán: A kézírás vizsgálata. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1973. pp. 482.

[8] Nagy Ferenc: Kriminalisztikai szövegnyelvészet. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1980. pp. 62.

[9] Nagy Ferenc: Kriminalisztikai szövegnyelvészet. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1980. pp. 111.

[10] Tremmel Fórián: A komplex kézírásvizsgálatok lehetőségei és korlátai. In: Ligeti Katalin (szerk.): Wiener A. Imre 70. születésnapjára. KJKKERSZÖV, Budapest, 2005. pp. 311-312.

[11] Fazekasné Visnyei Irma – Gulyás Jenő – Katona Ágnes – V. Vékony Györgyi: A grafológia alaptankönyve 1.

Handwriting experts are only rarely able to provide information related to the writer's occupation.[1] Despite this, some sub-types of written characters that reflect abilities can provide a good point of departure.[2]

The determination of an occupation through the aid of *forensic linguistics* is only occasionally successful, it is rare that jargon linked to just a specific profession appears in the text.[3]

3.6. Determination of Emotional State

A *graphologist* is capable of determining from the writing the strength of the individual's emotions, for which the two extremes are fits of passion and emotional apathy. The more intense the emotions, the more unbalanced the individual. Indications of strong and intense emotions are: disproportion in the writing, disturbance in the rhythm of movement, undulating lines, irregular spacing between words, varying sizes and forms for diacritical marks and the crossing of the letter T, variance in the widths of ovals, inconsistent tilting, strong irregularities, varying pressure, impetus, drawn out final strokes, and great speed.[4] Wittlich definitively established the characteristic writing traits of those in an agitated mood, such as: a faster tempo, growing irregularity, increasing width and size, slanting direction of the lines, carelessly written details, an increase in slanting, thread-like tracing coming to the forefront and final strokes that run sharply off.[5]

Handwriting experts also try to see the probability of strong emotion from writing.[6] The examination of the changes in writing can provide assistance for this.[7]

Forensic linguistic analysis is very capable of detecting moods through the author's choice of words.[8]

3.7. Determination of Coercion and Intimidation

Graphologists undertake to determine from the handwriting whether it was made under coercion or intimidation. For this psychograms such as the Christiansen-Carnap Test[9] – placing the focus on the determination of the relaxation-tension level – as well as the list of writing traits compiled on the basis of the results of classical graphological literature (slower than normal writing, greater or varying pressure, lines that are not horizontal, low letters in the middle zone, forms that are more closed than normal, falling words, etc.) are quite useful.

An interesting area of examination for *handwriting experts* is differentiating between when the hand is being supported or being guided during writing. When the hand is being supported both people actively participate in the expression of the writing movement, but in this case it is still the writing characteristics of the person holding the writing utensil that can be recognized in the finished handwriting. In contrast with this, when the hand is guided the person holding the writing utensil does not participate in the expression of the writing movement, they only allow the other person to write by moving their hand. In this case the completed writing is closer to that of the person guiding the hand and the question of coercion can rightfully arise.[10]

According to the experiences of *forensic linguistics*, if a significant difference can be observed between the overall grammatical/stylistic profile and the orthographical skill, then this could indicate a discrepancy between the intellectual author and the writer of the text,[11] which could make coercion or intimidation likely.

3.8. Examination of Characteristics Indicating Mental Illness

Graphologists are able to conclude the presence of certain psychological diseases on the basis of writing characteristics. Indicating Schizophrenia are uneven and incoherent writing, the use of insertions, a great

---

Grafodidakt Grafológusképző és Személyiségfejlesztő Központ, Budapest, 2000. pp. 237.

[1] Tremmel Fórián: A komplex kézírásvizsgálatok lehetőségei és korlátai. In: Ligeti Katalin (szerk.): Wiener A. Imre 70. születésnapjára. KJKKERSZÖV, Budapest, 2005. pp. 311-312.

[2] Vass Kálmán: A kézírás vizsgálata. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1973. pp. 481.

[3] Nagy Ferenc: Kriminalisztikai szövegnyelvészet. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1980. pp. 111.

[4] Fazekasné Visnyei Irma – Gulyás Jenő – Katona Ágnes – V. Vékony Györgyi: A grafológia alaptankönyve 2. Grafodidakt Grafológusképző és Személyiségfejlesztő Központ, Budapest, 2001. pp. 33-34.

[5] Vargha László: Az összehasonlító kézírásvizsgálat fő kérdései. In: Gödöny József (szerk.): Kriminalisztikai tanulmányok VII. kötet. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1970. pp. 297.

[6] Vass Kálmán: A kézírás vizsgálata. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1973. pp. 457.

[7] Vargha László: Az összehasonlító kézírásvizsgálat fő kérdései. In: Gödöny József (szerk.): Kriminalisztikai tanulmányok VII. kötet. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1970. pp. 295.

[8] Nagy Ferenc: Kriminalisztikai szövegnyelvészet. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1980. pp. 121.

[9] Fazekasné Visnyei Irma – Gulyás Jenő – Katona Ágnes – V. Vékony Györgyi: A grafológia alaptankönyve 1. Grafodidakt Grafológusképző és Személyiségfejlesztő Központ, Budapest, 2000. pp. 81-84.

[10] Vargha László: Az összehasonlító kézírásvizsgálat fő kérdései. In: Gödöny József (szerk.): Kriminalisztikai tanulmányok VII. kötet. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1970. pp. 276-277.

[11] Nagy Ferenc: Kriminalisztikai szövegnyelvészet. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1980, pp. 80.

deal of corrections, underlining, the appearance of primitive drawings, improper formation of letters and stereotypical embellishments. A manic-depressive psychosis can be deduced if major changes can be seen in every writing characteristic within the same writing and through the presence of drawings, numbers and codes in the writing. Various forms of links, fluctuating tilts and lines that go downward, as well as fluctuations in size and width can characterize neurosis.[1]

Handwriting experts also make efforts to indicate the probability of mental illness through writing.[2] The particular features of the illnesses may appear in the content of the message or in the aspects of reasoning and writing motion within the written work. However, there are no graphical features whose appearance in the handwriting is regular and absolutely specific. Therefore, the appearance of observed indications/features does not always distinguish the handwriting of someone with a disorder, and these are not characteristic to the same degree.[3]

According to the observations of *forensic linguists*, in the writing of the mentally ill the rules for sentence structure and the expressions used can significantly differ from standard language norms.[4] For example, the writings of epileptics are verbose and they place periods after nearly every word, paranoids create new words and write with peculiar orthography, and the sentences of maniacs are often not finished and the connection between sentences is incoherent.[5]

4. Opportunities for Collaboration

It is more and more often that there is a need for these branches to work together to successfully solve crimes.

4.1. «Minor Complexity»: the Collaboration of Branches of Handwriting Analysis

In the case of an anonymous letter, an expert in graphology brought in as an expert consultant can assist in the work of identifying handwriting with significant information. On the basis of the dominant personality traits found in the personality profile prepared by a graphologist a psychological composite can be proposed for the person who created the writing. With the aid of this, the list of suspects can be established, widened or narrowed (group identification). On the basis of writing samples from individuals who have come into the field of view in this manner and through the comparative analysis of handwriting the expert can attain a unique identification.[6]

In the case of a suicide where the suspicion of force arises in the investigation of the scene, there may be a need for an examination of the suicide note found at the scene by all three handwriting analysis branches. The analysis by the graphologist can uncover the personality profile of the author of the note, and may touch upon the determination of intimidation, coercion or possibly emotional state. The examination by a forensic linguist can provide findings on the gender of the author, their age, their level of education and their emotional state. Following the comparison of their results there are two choices. If their findings agree with one another as well as with the identity of the deceased (proper gender and age, and the issue of intimidation or coercion does not exist) the case can be closed as a suicide. If inconsistencies are discovered, then the investigation must be continued. The group of suspects must be sketched out on the basis of the determination of the given group provided by the experts. Following this, writing samples must be requested from the presumed perpetrators, which can be compared with the suicide note through handwriting identification, thereby making the identification of the culprit possible.

The three branches are also capable of working together in the determination of falsehoods, within the context of the «triple test» combining all three. The essence of the method is that first they develop a systematic body of knowledge related to the falsehood (graphology), second they compare the writing in question to handwriting samples from the same individual that have definitely false and definitely true contents

[1] Fazekasné Visnyei Irma – Gulyás Jenő – Katona Ágnes – V. Vékony Györgyi: A grafológia alaptankönyve 1. Grafodidakt Grafológusképző és Személyiségfejlesztő Központ, Budapest, 2000. pp. 234-235.

[2] Tremmel Fórián: A komplex kézírásvizsgálatok lehetőségei és korlátai. In: Ligeti Katalin (szerk.): Wiener A. Imre 70. születésnapjára. KJKKERSZÖV, Budapest, 2005. pp. 311-312.

[3] Vass Kálmán: A kézírás vizsgálata. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1973. pp. 458-470.

[4] Nagy Ferenc: Kriminalisztikai szövegnyelvészet. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1980. pp. 60.

[5] Nagy Ferenc: Kriminalisztikai szövegnyelvészet. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1980. pp. 132.

[6] Kaszab Gyula – Soóky Andrea – Gulyás Jenő István: Hamis vagy valódi? Írásszakértés és jogismeret mindenkinek. Grafodidakt Grafológusképző és Személyiségfejlesztő Központ, Budapest, 2003. pp. 183.

(comparative handwriting analysis) and third they evaluate through qualitative and quantitative analysis the concordant or dissimilar writing characteristics (forensic linguistics). The «tool» created in this manner is similar to a polygraph, but it is a lie detector test based on writing, a «graphopolygraph».[1]

It must be mentioned that this collaboration may be fruitful not only in the world of criminal investigations, but also in other spheres of life (e.g. in the field of work). There may be cases where the experiences from a personal interview significantly differ from the personality profile compiled through graphological analysis of the individual's résumé, or there are clear differences that can be observed between the résumé and other writings made at different times. In these cases it is worthwhile to bring in a handwriting expert and determine the origin of the document (it is possible that someone else besides the applicant wrote the résumé).[2]

4.2. «Major Complexity»: Possibilities for the Collaboration between Handwriting Analysis and Other Sciences

4.2.1. Psychology

According to Klages the relationship between psychology and graphology is clearly shown by the fact that graphology investigates the conditions of the origin of the writing, through which the personality and character of the writer can be deduced. According to Wittlich graphology is nothing less than one of the fields of application of practical psychology. Müller, Enskat and Pfanne also consider graphology a sub-field of psychology.[3]

It is worthwhile to make a small detour into personality theory. The types established by Kretschmer can be clearly linked to certain writing characteristics. In the writing by pyknic types many undulating and arching lines as well as even pressure can be observed. In contrast angular, regular and recurrent writing traits are characteristic of leptosomic and athletic types.[4]

The connection between these two sciences is clearly expressed through the term psychographology that comes from the terms psychology and graphology. This compound word can be explained by the fact that graphology primarily examines the subject's personality through studying the psychological causes behind writing characteristics.[5]

A good example of the collaboration between psychology and handwriting analysis is the testing of the suitability of couples. A psychological test and graphological analysis support one another and provide a more reliable profile about the suitability of the two given individuals for one another. In Lüscher's erotic typogram test the subjects select from four color cards according to the instructions. The four dimensions expressed by the cards are the following: connection (violet), fantasy (salmon-pink), sexuality (orange-red) and tolerance (magenta).[6] The focus of the graphological analysis of the letters written by the individuals is on the relationship traits found in the writing that express these four dimensions.[7]

Psychology and graphology can provide effective assistance to one another in the world of employment as well. During the study of career choice, workforce selection and suitability, the results that can be gained from psychological tests (personality tests) can be supplemented or reinforced by handwriting analysis.[8] (I have already expanded on the possibilities for the collaboration of the branches of handwriting analysis in connection with this in the «Minor Complexity» section.)

4.2.2. Education

Education and writing are closely related to one another, because writing is acquired through learning. By the end of the first grade the forms of the individual letters are set for the most part according to standard handwriting, but writing is slow and requires a great deal of attention. By the end of the second grade writing

---

[1] Tremmel Fórián: A komplex kézírásvizsgálatok lehetőségei és korlátai. In: Ligeti Katalin (szerk.): Wiener A. Imre 70. születésnapjára. KJKKERSZÖV, Budapest, 2005. pp. 313.

[2] Kaszab Gyula – Soóky Andrea – Gulyás Jenő István: Hamis vagy valódi? Írásszakértés és jogismeret mindenkinek. Grafodidakt Grafológusképző és Személyiségfejlesztő Központ, Budapest, 2003. pp. 183.

[3] Vass Kálmán: A kriminalisztikai kézírásvizsgálat és a modern grafológia. In: Gödöny József (szerk.): Kriminalisztikai tanulmányok VII. kötet. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1969. pp. 185.

[4] Agárdi Tamás: Grafológiáról mindenkinek. Szikra Lapnyomda, Budapest, 1985. pp. 71-72.

[5] Szepes Mária: Pszichografológia. Háttér Lap – és Könyvkiadó, Budapest, 1990. pp. 7.

[6] Lüscher, M.: A szerelem színei. A szerelem és a szerelem teljessége. Magyar Könyvklub Kiadó, Budapest, 2000. pp. 13.

[7] Hengl Melinda: a párkapcsolati összeillés vizsgálata a grafológia és a pszichológia tükrében. Grafológia (under print).

[8] See: Fazekasné Visnyei Irma – Gulyás Jenő – Katona Ágnes – V. Vékony Györgyi: A grafológia alaptankönyve 2. Grafodidakt Grafológusképző és Személyiségfejlesztő Központ, Budapest, 2001. pp. 105-172. section of employment

has become more automated and full attention is not required to write the letters, and so certain personality traits can also appear. In third and fourth grades the hypothetical reflex chain develops, the students now only write on the base line, and so features of self-assessment, self-control and adherence to rules can also appear. From the fifth grade onward, there is less need to monitor form, so writing tempo can begin to speed up. A quicker tempo is also an important demand in high school and institutes of higher learning.[1] Writing constantly changes with age, diseases influence it and personality as well as acquired knowledge and experience are integrated into it.[2]

There are great possibilities in the area of personality development in graphotherapy performed through the collaboration of education and handwriting analysis.

4.2.3. Medical Science

Medical science and writing ability are also intertwined with one another. The creation of writing is a very complex process. The brain coordinates the movements of the writer, the hand performs the writing motion and the eyes monitor its performance. One condition for the creation of writing is the human mind reaching an appropriate level, the specialization of the two hemispheres and the development of so-called dual hemisphere brain function.[3] Another requirement for the creation of writing is the sufficient development of the hand. The hand is made up of twenty-seven bones, which are moved by forty muscles and many tendons. An important ability is opposability, or being able to bend the thumb over the palm. The development of the hand is significant for the production of writing, because the closing of the joints of the long bones and the development of the bone cores is dependent upon age. With development and practice the movements are refined and the hand becomes capable of performing ever more precise motions.[4] Sight also plays an important role during writing. On the one hand, it is significant in learning to write, since it is necessary to recognize the graphic symbols, and on the other hand, it has an important place in the monitoring of writing.[5]

There are great possibilities for researching the impact of certain disorders (e.g. Parkinson's disease) on handwriting. It would be worthwhile to deal in depth with the differentiation of specific writing characteristics related to various psychopathological aspects (schizophrenia can be indicated amongst other things by the use of insertions, a great deal of corrections, underlining and the appearance of primitive drawings; neurosis can be indicated for example by various forms of links, fluctuating tilts, lines that go downward and fluctuations in width[6]). It is also important to examine in detail how much the application of graphotherapy can facilitate psychological healing.

4.2.4. Criminalistics

It is important to stress that in the field of criminalistics, if the suspicion of force arises in the investigation of the scene in a case of a suicide, then a suicide note found at the scene needs to be examined by experts in several fields. First it is necessary to perform DNA and blood type tests on the basis of biological evidence (saliva, blood, etc.), since the evidence available to the serologist continuously deteriorates when open to the air. This is followed by hand and fingerprint tests, which are performed by an expert in dactyloscopy. Last comes the handwriting analysis, which is the job of the graphologist, the handwriting expert and the forensic linguist. [7]

The opportunity to join criminalistics and handwriting analysis also appears in lie detection. The joint application of the results of the polygraph and handwriting analysis that supplement and support one another can raise their mutual validity. It is my opinion that the polygraph test should follow the taking of the individual's handwritten statement. This would allow for the observation of the indications of untruthfulness appearing in the writing during handwriting analysis and the determination of honesty or falsehood. Finally, the results of

---

[1] Kaszab Gyula – Soóky Andrea – Gulyás Jenő István: Hamis vagy valódi? Írásszakértés és jogismeret mindenkinek. Grafodidakt Grafológusképző és Személyiségfejlesztő Központ, Budapest, 2003. pp. 166.

[2] Kaszab Gyula – Soóky Andrea – Gulyás Jenő István: Hamis vagy valódi? Írásszakértés és jogismeret mindenkinek. Grafodidakt Grafológusképző és Személyiségfejlesztő Központ, Budapest, 2003. pp. 164.

[3] Fazekasné Visnyei Irma: Pedagógiai grafológia 1., Regiografo Kiadó, Komló, 2005. pp. 8.

[4] Fazekasné Visnyei Irma: Pedagógiai grafológia 1., Regiografo Kiadó, Komló, 2005. pp. 53.

[5] Fazekasné Visnyei Irma: Pedagógiai grafológia 1., Regiografo Kiadó, Komló, 2005. pp. 52.

[6] Fazekasné Visnyei Irma – Gulyás Jenő – Katona Ágnes – V. Vékony Györgyi: A grafológia alaptankönyve 1. Grafodidakt Grafológusképző és Személyiségfejlesztő Központ, Budapest, 2000. pp. 234-235.

[7] Kaszab Gyula – Soóky Andrea – Gulyás Jenő István: Hamis vagy valódi? Írásszakértés és jogismeret mindenkinek. Grafodidakt Grafológusképző és Személyiségfejlesztő Központ, Budapest, 2003. pp. 133-134.

the polygraph test and the handwriting analysis would be compared, in the best case scenario enhancing the validity of both methods.

5. Tabulated Summary outline of key expressions in the comparison of the work of graphologists, handwriting experts and forensic linguists

		Graphology	**Handwriting Expert**	**Forensic Linguistics**
What questions can they answer?	**Gender (female / male)**	• No (tendencies)	• Conclusions based on probability	• Yes
	Age	• No	• Conclusions based on probability	• Yes
	Personality characteristics	• Yes	• No	• Slightly
	Education	• Yes	• Yes	• Yes
	Occupation	• Rarely	• Rarely	• Rarely
	Emotional state	• Yes	• Yes	• Yes
	Coercion, intimidation	• Yes	• Yes	• Rarely
	Mental illness	• Yes	• Yes	• Yes
Possibilities for collaboration	**«Minor complexity»**	• Criminalistics (examination of anonymous letters, examination of suicide notes, «triple test» process – «graphopolygraph») • Employment sphere		
	«Major Complexity»	• Psychology • Education • Medical science • Criminalistics		

6. Summary and Conclusion

In my essay I have pointed out what different information the various branches of handwriting analysis can provide: the determination of gender (handwriting expert, forensic linguistics), the determination of age (handwriting expert, forensic linguistics), the diagnosis of personality characteristics (graphology), the determination of the level of education (all three), the determination of occupation (only rarely for all three), the determination of emotional state (all three), the determination of coercion and intimidation (graphology, handwriting expert and rarely forensic linguistics), and the examination of characteristics indicating mental illness (all three).

De lege ferenda I think that the sciences and the specific disciplines should not be strictly separated because by combining these areas of knowledge a professional can get closer to solving crimes as a «polymath expert». I agree with the opinions of Müller and Enskat, according to which it is unfortunate that the potentials afforded by graphology are not taken advantage of by psychologists, teachers, psychiatrists, theologians, social workers and lawyers.[1]

I trust that if the knowledge of different areas of expertise are combined in one individual (for example a judge who has a knowledge of handwriting experts and is familiar with criminal psychology), and in the given case the person is capable of working together individually with the experts in other areas, they will be more effective. Since criminals are boundlessly creative in their perpetration, the investigators must also be boundlessly creative (spanning disciplines) to ensure success.

Bibliography:

1. Agárdi Tamás: Grafológiáról mindenkinek. Szikra Lapnyomda, Budapest, 1985.
2. Fazekasné Visnyei Irma: Pedagógiai grafológia 1. Regiografo Kiadó, Komló, 2005.

[1] Müller, W. H. – Enskat, A.: Graphologische diagnostik. Ihre Grundlagen, Möglichkeiten und Grenzen. Verlag Hans Huber, Bern, 1961.pp. 251-252.

3. Fazekasné Visnyei Irma – Gulyás Jenő – Katona Ágnes – V. Vékony Györgyi: A grafológia alaptankönyve 1. Grafodidakt Grafológusképző és Személyiségfejlesztő Központ, Budapest, 2000.

4. Fazekasné Visnyei Irma – Gulyás Jenő – Katona Ágnes – V. Vékony Györgyi: A grafológia alaptankönyve 2. Grafodidakt Grafológusképző és Személyiségfejlesztő Központ, Budapest, 2001.

5. Hengl Melinda: A párkapcsolati összeillés vizsgálata a grafológia és a pszichológia tükrében. Grafológia review (under print).

6. Kaszab Gyula – Soóky Andrea – Gulyás Jenő István: Hamis vagy valódi? Írásszakértés és jogismeret mindenkinek. Grafodidakt Grafológusképző és Személyiségfejlesztő Központ, Budapest, 2003.

7. Lüscher, M.: A szerelem színei. A szerelem és a szerelem teljessége. Magyar Könyvklub Kiadó, Budapest, 2000.

8. Müller, W. H. – Enskat, A.: Graphologische diagnostik. Ihre Grundlagen, Möglichkeiten und Grenzen. Verlag Hans Huber, Bern, 1961.

9. Nagy Ferenc: Kriminalisztikai szövegnyelvészet. Akadémia Kiadó, Budapest, 1980.

10. Szepes Mária: Pszichografológia. Háttér Lap – és Könyvkiadó, Budapest, 1990.

11. Tremmel Fórián: A komplex kézírásvizsgálatok lehetőségei és korlátai. In: Ligeti Katalin (szerk.): Wiener A. Imre 70. születésnapjára. KJKKERSZÖV, Budapest, 2005. pp. 305-315.

12. Tremmel Flórián – Fenyvesi Csaba – Herke Csongor: Kriminalisztika tankönyv és atlasz. Dialóg – Campus Kiadó, Budapest – Pécs, 2005.

13. Vargha László: Az összehasonlító kézírásvizsgálat fő kérdései. In: Gödöny József (szerk.): Kriminalisztikai tanulmányok VII. kötet. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1970. pp. 266-299.

14. Vass Kálmán: A kézírás vizsgálata. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1973. 458-470. o.

15. Vass Kálmán: A kézírásvizsgálat helye a bizonyításban. In: Gödöny József (szerk.): Kriminalisztikai tanulmányok VI. kötet. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1968. pp. 5-63.

16. Vass Kálmán: A kriminalisztikai kézírásvizsgálat és a modern grafológia. In: Gödöny József (szerk.): Kriminalisztikai tanulmányok VII. kötet. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1969. pp. 177-228.

17. Wittlich, B.: Angewandte Graphologie. Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1951.

Viktória Jáde Várdai,
PhD student University of Pécs, Hungary Law Faculty

PROBABILITY IN CRIMINAL PROCEDURE

«La probabilité est relative en partie á cette ignorance, et en partie á nos connainssance»[1]
Pierre-Simon de Laplace
(The probability regards to one part of our lack of knowledge and one part to our acquaintance.)

The concept of probability is to see the whole criminal procedures through. Tremmel pins down that on the occasion of the exploration of a given event and emersion of the pact it is mandatory to start with the proceeding. According to the previous laws of procedures this means essential alteration as the legislator is not using any modality beside «suspicion».

During the course of the investigation – at the time of the creation of the versions, and during their examinations – the probability provides a major relevance. The recording of the traces, the acquisition of the information and data at the beginning of investigation happens without deliberation as the occurrence of the probability is quite low and the success of the proceeding is secured only by doing that. The more determined rate of the probability advances a proceeding forward, and if that does not happen then new course of actions are needed to be taken as it is quite typical at the «cold cases». The occurrence of the probability during the in rem and in personam suspicions and those relations to each other is constantly changing during the investigation.

As it is known the evidences are needed to be collected in such a manner that the entitled person would be able to make a decision about the accusation. Thus his/her decision is based upon probability reasons and opinions.

The aim of the proving at trial – beside the exquisite fulfillment of the obligation that is stated in the law – is to establish the belief in the judge to make him able to form a judgment according to his own scaling and certitude. Of necessity the different stations of the probability is needed to be followed here as well. With regards to miscarriage of justice we cannot say that the certitude is established certainly and categorically by the complete and unfailing exploration of the statutory definition, thus we can never talk about 100%. Furthermore this follows from regarding both ends of the extreme during an investigation – as every felon must be punished but none of the innocents are to be judged wrongly – that it remains an utopia because of the closedness of the system.

The expert witness opinions are gaining more ground at criminal procedures. The reasons for that are almost cliché. These could be the prerequisites of the judgments that are based upon established, concrete, and legislatively relevant facts. The thresholds and limitations are needed to be known as well as to be able to search for new possibilities. These are not the most accurate opinions that are based upon the new procedures and technology only but also the takeover and appliance of the frequently rediscovered results in criminal procedures as the new areas of the experts are able to determine the more accurate rate of the probability by using exact, well-founded methods. This requests a different approach mainly from the dispenser of justice as the current operating legislation allows using it without any qualms.

Keywords*: probability, relative occurrence, expert witness opinions*

I. About the concept of the probability

The concept of the probability is formed somewhat late despite that we have records since the year of BC 3500 about gambling dice games, furthermore the aleoritical contracts would have needed the development of the probability calculations.

However there was a need for a strict separation of knowledge from the opinion to have the scientific emergence of the concept. The former – according to Hacking's opinion – is provable therefore it consists of truths but the latter is derived from individual evaluation or debate. Thus the probability (probabilitas) meant the credibility and verifiability of the opinion and occurred where the strict proving was not possible.[2] This separation – the Janus-face of probability – is present in the criminal procedures as well, as this means on the one hand the pure mathematically and statistically based occurrence rate (the rate of the probability of a given event occurrence), on the other hand this means the number disregarding purely knowledge based learning that is closely referable to the rate of the belief.

In layman's term probable is something that is not a certainty but not impossible as well.

---

[1] Pierre-Simon de Laplace: Essai philosophique sur les probabilités. Paris, M.V. Courcier Imrimeur-Libraire pour les Mathématiques quai des Agustias, n 57, 1814. 4.

[2] Ian Hacking: The emergence of probability. Cambridge University Press, 1984. 39-48.

The scientific concept of the probability is deducted from the five interpretation of the probability. These are: 1. classic, 2. logical, 3. subjective, 4. frequentist (or relative occurrence), 5. propensity.[1] There is no room and I am not seeing the necessity for detailed debate, therefore I only summarize their essences.

According to the **classical perception** – by Laplace – we get the value of the probability by dividing the favorable occurrences that leads to an event with the sum of all the equally possible events. The deterministic perception shades further this non-mathematically comprehensible concept but I will explain it later in more detail.

The base of the **logical probability** concept is that the possibilities are deductable from a priori learning. As it happened that a conclusion is resulted from a premissa so it is possible that a conclusion partly resulted from a premissa, therefore the probability is in conjunction with the premissa.[2]

The **subjective probability** is basically the value of the belief. The belief of an individual that an expected event will happen. Ramsey interprets the belief like a wager, like as when we go to the railway station to buy a ticket for a train we would like to travel on, and we have such I high belief that this train will arrive – and we reach our destination with it – that we wager with the train company by buying a ticket.[3]

The **frequentist (relative occurrence) perception** is analyzing the probability not for one event but after a series of events. Commonly known is the example of the coin toss, when we connect our – intended – event occurrence to finite events in current instance.[4]

The development of the **propensity[5] probability** is tied to the name of Karl Popper who – before the development of his thesis – was a committed devotee of the relative occurrence theory – intended to subsume probability to the repeating events of endless series to have some particular events interpretable.[6]

It is observable from the above, short definitions that there is no unified, scientific definition for the probability as it is interpretable by many methods. Therefore the probability cannot have a unique concept, instead it can be a part of an idea, a system of concepts.

Those who use the probability in the area of law are agreed on that from the above probability-interpretations only the subjective and the relative occurrence have outstanding role. We cannot neglect the work of Laplace who until the development of the classic concept wrote such relations between the reason and effect, the past, present and future that help the practicing «dispenser of justice»[7].

II. The subjective probability and the relative occurrence

Attentively to the mathematical approach to the probability, we could even think that we would only meet with the probability in forensic science and not in the criminal procedure law. According to the above, short introduction of the probability concepts we could swiftly assume that if the probability is interpretable outside of the forensic science as well then it has to have distinct outline we can draw.

We can achieve new results in the science only if we have doubts about the previously uncontestable facts or the unshakable opinions of the representatives of the given field of science.

For raising doubts – and thoughts – at first we need to expand the cognition in the case of probability and relative occurrence.

In the case of relative occurrence – with we all have met during our studies in mathematics we need to see that it is always a deduction and result from the same series of events. This perception of the probability is very close to the determinism which is necessarily part of criminal procedures as well. Therefore the area of application is closer to the natural philosophy based proving then the intuitive certainty, however it is not part of the former.

---

[1] Szabó Gábor: A valószínűség interpretációi. Typotex Kiadó, Budapest 2013. 73-182.

[2] John Maynard Keynes: A treatise on probability. Macmillan and Co., London 1921. 57.

[3] Therefore the belief has a definitive value, it can be expressed in numbers. Frank Plumpton Ramsey: Truth and Probability. in: Foundations of Mathematics and other Logical Essays, Kegan, Paul, Trench, Trubner & Co. Ltd., London 1931. 159.

[4] The concept of relative occurrence is mostly tied to the father of probability calculations which we all have met during our educations in mathematics. In more details: E. Szabó László: A nyitott jövő problematikája, Typotex Press, Budapest, 2004., 67-69. page

[5] It means affection in projection

[6] Karl R. Popper: The Propensity Interpretation of Probability. The British Journal of the Philosophy of Science Vol. 10., No. 37. (May, 1959.) 25-42.

[7] The concept is used by Fenyvesi Csaba in his forensic science themed essays, even in connection with the roman law saying of «Da mihi factum, dabo tibi ius». (Among others: Fenyvesi Csaba: A kriminalisztika piramismodellje és alapelvei. In: Belügyi Szemle 2012. évfolyam 10. sz, 14-26.)

The subjective probability – as I referred to it earlier – shows the rate of belief of an individual of a given event's occurrence. We would think that the numerical values could be anything, but we have to see that this would be a mistake.[1] The chance to accept this proving became available when the Dutch book theorem became accepted in the probability calculations.[2] It is also easily acceptable that one «wager» will become not a Dutch book if it also meets the condition of the Kolmogorov axiom.[3] The question is if we exclude the unfounded results from the numeric values is the real numeric value still determinable? Against the relative occurrence examinations – which subsume probability to repeating events endless series – the subjective probability is capable to determine the probability of individual events. The Dutch book argument proves indirectly for example that the connecting Bayes theorem to the subjective occurrence – to indicate it's clear-out, crystallized form – is able to deduce posterior events from prior events, namely it is capable to determine the rate of a forthcoming event probability from unique events based upon hypothetical probability.

Donald Gillies distinguishes intersubjective probability inside the subjective occurrence. According to his thesis the former is interpretable to one individual and the latter is to a group. According to his opinion the group accepted «belief value» is always more accurate – independently from its size or sociological background – then the value determined by the individual. He sees the reason for this in the «devouring» of the extremes. [4]

After all, the question stays open: Isn't there a place and role for the logical probability in the criminal procedures? There is not, in my opinion. The application of the analogies is clearly a logical process and for deductions we have to use not the logical probability of the Keynes's axioms, but the formal logic processes.

III. The Criminal procedure law and the probability

The modernization of the criminal law and the procedural law could begin with the spread of the enlightened ideas. The declaration of the enlightened ideas was not enough,[5] as there was a need for reaching such a political advancement that allowed the citizenhood with influence to enhance their knowledge, to codify their views and to enforce the applications. With regard to the state of society the advancement is drawn out, furthermore the philosophy, the base of social science had to be awaken from its hundreds of year long – we can say thousands of years – «Sleeping Beauty» dream. This dream as a matter of course hid the spread of the unfounded theses, flood of the utopist theories and after the awakening it had to fight against the dark medieval times' shadows and dogmatic.

The base foundation for the modern criminal law the «Dei delitti e delle pene»[6] first appeared in the year of AD 1764, that caused the change of the previous criminal law system.[7] The headway of philosophy and the appearance of new ideas without doubt have played a major role for the advancement.

The philosophers only started to pay attention to the concept of the probability when the knowledge and opinion became well separated.[8] This was around at the same time of the works of Beccaria. The forerunner

---

[1] To this conclusion leads the denomination itself as well, furthermore it is questionable how united are the individuals' belief in the same concepts. Popper started following this critical path that lead to the determination of his thesis.

[2] The Dutch book theorem in short – in wager – means that in a given situation a betting individual – doesn't matter what he does – always lose. This theorem is somewhat more shaded in economics because it is used on such occasions as well when during a transaction of party wins and the other loses for granted. The expression used nowadays are written and explained in details by R. Sheman Lehman in his essey.(R. Sheman Lehman: On Confirmation and Rational Betting. In: The Journal of Symbolic Logic, Vol. 20., No. 3 (Sept. 1955.), 251-262.

[3] According to Kolmogorov it is $p(A)+p(\neg A)=1$ (a reminder, that the simplified version of mine will make the question more comprehendible). More detailed in: A. N. Kolmogorov: A valószínűségszámítás alapfogalmai. Gondolat Press, Budapest 1982.

[4] Donald Gillies: Philosophical Theories of Probability. Taylor & Francis Group, New York 2006. 169-175.

[5] On the November in 1215 the Fourth Lateran Council opened by Pope Innocent the Third prohibited the issuing of death sentences on the clergymen and banned the practices of judicial ordeals as well on Canon – by the law – level. We know now that such kind of tortures were practiced commonly at the times of Maria Theresia.

[6] Cesare Beccaria published his first publication in anonymity in afraid of the political retortions. His coeval Voltaire – his friend as well – influenced his thinking greatly who – as the favored one by the emperor/monarch – was present at many of his trials even though the press wrote sharp criticism about it. One of his most known publication is the case of Jean Calas called the Traité sur la tolérance á l'occasion cause de la mort de Jean Calas.

[7] Many of his thesises are accessible in the Code Pénal published in 1791 and his achievements were acknowledged by many emperors as well.

[8] Before the development of the concept the law already used it as an expression. The Romans interpreted the probability in regard of two evidences. They were who determined the five stages of the probability (necessaria, violenta,

for the development of the classical probability concept – in the works of Laplace as well – is regarded to the detailed occupation with the determinism. The effect of the two schools on each other is observable as in these times appeared the criminal laws' deterministic line which – a bit of unfortunately – outstretched the determinism on the human will and by doing that it outstretched to the «predetermined felons» as well.

According to the view of the «clean determinism» the present state is always the result of the past and the reason of the future. Beside that the unknowns of the past – and of the future – is not the lack of the law continuity but the lack of the human knowledge. By understanding this notion differently we get to the basic thesis of the forensic science: The reason of the today's percept event is always one, factual thing (happening) and that – in case of the knowledge about the appropriate facts – is entirely reconstructable. This reconstruction is the job of the dispenser of justice.

The subjective approach to the probability and the development of the teachings is dated to way earlier but it is based upon the teachings of the classical approach, and it only differs at the conclusions. The reason for that are the advancement of the social science and the late development of quantum physics and quantum mechanics. Per se the fact that the continuity of laws were conducted at later time proves only that the earlier science was unable to recognize – or deduct conclusions from observations, furthermore to justify its theses – them.

The probability sees through the whole criminal law, furthermore it is necessarily in the process of the legislation. During the creation of the statements of facts the legislator perforce has to be considerate toward the principles and to the occurrence of their appearances. The result of the legislation is also the stating of presumptions, the recording of the principal warranties and operation procedures for the evidences, the visualization of probability stages, as well as the area and the possibilities of the application of necessary enforcement.

The purpose of the criminal procedures – according to Finkey – is dual: on the one hand is the validation of the material justice in the criminal jurisdiction, on the other hand it is the defense of the innocent individuals' freedom against the unfounded harassment and outlawry.[1] This dual purpose – because of the closeness of the systems – can't materialize entirely. It is clearly observable that in a wider sense the criminal law is a branch of law that relies on the elements of probability the most, although according to it carries the purpose of the commitment for the detection of relevant facts.

Let us see the formerly pinned down lines in order!

During the creation of the state of affairs the possibility – more accurately the results of the possibility calculations – has special meaning. Attention should be taken for the defined events of gravitas, economic, sociologic reasons and consequences.[2] These observations make the criminal law mobile and capable to follow – if not immediately but – the sociological, economical as well as the criminal law piercing changes or those that effects them.

Benedek Ferenc treats the presumption of innocence as legislative presumption, meanwhile that cannot be taken as one for many reasons. The reasons are logical and dogmatism. One of the criminal law's purpose is to inflicting reprisal against the perpetrator of a criminal act, in simple terms to punish the felon. In criminal law even one is not observed as a guilty – even if he/she committed every elements of the presumption – which is under the extent of facts that excludes his/her culpability. With the attention for moral judgment behind the meaning of the expression «innocence», in this present situation at the negation of the «guilty» only the «not guilty» expression is acceptable.

The «presumption» expression shows close connection with the probability. It means that a given thing – until proven otherwise – has to be accepted as treated as proven. Namely – following the basics of probability – the value of belief is greater in what we presume then against it. Therefore the legislator only state and declare presumption if there are more proving facts are with the presumption then against it. At the same time if the result of the proving fails the defense more then it practically loses its meaning.[3]

---

vehemens, probabilis, temeraria) but they only accepted the evidence as proving if that showed the same resemblance to the «brightness of the meridian Sun». They were aware of the station about the development of the judge's certitude as well. (Benedek Ferenc: Jogtörténeti adalékok a bizonyosság és valószínűség problémájához In: Vargha László (szerk A valószínűség szerepe az igazságszolgáltatásban, Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kara Bűnügyi Tudományok Tanszéke, Pécs 1979. 3-5.)

[1] Finkey Ferenc: A magyar büntető perjog tankönyve. Grill Károly Könyvkiadóvállalata, Budapest 1916. 4.

[2] (Kovacsicsné Nagy Katalin: A bűnözés prognózisa és a valószínűség. In: Vargha László (szerk.): A valószínűség szerepe az igazságszolgáltatásban. Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kara Bűnügyi Tudományok Tanszéke, Pécs 1979. 221-223.)

[3] This is strengthened further by the chance to «overthrow» the defense practically possible at the proving proceeding during the court stage.

Furthermore in legislative relevance the presumption means simplified proving as well, which is disregarded as one in criminal case because of the other basic principles.[1] [2]

The *in dubio pro reo* principle reflects the subjective probability as well. If the rate of the belief is not converging to the certainty then it is not possible to decide on the defendant's expense. The application of the principle thus expresses a close connection with the development of the judicial certitude.

This principle – above the defined application boundaries[3] – carries more surpluses in regard of the probability. The need for the credibility of testimonies and the credibility control of the documents creates more additional methods in criminal procedures. Such equipments are like the polygraph or the functional magnetic resonance and the monoscanners used abroad. On several occasion there is a need to provide not only the chance to use but to codify the necessity of them in the legislation. My opinion is that beyond the present proving system does not exclude this methods and it is possible for defendants negative proving as well, that would mean the damaging of the warranty principle of the evidence proving declarations.

The most important thing about the regulations for the evaluation of the evidences is that there is no proving power in the legislation. This means it is enough and the only necessity is to have the formation of the judge's certitude to adjudicate the guilty of the defendant, as the judge is not tied by the law. Because of this the evaluation of the evidences are conducted by the subjective probability. But that doesn't mean the infinite boundaries for the subjectivity and intuition. The verdict is unfounded thus as well if the presumption is not explored and proven enough. The restriction of the limitlessness is strengthened as well that in given cases it is mandatory by the power of the law to acquire specified proving methods and for evaluating those are also the task of the judge.[4]

The marking/designation and the legislative declaration of the probability stages means that the legislator has to declare what probability does he connect to the start of the proceeding, to the accusation, and to the adjudicating of the guilty as well. These two-way warranty principles in one way designate the obligation and the operation boundaries of the State and in other way they provide the emergence and enforceability of the Constitution for the individuals that are subjects for the proceeding.[5]

---

[1] The acquaintance of obligation from well known facts cannot be regarded at simplified proving cases.

[2] The concept of the principles in the Constitution's article XXVIII. paragraph (2), and in the Criminal Procedure Law 7th § have many faults. If we do not use the expression «guilty» in regard of criminal law meaning then we can accept that the opposite of it can be the «innocent». Behind the principle stands the intent of declaration of praesumptio boni viri, therefore «Everyone should treated as innocent until – the destined authority using the appropriate proceeding – proven otherwise.» The negation of the expression is not «nobody» but it is as «there is someone who is». It wouldn't affect our international obligations moreover from logical and dogmatic point of view would be more truly the use and codification of «One cannot be treated as guilty until one's criminal accountability is not stated by a non-appealable court verdict.» (About the presumption of innocence – notedly with the statement of the Act of XIX. 7. § in 1998 – many author presented further criticism. One of them is that the expression of «presumable» means personal certitude or behavior but the law should serve for evaluating external attitudes, the other one was that the principle – and its application – is not concretized on the accused although it can be interpreted in his regard only. According to my opinion both of the criticism are unfounded. The criminal procedure law always records moral values, personal certitudes. It is subsumed of the standing laws and personal certitude during the decision of the judge. As he/she builds upon these during the justice. If he/she wouldn't rely on certitude then – with regards to the paragraph of the Criminal Procedure Law 78. § (3) as well – he/she wouldn't be able to adjudicate, moreover his/her independency would became questionable. Regarding the second criticism the law expressis verbis states with whom shall the proceeding be started and by that it declares squarely that given principles are interpretable on whose accounts.)

[3] «Only the undoubted and proven facts can be counted on the defendant in the sentence of the judge. If there is still doubt despite all of the used proving procedures on the facts as subject then it has to be evaluated for the advantage of the defendant.» Herke Csongor – Fenyvesi Csaba – Tremmel Flórián: A büntető eljárásjog elmélete. Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs 2012., 62.

[4] My opinion is that the ignoring the evidence in this example proves the foundness of the verdict. There can be only one exception and that is if the given proving method is completely unable to provide criminal law relevant fact.

[5] The standing rulings of the Criminal Procedure Law does not order more limitations for the condition to start of the proceeding at in rem suspicions but does order «grounding» at the in personam suspicions. The former shows less but the latter shows a more significant rate. There was no recording about an accusation with such a rate before. The ruling that states that during an investigation a state of affair has to be explored in such a manner that the prosecuting authority shall be able to decide already contains that the accusation in general shall be taken only if the prosecutor is able to verify and prove the guilty of the defendant according to his opinion. The dogmatic system of the law results that a judge can only come to the verdict of adjudication of guilty if he/her became ascertain on the defendant's guilty, namely he/her is as close to the certainity as possible.

On those occasions the use of coercive measures are needed only to ensure the success of the proceeding in general.

It is likely that in the absence (among others):

– the participants of the criminal procedures or other individuals would not be present (and by that the proceeding would take unnecessarily longer or some facts that need to be proven couldn't be cleared),

– the presence of the participants of the criminal procedures or other individuals would prevent the successful conduction of the proceeding,

– the factual proving tools wouldn't be assurable,

– some proving methods wouldn't be achievable,

– it would be impossible to execute the decisions of the judges.

The probability expressis verbis materializes during coercive measures in the legislation. Here are some such examples without the intent of completeness:

– the custody can be ordered only on the reasonable suspicion of imprisonment on committed crime, if it is **presumable** the custody of the defendant,

– The action to commit somebody to prison – among others – is needed only if ***reasonably assumable*** that the defendant

• wouldn't be present otherwise at the proceedings,

• in the situation by keeping at large, with the influence and intimidation of the witnesses, with the destruction, forging, hiding the factual evidence facts or documents he/she would circumvent, aggravate or endanger the proving process,

• he/she would commit an attempted or deliberate felony or would commit a new crime that would lead to imprisonment.

The temporary treatment would needed only if it is **reasonably indicatory** that an enforced treatment have to be ordered for the defendant the infliction of bail, search warrant and searching are only to be ordered and used on the situation of «**reasonably presumption**»

The development of the jury's presumption has outstanding importance regarding the purpose of the criminal procedures. The stages have not changed since the Roman law's definitions mentioned earlier. The judge climbs many stages from the early «lack of knowledge» through the emerging doubts until the complete certitude. He/she is continuously weighing and structuring his/her thoughts and theses during the evaluation of the evidences. There is a constant change at the measure of the «proving force», the connection between the evidences until the exploration of the statement of the facts are not creating a closed logical circuit.[1] Moreover the subjective parts, the shifting of the probability rate, the almost continuous «flow» make the advance harder toward the certitude or can be the reasons for miscarriage of justice. The judge is on the right course if his/her decisions and direction changes are conducted with conscious. [2] He/she has to be aware of the hidden obstacles and has to be able to recheck his/her assumptions. This can be achieved by the help of logical procedures, with the method of cross-examining, with the reconclude from facts and with indirect proving method. The next step from the road of low probability to certitude would be taken only if the next step may occur exclusively from the previous step. If this is not possible then a backtracking is needed to the last intersection where the logical circuit is still complete.

IV. The forensic science and the probability

The forensic science uncovers and systematizes the methods and tools for the exploration of crimes and the proving procedures. The basic function of this is scouting and the collection of the best in number and the most authentic evidences for the founding and proving of a criminal liability.[3]

---

[1] Beside the evaluation of the evidences we need to mention the proving motions. The provided discretional power of the law for the judge, and the prosecutor – the investigating authority – shows close connection with this question. The misuse of this power can be such a source of mistakes for the legislators and the dispensers of justice as well that are irremediable. For this reason attention has to be paid to the dogmatic balance during the development of the discretional power of the law as well as the most important requirement has to be provided and that is fighting crime is the task of the State but the jurisdiction is only the privilege of the court.

[2] There is no contradiction with this that in many cases the intuition leads to results. We have to make apparent in this case that what is the last intersection to where we have to return, furthermore from which matrix gridpoint of logical thinking we need to start again.

[3] Tremmel Flórián – Fenyvesi Csaba – Herke Csongor: Kriminalisztia tankönyv és atlasz. Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs 2005. 35.

It may come from the above definition that the forensic science is «only» an auxiliary science to the criminal justice, but nowadays it would be unimaginable the proving processes without its results.[1]

On the occasion of the suspicion about a crime it is mandatory to start the criminal procedures. The detective authority handles the perceived things as facts at the crime scenes. Their task is to decide what facts are relevant for the criminal law and what will only help at the exploration of the facts. These tasks are no lesser then to get the mute to speak and from words to understand the thoughts. Therefore at the start of the investigation a great many data have to be collected and later evaluated. This evaluation shows resemblance to the investigation in general.

The steps are the followings:

1. The perception of the fact.
2. The collection of the data connected to the perceived fact.
3. Filtering of the probable irrelevant information (by logical, statistical etc. methods).
4. Decision making using the available information.
5. The classification of the information.
6. Setting up a version.
7. Verification of the set hypothesis.

During the investigation the setting up of hypotheses and versions are repeating on many occasions. Forker Ármin pays detailed attention to the probability of the investigation versions. According to his opinion *«It is a mistake to start from the equal probabilities of the forensic science versions. By all means they contain different affirmation stages and they depend on the certitude of given criteria (arguments, facts, experiences) on which they are based and on the quality of the logical conclusions.»*[2] According to the often mentioned vase model we have to reassemble the vase by using the differently sized pieces so that not only we have to present the shape of the vase but the patterns and designs as well.[3]

Consequently during the investigation the evidences that contain relevant facts from the collected information are «filtered». So the first evaluations of these are conducted in this stage already. The method of the «filter» can be many and their classification is tightly connected to the probability.

In the case of available evidences it is needed to have the connection with the crime and the quality of the connection stated during the investigation. Per se the fact that blood was found at the crime scene doesn't mean connection with the crime. This exploration remains a fact only as long as the designated investigating method does not verify the reason-effect correlation with the crime or the perpetrator.

At the investigation stage– with attention to its special nature – the most significant expert investigations are the forensic science investigations. These knowledge bases are gathered at the branches of the criminal technology[4] (traces-, weapon-, writing etc.). *«Significant numbers of the questions asked to the forensic science experts includes the identification not the unique only but the kind definitions as well. ... The essence of the forensic science identification are realized with the searching, handling, recording, examining, analyzing and evaluating of the factual proving tools. ... The final goal of the forensic science expert examinations usually are the identification in respect of objects (object particles, deformations in the object) or identification of individuals or the visualization of the differences between them (the exclusion of the sameness).»*[5]

---

[1] According to Hans Gross' opinion the advancement of the criminal procedure law is only possible by the application of natural science results. (Hans Gross: Criminal Psychology, 17. oldal http://www.gutenberg.org/ebooks/1320 – letöltve: 2013. július 16.)

[2] Forker Ármin: A valószínűségeknek a büntető eljárás megismerési bizonyítási folyamatában játszott szerepéhez. In: Vargha László (szerk.): A valószínűség szerepe az igazságszolgáltatásban. Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kara Bűnügyi Tudományok Tanszéke, Pécs 1979. 15.

There is a debate with this statement among those who work with the Bayes method.

[3] According to this complete structure of probability is definable during the investigation.

[4] *«The task of forensic science is to expand the limits of sense cognition, to help the searching and recordings of those factual data and evidences that consist material residues, traces, deformations and other objects by using the tools of natural science and engineering, furthermore to be able to prove or exclude the connections between the crime and the subject of the investigations.»* Garamvölgyi Miklós (főszerk.) Kriminalisztika Általános rész, Belügyminisztérium Tanulmányi és Módszertani Osztálya, Budapest 1961. 51.

[5] Tremmel Flórián – Fenyvesi Csaba – Herke Csongor: Kriminalisztika – tankönyv és atlasz, Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs 2005. 283-284.

During the above mentioned identification process– in the long run – most of the cases are conducted by instrumental assisted examinations where the results are defining the value of the probability.[1] With regards to the sentences of the examinations conducted by engineer[2] we can talk about relative occurrence in these cases. Naturally in this cases there is an occurrence of expert witness opinion that are not based on – in regards to the meaning of the proceeding – subjective.

V. The expert witness opinions and the probability

The structure of the expert witness opinions according to the codification of the Act XIX. 1998:

a) for the subject to the examination, for the procedures and tools of the examinations, for the relevant data to the changes of the subject of the examination (record)

b) the short introduction about the method of the examination,

c) the summary of the expert observations (determination of facts),

d) conclusions from the branch expert findings and the answers for the asked questions in that regard (opinion)

In the case of a) – as I referenced above – we can meet the relative occurrence probability. This arise from that the largest part of the examinations are based on the natural science and very few is the occasion for intuitive observations. Still I think because of this there is no need for immediate acceptance as regarding the science continuous fast advance it would be best to treat these practices – to verify their credibility – as presumptions.

There are many subjective modules – uncontested by the expert witnesses as well – during the forming of opinions. As I hinted at the discussion of the probability concepts, to create the concept itself was only possible when the separation between the knowledge and opinion became reality as the formal – under optimal conditions – is always based upon objectives else the latter is upon the subjectives. The question is that should we push this subjectivity toward objectivity by every chance or not. The first answer to that according to the forensic science is yes. As the findings based on objectivity are always verifiable. However I – after the many yearlong searches of mine – think that it is not the case on every occasion. We need to leave some measurable room for subjectivity in the expert witness opinions. The experts' experiences, the results of observations are not verifiable by science in many cases. This doesn't mean that there is no continuity of law but it could mean that the given state of science is not capable to verify it objectively. With all of these reserved above subjectivity has a place for so long until the inverse of the observations and assumptions – or based open them – are not verified.

The career of judges – especially during the stage of criminal case – comes with great responsibility.[3] Maybe that is the reason for the observation of a pursuit that the court would like to transfer the real decision at the times of – especially appointed by prosecutor and the judge – expert witness opinions.[4] This can be caught in the act when the court finds necessary and indispensable in every cases – excluding by the nature of the advanced mentation expert witness opinions – to define the probability of given fact as far as possible in percentage numbers.[5] On such occasions where the base of the examination is not a number producing instrumental examination, every such kind of expert witness opinion infirm the knowledge of the rights and obligations of the expert witness. With the cases of probability expert witness opinions the expert witness can be true to his/her obligations even on such occasions if he/she wouldn't like to give such an opinion and his/her opinion is capable to recognize and deduct conclusions that are relevant in crime procedures.[6]

---

[1] These are identical with those expert witness opinions that I classify as imperfect like for example the measurement of the blood alcohol level.

[2] «One measure is no measure, two measures are half measure, three measures are one measure.»

[3] *«The fates of individuals are depending on the fate of the crime cases. Not only the defendant but the others as well… The crime procedure is such a power that can erase human lives, can strip away their freedom, their wealth and their honor.»*Király Tibor: A védelem és a védő a büntető ügyekben. Közigazgatási és Jogi Könyvkiadó, Budapest 1962. 121.

[4] This pursuit is not newborn. The judicial ordeals were still in use after the prohibiting them for more then 500 years…

[5] It is a fact without question, that the classificatory determination of probability shows great difference to the quantitative determination. (Ruth Beyth-Marom: How probable is probable? A numerical translation of verbal probability expressions, Journal of Forecasting, Vol. 1, Issue 3, 1982. 257-269.

[6] The probability can be stated by using three methods in the expert witness opinions. There are quantitative, classificatory and comparative.

VI. The probability experts

It can happen at crime procedures that the probability cannot be determined because of the few evidences or the case's other speciality. In this situation the work of both the proceeding investigation authority and court can be supported by those expert whose main profession is on the field of probability calculations. In such a case we are not talking about mathematicians as they approach the probability from a different direction and also naturally the representatives of the philosophy that provides the probability interpretations are not able to provide adequate help. We need an expert with such a complex knowledge who is able to approach the given events not only from the mathematical direction but the crime procedures as well. They are capable to pick the relevant information and those that really advance the case forward.[1]

At the investigation phase this could be a hot trace investigation, or at the court phase this could be used as verification for the provided evidences.[2]

Summary

In my work I described from the probability interpretations in detail the subjective and the relative occurrence concepts. I did this with the reason that these two approaches show the only connection with the criminal procedures' tighter and wider interpretations. From the above it became apparent that when and how much part do this two approaches get in the crime procedures in the forensic science. Although the probability calculations in general means a pure mathematical approach for the most people – by that reason it is objective based – the subjective approach is as well capable to deduct conclusions that advance the proceeding – if necessary– for the quantification of the probability value.

The advancement of the law and the more effective proceeding is insurable at the current regulations of the law but it requires the widening the view of the legal education.

Nowadays the saying is not right about that who has trouble with nature science shall become lawyer. The social sciences are also providing such foundations when applied in good manner can be used for great achievements.

The Department of criminal procedure law and forensic science of University of Pécs aims for the training of dispersal of justice. It does it on the discretion that the work of the dispersal of justice commences his/her work by the information from every direction of the real life and he/she makes decisions on the table of the law. It is especially true for the criminal procedures that in the proceedings there shall be jurisdiction and not «law service».

Bibliography:

1. Pierre-Simon de Laplace: Essai philosophique sur les probabilités. Paris, M.V. Courcier Imrimeur-Libraire pour les Mathématiques quai des Agustias, n 57, 1814. 4.

2. Ian Hacking: The emergence of probability. Cambridge University Press, 1984. 39-48.

3. Szabó Gábor: A valószínűség interpretációi. Typotex Kiadó, Budapest 2013. 73-182.

4. John Maynard Keynes: A treatise on probability. Macmillan and Co., London 1921. 57.

5. Frank Plumpton Ramsey: Truth and Probability. in: Foundations of Mathematics and other Logical Essays, Kegan, Paul, Trench, Trubner & Co. Ltd., London 1931. 159.

6. E. Szabó László: A nyitott jövő problematikája, Typotex Kiadó, Budapest, 2004., 67-69. oldal

7. Karl R. Popper: The Propensity Interpretation of Probability. The British Journal of the Philosophy of Science Vol. 10., No. 37. (May, 1959.) 25-42.

8. Fenyvesi Csaba: A kriminalisztika piramismodellje és alapelvei. In: Belügyi Szemle 2012. évfolyam 10. sz, 14-26.

9. R. Sheman Lehman: On Confirmation and Rational Betting. In: The Journak of Symbolic Logic, Vol. 20., No. 3 (Sept. 1955.), 251-262.

10. A. N. Kolmogorov: A valószínűségszámítás alapfogalmai. Gondolat Kiadó, Budapest 1982.

11. Donald Gillies: Philosophical Theories of Probability. Taylor & Francis Group, New York 2006. 169-175.

12. Benedek Ferenc: Jogtörténeti adalékok a bizonyosság és valószínűség problémájához In: Vargha László (szerk.): A valószínűség szerepe az igazságszolgáltatásban, Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kara Bűnügyi Tudományok Tanszéke, Pécs 1979. 3-5.

13. Finkey Ferenc: A magyar büntető perjog tankönyve. Grill Károly Könyvkiadóvállalata, Budapest 1916. 4.

[1] The American NUMB3RS TV-series wanted to popularize this idea as well.

[2] The High Court of the United States of America always requests the signing of the cross-examining method when there is an intent to use a new, previously unknown method during the proceedings.

14. Kovacsicsné Nagy Katalin: A bűnözés prognózisa és a valószínűség. In: Vargha László (szerk.): A valószínűség szerepe az igazságszolgáltatásban. Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kara Bűnügyi Tudományok Tanszéke, Pécs 1979. 221-223.

15. Herke Csongor – Fenyvesi Csaba – Tremmel Flórián: A büntető eljárásjog elmélete. Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs 2012., 62.

16. Tremmel Flórián – Fenyvesi Csaba – Herke Csongor: Kriminalsiztia tankönyv és atlasz. Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs 2005. 35.

17. Hans Gross: Criminal Psychology, 17. oldal http://www.gutenberg.org/ebooks/1320 – letöltve: 2013. július 16.

18. Forker Ármin: A valószínűséginek a büntető eljárás megismerési bizonyítási folyamatában játszott szerepéhez. In: Vargha László (szerk.): A valószínűség szerepe az igazságszolgáltatásban. Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kara Bűnügyi Tudományok Tanszéke, Pécs 1979. 15.

19. Garamvölgyi Miklós (főszerk.) Kriminalisztika Általános rész, Belügyminisztérium Tanulmányi és Módszertani Osztálya, Budapest 1961. 51.

20. Király Tibor: A védelem és a védő a büntető ügyekben. Közigazgatási és Jogi Könyvkiadó, Budapest 1962. 121.

21. Ruth Beyth-Marom: How probable is probable? A numerical translation of verbal probability expressions, Journal of Forecasting, Vol. 1, Issue 3, 1982. 257-269.

Ахмедшин Р. Л.,
доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры криминалистики Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета

КРИМИНАЛИСТИЧЕСКАЯ ПРИРОДА ДОПРОСА

Допрос в системе следственных действий. Многоаспектность процесса расследования предполагает наличие широко спектра инструментария, способствующего достижению криминалистически значимых задач. Таковым инструментарием выступают прежде всего следственные действия, которые в силу своей разноплановости должны быть сгруппированы в относительно схожие блоки. Учитывая деятельностную природу криминалистической тактики, как раздела приоритетно аккумулирующего информацию о следственных действиях, классификацию следственных действий целесообразно произвести исходя их содержательного аспекта приоритетной деятельности при их совершении. Таким образом все следственные действия делятся на пять основных групп.

1. Коммуникативные следственные действия – допрос, очная ставка

2. Поисковые следственные действия – осмотр места происшествия, осмотр предмета – вещественного доказательства, осмотр трупа, освидетельствование, обыск, выемка

3. Экспериментальные следственные действия – следственный эксперимент, предъявление для опознания, проверка показаний на месте. Некоторые исследователи называют данную группу смешанной, так как она содержит и элемент расспроса и наблюдения [1. С.49].

4. Блокирующие следственные действия – наложение ареста на почтово-телеграфные отправления, контроль и запись переговоров, получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами.

5. Исследовательское следственное действие – экспертиза (хотя отнесение экспертизы, даже только в плане назначения, к следственным действиям достаточно спорно).

В группе коммуникативных следственных действий основным, без сомнения, является допрос, на исследовании которого мы в основном и сконцентрируемся.

История криминалистического исследования допроса.

Допрос, как получение показаний, содержащих информацию о событии преступления, является древнейшим следственным действием. Процедура проведения допроса отражена во многих исторических источниках, так как долгое время допрос был основным способом получения информацию.

В истории развития допроса можно выделить достаточно четкие периоды, характеризующиеся разнонаправленностью организации допроса как способа познавательной деятельности.

• Допрос в Древнем мире. Здесь необходимо обратить внимание, не столько на ранние формы процессуальной регламентации проведения допроса, сколько на четко обозначенный интерес к психофизиологическим реакциям, сопровождающим ложные показания. Законы Ману, Нарады, содержат достаточно подробные упоминания о признаках и способах выявления лжи лицом, дающим показания. Методики определения лжи на уровне ритуалов (Ливия, Спарта, Индия) сопровождались научными исследованиями ложных показаний (Авиценна, 1020) предоставляя протокриминалистам надежный тактический инструментарий.

• Допрос в эпоху античности. Регламентация заменяет эффективную методику расследования. Понятно, что о полноценной регламентации допроса речи еще не идет, но уже четко обозначен количество и круг лиц, которых можно признать свидетелями, регламентированы вопросы применения пыток (круг лиц, протоколирование, вопросы компенсации за нанесение ущерба). Возможно отход от необходимости исследования признаков лжи обусловлен увеличением числа источников доказательств, так кроме допроса к таковым стали относиться пытка и присяга. Однако на наш взгляд подобное игнорирование стало результатом того, что в процессе расследования опытных «стражей» заменили юристы-чиновники, традиционно обладающие невысокой степенью профессиональных навыков, если они не сводились к воспроизведению заученных норм. Отметим, также, что институт присяги в античности и Древнем мире был крайне психологизирован, не представляя собой формальный ритуал. Достаточно

© Ахмедшин Р. Л., 2014

вспомнить рекомендацию о том, что «Надо заставить клясться брахмана своей правдивостью, кшатрия колесницами и оружием, вайшия – коровами, зерном и золотом, шудру – всеми тяжкими преступлениями» (Ману, 113). Клятва наиболее актуальными ценностями не ритуал, а прекрасно смоделированный прием воздействия на допрашиваемого.

• Допрос в Средневековье (инквизиционный процесс). В рассматриваемом случае пытка становиться основным приемом воздействия на допрашиваемого. Обоснованием этого послужило убеждение, что «факт существования дьявола церковью был точно установлен, и дело в конце XV века шло не о теоретических доказательствах и не о приведении все новых и новых фактов, а о том, как лучше всего бороться со всемогуществом и вездесущностью дьявола, и папа Иннокентий VIII своей знаменитой буллой Summis desiderantes, так называемой ведовской буллой, указал, что основной задачей германской инквизиции отныне является беспощадная борьба с ведовством и окончательное его истребление» [2. С.7]. Нельзя сводить инквизиционный процесс только к пытке, хотя без сомнения она часто выступала центральным источником доказательства вины обвиняемого. Как интенсивное интеллектуальное познание процесса преступления в период античности был заменен формализацией процедуры, так в период средневековья он был заменен пыткой. Пытка как легкий, преисполненный искушения способ получения доказательств затормозила пусть и эмпирическое развитие криминалистической тактики. Два центральных вектора развития допроса (формализация и пытка) – два тупиковых направления.

• Допрос в Средневековье (розыскной процесс). Напомним, что суть розыскного процесса состоит в том, что судья наряду со своими функциями осуществлял функции обвинительные и следственные. «В розыскном уголовном процессе было обращено внимание на тактику судебного разбирательства. Дальнейшее развитие допроса теснейшим образом связано с тактикой судебного, а затем и предварительного следствия» [3. С.14]. Для розыскного процесса характерно наличие формальных доказательств. Сейчас концепция формальных доказательств юридической общественностью полагается архаизмом. Следует ли отмечать, что сейчас исключительно доктринальные установки способствуют признанию современной юридической наукой нелепой мысли уравнивания познавательной ценности показаний полученных на допросе, от лица, находящегося в состоянии стресса и результатов экспертизы, при условии оценки их доказательственной ценности лицом (судьей), как правило, не знакомого ни с психологией допрашиваемого, ни с областью знания эксперта. Естественно мы далеки от мысли о возврате, в рамках розыскного процесса, к идее доминирования признания в системе доказательств, но сама идея формализации различных доказательств кажется нам соответствующей науке XXI века. Пытка же в рамках розыскного процесса это всего лишь следствие замены юриста-чиновника из античности на аристократа-начальника средневековья. Пытка всего лишь следствие падения профессионального и интеллектуального уровня судей.

• Допрос в период современности. Состязательный процесс формально декларирует независимость суда, но в чистом виде встречается только в классической британской судебной системе характеризующейся предельной неоднозначной многоаспектностью судов различных уровней в системе прецедента. Неудивительно, что в современных цивилизованных странах доминирует смешанный уголовный процесс представляющий собой состязательное построение судебного разбирательства с одновременным существованием на досудебном этапе розыскного процесса с присущим ему письменной формой, тайной предварительного следствия, разумными возможностями защиты обвиняемого на предварительном следствии. Именно объективная направленность смешанного процесса, его объективность [4. С.36] предопределила взрывоподобное развитие криминалистической тактики, задействующей современное знание о личности.

Список використаних джерел:

1. Шейфер С.А. Следственные действия. Основание, процессуальный порядок и доказательственное значение. Самара., Изд-во «Самарский университет», 2004. 228с.

2. Шпренгер Я., Институрис Г. Молот ведьм. М.: Интербук, 1990. – 351 с.

3. Порубов Н.И. Из истории допроса. // Вестник криминалистики. Вып.2 (26). 2008. С.12-15.

4. Витт В. Екатерина II как криминалистка. Уголовно-правовая доктрина. Наказ в её отношении к западно-европейской теории и к русской действительности. СПб, Типография т-ва «Общественная польза».

Балацька О. Р.,
аспірант кафедри правосуддя та кримінально-правових дисциплін Національного університет «Острозька академія»

НОРМАТИВНІСТЬ ЗАГАЛЬНИХ ЗАСАД КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Питання засад права вкорінена у вікову традицію роздумів як у сфері юридичної науки, так і у сфері філософії права. Воно виникає тоді ж коли філософ ставить запитання «Що є право? Яка його природа?». Засади права у філософсько-правових концепціях Джона Роулза, Фрідріха фон Гаєка та Лона Льюїса Фуллера постають як сукупність вимог до правової системи або як необхідні умови для існування правової системи та ефективного функціонування «добре впорядкованого суспільства». У філософському розумінні засада є теоретичним узагальненням найбільш типового, що констатує і виражає закономірність, покладену в основу пізнання взагалі або в основу будь-якої галузі знань, у теорії пізнання під цією категорією розуміють загальне положення, найбільш універсальний елемент у понятійному апараті науки. В системі ж правового регулювання на сучасному етапі засади права виступають тими регуляторами за допомогою яких держава здійснює гарантування та захист проголошених у Конституції положень про права і свободи людини.

Глава 2 Кримінально-процесуального кодексу України має назву «Засади кримінального провадження», яка складається із норм-принципів, яким повинні відповідати зміст та форма кримінального провадження. Вперше із прийняттям КПК України в 2012 році в окремій главі законодавчо закріплені загальні засади кримінального провадження та окреслено їх головний зміст. Така позиція законодавця свідчить про те, яке велике значення надається головним положенням кримінального процесу. Власне у розділі «Засади кримінального провадження» закріплені правові норми-принципи як сутнісні цінності, що визначають зміст та форму кримінального провадження загалом та всіх його інститутів зокрема. Тут знайшли своє вираження найбільш прогресивні положення, які позиціонуються міжнародною спільнотою як міжнародно-правові стандарти кримінальної процесуальної діяльності, що містяться у Конституції України, Загальній декларації прав людини, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, Міжнародному пакті про громадянські та політичні права [5, с.230].

Проте КПК не визначив чітко саме поняття «засади кримінального провадження», тому питання про поняття засад (принципів) кримінального провадження, яке було одним із найважливіших та найскладніших у науці кримінального процесу не втратило своєї актуальності й сьогодні. У вітчизняній кримінально-процесуальній літературі термін «принципи» здебільшого ототожнювався із терміном «засади», оскільки їх лексичне значення дуже близьке. Проаналізувавши визначення даних термінів у сучасних тлумачних українських словниках, прослідковуємо, що, поняття «засада» (основа, початок, принцип) слов'янського походження і означає вихідне, головне положення, принцип, основу світогляду, правило поведінки, так як і категорія латинського походження «принцип» (основа, першооснова, начало), що дослівно означає – «основне, вихідне положення якої-небудь теорії, вчення, науки». Тож, дані терміни можна розглядати як синоніми, а відмінність їх вбачається у іншомовному походженні [1, с. 145].

Визначення ж у кримінально-процесуальному законодавстві основоположних ідей терміном «засади» відповідає їх призначенню та й є співзвучним нормам Конституції України, а саме ч. 3 ст. 129, якою окреслено основні засади судочинства України при здійсненні правосуддя. Даний термін влучно відображає головну безспірну характеристику засад кримінального провадження – їх фундаментальність для кримінально-процесуальної системи кримінального провадження, яка полягає у тому, що будучи вихідними положеннями вони виражають і визначають найістотніші властивості провадження, вимоги до правил і способу діяльності його суб'єктів та є гарантіями забезпечення дотримання прав, свобод, законних інтересів учасників провадження, а в підсумку їх дотриманням забезпечується виконання завдань кримінального провадження.

Слід зазначити, що до прийняття Кримінально-процесуального кодексу України 2012 року, у кримінально-процесуальному законодавстві засади чи принципи спеціально не були окреслені та перелічені, а тому в науці питання поняття принципів кримінального провадження, їх системи, класифікації та

© Балацька О. Р., 2014

встановлення ознак, які їх характеризують були неоднозначними. Навіть питання необхідності закріплення таких основоположних ідей у правових нормах було дискусійним, тому у чисельних дослідженнях коло принципів необґрунтовано розширювалось за рахунок прав, гарантій, загальних положень. У юридичній літературі в основу визначення поняття засади (принципи) кримінального провадження, такі науковці як О. П. Корчинська, Л. М. Лобойко, М. М. Михеєнко, В. Т. Нор, В. Я. Тацій, В. М. Тертишник, які детально досліджували питання, покладали сукупність притаманних їм властивостей, яка залежала від контексту застосування та позиції того чи іншого автора. [6, с. 37–38]

Сьогодні ж, беззаперечною та надзвичайно значущою ознакою засад кримінального провадження є їх нормативний характер та формальна визначеність в законі як норм, що є правилами організації кримінального судочинства, які мають у ньому найвищу юридичну силу у порівнянні з іншими кримінально-процесуальними нормами. Що ж означає ця їх властивість? Щонайменше те, що норми кримінально-процесуального закону, які закріплюють засади кримінального провадження (їх всього визначено 22) виконують роль юридичного підґрунтя, нормативної першооснови для інших положень Кримінально-процесуального кодексу та й інших нормативно-правових актів у кримінально-процесуальній галузі. Дані норми передбачили суттєві правила організації кримінального провадження з яких визначаються головні напрямки його подальшої правової регламентації.

Надзвичайна важливість нормативного оформлення принципів кримінального провадження та їх особливе значення у кримінально-процесуальному законодавстві пов’язана також із тим, що законодавець задекларував, що у випадках, коли положення КПК України не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені в ч. 1 ст. 7 цього Кодексу. Тобто загальним засадам кримінального провадження надано статусу вихідних у тлумаченні норм права та правозастосуванні за аналогією права. Тому загальні засади повинні бути основою з якої розпочинається викладення нормативно-правових актів та критеріями перевірки законності під час застосування і тлумачення норм права судами, посадовими особами кримінального провадження, при прийнятті процесуальних рішень.

Отож, в механізмі правового регулювання, долаючи можливі розбіжності і недоліки закону, однією із функцій засад виступає забезпечення правильного розуміння закону всіма суб’єктами, які беруть участь у його застосуванні, що відіграє провідну роль і дає практичну можливість для справедливого кримінального провадження, реальної реалізації принципів верховенства права та законності.

Список використаних джерел:

1. Актуальні проблеми конституційного права України: підручник./ за заг. ред. проф. Олійника А. Ю. – К.: «Центр учбової літератури, 2013. – 554 с.

2. Великий тлумачний словник української мови – К., Ірпінь: Перун, 2005. – 1728 с.

3. Галаган О.І. Поняття та система засад (принципів) кримінального провадження / О.І. Галаган, Д.П. Письменний // Науковий вісник національної академії внутрішніх справ. – № 4. – 2013. – С. 167–172

4. Грошевий Ю.М. Кримінальний процес: [підручник] / [Ю.М. Грошевий, В.Я. Тацій, А.Р. Туманянц та ін.]; [за ред. В.Я. Тація, Ю.М. Грошевого, О.В. Капліної, О.Г. Шило]. – Х.: Право, 2013. – 824 с.

5. Кримінальний процесуальний кодекс України: наук.-практ. коментар/ [за заг. ред. професорів В. Г. Гончаренко, В. Т. Нора, М. Є. Шумила]. – К.: Юстініан, 2012. – 1224 с.

6. Кучинська О. П. Принципи кримінального провадження в механізмі забезпечення прав його учасників : [моногр.] / О. П. Кучинська. –К.: Юрінком Інтер, 2013 – 228 с.

7. Лобойко Л. М. Кримінальний процес : [підруч.]. Л. М. Лобойко. – К.: Істина, 2014. – 432 с.

8. Михеєнко М. М. Кримінальний процес України: [підруч.]/ Михеєнко М. М., Нор В. Т., Шибіко В. П. – 2-ге вид., переробл. і доповн. – К.: Либідь, 1999. – 536 с.

9. Тертишник В. М. Кримінально-процесуальне право України: [підруч.]/ В. М. Тертишник. – [4-те вид., переробл. і доповн.]. – К.: А.С.К., 2003. – 1120 с.

Боржецька Н. Л.,
аспірант кафедри правосуддя та кримінально-правових дисциплін Національного університету «Острозька академія»

КЛАСИФІКАЦІЯ ФОРМ ЗАКІНЧЕННЯ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ТА ЇЇ ЗНАЧЕННЯ

Форма закінчення досудового розслідування, залежно від особливостей її складових елементів (умов, підстав, процесуальної процедури (порядку) закінчення досудового розслідування, суб'єктів, які його здійснюють (приймають участь у здійсненні) та процесуального документа, складанням якого воно завершується), а також від конкретних обставин кримінального провадження, має свої різновиди. Чітке розмежування цих різновидів сприяє дотриманню власне форми закінчення досудового розслідування, що неможливе без її класифікації.

Перш за все, форми закінчення досудового розслідування залежать від форм досудового розслідування. На цій підставі їх слід ділити на: 1) форми закінчення досудового слідства; 2) форми закінчення дізнання. Хоча види кінцевих процесуальних документів, які можуть бути прийняті на етапі завершення досудового слідства та дізнання, аналогічні, вони можуть відрізнятися колом суб'єктів складання цих документів, строками завершення досудового розслідування у тій чи іншій формі досудового розслідування тощо.

Залежно від суті остаточного вирішення кримінального провадження на стадії досудового розслідування форми закінчення досудового розслідування можна поділити на: 1) ті, якими закінчується стадія досудового розслідування та кримінальне провадження в цілому (закінчення досудового розслідування у формі закриття кримінального провадження); 2) ті, якими завершується стадія досудового розслідування, але остаточне вирішення провадження за якими здійснюється в судовому порядку (закінчення досудового розслідування у формі звернення до суду з клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності; закінчення досудового розслідування у формі звернення до суду з обвинувальним актом; закінчення досудового розслідування у формі звернення до суду з клопотанням про застосування примусових заходів медичного характеру; закінчення досудового розслідування у формі звернення до суду з клопотанням про застосування примусових заходів виховного характеру).

Залежно від суб'єкта кримінального провадження, уповноваженого на складання (затвердження) кінцевого на стадії досудового розслідування процесуального акта, форми закінчення досудового розслідування можна поділити на: 1) ті, що завершуються слідчим (прийняття постанови про закриття кримінального провадження слідчим з підстав, передбачених п. п. 1, 2, 4 ч. 1 ст. 284 КПК України, якщо в даному кримінальному провадженні жодній особі не повідомлялося про підозру); 2) ті, що завершуються прокурором (прийняття постанови про закриття кримінального провадження щодо підозрюваного прокурором з підстав, передбачених ч. 1 ст. 284 КПК України, прийняття постанови про закриття провадження щодо юридичної особи прокурором з підстав, передбачених ч. 3 ст. 284 КПК України, звернення до суду з клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності; звернення до суду з клопотанням про застосування до неповнолітнього підозрюваного, який досяг віку кримінальної відповідальності, примусових заходів виховного характеру); 3) ті, що завершуються слідчим, але потребують затвердження прокурором, або завершуються прокурором (звернення до суду з клопотанням про застосування до неповнолітнього підозрюваного, який не досяг віку кримінальної відповідальності, примусових заходів виховного характеру; звернення до суду з клопотанням про застосування примусових заходів медичного характеру; звернення до суду з обвинувальним актом).

Дана класифікація застосовна до досудового слідства. У досудовому розслідуванні, що здійснюється у формі дізнання, прокурор складає всі кінцеві для даної стадії процесуальні документи: приймає постанову про закриття кримінального провадження; звертається до суду з клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності; звертається до суду з обвинувальним актом, звертається до суду з клопотанням про застосування примусових заходів медичного характеру; звертається до суду з клопотанням про застосування примусових заходів виховного характеру. Слідчий же подає на затвердження прокурору складені ним процесуальні документи (в трьох останніх випадках) або проекти

© Боржецька Н. Л., 2014

документів (в двох перших випадках). Такі процесуальні документи слідчого у даних провадженнях є проміжними.

Наостанок, залежно від виду кінцевих актів досудового розслідування форми його закінчення поділяються на: 1) закриття кримінального провадження; 2) звернення до суду з клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності; 3) звернення до суду з обвинувальним актом; 4) звернення до суду з клопотанням про застосування примусових заходів медичного характеру; 5) звернення до суду з клопотанням про застосування примусових заходів виховного характеру.

Кожен із названих видів форм закінчення досудового розслідування має свої підвиди.

1. Закінчення досудового розслідування у формі закриття кримінального провадження можна поділити за підставами закриття кримінального провадження на: 1) закінчення досудового розслідування у формі закриття кримінального провадження з реабілітуючих особу підстав (п. п. 1-3 ч. 1 ст. 284 КПК України); 2) закінчення досудового розслідування у формі закриття кримінального провадження з нейтральних (процесуальних) підстав (п. п. 4-8 ч. 1 ст. 284 КПК України).

2. Закінчення досудового розслідування у формі звернення до суду з клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності можна поділити на: 1) закінчення досудового розслідування у формі звернення до суду з клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності з підстав, передбачених Загальною частиною Кримінального кодексу України (далі – КК України) (ст. ст. 45-49, ч. ч. 1-2 ст. 106); 2) закінчення досудового розслідування у формі звернення до суду з клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності з підстав, передбачених Особливою частиною КК України (ч. 5 ст. 110-2, ч. 2 ст. 111, ч. 2 ст. 114, ч. 3 ст. 175, ч. 4 ст. 212, ч. 4 ст. 212-1, ч. 2 ст. 255, ч. 2 ст. 258-3, ч. 4 ст. 258-5, ч. 6 ст. 260, ч. 3 ст. 263, ч. 4 ст. 289, ч. 4 ст. 307, ч. 4 ст. 309, ч. 4 ст. 311, ч. 5 ст. 321, ч. 4 ст. 321-1, ч. 5 ст. 354, ч. 5 ст. 368-3, ч. 5 ст. 368-4, ч. 5 ст. 369, ч. 4 ст. 401).

3. Закінчення досудового розслідування у формі звернення до суду з обвинувальним актом можна поділити на: 1) звернення до суду з власне обвинувальним актом; 2) звернення до суду з обвинувальним актом і угодою та 3) направлення до суду обвинувального акта з клопотанням про його розгляд у спрощеному порядку без проведення судового розгляду в судовому засіданні.

4. За підставами складення і направлення до суду клопотання про застосування примусових заходів медичного характеру можна виділити наступні підвиди даної форми закінчення досудового розслідування: 1) закінчення досудового розслідування у формі звернення до суду з клопотанням про застосування примусових заходів медичного характеру щодо особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, передбачене законом України про кримінальну відповідальність, у стані неосудності; 2) закінчення досудового розслідування у формі звернення до суду з клопотанням про застосування примусових заходів медичного характеру щодо особи, яка вчинила кримінальне правопорушення у стані осудності, але захворіла на психічну хворобу до постановлення вироку.

Залежно від суб’єкта кримінального провадження, який складає кінцевий для стадії досудового розслідування процесуальний документ, дану форму закінчення досудового розслідування можна поділити на наступні підвиди: а) закінчення досудового розслідування у формі звернення до суду з клопотанням про застосування примусових заходів медичного характеру, складеним слідчим та затвердженим прокурором; б) закінчення досудового розслідування у формі звернення до суду з клопотанням про застосування примусових заходів медичного характеру, складеним прокурором.

5. Залежно від особи, стосовно якої може бути складене і направлене до суду клопотання про застосування примусових заходів виховного характеру, а також залежно від суб’єктів, які уповноважені складати такі клопотання, закінчення досудового розслідування у формі звернення до суду з клопотанням про застосування примусових заходів виховного характеру можна поділити на наступні підвиди: 1) закінчення досудового розслідування у формі звернення до суду з клопотанням про застосування примусових заходів виховного характеру щодо неповнолітніх осіб, які досягли віку кримінальної відповідальності і 2) закінчення досудового розслідування у формі звернення до суду з клопотанням про застосування примусових заходів виховного характеру щодо неповнолітніх осіб, які досягли одинадцятирічного віку, але не досягли віку кримінальної відповідальності.

Класифікація форм закінчення досудового розслідування на окремі види та підвиди дозволяє виділити основні відмінності між ними, що сприяє кращому розумінню і, відповідно, дотриманню встановленої законом процедури закінчення досудового розслідування. Тому класифікація форм закінчення досудового розслідування має не лише теоретичне, а й важливе практичне значення.

Гайдук О. Г.,
заступник начальника Центру Науково-дослідний експертно-криміналістичний центр при УМВС України в Рівненській області

ОСОБЛИВОСТІ ПРОВЕДЕННЯ ДАКТИЛОСКОПІЧНОЇ ЕКСПЕРТИЗИ З УРАХУВАННЯМ МОЖЛИВОСТІ ФАЛЬСИФІКАЦІЇ СЛІДІВ

Сліди папілярних узорів пальців та долоней рук, що залишились на місці вчинення кримінального правопорушення, є найбільш поширеним і цінним джерелом інформації про особу злочинця та обставини вчинення кримінального правопорушення. Це обумовлено їх неповторною індивідуальністю та відносною незмінністю.

Яскраво виражена індивідуальність будови і стійкість папілярних узорів шкіри обумовлюють широкі можливості використання їх відображень для криміналістичної ідентифікації особи та діагностичних досліджень.

У вирішенні зазначених завдань важлива роль належить судовій експертизі, без якої неможливо уявити розслідування будь-якого кримінального правопорушення. Зростання потенціалу криміналістичних експертиз та їх впливу на правоохоронну практику спричиняє появу багатьох її видів. Серед них судова дактилоскопічна експертиза вирізняється не лише рівнем розвитку методики, а й завданнями, які вона вирішує [3. с.1].

Починаючи з дати 13 вересня 1902 р., коли англійський суд вперше визнав факт збігу відбитків пальців як доказ, можна стверджувати, що і злочинці неодноразово задумувалися над тим як захистити себе і не залишити слідів та уникнути покарання. З цією метою злочинцями розроблялися мазі і порошки, призначені для приховування пальцевих слідів, використовувалися ювелірні хірургічні операції для зміни індивідуальних малюнків або повного видалення папілярних узорів з рук: пальці ставали як би «лисими».

Можливо, що в окремих випадках такі методи дозволяли уникнути покарання за раніше скоєний злочин. Але новий індивідуальний «почерк» – чи то змінений малюнок або лисина на пальцях – знову викривав абсолютно конкретну людину.

Через широке використання відбитків пальців рук на таких документах, як водійські права, закордонних паспортах, візах для в'їзду в країну, банківських документах, тощо, збільшилась кількість суперечок щодо можливих маніпуляцій із відбитками пальців рук. На даному етапі злочинці не лише вирішують проблемне питання: «Як не залишити сліди?», а прагнуть використати папілярні узори інших людей, тим самим ввівши в оману як правоохоронні органи, так і охоронні прилади.

На даний момент сучасні технології дозволяють з високим ступенем точності відтворювати папілярні узори пальців рук певної людини [4].

Питання криміналістичного дослідження штучних папілярних узорів (сфальсифікованих слідів пальців рук) знайшли своє відображення в працях японського криптографа Цутому Мацумото, іспанських вчених Торібіо Фернандеса Отеро та Марії Тереза Кортес, американських дослідників Майкла Кюкена і Алана Ньюелла, російських і білоруських криміналістів С.С. Самищенко, О.Я. Баєва, Н.П. Майліс, В.К. Кірвеля.

Вивчення спеціальної літератури та аналіз експертної практики останніх років, проведені експерименти дозволили виокремити шість способів (технологій), застосовуваних для виготовлення моделей з метою фальсифікації зображень папілярних узорів пальців рук: 1) використання пластичних мас, 2) метод фотолітографії, 3) фотополімерний спосіб, 4) лазерне гравіювання на гумі, 5) флеш-технологія; 6) вулканізація гуми з матриць, отриманих на основі використання твердих фотополімерних композицій. Дані способи (технології) фальсифікації можуть застосовуватися при виготовленні моделей, як папілярних узорів пальців рук, так і будь-якої ділянки долоні.

Вищенаведені відомості про способи підроблення пальцевих відбитків, в окремих випадках, можуть піддати сумніву результати дактилоскопічних досліджень і дозволити уникнути відповідальності злочинцям.

© Гайдук О. Г., 2014

Зважаючи на реально існуючу можливість підроблення пальцевих відбитків, вважаємо, що слід погодитись з білоруськими експертами-почеркознацями (А.С. Башилов – експерт Державного комітету судових експертиз, м. Мінськ), і змінити підходи до методики проведення дактилоскопічної експертизи. При проведенні дактилоскопічної експертизи судові експерти зобов'язані користуватися Методикою дактилоскопічної експертизи та іншою науковою літературою. У Методиці викладені загальні положення, основні терміни, структура висновку, методи та стадії дослідження; наведені засоби вимірювальної техніки, дослідницьке устаткування, витратні матеріали, які використовуються під час досліджень. Також визначений порядок обрання та послідовність застосування спеціальних методів виявлення слідів папілярних узорів, окреслені вимоги до приміщень дактилоскопічних лабораторій та їх оснащення, розроблений алгоритм дій експерта при виконанні дослідження та оформлення його результатів [2]. Однак, згідно Методики, завданням роздільного дослідження є всебічне і повне вивчення загальних та окремих ознак досліджуваних слідів (відбитків, відтисків), формування проміжних висновків лише про їх придатність для ідентифікації особи.

Вважаємо, що як і в технічній експертизі документів при дослідженні відбитків печаток і штампів, так і в почеркознавчій експертизі під час дослідження підписів, в першу чергу необхідно вирішити діагностичну задачу – визначити чи є слід, представлений на дослідження, відбитком пальця руки чи його імітацією. При цьому важливого значення набувають характерні ознаки імітації (способу нанесення відбитка), які проявляються в «сліді пальця руки».

Специфічні ознаки фальсифікації зображень папілярних узорів умовно можна поділити на дві групи:

1) ознаки високого друку (нерівномірний розподіл барвника в відбитках, відставлених моделями, з утворенням барвистого бортика (окантовки) по краях окремих папілярних ліній; нерівномірно збільшена ширина папілярних ліній за рахунок утворення здуття і згустків);

2) ознаки, що обумовлюють викривлене відображення окремих ознак будови папілярного узору, а також мікроознак папілярних ліній (наявність з'єднувальних вусиків між папілярними лініями, наявність необґрунтованих розривів в місцях потоншення папілярних ліній, наявність незабарвлених ділянок на папілярних лініях, відсутність відбитків пор в папілярних лініях).

Можливі факти виникнення люмінісценції в ультрафіолетових променях, як самих папілярних узорів, так і ділянок біля них.

Встановлені ознаки лише в своїй сукупності з певною достовірністю можуть свідчити про фальсифікацію зображень папілярних узорів.

Необхідно також змінити формулювання у резулятивній частині висновку експерта при проведені дактилоскопічної експертизи. Так, з урахуванням можливості підроблення слідів, на питання чи залишені сліди рук (стоп ніг) конкретною особою, дактилокарта на ім'я якої надана для порівняльного дослідження, доцільно було б зазначати, що сліди пальців рук тотожні відбиткам слідів рук особи, дактилокарта якої надана для порівняльного дослідження.

Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок про те, що лише комплексний підхід до роботи з пальцевими відбитками, починаючи з їх виявлення, направлення на експертне дослідження і закінчуючи формуванням експертного висновку, сприятиме успішному вирішенню завдань, що стоять перед дактилоскопічною експертизою.

Список використаних джерел:

1. Волошенко О. Способи зміни та підміни відбитків пальців / О. Волошенко // Вісник Академії адвокатури України, – 2014. – 1(29). – С. 148-151.

2. Методика дактилоскопічної експертизи експертна спеціальність 4.6 «Дактилоскопічні дослідження» / І.І. Жолтанська, В.А. Кузнєцов. – К. : Україна, 2013. – 90 с.

3. Мендус С.І. Дактилоскопічна експертиза. Програма варіативної навчальної дисципліни підготовки магістрів спеціальність 8.18010003 «судова експертиза» / С.І. Мендус. – К. : Україна, 2013. – 17 с.

4. Башилова А. О современных проблемах исследования следов рук – [Електронний ресурс] / А. Башилова. – Режим доступу : http://gkse-minsk.by.

Гаркавенко О. В.,
експерт відділу ТКЗ ОВС НДЕКЦ при УМВС України в Кіровоградській області

ОЦІНКА ВИСНОВКУ ЕКСПЕРТА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Значення оцінки висновку експерта учасниками кримінального процесу набуває актуальності й у світлі нового Кримінального процесуального кодексу України. У ньому змінено підходи до використання спеціальних знань з метою найбільш ефективного забезпечення захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина. Нині особи, які володіють спеціальними знаннями, в якості експертів можуть залучатися, як сторонами кримінального провадження, так і судом за власною ініціативою. Таким чином значно розширено можливості застосування висновку експерта як процесуального джерела доказів, забезпечення реалізації однієї із загальних засад нового кримінального процесуального закону – змагальності сторін. Разом з тим гарантується рівність прав сторін кримінального провадження у наданні доказової інформації.

Висновок експерта має містити відповіді на питання, які виникають під час кримінального провадження, і можуть бути вирішені шляхом застосування наукових, технічних або інших спеціальних знань. Приділено багато уваги оцінці висновку експерта наукових працях таких учених-криміналістів, як: Л. Ю. Ароцкер, Р. С. Бєлкін, П. Д. Біленчук, А. І. Вінберг, О. О. Ейсман, Н. І. Клименко, В. Я. Колдін, В. П. Колмаков, В. К. Лисиченко, М. В. Салтевський, М. Я. Сегай, В. П. Шибіко, О. Р. Шляхов та ін.

Метою даної публікації вважаємо конкретизацію одного з найбільш важливих елементів процесу доказування, а також і об'єкта оцінки, яким виступає висновок експерта.

Суттєвим позитивним нововведенням у новому КПК є скасування дослідчої перевірки матеріалів про вчинення злочину, що вирішило багаторічну дискусію про можливість призначення експертизи до порушення кримінальної справи. Якщо раніше підставою проведення експертизи була постанова органу дізнання та слідчого, яка виносилась після порушення кримінальної справи, то у новому процесі судова експертиза може бути призначена одразу ж після внесення інформації про кримінальне правопорушення в Єдиний реєстр досудових розслідувань [1].

Експертиза проводиться за зверненням сторони кримінального провадження або за дорученням слідчого судді чи суду, якщо для з'ясування обставин, що мають значення для кримінального провадження, необхідні спеціальні знання. Визнавши необхідним провадження експертизи формулюється перелік питань, що знаходять відображення у процесуальному рішенні і є підставою для її проведення (ст. 110 КПК).

Сторона, яка виступала ініціатором призначення експертизи, висуває свої припущення щодо подальшого розслідування, якщо це сторона обвинувачення, або побудови захисту, якщо це сторона захисту. В подальшому сторони оцінюють висновок експерта співставляючи свої припущення з результатами дослідження. Висновок експерта, в якому відображено хід і результати дослідження, документ у достовірності якого можуть виникнути сумніви. На основі його оцінки у кримінальному провадженні знову може виникнути необхідність проведення експертизи іншого виду, повторної, додаткової, комісійної або ж альтернативної, якщо є сумніви у її достовірності.

Тут слід зауважити, що сторони кримінального провадження більш обізнані з обставинами кримінального правопорушення. Експерт, лише з моменту ознайомлення з відповідним процесуальним документом, і об'єктом дослідження, якщо тільки від нього не надійшло невідкладної відмови від проведення експертизи за передбаченими КПК підставами, вважається таким що розпочав дослідження.

Для експертизи повинні бути надані у розпорядження експерта належним чином оформлені й упаковані об'єкти дослідження та матеріали кримінального провадження, які необхідні для проведення дослідження й надання обґрунтованого висновку. Як свідчить практика, більш детальне знайомство з матеріалами кримінального провадженя дає можливість уникнути збільшення витрат часу і процесуальних витрат у конкретному кримінальному провадження. При цьому документи, в яких зазначено обставини встановлені під час розслідування і які обумовили призначення експертизи, не можна розглядати як складову частину висновку експерта. Оцінює відомості, отримані в ході дослідження

© Гаркавенко О. В., 2014

експерт, у відповідності з тими даними, що встановлені на цей момент органами досудового розслідування. Це важливо у випадку, якщо при проведенні експертизи будуть виявлені відомості, що мають значення для кримінального провадження і з приводу яких не ставилися питання. Експерт має право зазначити про них у своєму висновку.

Доказове значення експертизи зумовлене також якістю ілюстративного матеріалу, який становить невід'ємну компонентну висновку експерта – фотознімків, креслень, діаграм, графіків, малюнків – підтвердити результати досліджень, щоб таким наочними знаками аргументувати висновки за експертизою.

Судова експертиза сьогодні використовує здобутки багатьох галузей знань і широкий спектр наукових методів дослідження. Тому вважаємо необхідним розробку науково обґрунтованих рекомендацій стосовно методики проведення експертних досліджень. Недостатньо у судовому кримінальному провадженні лише оголосити результати дослідження, відображені у висновку експерта. Важливо при наявності альтернативного висновку експертного дослідження, щоб суд оцінив і врахував ступінь правильності, доцільності та можливості наукових методів, що використані експертом для отримання вивідних знань про кримінальне правопорушення.

До предмета висновку експерта можуть входити будь-які факти й обставини, що мають значення для правильного вирішення кримінального провадження, встановлення яких потребує спеціальних знань, проте він обмежується зв'язком фактів з обставинами кримінального провадження.

Суд за результатами оцінки висновку експерта, як стверджує Н. І. Клименко, може прийти до одного із наступних умовиводів:

– висновок експерта повний та обґрунтований і такий, що має значення для справи;

– висновок неповний або недостатньо ясний і потребує допиту експерта чи проведення додаткової експертизи;

– висновок експерта необґрунтований або сумнівний з точки зору його правильності і вимагає повторної експертизи чи інших процесуальних дій з метою його перевірки [2, с.174].

Підводячи підсумки слід зазначити, що результати судової експертизи займають важливе місце серед інших доказів у кримінальному провадженні і разом з ними враховуються під час прийняття процесуальних рішень на досудовому розслідуванні і в суді. Висновок судової експертизи оцінюється за критеріями науковості і процесуальної значимості. Процесуальне значення результатів дослідження має оцінка, як складовий елемент процесу доказування. З точки зору науковості результатів дослідження висновок експерта оцінюється особами, які володіють спеціальними знаннями, необхідність застосування яких обумовлена ходом конкретного кримінального провадження.

Список використаних джерел:

1. Використання спеціальних знань відповідно до нового Кримінального процесуального кодексу України. Роз'яснення від 18 лютого 2013 р. Мін'юст України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/n0003323-13

2. Клименко Н. І. Судова експертологія: курс лекцій : навч. посіб [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / Н. І. Клименко. – К. : Ін Юре, 2007. – 528 с.

Голуб І. Г.,
здобувач кафедри правосуддя та кримінально-правових дисциплін Інституту права ім. І. Малиновського Національного університету «Острозька академія»

ПРАВО НА ДИТИНСТВО: КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ВИМІР

У сучасній науці одним із найважливіших пріоритетів є виникнення нових напрямів досліджень. Адже на сьогоднішній день багато теоретичних і практичних питань юриспруденції потребують наукового обґрунтування та практичного вирішення. Дуже часто проблемні питання виникають на стику існуючих наук та наукових дисциплін. Деякі питання юриспруденції потребують ґрунтовного вивчення та дослідження, використовуючи новітні наукові розробки цілого ряду суспільствознавчих дисциплін. Виховання молодого покоління є і одним із найбільш пріоритетних завдань держави і суспільства. Дитині як особистості, її безпеці, вихованню, навчанню та розвитку повинно приділятися якнайбільше уваги як сім'єю та соціальним середовищем дитини, так і державою та державними органами. Проблеми дітей, їх виживання, навчання та виховання і дитинство як соціальне явище в цілому на сьогодні є одними з фундаментальних пріоритетів кожної держави, та глобальною проблемою людства. Оскільки у більшості розвинутих країн світу існує проблема старіння населення і всі держави та ряд світових організацій стверджують про необхідність законодавчого врегулювання різних аспектів життя дитини та вдосконалення норм права, що регулюють правовідносини, пов'язані з дитинством. А в країнах, що розвиваються, проблем із захистом дитини і дитинства ще більше. Одним із найважливіших завдань демократичної держави і суспільства є забезпечення дотримання прав найбільш вразливої категорії населення – дітей.

Дитинство – це відносно короткий і надзвичайно важливий період у житті людини. Події, пережиті у дитячому віці, накладають відбиток на все подальше життя людини. Найважливішим у дитячому віці є формування бази знань, вмінь та навичок для подальшого життя, становлення особистості та творчого зростання, самореалізації людини. Дитячий період є дуже вразливим, будь-яка пережита в дитинстві подія впливає на формування світогляду дитини, відбивається на її психологічному стані та впливає на все подальше життя. Адже у маленької людини часто бувають зовсім недитячі проблеми. Уваги держави, суспільства та наукової спільноти потребує нестандартна ситуація, коли новонароджені та малолітні діти, які не вчинили злочин і не могли його скоїти, опиняються в ситуації, коли їх мати підозрюється або обвинувачена у вчиненні кримінально-караного діяння. Діти стають заручниками складних обставин, нерідко потрапляючи за ґрати разом із мамами. Для дитини до трьох років її мама – це цілий світ, і не важливо, як її оцінює суспільство. У кримінально-виконавчому праві значна увага приділяється утриманню разом з мамами-засудженими діток до трьох років. Звичайно, для кожної дитини виховання її рідною матір'ю є найважливішим чинником для розвитку, виховання і навчання дитини, а також для збереження її фізичного та психічного здоров'я. Але у вітчизняному законодавстві дуже мало і надзвичайно формально викладене дане питання. Наприклад, до винесення мамі вироку доля маленької людини взагалі ігнорується. Дуже часто трапляється що при затриманні матері такі діти залишаються бездоглядними, не відвідують навчальні заклади.

В Україні значна увага приділена жінкам – засудженим та засудженим підліткам. У 2006-2009 роках за підтримки Швейцарської агенції з розвитку і співробітництва Державний департамент з питань виконання покарань разом з Інформаційно-консультативним жіночим центром реалізовував проект «Жінки і матері з дітьми в ув'язненні». Він був спрямований на жінок, які мали дітей до трьох років, що відбували покарання разом із мамами. Зазвичай, в Україні таких близько 100 осіб – в Одеській та Чернігівській колоніях. Деякі жінки народжують в тюрмі. Що записано у свідоцтві про народження дитини? Наскільки правильно надається допомога при пологах породіллі і малюку? Наскільки правильним є мамин догляд за малюком в умовах позбавлення волі? Чи забезпечуються мінімальні потреби малюка? За законом такі жінки навіть не отримують допомоги при народженні дитини. Враховуючи, що більшість таких жінок малозабезпечені або матері-одиначки, вони не можуть забезпечити в таких умовах навіть мінімальних потреб своїх малюків. Так, згідно законодавства України, мама малюка

© Голуб І. Г., 2014

вчинила кримінально-каране діяння і згідно з законом має понести покарання. І те, що дитина хоча б частково перебуває поряд з підозрюваною, обвинуваченою чи засудженою матір'ю – це велике благо як для дитини, так і для матері. Звичайно, і держава, і суспільство дуже суворо ставляться до осіб, що вчинили злочин або підозрювані у вчиненні злочину. Але частина цих жінок так ніколи і не будуть засуджені за вчинення злочину – з різних причин. А нерідко підозрюваними чи обвинуваченими є вагітні жінки або жінки, які мають малолітніх дітей. І не важливо, які життєві ситуації, причини, мотиви, помилки чи обставини стали причиною потрапляння цих, як правило, зовсім молодих жінок у таку життєву ситуацію. Тим більше нікого не цікавлять причини, які спонукали цих жінок вчинити злочин. Незнання закону не звільняє від відповідальності. Вони вчинили кримінально-каране діяння і мають бути покарані. Один з основоположних принципів права – невідворотність покарання. Є обвинувальний вирок суду, є покарання. Все вірно. Але є діти. Чомусь всі забувають що з моменту вчинення злочину до моменту оголошення вироку проходить час. Значний час, особливо для маленької людини. Адже перинатальний період розвитку маленької людини – усього дев'ять місяців. А наскільки він важливий у житті людини. Період пологів – усього від декількох годин. Про важливість умов народження малюка та надання кваліфікованої медичної допомоги для збереження дитини та її подальшого здоров'я, а також збереження здоров'я породіллі не варто навіть говорити – це очевидно. Період новонародженості – до двох місяців. Це той період в житті дитини, коли роль матері надзвичайно важлива. А якщо цей час життя маленької людини внаслідок нещасливого збігу обставин прийшовся на час досудового розслідування тяжкого злочину, у вчиненні якого підозрюють чи обвинувачують матір дитини. Якщо цей період збігся з часом її перебування, наприклад, у слідчому ізоляторі? Тут виникає нестандартна ситуація, що потребує детального вивчення – вагітна жінка, чи жінка з малолітньою дитиною, щодо якої не винесено обвинувального вироку, затримана за підозрою у вчиненні злочину. Або перебуває у процесуальному статусі підозрюваної чи обвинуваченої. Те, що саме вона вчинила злочин, ще треба довести. Вироку ще немає. А шкода для маленької людини, яка навіть не є учасником кримінального процесу, уже очевидна.

А ще є дуже велика частина жінок, у яких діти старші трьох років. За ув'язнення матерів вони переважно мешкають з іншими родичами. Та трапляються випадки, коли жінки не знають, де опиняються їхні діти, коли самі потрапляють за ґрати. Наприклад, під час затримання жінок були неточно оформлені документи або наявність дитини не була оформлена зовсім, діти потрапили до розряду безбатченків та безхатченків, і держава передала їх до відповідних установ. Відтак, родичі загалом можуть втратити інформацію про них. Слідкувати за точним оформленням документів під час затримання треба дуже чітко. Зокрема, це передбачають Правила ООН стосовно поводження з ув'язненими жінками і засобів покарання для жінок-правопорушниць без позбавлення їх свободи (Бангкокські правила), що схвалені Генеральною Асамблеєю ООН у грудні 2010 року. Деякі з цих правил сьогодні не закріплені в законодавстві України. Наприклад, щодо жінок з дітьми, які потрапляють у місця позбавлення волі.

Десятки років доля дітей обвинувачених чи підозрюваних у вчиненні злочину жінок не вивчалася. Ніхто не веде обліку затриманих за підозрою у вчиненні злочину вагітних жінок чи жінок у яких є неповнолітні діти. Немає даних, немає статистики. Немає правового регулювання державою таких випадків. Звичайно, доросла людина повинна усвідомлювати значення своїх дій і відповідати за власні вчинки. Незнання закону не звільняє від відповідальності. Принцип невідворотності покарання за вчинене повинен діяти. Особливо за вчинений злочин. Це справедливо. Закон вище всього – мотивів, мети, важких життєвих ситуацій, долі маленьких людей, їх життя, здоров'я, освіти. Жорсткість закону можна зрозуміти, коли справа стосується злочинниць, жінок, що вчинили злочин, вина яких доведена, обвинувальний вирок винесено та покарання призначене. Суспільство повинно з цим змиритися – адже така жінка потребує виправлення і ресоціалізації. Але до моменту винесення вироку матері діти не повинні перебувати в таких умовах. Адже карати потрібно за вчинене, і запобіжні заходи потрібно застосовувати, дуже уважно оцінюючи всі обставини та враховуючи особливості справи і суспільну небезпеку підозрюваної чи обвинуваченої особи.

Гонгало С. Й.,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри правосуддя та кримінально-правових дисциплін Національного університету «Острозька академія»

ЧИ Є МІСЦЕ ГРАФОЛОГІЇ У СУЧАСНІЙ КРИМІНАЛІСТИЦІ?

Останнім часом все частішими є звернення до експертів-почеркознавців з проханням встановити у якому психофізіологічному стані перебував виконавець рукописного тексту. Значна частина експертів відмовляється від вирішення поставленого питання, мотивуючи це відсутністю науково обґрунтованої методики, інші – браком знань, ще інші відсилають до фахівців з судово-лінгвістичної експертизи, або ж до фахівців-психологів. Виникає цілком слушне запитання – хто ж має проводити таку експертизу?

Згадки та роздуми про можливість характеристики особи за її почерком є в творах Арістотеля, Діонісія Галикарнаського, Светонія, Теофраста та інших авторів античності. Але самостійні праці з цього питання з'явилися лише в XVII столітті. У 1871 році, у Франції, абат Жан-Іпполіт Мішон зробив спробу систематизувати окремі відомості про відображення окремих рис характеру у почерку, він же і почав вживати термін «графологія», а ще через рік видав книгу «Таємниця письма», що започаткувала наукову розробку цього питання.

Зазначене питання продовжувало цікавити багатьох науковців впродовж наступних років, і подальшого розвитку графологія набула у працях А. Бертільйона, Є. Ф. Буринського, А. Веринарда, Д. М. Зуєва-Інсарова, Ч. Ломброзо, С. Оттоленгі, М. Д. Ахшарумова, І. Моргернштерна, Ф. Ф. Тишкова та інших. Графологією активно займалися І.-В. Гете, О. Дюма, Жорж Санд, В. Шекспір. Всі вони вважали графологію наукою, що має власні методи дослідження певних об'єктів. Так, Ф. Джакометті писав: «Якщо під наукою розуміти систему знань, в якій на основі теоретичних передумов виробляється строга методологія, яка оперує такою ж конкретною технікою експерименту та перевіркою даних, то графологія, безумовно, повинна бути віднесена до категорії наукових занять».

Впродовж тисячоліть складалися такі історичні закономірності письма, як його структура, складові компоненти, системний характер. Останнє залежить від призначення, форми та основи застосування знаків. При цьому майже завжди кожному знаку притаманний більш-менш постійний графічний вигляд. Щоправда, скоропис призводить до нерозбірливості текстів, їх важко читати, але, разом із тим, ці особливості і є тими основними гранями, які уможливлюють розпізнавання почерків, тобто зумовлюють неповторність, індивідуальність кожного. Саме з урахуванням відхилень основних ознак почерку від середніх показників прописів і можна судити про особистість людини.

Письмо, як відомо, є результатом дуже складного комплексу рухів, до виконання якого, незалежно від форми літер та їх написання, залучається вкрай непростий та дуже злагоджений письмово-руховий апарат виконавця рукопису. Рухи ці обмежуються простором (горизонтальна площина, розмір матеріалу письма) та можливостями письмово-рухового апарата виконувати певні елементи літер. Останні за напрямком (вертикальні, горизонтальні), формою (прямою та криволінійною) та їх сукупністю (дуги, кола, овали, петлі тощо) складають основу характеристики людини за сукупністю цих ознак.

Беручи до уваги сказане, можна стверджувати, що всебічне вивчення почерку дає змогу скласти певну науково обґрунтовану думку про людину.

На тісний зв'язок між психікою, станом людини та почерком вперше (в СРСР) вказав відомий психолог та лікар О. Р. Лурія ще в 30-х роках минулого століття. Саме він встановив ряд характерних змін почерку залежно від локалізації патологічних процесів у мозку. Його дослідження є вагомим внеском у медико-діагностичний аспект графології та судового почеркознавства.

Відомий вчений-криміналіст С М. Потапов ще в середині двадцятого століття писав, що характер людини відображається в її рухах, а почерк фіксує ряд рухів, віддзеркалюючи таким чином індивідуальні особливості людини.

Нині графологія накопичила значну кількість об'єктивних знань, які можуть бути широко використані на практиці.

© Гонгало С. Й., 2014

Часто виникає запитання: чому у всіх людей почерк різний? Це зумовлено тим, що й люди різні. У всіх різний тип характеру, по-різному протікають розумові процеси (хтось реагує швидко, хтось повільно, одні віддають перевагу формі написаного, інші – змісту). Також на почерк впливають травми, захворювання (особливо психічні), різноманітні психоемоційні стани. Саме відмінності у почерках дають найбільше інформації про їх виконавців. Письмо «від руки» здійснюється, так званим, скорописом. Навчаючись письму, ми засвоюємо, фіксуємо у своїй пам'яті стереотип літери, її форму, яка зрозуміла для нас як у друкованому, так і в рукописному вигляді. Тому для друку використовуються лише стандартизовані шрифти, а при рукописному письмі можливі відхилення від стандартів, варіативність почерку, хоча це не заважає нам читати написане.

Саме нестандартність, варіативність почерку робить його незамінним об'єктом графологічного та почеркознавчого досліджень.

Чимало слідчих та суддів, призначаючи експертизи рукописних текстів, називають їх то почеркознавчими, то графологічними, не зважаючи на їх суттєві відмінності. Почеркознавство – галузь криміналістичної техніки, що вивчає закономірності графіки письма, процес його дослідження з метою ідентифікації людини та вирішення інших почеркознавчих завдань (хто є автором або виконавцем документу, в яких умовах виконано документ, у якому стані перебував виконавець рукопису в момент його виконання тощо). Графологія – вивчення почерку з метою визначення характеру, здібностей і нахилів людини, а також теорія, згідно з якою з почерку людини можна судити про її характер і навіть зовнішність. Однак серед експертиз, які проводяться у експертних установах України, і які підлягають сертифікації, відсутній такий її вид (підвид), як графологічна.

Такий стан речей, на нашу думку, викликаний тим, що ще у 1940 році професор С.В. Познишев не побачив у графології наукового підґрунтя, а у 1953 році Б.В. Харазишвілі розкритикував графологію як буржуазний метод судового почеркознавства.

На сьогодні графологію варто вважати галуззю знань, де спільним з почеркознавством є об'єкт дослідження – почерк, але предмет дослідження у кожного свій. Про можливість використання досягнень графології у вітчизняній криміналістиці зазначають П.Д. Біленчук, В.О. Маркусь. Не залишили поза своєю увагою графологію і українські психологи В.І. Тараненко, О.І. Фармагей.

Вважаємо, що дослідження в галузі графології слід продовжувати у тісній співпраці експертів-почеркознавців та психологів-діагностів, оскільки і ті, і інші працюють з почерком – продуктом розумової та вольової діяльності людини, і, по суті, вирішують спільні задачі, але кожний у межах своєї компетенції. Така співпраця сприятиме напрацюванню наукових основ графології, що дозволить вважати її не лише галуззю спеціальних знань, а й наукою.

Гринюк В. О.,
кандидат юридичних наук,доцент доцент кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ОТРИМАННЯ ДОКАЗІВ ПРОКУРОРОМ У ДОСУДОВОМУ РОЗСЛІДУВАННІ: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ

Основним змістом, стержнем кримінально-процесуальної діяльності є доказування, яке здійснюється уповноваженими суб'єктами у відповідності до встановленої законом процесуальної форми, що полягає в отриманні, перевірці та оцінці доказів з метою встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження. Чітке визначення кола суб'єктів, які уповноважені отримувати докази в кримінальному провадженні, має суттєве значення, оскільки отримання доказів не уповноваженим суб'єктом має наслідком їх недопустимість. Відповідно до ч. 2 ст. 91 КПК України доказування полягає у збиранні, перевірці та оцінці доказів з метою встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження. Поряд з цим в ч. 1 ст. 223 КПК України, разом з терміном «збирання» вживається термін «отримання». Саме тому, як слушно зазначає М.А. Погорецький, для початкового етапу доказування більш прийнятним є застосування терміну «отримання», оскільки він точніше відбиває сутність першого етапу процесу доказування [1, 506].

Одним із суб'єктів доказування у кримінальному провадженні в досудовому розслідуванні зі сторони обвинувачення є прокурор, на якого покладається обов'язок доказування обставин, передбачених ч. 1 ст. 91 КПК України, що обумовлено принципом публічності кримінального провадження та наділення його відповідними владними повноваженнями.

Характерною особливістю отримання доказів у досудовому розслідуванні прокурором є можливість застосування тимчасового обмеження окремих конституційних прав, свобод людини і громадянина, а в окремих випадках застосування заходів примусу. Зокрема, здійснення примусу допускається при проведенні освідування підозрюваного, свідка чи потерпілого у випадку відмови цих осіб від добровільного освідування (ч. 3 ст. 241 КПК України) та при відбиранні біологічних зразків (ч. 3 ст. 245 КПК України). Отримання доказів із застосуванням надмірного примусу може свідчити про заподіяння особі приниження чи страждання, що може мати наслідком визнання такого доказу недопустимим згідно ст. 87 КПК України. У рішенні Європейського суду з прав людини у справі «Яллох проти Німеччини» від 11 липня 2006 року зазначається, що застосування примусу під час проведення процесуальної дії повинно бути «винятково необхідним» для отримання доказу і «менш шкідливим» для недоторканності особи [2].

Отже, отримання доказів прокурором у досудовому розслідуванні має такі сутнісні ознаки: наявність владних повноважень на отримання доказів; дії, які спрямовані на отримання доказів, носять активний діяльнісний характер; на прокурора покладено обов'язок отримання доказів у досудовому розслідуванні; може супроводжуватись тимчасовим обмеженням конституційних прав і свобод людини і громадянина; в окремих випадках існує можливість застосування заходів примусу.

Повноваження прокурора щодо отримання доказів передбачені ч. 2 ст. 93 КПК України, їх в теорії кримінального процесу ще називають способами збирання доказів. Зазначені способи отримання доказів випливають з можливості здійснення прокурором нагляду за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва. Однак, законодавцем способи отримання доказів визначені в загальному вигляді, що на практиці породжує ряд проблемних питань, оскільки кожен із суб'єктів сторони обвинувачення наділений різними повноваженнями.

Основним способом отримання доказів прокурором під час досудового розслідування є проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій з метою виявлення і закріплення фактичних даних і відомостей про їх джерела для отримання чи перевірки доказів. Але, на відміну від слідчого, прокурор не здійснює безпосереднє досудове розслідування у повному обсязі, а тільки при необхідності особисто проводить слідчі (розшукові) дії чи бере у них участь. Як процесуальний керівник прокурор наділений повноваженнями давати вказівки слідчому щодо проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій.

© Гринюк В. О., 2014

Відповідно до п. п. 4, 5 ч. 2 ст. 36 КПК України прокурор уповноважений доручати проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій слідчому, органу досудового розслідування відповідним оперативним підрозділам. Прокурор погоджує або відмовляє в погодженні клопотань слідчого до слідчого судді про проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій, чи самостійно подає до слідчого судді такі клопотання. Проте, на практиці прокурор не може надавати оперативним підрозділам доручення про виконання ухвал слідчого судді про дозвіл на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи (ст. 236 КПК України) та про тимчасовий доступ до речей і документів (ст. 165 КПК України). На нашу думку, чинний КПК України доцільно доповнити положенням про надання можливості виконання ухвал слідчого судді оперативним підрозділам за дорученням прокурора.

Отримання доказів стороною обвинувачення можливе також шляхом проведення інших процесуальних дій, передбачених КПК України. О.Г. Шило зазначає, що серед заходів забезпечення кримінального провадження є такі, які безпосередньо спрямовані на збирання та збереження доказів: тимчасовий доступ до речей і документів; тимчасове вилучення майна; арешт майна [3, 357]. Вважаємо доцільним погодитися із зазначеним, разом з тим ця точка зору потребує уточнення. Заходи забезпечення кримінального провадження можуть бути способом отримання доказів тільки в тому випадку, якщо інші способи їх отримання відповідно до ст. 93 КПК України не дали бажаного результату. Як зазначає Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, при розгляді клопотань про тимчасовий доступ до речей і документів слід враховувати можливість сторони обвинувачення витребувати та отримати речі або документи за умови їх добровільного надання володільцем без застосування процедури, передбаченої главою 15 КПК України [4].

Таким чином, отримання доказів прокурором повинно відбуватись тими способами, які зазначені в. ч. 2 ст. 93 КПК України. Неправильне розуміння зазначених положень КПК України фактично зумовлює підміну слідчих (розшукових), негласних слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій заходами забезпечення кримінального провадження. Зазначене підтверджується положеннями ч. 4 ст. 132 КПК України, згідно якої застосування заходів забезпечення кримінального провадження не допускається, якщо слідчий, прокурор не доведе, що потреби досудового розслідування виправдовують такий ступінь втручання у права і свободи особи, про який йдеться в клопотанні слідчого чи прокурора.

Список використаних джерел:

1. Погорецький М. А. Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі: монографія / М. А. Погорецький. – Х.: Арсіс, ЛТД, 2007. – 576 с.

2. Рішення Європейського суду з прав людини «Яллох проти Німеччини» (Jalloh v Germanu) [GC], 54810/00, 11 липня 2006 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://cmiskp.echr.coe.int/.

3. Шило О.Г. Застосування заходів забезпечення кримінального провадження з метою збирання доказів / О.Г. Шило // Докази і доказування за новим Кримінальним процесуальним кодексом України (до 75-річчя з дня народження доктора юридичних наук, професора Михайла Макаровича Михеєнка): матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 6-7 грудня 2012 р., м. Київ. – Х.: Видавець Строков Д.В., 2013. – С. 356 – 358.

4. Про деякі питання здійснення слідчим суддею суду першої інстанції судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження» від 05.04.2013 р: Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ. – Закон і бізнес. – 2013. – №17.

Губіна Є. Н.,
прокурор прокуратури Києво-Святошинського району Київської області

УЧАСТЬ ПОНЯТИХ ПРИ ПРЕД'ЯВЛЕННІ ДЛЯ ВПІЗНАННЯ ОСОБИ, РЕЧЕЙ ТА ТРУПА

Пред'явлення для впізнання є слідчою (розшуковою) дією, проведення якої регулюється ст.ст. 228-230 КПК України. Ця дія «полягає в пред'явленні свідку, потерпілому, підозрюваному в передбаченому законом порядку певного об'єкта, для того щоб вони могли встановити його тотожність, подібність або відмінність з тим об'єктом, який спостерігали раніше, зберегли в пам'яті і про який давали показання…» [1, с. 383]. Залежно від об'єкту розрізняють такі види пред'явлення для впізнання : осіб; речей; трупа.

Одне із правил пред'явлення для впізнання полягає у тому, що відповідно до ч. 7 ст. 223 КПК України слідчий, прокурор зобов'язаний запросити не менше двох незаінтересованих осіб (понятих) для участі у проведенні цієї слідчої (розшукової) дії. Однак якщо застосовується безперервно відеозапис ходу її проведення, понятих можна не запрошувати. У такому випадку на слідчого, прокурора покладається обов'язок забезпечення дійсно безперервної фіксації за допомогою відеозйомки усіх дій, які виконуються під час підготовки та проведення пред'явлення для впізнання.

Загальні правила пред'явлення особи для впізнання визначені у ст. 228 КПК України. Виходячи з сутності цієї слідчої (розшукової) дії, «роль понятих в її проведенні повинна зводитись, – як відмічає О. Булейко, – до засвідчення двох моментів : 1) факту впізнання (або невпізнання) пред'явленої особи; 2) дотримання встановленого законом порядку проведення слідчої дії, який забезпечує достовірність отриманих результатів» [2, с. 66].

Слід акцентувати увагу на тому, що у ст. 228 КПК України не вирішено питання про підбір понятих до участі у проведенні цієї слідчої (розшукової) дії. Даний недолік цієї статті потрібно усунути.

Під час дії КПК України 1960 р. про підбір понятих йшлося у п. 6 методичних рекомендацій щодо пред'явлення для впізнання на попередньому слідстві, які були розроблені 25 липня 2001 р. Головним слідчим управлінням МВС України [3]. Роз'яснювалось, що при підготовці до пред'явлення для впізнання потрібно підібрати понятих, якими мають бути повнолітні особи, здатні правильно сприймати хід та результати даної слідчої дії. Щоб виключити можливість підказування мімікою чи жестами, важливо, щоб вони не знали осіб, які впізнають чи пред'являються для впізнання.

Відповідно до ч. 3 ст. 223 КПК України, перед проведенням слідчої (розшукової) дії особам, які беруть у ній участь, роз'яснюються їх права і обов'язки, передбачені цим Кодексом. Отже, до проведення пред'явлення для впізнання понятим також мають бути роз'ясненні їх права і обов'язки. Однак у КПК України немає статті, у якій би вони визначались. Цю прогалину закону необхідно усунути.

У ч. 4 ст. 228 КПК України вказано, що з метою забезпечення безпеки особи, яка впізнає, впізнання може проводитися в умовах, коли особа, яку пред'являють для впізнання, не бачить і не чує особи, яка впізнає, тобто поза її візуальним та аудіоспостереженням.

Зі змісту цієї норми випливає запитання, скільки понятих повинно бути при проведенні такого впізнання. Під час дії КПК України 1960 р. відповідь на нього містилася у вищезазначених методичних рекомендаціях. Відмічалось, що для участі в проведенні впізнання поза візуальним спостереженням, яке має проводитися у спеціально обладнаній кімнаті, залучається четверо понятих. Двоє понятих повинні бути у кімнаті, звідки буде проводитися впізнання, а двоє інших в кімнаті, де знаходяться статисти та об'єкт впізнання. На наш погляд, таким положенням слід доповнити ч. 4 ст. 228 КПК України.

У ст. 228 КПК України не визначені обов'язки понятих при проведенні впізнання поза візуальним спостереженням того, кого впізнають. По іншому регулювалось дане питання у КПК України 1960 р. У ч. 6 ст. 174 цього Кодексу зазначалось, що поняті повинні пересвідчитися у можливості впізнання поза візуальним спостереженням того, кого впізнають, і засвідчити таке впізнання. Вважаємо, що аналогічним за змістом положенням доцільно доповнити ст. 228 чинного КПК України.

У ч. 9 ст. 228 КПК України йдеться про можливість проведення впізнання особи за голосом, яке повинно здійснюватися поза візуальним контактом між особою, що впізнає, та особами, які пред'явлені для впізнання. Виникає запитання, а скільки понятих мають бути присутніми при цьому.

© Губіна Є. Н., 2014

Нами поділяється думка О. Капліної, яка дослідивши порядок пред'явлення впізнання за голосом, відмічає, що для «об'єктивного і законного провадження слідчої дії у такому порядку необхідна участь не менше чотирьох понятих, оскільки впізнаючий і той, кого впізнають, повинні перебувати поза візуальним контактом, але у присутності понятих» [1, с. 387].

Як уявляється, питання про залучення слідчим, прокурором мінімальної кількості понятих для участі у проведенні вказаної слідчої (розшукової) дії потребує законодавчого вирішення. Пропонуємо доповнити ч. 9 ст. 228 КПК України положенням, що для участі у проведенні впізнання за голосом залучається не менше чотирьох понятих.

Згідно з ч. 6 ст. 228 КПК України, за необхідності впізнання може проводитися за фотознімками. Воно здійснюється в тому ж порядку, що і впізнання особи, але з дотриманням додаткових правил, які забезпечують достовірність результатів цієї слідчої (розшукової) дії. На жаль, серед них немає нормативно визначеного правила про обов'язок слідчого до проведення впізнання погодити з понятими порядок розміщення фотознімків. На наш погляд, таким правилом слід доповнити ч. 6 ст. 228 КПК України.

Слідчий, прокурор зобов'язаний запросити понятих і для пред'явлення речей для впізнання. Проведення цієї слідчої (розшукової) дії регламентоване ст. 229 КПК України. Уявляється, що її слід доповнити нормою про обов'язок слідчого узгодити з понятими порядок розміщення речей, які пред'являються для впізнання.

Відповідно до ст. 232 КПК України, пред'явлення для впізнання осіб чи речей під час досудового розслідування може бути проведено у режимі відеоконференції при трансляції з іншого приміщення.

Участь понятих при проведенні такого впізнання не є обов'язковою. До такого висновку можна дійти, виходячи зі змісту ч. 9 ст. 232 КПК України, у якій вказано, що хід і результати слідчої (розшукової) дії, проведеної у режимі відеоконференції, фіксується за допомогою технічних засобів відеозапису. Разом з тим, у ч. 7 ст. 223 цього Кодексу закріплено правило, що на слідчого чи прокурора не покладається обов'язок запрошувати понятих, якщо вони застосовують безперервно відеозапис ходу проведення слідчої (розшукової) дії. Крім того, у ч. 4 ст. 232 КПК України зазначено, що впізнання осіб чи речей у дистанційному досудовому провадженні здійснюється згідно з правилами, передбаченими ст.ст. 228 та 229 цього Кодексу. Отже, посилання на ч. 7 ст. 223 КПК України у цій нормі немає.

Окремі науковці вважають, що у деяких випадках слід залучати понятих до участі у пред'явленні для впізнання осіб чи речей, яке проводиться у режимі відеоконференції. Наприклад, про це пише Л. Лобойко : «…зважаючи на те, що повторно пред'явити особу для впізнання не можна, а також на існування ризику переривання відеозв'язку, слідчому, прокуророві доцільно залучати до участі чотирьох понятих – по двоє до кожного приміщення» [4, с. 460].

На слідчого та прокурора покладається обов'язок запросити понятих і для участі у пред'явленні трупа для впізнання, яке відповідно до ст. 230 КПК України здійснюється з додержанням вимог, передбачених ч.ч. 1 і 8 ст. 228 цього Кодексу.

Проведення такої слідчої (розшукової) дії має виражену емоційну складову, яка виражається у тому, що понятий через почуття страху чи бридливості може відмовитись приймати у ній участь. У юридичній літературі висловлена думка, що за «етичними міркуваннями для участі у пред'явленні для впізнання трупа, якщо це можливо, як понятих доцільно запросити співробітників моргу чи лікарні» [5, с. 580].

Вважаємо, що участь понятих у цій слідчий (розшуковій) дії є недоцільною. З ч. 7 ст. 223 КПК України слід виключити положення, що слідчий, прокурор зобов'язаний запросити не менше двох понятих для пред'явлення трупа для впізнання.

Розглядаючи дане питання, слід зазначити, що під час дії КПК України 1960 р. деякі науковці пропонували відмовитися від обов'язкової участі понятих при пред'явленні для впізнання осіб та речей. Наприклад, про це писали В. Маляренко, І. Вернидубов [6, с. 26], В. Фастовець [7, с. 79], Ю. Фролов, В. Педан [8, с. 308].

Нами ця пропозиція не поділяються. Участь понятих є надійною гарантією правильного проведення пред'явлення для впізнання осіб та речей, належного фіксування у протоколі цієї слідчої (розшукової) дії обставин, що мають значення для кримінального провадження.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний процес : підруч. / Ю. М. Грошевий, В. Я. Тацій, А. Р. Туманянц та ін. ; за ред. В. Я. Тація, Ю. М. Грошевого, О. В. Капліної, О. Г. Шило. – Х. : Право, 2013. – 824 с.

2. Булейко О. Л. Участь понятих у кримінальному процесі : моногр. / О. Л. Булейко. – К. : КНТ, 2010. – 168 с.

3. Методичні рекомендації щодо пред'явлення для впізнання на попередньому слідстві. – К. : МВС України, 2001. – 32 с.

4. Науково-практичний коментар до Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 року / За ред. О. А. Банчука, Р. О. Куйбіди, М. І. Хавронюка. – Х. : Фактор, 2013. – 1072 с.

5. 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.

6. Маляренко В. Т. Про інститут понятих у кримінальному процесі України / В. Т. Маляренко, І. В. Вернидубов // Вісник Верховного Суду України. – 2001. – № 3. – С. 22-27.

7. Фастовець В. Інститут понятих. Архаїчне явище чи процесуальна гарантія захисту прав учасників кримінального судочинства / В. Фастовець // Вісник прокуратури. – 2012. – № 3. – С. 74-81.

8. Фролов Ю. М. Проблеми участі понятих у провадженні окремих процесуальних дій на окремих стадіях кримінального процесу / Ю. М. Фролов, В. І. Педан // Вісник Донецького університету. – 2008. – Вип. 1. – С. 305-309.

Дунаєвська Л. Г.,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ТИПОВІ СЛІДЧІ СИТУАЦІЇ ПОЧАТКОВОГО ЕТАПУ РОЗСЛІДУВАННЯ «МЕДИЧНИХ ЗЛОЧИНІВ»

Для організації розслідування злочинів, вчинених під час надання медичної допомоги суттєве значення мають типові слідчі ситуації. Виділення типових слідчих ситуацій та розробка на їх основі рекомендацій з методики розслідування «медичних злочинів» необхідні для правильної побудови слідчих версій, визначення напрямку подальшого розслідування, встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження, визначення кола, обсягу та послідовності (алгоритму) слідчих (розшукових) дій.

Під час розслідування злочинів, вчинених медичними працівниками, характерні типові слідчі ситуації, які можуть бути класифіковані за різними підставами.

За джерелом інформації про кримінальне правопорушення вчинене медичним працівником під час надання медичної допомоги:

– заява хворих або їх представників; повідомлення засобів масової інформації;

– повідомлення закладів охорони здоров'я, у тому числі й судово-медичних експертів, патологоанатомів.

Різниця в змісті зазначених слідчих ситуаціях, а відповідно і в завданнях, що стоять перед слідчим, обумовлені перш за все різним обсягом криміналістично значимої інформації, якою володіє слідчий. Перша ситуація характеризується незначним обсягом інформації, що надходить від заяв хворих, їхніх близьких та родичів і часто має характер припущення. У таких заявах лікарів звинувачують у помилковій діагностиці захворювань, несвоєчасному чи неправильному наданні медичної допомоги тощо. Причиною таких скарг є психологічна реакція хворого на результат лікування, та родичів хворого при несподіваній його смерті під час операції чи від хвороби, яка рідним не здавалася небезпечною тощо. У таких випадках виникають сумніви в тому, що лікар своєчасно та правильно надав медичну допомогу та зробив усе необхідне для лікування хворого. Перевагою даної слідчої ситуації є те, що для осіб, які вчинили злочинне діяння, є неочікуваним початок досудового розслідування і відповідно такі особи вчасно не можуть прийняти заходів для приховання криміналістично значимої інформації. Тому необхідно в першу чергу оглянути та вилучити медичну документацію з метою уникнення перекручення фактів шляхом підробки (зміни записів) чи заміни документів зацікавленими особами.

Для другої слідчої ситуації характерно те, що слідчий володіє достовірнішою та більшою за обсягом інформацією, зокрема у розпорядженні слідчого знаходитися історія хвороби, амбулаторна картка; протокол патологоанатомічного дослідження або висновок судово-медичної експертизи трупа – у випадку смерті потерпілого; протокол клініко-анатомічної конференції або лікувально-контрольної комісії; матеріали відомчої перевірки.

Узагальнюючи практику розслідування кримінальних проваджень щодо обвинувачення лікарів у неналежному наданні медичної допомоги, необхідно зазначити, що в одних випадках про подію злочину свідчить поведінка медичного працівника (а саме бездіяльність) (ст. 139 КК України), а в інших випадках – наслідок (кінцевий результат неналежного надання медичної допомоги). Відповідно, залежно від способу вчинення злочину (дія чи бездіяльність) виділяють такі слідчі ситуації:

– ненадання медичної допомоги;

– неналежне надання медичної допомоги.

У слідчих ситуаціях, коли злочин вчинено шляхом ненадання медичної допомоги, то спочатку необхідно з'ясувати чи потребував хворий надання медичної допомоги і чи звертався за нею, якщо так, то необхідно встановити, в чому безпосередньо виявилася протиправна бездіяльність конкретного медичного працівника (не з'явився за викликом чи не прийняв доставленого в лікарню хворого тощо). Розслідування повинно розпочинатися з перевірки цих відомостей та встановлення причинового зв'язку

© Дунаєвська Л. Г., 2014

між бездіяльністю медичного працівника та настанням негативного наслідку для здоров'я потерпілого.

За допомогою судово-медичної експертизи необхідно з'ясувати, які медичні заходи повинен здійснити медичний працівник щодо даного хворого (застосувати медичні препарати, здійснити хірургічне втручання тощо). Тобто бездіяльність медичного працівника повинна бути чітко конкретизовано судово-медичною експертизою, що дозволить перейти до вирішення наступного завдання: встановлення причинного зв'язку між конкретною бездіяльністю медичного працівника й шкідливим наслідком. Якщо шкідливий наслідок для життя й здоров'я потерпілого настав (хворий помер, отримав інвалідність тощо), то для з'ясування питання про причиновий зв'язок достатньо перевірити таку версію: чи могли конкретні медичні заходи, від надання яких ухилився медичний працівник, відвернути несприятливий наслідок для потерпілого, чи наслідок настав в результаті будь-яких інших причин, на які не могли вплинути ці (упущені) заходи.

Розслідування у слідчих ситуаціях, коли медичний працівник неналежно виконав професійні обов'язки необхідно проводити, починаючи від з'ясування наслідку вчиненого до визначення неправильних дій (бездіяльності) медичного працівника та причинового зв'язку між суспільно небезпечними наслідками й злочинно-неналежним наданням медичної допомоги.

Залежно від характеру вихідної інформації, якою володіє слідчий виділяють такі слідчі ситуації:

– злочин вчинений медичним працівником в умовах очевидності: факт вчинення злочину встановлено, особа, що вчинила злочин відома; факт вчинення злочину встановлено, щодо винної особи є орієнтовна інформація; факт вчинення злочину встановлено, особа, що вчинила злочин невідома;

– злочин вчинений медичним працівником в умовах неочевидності (зокрема, під час розслідування іншого злочину виявляють ознаки злочину, пов'язаного із неналежним виконанням професійного обов'язку медичним працівником).

Типові слідчі ситуації в залежності від позиції сторін кримінального провадження щодо неналежного здійснення медичним працівником професійних обов'язків:

– безконфліктні слідчі ситуації (особа повідомляє достовірну інформацію);

– конфліктні слідчі ситуації (особа, що володіє інформацією не бажає її повідомити або повідомляє умисно неправдиву інформацію).

Таким чином, на основі аналізу конкретної слідчої ситуації, що склалася на початковому етапі розслідування «медичних злочинів», можна висунути типові слідчі версії та кваліфіковано підійти до організації і планування розслідування, разом з тим визначити доцільність і правильність здійснення слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій, а також послідовність їх проведення.

Жук М. С.,
аспірант кафедри правосуддя та кримінально-правових дисциплін Національного університету «Острозька академія»

МЕЖІ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ ЗА СТАТУТОМ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА 1864 РОКУ

З'ясування сутності та значення меж судового розгляду у сучасному кримінальному процесі України є неможливим без осмислення історії становлення та розвитку даного інституту. Визначальним у цьому контексті є дослідження меж судового розгляду за Статутом кримінального судочинства 1864 р., прийняття якого було важливим кроком на шляху до демократизації кримінального судочинства та розширення процесуальних прав його учасників, та на основі норм якого формувалось вітчизняне кримінальне процесуальне законодавство.

Дослідженню питання меж судового розгляду у кримінальному судочинстві приділяли увагу такі науковці як С. І. Вікторський, М. Н. Гартунг, Ю. Глазер, М. В. Духовський, М. Немировський, С. В. Познишев, Н. Н. Розін, В. К. Случевський, М. С. Строгович, Д. Г. Тальберг, М. А. Чельцов-Бебутов, І. Я. Фойницький та ін.. Однак, слід констатувати, що окремо у науковій літературі проблема визначення меж судового розгляду за Статутом кримінального судочинства 1864 р. не розглядалась, що й зумовило вибір предмета даного дослідження.

Статут кримінального судочинства 1864 р. передбачав поділ обвинувачення на публічне та приватне. При цьому справи приватного обвинувачення поділялись на дві групи: 1) ті, що дозволялось та 2) не дозволялось «завершувати» примиренням сторін (останні порушувалась за скаргою потерпілого, а подальше судове переслідування здійснювалось прокурором) (ст. 4 та ст. 5 Статуту) [1, с. 5-10]. Критеріями такого поділу виступали рівень суспільної небезпеки та юридична природа того чи іншого злочину.

Відповідно до вказаного поділу, в основі судового розгляду кримінальної справи за Статутом кримінального судочинства лежав обвинувальний акт або скарга приватного обвинувача, у яких точно вказувалась особа обвинуваченого та діяння, що ставилось йому у провину. Іншими словами, предметом судового розгляду виступало питання винуватості підсудного у «приписуваному» йому відповідно до обвинувального акту чи скарги приватного обвинувача злочинному діянні [2, с. 414]. Проблемним же лишалось питання про можливість зміни обвинувачення у суді, про межі такої зміни: тут законодавець не був чітким, що викликало необхідність у додаткових роз'ясненнях положень Статуту, зумовлювало неоднакове їх тлумачення у процесуальній доктрині.

Аналізуючи особливості кримінального судочинства за Статутом 1864 р., В. К. Случевський зазначав, що «правильне визначення меж дослідження справи на судовому слідстві має велике практичне значення. Встановлюючи ці межі, головуючий суду, а за його ініціативою і сам суд, змушені кожного разу вирішувати питання про те, чи відносяться надані тою чи іншою стороною процесу докази до справи. У одному із своїх роз'яснень (95/17) Сенат дав відповідь на це питання: включення в кримінальний процес обставин, які не відносяться до злочинної діяльності обвинуваченого, є відступом від завдань процесу. Основою слідства та судового розгляду справи повинне бути лише те злочинне діяння, за яке повинна бути притягнута до відповідальності особа, що його вчинила» [3, с. 555].

Відповідь же на питання про те, чи допускав Статут кримінального судочинства 1864 р. зміну обвинувачення у суді знаходимо у главі 9 Статуту, яка регламентувала постановку питань перед судом при вирішенні справи по суті. Зокрема, згідно зі ст. 751 зазначеної глави в основі питань, які ставились суду при вирішенні справи, повинні бути не лише дані обвинувального акту, а й судового слідства та заключних дебатів сторін, в тій частині, в якій вони доповнюють чи змінюють висновки обвинувального акту [4, с. 1247-1248].

Проте, право суду керуватись при прийнятті рішення у справі не лише тими межами, які встановлював обвинувальний акт, могло порушити принцип змагальності та позбавити обвинуваченого права на захист. Саме тому законодавець у ст. ст. 752 та 753 Статуту передбачив, що «питання про злочинне діяння, не передбачене у обвинувальному акті, але встановлене за результатами судового слідства, при вирішенні справи не ставляться, якщо таке діяння передбачає більш суворе покарання, ніж те, про яке

© Жук М. С., 2014

йшлося у обвинувальному акті» [4, с. 1247-1248]. При цьому за такої ситуації справа повинна бути направлена на додаткове слідство, а в разі необхідності, – і на складання нового обвинувального акту щодо інших злочинних діянь підсудного.

Таким чином, зміна обвинувачення у суді за Статутом кримінального судочинства 1864 р. мала два наслідки. Перший, – повернення справи на додаткове слідство і складання нового обвинувального акту, мав місце тоді, коли під час судового розгляду справи були виявлені ознаки іншого злочину, не передбаченого обвинувальним актом (тобто, коли початкове обвинувачення змінилось під час судового слідства за своїми основними суттєвими ознаками настільки, що складає собою інше діяння). Сенат пояснив зміст такого положення тим, що не можна приймати рішення по тому обвинуваченню, яке не було пред'явлене підсудному. А тому вирішення справи необхідно відкласти, аби не позбавити обвинувача можливості обдумати і сформулювати відповідне обвинувачення, а підсудного – підготуватись до захисту. До тих випадків, коли справу потрібно було повернути на додаткове слідство, Сенат відніс зміну початкового обвинувачення за видом злочину, зміну способу вчинення злочину, що має наслідком зміну самого складу злочину та ін.. При цьому, на думку Сенату, додаткове слідство необхідне лише за таких умов: 1) обвинувачення змінюється на більш суворе з точки зору покарання, що загрожує підсудному, а також, коли 2) зміна обвинувачення спричинена відкриттям на судовому слідстві нових обставин справи, а не тих, які уже були відомі обвинувальній камері [3, с. 497-498].

Другий наслідок зміни обвинувачення за Статутом кримінального судочинства 1864р., – відстрочка судового засідання, мав за мету дати можливість підсудному підготуватись до захисту. Суд повинен був так вчиняти у всіх випадках, коли зміна початкового обвинувачення хоч і передбачала наслідком більш суворе покарання для обвинуваченого, але не була настільки суттєвою, як у першому випадку. Для прикладу, це могла бути зміна характеру участі підсудного у злочинному діянні. З цього приводу С. І. Вікторський писав, що не вимагала повернення справи на додаткове слідство та складання нового обвинувального акту ситуація, коли під час судового розгляду відкривались нові обставини справи, які хоч і мали наслідком більш суворе покарання для обвинуваченого, але не змінювали роду і виду злочинну, до відповідальності за який притягувався обвинувачений [5, с. 366]. Така відстрочка судового засідання здійснювалась в інтересах підсудного, тому не вбачалось сенсу її робити, якщо підсудний міг обійтись без неї.

У інших випадках, окрім двох зазначених, суд мав право, не відкладаючи розгляду справи, змінити у своєму вироку пред'явлене у обвинувальному акті обвинувачення. Зокрема, тоді коли зміна обвинувачення не мала наслідком більш суворе покарання для підсудного, або коли обвинувачення просто доповнювалось фактичними обставинами (напр., обставинами часу, місця вчинення злочину, обставинами, які усували неточності початкового обвинувачення, але не змінювали передбаченого у ньому складу злочину) [4, с. 1250; 6, с. 384].

Що стосується юридичної кваліфікації злочинного діяння, то, посилаючись на ст. 612 Статуту, відповідно до якої головуючий судового засідання зобов'язаний був надати підсудному всі засоби для виправдання, судова практика визнавала за необхідне надавати підсудному можливість підготуватись до захисту і у випадку зміни кваліфікації злочинного діяння під час судового розгляду справи (тоді, коли суд змінював кваліфікацію злочину, а фактичний його склад не мінявся), якщо така зміна означала для підсудного застосування більш суворого покарання. Підсудний повідомлявся головуючим (з відміткою про це у протоколі) про зміну обвинувачення і про більш суворе покарання. І за його проханням розгляд справи відкладався на строк, необхідний для підготовки до захисту. Така процедура не була передбачена законом, але, широко використовувалась на практиці [2, с. 436; 6, с. 363].

Також не допускалось порушення меж судового розгляду справи за колом осіб. Статут кримінального судочинства не містив прямих норм, які б забороняли під час судового розгляду поширювати обвинувачення на осіб, не вказаних у обвинувальному акті чи скарзі приватного обвинувача Але таке положення, як вважали вчені, випливало із самого змісту кримінально-процесуального закону. Так, ст. ст. 534-535 Статуту передбачали, що Палата, визнавши слідство достатньо повним і таким, що проведене без суттєвих порушень норм закону, постановляє рішення про передання справи до суду або про закриття справи. При цьому таке рішення приймається лише щодо тих осіб, які «притягнуті до відповідальності, і щодо тих злочинів, за які вони переслідуються» [7, с. 890]. Це положення поширювалось і на судовий розгляд справи. Адже як писав І. Я. Фойницький, судовий розгляд не міг поширюватись

на осіб, не вказаних у обвинувальному акті чи скарзі; для цього потрібно було нове слідство, або хоча б представлення суду нового обвинувального акту (чи скарги приватного обвинувача) [2, с. 432].

Щоправда, був і виняток із зазначеного правила. У справах публічного обвинувачення, розгляд яких належав до компетенції мирових судових установ, суддя мав право притягти до кримінальної відповідальності за власним розсудом будь-кого. Адже відповідно до ст. 42 Статуту кримінального судочинства 1864 р. справи публічного обвинувачення могли розглядатись мировими судовими установами на основі повідомлень поліцейських чи адміністративних органів влади про безпосереднє виявлення ними правопорушень або навіть на підставі самостійного виявлення суддею ознак правопорушення під час здійснення кримінального судочинства у будь-якій іншій справі (зазначені органи, посадові особи виступали обвинувачами у таких справах) [1, с. 5, 207; 8, с. 92]. Це було зумовлено спрощеним порядком судочинства щодо такої категорії справ. Судовий розгляд таких справ мав елементи попереднього слідства. Відповідно, не вимагалось наявності ні обвинувального акту, ні будь-якого попередньо сформульованого обвинувачення. Тож для судді, який фактично виконував і роль слідчого у справі, не існувало ніяких меж розгляду справи: ані за змістом обвинувачення, ані за колом осіб. З приводу цього І. Я. Фойницький писав, що у справах даної категорії навіть на кінцевому етапі «комплект обвинувачених міг поповнюватись все новими особами, за власним розсудом мирового судді» [2, с. 432].

У справах приватного обвинувачення, які дозволялося закривати за примиренням сторін, обвинувач виступав господарем процесу: вирішував пред'явити чи ні обвинувачення; визначав межі судового розгляду шляхом формулювання обвинувачення у своїй скарзі; міг відмовитись від підтримання обвинувачення чи примиритись із обвинуваченим. Суд при цьому обмежувався дослідженням лише тих доказів, які були подані сторонами [9, с. 50].

Таким чином, аналіз положень Статуту кримінального судочинства 1864 р., роз'яснень Сенату та відповідних наукових досліджень свідчить про те, що кримінальний процес кінця XIX – початку XX ст. передбачав інститут меж судового розгляду. Кримінально-процесуальне законодавство за загальним правилом не допускало під час судового розгляду поширення обвинувачення на осіб, не вказаних у обвинувальному акті, проте допускало зміну обвинувачення під час судового розгляду справи. Але разом з тим чітких меж, правил і критеріїв зміни обвинувачення не було розроблено. Тож у кожному конкретному випадку суд вирішував на власний розсуд, яким ж повинні бути наслідки зміни обвинувачення під час судового розгляду справи. Певні типові випадки допустимості чи недопустимості зміни обвинувачення у судовому розгляді стосовно конкретних складів злочину були вироблені практикою. І хоч під обвинуваченням по Статуту 1864 р. розумілись лише фактичні обставини вчиненого злочину, все ж вчені та практики прийшли до висновку, що право підсудного на захист порушується не лише коли змінюються фактичні обставини справи, але й коли при незмінності фактичних обставин міняється кваліфікація діяння, обвинувачення доповнюється кваліфікуючими ознаками. Проте такі висновки стосувались лише випадків, коли підсудному загрожувало більш суворе покарання, ніж при початковому обвинуваченні, і встановлювались лише практикою, не набуваючи при цьому загальнообов'язкового характеру.

Список використаних джерел:

1. Устав уголовного судопроизводства. Систематический комментарий. Випуск 1 / Под общ. ред. Гернета М. Н. – М.: Типорафия «Культура», 1914. – Ст. ст. 1-84.

2. Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. Т 2./ И. Я. Фойницкий. – СПб.: Сенатская типография, 1910. – 572 с.

3. Случевский В. К. Учебник русскаго уголовного процеса. Судоустройство-судопроизводство. Изд. 4-е, доп / В. К. Случевский. – СПб.: Типография М. М. Стасюлевича, 1913. – 669 с.

4. Устав уголовного судопроизводства. Систематический комментарий. Випуск 4 / Под общ. ред. Гернета М. Н. – М.: Типорафия А. И. Мамонтова, 1915. – Ст. ст. 595-764.

5. Викторский С. И. Руский уголовный процесс / С. И. Викторский. – Изд. 2. – М., 1912. – 404 с.

6. Немировский М. Я. Отношение приговора к обвинению / М. Немировский. – Одесса, 1906. – 408 с.

7. Устав уголовного судопроизводства. Систематический комментарий. Випуск 3 / Под общ. ред. Гернета М. Н. – М.: Типорафия А. И. Мамонтова, 1914. – С. 890.

8. Устав уголовного судопроизводства с позднейшими узаконениями, законодательными мотивами, разъяснениями Правительствующего Сената и циркулярами Министра юстиции / Под ред. М. П. Шрамченко, В. П. Ширкова. – СПб.: Издание юридического книжного магазина Н.К. Мартынова, 1899. – 948 с.

9. Вульферт А. К. Курс русского уголовного судопроизводства / Вульферт А. К. – М., 1887/1888. – 332 с.

Загурський О. Б.,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального права Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника

ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ НОРМ В ЗАЛЕЖНОСТІ ВІД ВИДУ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО РІШЕННЯ

Відповідно до ст. 110 КПК України, «процесуальними рішеннями є всі рішення органів досудового розслідування, прокурора, слідчого судді, суду. Судове рішення приймається у формі ухвали або вироку, які мають відповідати вимогам, передбаченим ст. 369, 371-374 КПК. Рішення слідчого, прокурора приймається у формі постанови. Обвинувальний акт є процесуальним рішенням, яким прокурор висуває обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення і яким завершується досудове розслідування» [1].

Гладишева О. В. розуміє під «процесуальним рішенням – волевиявлення владного суб'єкта (колегіального або одноособового), яке прийняте у встановленому кримінально-процесуальним законом порядку і відображене у визначеній формі (тобто виражене в письмовій формі, яка володіє сукупністю обов'язкових реквізитів). Ключовими характеристиками виступають: волевиявлення – яке підкреслює владний характер рішення і виражає сутність будь-якого, а не тільки процесуального рішення. Процесуальний характер рішення підкреслюють дві обставини: порядок прийняття, форма вираження» [2, с. 39-40].

Зеленецький В. С. вважає, що «кримінальні процесуальні рішення органів досудового розслідування, прокуратури, слідчого судді, суду – це виражені у встановленій формі індивідуальні правозастосовні акти, в яких компетентні державні органи і посадові особи у відповідному порядку з метою вирішення правових та кримінологічних завдань кримінального судочинства дають відповіді на питання, які виникають під час провадження і виражають владні волевиявлення щодо дій чи бездіяльності, які випливають із встановленого на момент прийняття рішення фактичних обставин провадження та приписів чинного законодавства» [3, с. 20].

Лупінська П. А. зазначає, що «рішення, які завершують провадження по кримінальній справі, – результат усієї попередньої діяльності уповноважених державних органів і посадових осіб. В ході такої діяльності приймаються різні за характером і спрямованістю рішення, які мають на меті забезпечити виконання призначення кримінального судочинства. Серед них є і такі, які суттєво обмежують права та основні свободи людини, в тому числі рішення про взяття підозрюваного, обвинуваченого під варту, і такі, які служать гарантією від незаконних рішень, в тому числі рішення, які пов'язані із здійсненням судового контролю за законністю рішень, що приймаються в досудовому провадженні» [4, с. 2].

Миколенко О. М. робить висновок про те, що «кримінальне процесуальне рішення – це передбачений у встановленій формі правовий акт, в якому орган дізнання, слідчий прокурор, суддя або суд в межах своєї компетенції в передбаченому законом порядку роблять висновки про встановлені фактичні обставини, на основі закону дають відповіді на виникаючі у справі правові питання і висловлюють владне волевиялення про дії, що випливають із встановлених обставин і приписів закону» [5, с. 411].

Необхідно констатувати, що процесуальні акти кримінального судочинства: є правовою формою діяльності органів суду *(слідчого судді)*, прокуратури, дізнання *(оперативних підрозділів)*, досудового слідства; носять офіційний характер; мають категоричний імператив і владний припис; породжують виникнення кримінально-процесуальних відносин, їх зміну чи зупинення; повинні бути винесені уповноваженими на це органами правозастосування та посадовими особами, які ведуть кримінальне судочинство (слідчим, начальником слідчого відділу *(керівником органу досудового розслідування)*, органом дізнання особою, що провадить дізнання *(оперативними підрозділами)*, прокурором, суддею, *(слідчим суддею)* судом), у межах того кола питань, які входять до їх відання; владно викликають певні юридичні наслідки; покликані забезпечити права та законні інтереси суб'єктів кримінального процесу; розраховані на конкретизацію правового регулювання щодо окремого життєвого випадку (факту)

© Загурський О. Б., 2014

та мають одноразову дію; повинні документально виражати зміст акта у визначеній законом формі; обов'язкові до виконання [6, с. 207] *(курсив наш. **О. З.**)*.

Проте, аналіз кримінального процесуального закону дозволяє зробити і інший висновок, що саме ці форми не вичерпують всіх можливих видів кримінальних процесуальних рішень, які можуть бути прийняті в кримінальному провадженні.

У зв'язку з цим, Н. П. Черняк зауважує, що «повідомлення про підозру – це одне із важливих процесуальних рішень яке приймає прокурор або слідчий за погодженням з прокурором до закінчення розслідування у кримінальному провадженні. В цьому процесуальному рішенні на основі доказів, зібраних у ході проведення досудового розслідування, конкретна особа набуває статусу підозрюваного. Акт повідомлення про підозру має важливе юридичне значення: 1) він служить одним із засобів забезпечення невідворотності відповідальності осіб, які вчинили кримінальне правопорушення; 2) обґрунтована підозра дозволяє призначити таким особам справедливе покарання відповідно до характеру і тяжкості скоєного кримінального правопорушення; 3) акт повідомлення особи про підозру є початковим моментом реалізації функції обвинувачення; 4) акт повідомлення про підозру є початковим моментом забезпечення кримінальної відповідальності особи, винуватої у скоєнні кримінального правопорушення; 5) після повідомлення про підозру процесуальне становище даної особи погіршується (її можна оголосити в розшук, відсторонити від займаної посади)» [7, с. 556].

Таким чином, в залежності від виду кримінального процесуального рішення, застосування кримінальних процесуальних норм реалізується в: 1) постановах слідчого, прокурора; 2) повідомленні про підозру; 3) обвинувальному акті; 4) клопотанні про звільнення особи від кримінально відповідальності; 5) клопотанні про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру 6) ухвалах слідчого судді; 7) в ухвалах та вироках суду першої інстанції та апеляційної інстанції; 8) в ухвалах суду касаційної інстанції; 9) в ухвалах Верховного Суду України.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI [Електронний ресурс]. / Офіційний web-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: http://www.zakon0.rada.gov.ua/laws/show/4651-17. – Назва з екрану. – Час доступу: 01.011.14.

2. Гладышева, О. В. Уголовно-процессуальные решения: проблемы определения [Текст] / О. В. Гладышева // Вестник ОГУ. – 2012. – № 3 (139). – с. 37-40.

3 .Зеленецкий, В. С. Теория и практика обоснования решений в уголовном процессе Украины [Текст] / В. С. Зеленецкий, Н. В. Глинская. – Харьков: Страйд, 2006. – 336 с.

4. Лупинская, П.А. Решения в уголовном судопроизводстве: теория, законодательство, практика [Текст] / П. А. Лупинская. – 2-е изд. перераб. и допол. – «Норма: ИНФРА-М», 2010. – 238 с.

5. Миколенко, М.О. Процесуальне рішення як категорія кримінального процесуального права [Текст] / М. О. Миколенко // Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики: матеріали IV Міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої 95-річчю з дня народження професора М. В. Салтевського (м. Одеса, 2 листопада 2012 р.). – Одеса: Фенікс, 2012. – С. 409-411.

6. Красницька, А. В. Процесуальні акти кримінального судочинства: юридична техніка, шляхи вдосконалення [Текст]: дис. канд. юрид. наук: 12.00.09 / Анжела Віталіївна Красницька. – К., 2008. – 232 с.

7. Черняк, Н. П. Процесуальні особливості повідомлення особі про підозру / Н. П. Черняк // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ України. – 2013. – № 1. – 555-561.

Карпов Н. С.,
професор кафедри кримінального процесу Національної академії внутрішніх справ доктор юридичних наук, професор

ОСКАРЖЕННЯ ПОСТАНОВИ СЛІДЧОГО ПРО ЗАКРИТТЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Відповідно до п.1 ч.2 ст.283 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), однією з форм закінчення досудового розслідування є закриття кримінального провадження. З прийняттям цього рішення процесуальна діяльність повністю закінчується. Подальше «провадження є неможливим до того часу, коли постанова про закриття кримінального провадження не буде скасована в установленому КПК порядку»[1, с.707].

У ч.4 ст.284 КПК вказано, що слідчий приймає постанову про закриття кримінального провадження з підстав, передбачених пунктами 1, 2, 4 ч.1 цієї статті, якщо в цьому провадженні жодній особі не повідомлялося про підозру. Йдеться про прийняття ним даного рішення в разі, якщо: 1) встановлена відсутність події кримінального правопорушення; 2) встановлена відсутність в діянні складу кримінального правопорушення; 3) набрав чинності закон, яким скасована кримінальна відповідальність за діяння, вчинене особою.

Прийнявши це рішення, слідчий повинен надіслати копію постанови про закриття кримінального провадження заявнику, потерпілому, прокурору (ч.6 ст.284 КПК). Відповідно до вимог ст.ст.111-112 КПК, заявнику та потерпілому також має бути направлено повідомлення про прийняте рішення, у якому роз'яснюється порядок його оскарження прокурору та слідчому судді.

Про розгляд скарги прокурором йдеться у ч.6 ст.284 КПК. Вказано, що постанова слідчого про закриття кримінального провадження може бути скасована прокурором за скаргою заявника, потерпілого, якщо така скарга подана протягом десяти днів з моменту отримання ними копії постанови.

Нами поділяється висловлена у юридичній літературі думка, що це положення «сформульовано не досить коректно, оскільки підставою для скасування постанови слідчого про закриття провадження є не наявність скарги, а результати їх перевірки і встановлення факту незаконності чи необґрунтованості рішення слідчого»[2, с.559].

Підстави прийняття прокурором вказаного рішення законодавцем не визначені. Нами поділяється висловлена у юридичній літературі пропозиція про доповнення ст.284 КПК нормою, в якій необхідно передбачити такі підстави для скасування постанови про закриття кримінального провадження: коли цю постанову винесено некомпетентною особою та з порушенням процесуальної форми; якщо підстави, за якими закрито провадження, не ґрунтуються на зібраних доказах або їх недостатньо; якщо суттєво порушено норми матеріального та процесуального права; коли не виконано обов'язкові вказівки керівника органу досудового розслідування та прокурора[3, с.4].

Зі змісту ч.6 ст.284 КПК випливає, що прокурор може не розглядати скаргу заявника, потерпілого, якщо вона подана після того, як сплили десять днів з моменту отримання ними копії постанови про закриття кримінального провадження.

Вважаємо, що регулювання даного питання має бути іншим. На наш погляд, прокурор зобов'язаний приймати та розглядати скарги на постанову слідчого про закриття кримінального провадження у межах строків давності притягнення до кримінальної відповідальності за тією статтею Кримінального кодексу України, за якою проводилося досудове розслідування. Пропонуємо виключити з ч.6 ст.284 КПК слова «протягом десяти днів з моменту отримання заявником, потерпілим копії постанови», а після слова «подана» її слід доповнити словами «у межах встановлених строків давності притягнення до кримінальної відповідальності».

Рішення слідчого про закриття кримінального провадження може бути оскаржене слідчому судді. Таке право надано заявнику, потерпілому, його представнику чи законному представнику (п.3 ч.1 ст.303 КПК).

Зі змісту ч.1 ст.304 КПК випливає, що скарга на це рішення може бути подана заінтересованою особою протягом десяти днів з моменту отримання нею копії постанови про закриття кримінального

© Карпов Н. С., 2014

провадження. При цьому слід враховувати загальні вимоги щодо додержання процесуальних строків, встановлені у ст.116 цього Кодексу, згідно з якою строк подання скарги на стадії досудового провадження не вважається пропущеним, якщо скаргу здано до його закінчення на пошту або передано особі, уповноваженій її прийняти.

Якщо скарга відповідає вимогам закону, слідчий суддя відкриває провадження та постановляє ухвалу про призначення скарги до розгляду. У випадку, якщо скарга не відповідає таким вимогам, слідчий суддя виносить ухвалу про її повернення. Відповідно до ч.2 ст.304 КПК, скарга повертається, якщо: 1) її подала особа, яка немає права її подавати; 2) вона не підлягає розгляду в цьому суді; 3) її подано після закінчення строку, передбаченого ч.1 ст.304 КПК, і особа, яка подала скаргу, не порушує питання про його поновлення або слідчий суддя за заявою особи не знайде підстав для поновлення строку. Слідчий суддя зобов'язаний невідкладно надіслати копію ухвали про повернення скарги разом з усіма доданими до неї матеріалами особі, яка подала скаргу.

Згідно з ч.7 ст.304 КПК, повернення скарги не позбавляє права повторного звернення до слідчого судді в порядку, передбаченому цим Кодексом. Однак це правило не стосується випадків повторного подання скарги, яку було повернуто у зв'язку із пропущенням встановленого процесуального строку. Таке роз'яснення надано Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ у п.6 інформаційного листа від 9 листопада 2012 р. №1640/0/4-12 «Про деякі питання порядку оскарження рішень, дій чи бездіяльності під час досудового розслідування»[4, с.112-118].

Відповідно до ч.1 ст.306 КПК, скарга на постанову слідчого про закриття кримінального провадження має розглядатися слідчим суддею місцевого суду згідно з правилами судового розгляду, передбаченими ст.ст.318-380 глави 26 цього Кодексу, з урахуванням положень даної глави.

За загальним правилом, скарги на рішення слідчого розглядаються не пізніше сімдесяти двох годин з моменту надходження відповідної скарги. Для оскарження постанови слідчого про закриття кримінального провадження встановлений інший строк. Складність питань прийняття цього рішення зумовила збільшення строку підготовки до розгляду скарги до п'яти днів (ч.2 ст.306 КПК). Тому, у цьому випадку слідчий суддя зобов'язаний протягом 48 годин після отримання скарги призначити засідання та надіслати виклик учасникам. Адже у ч.8 ст.135 КПК передбачено, що особа повинна отримати виклик не пізніше ніж за три дні до дня прибуття [5, с.579].

Уявляється, що необхідно збільшити строк розгляду скарги на постанову слідчого про закриття кримінального провадження, якщо це провадження є складним. Слід зазначити, що ст.236-6 КПК 1960 р. передбачала десятиденний строк розгляду судом скарги на постанову слідчого про закриття кримінальної справи у разі складності цієї справи.

У ч.3 ст.306 КПК визначено, що розгляд скарги має здійснюватися за обов'язкової участі особи, яка подала скаргу, чи її представника, та слідчого, рішення якого оскаржується. Разом з тим відсутність слідчого не є перешкодою для її розгляду. На наш погляд, скарга має розглядатися за обов'язковою участю прокурора, який повинен надати доводи на підтвердження законності прийнятого слідчим рішення.

Звертає на себе увагу та обставина, що про підготовчі дії до розгляду скарги у ст.306 КПК не йдеться. Тому пропонуємо доповнити її положенням, що протягом доби від дня надходження скарги слідчий суддя витребовує матеріали кримінального провадження для ознайомлення. Слідчий зобов'язаний у встановлений слідчим суддею строк надати ці матеріали.

За результатами розгляду скарги на рішення слідчого про закриття кримінального провадження слідчим суддею постановляється ухвала. Ухвала може бути про: 1) скасування рішення слідчого; 2) відмову у задоволенні скарги (ч.2 ст.307 КПК). Також слідчий суддя має прийняти рішення про закриття провадження за скаргою, якщо після її надходження до суду прокурор самостійно скасує рішення слідчого про закриття кримінального провадження (ч.2 ст.305 КПК).

Законодавець не визначає, якими мають бути подальші дії слідчого судді у випадку скасування постанови слідчого про закриття кримінального провадження. Вважаємо доцільним доповнити ст.306 КПК нормою, що скасовуючи постанову про закриття кримінального провадження і направляючи матеріали провадження прокурору для відновлення досудового розслідування, слідчий суддя вказує, які обставини належить з'ясувати при проведенні розслідування.

Список використаних джерел:

1. 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.

2. Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Відп. ред.: С.В.Ківалов, С.М.Міщенко, В.Ю.Захарченко. – Х.: Одіссей, 2013. – 1104с.

3. Валігура Д.М. Оскарження до суду рішень, дій чи бездіяльності органу досудового розслідування та прокурора: автореф. дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук: 12.00.09 – «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / Д. М. Валігура. – К., 2013. – 18 с.

4. Про деякі питання порядку оскарження рішень, дій чи бездіяльності під час досудового розслідування: інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ №1640/0/4-12 від 9 листопада 2012 р. // Новий Кримінальний процесуальний кодекс України: коментарі, роз'яснення, документи / відп. ред. В.С.Ковальський. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С.112-118.

5. Науково-практичний коментар до Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 року / За ред. О. А. Банчука, Р. О. Куйбіди, М. І. Хавронюка. – Х.: Фактор, 2013. – 1072 с.

Клименко Н. І.,
доктор юридичних наук, професор кафедри правосуддя, юридичний факультет Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ДОПИТ ЕКСПЕРТА В ДИСТАНЦІЙНОМУ РЕЖИМІ

Діючий Кримінальний процесуальний кодекс України 2012 р. передбачає можливість дистанційного досудового розслідування і судового розгляду. Проведення процесуальних дій в дистанційному режимі для України є новизною. Воно буде сприяти справедливому і публічному розгляду кримінальної справи в розумні строки незалежним судом. КПК України вводить нові поняття для українського законодавства: дистанційне досудове розслідування і дистанційне судове провадження. Цьому питанню присвячено ряд робіт вчених-криміналістів.

Вчені-криміналісти, які заклали основи цієї проблеми, або займаються нею, не мають єдності поглядів щодо її поняття, видів і переліку процесуальних дій, які можуть проводитися у режимі відеоконференцій. Тому дослідження цих питань є актуальним.

Відповідно до Стратегії розвитку інформаційного суспільства в Україні від 15 травня 2013 р. №386 р. впровадження новітніх телекомунікаційних технологій в усі сфери суспільного життя, у тому числі в діяльність органів досудового розслідування, прокуратури та суду, визначається одним із пріоритетних напрямів державної політики. В Україні правова регламентація дистанційного провадження тільки почала змінюватися і проблеми застосування цієї телекомунікаційної технології ще не отримали в науці і на практиці належного розгляду та вирішення.

За даними Державної судової адміністрації України, протягом 2013 р. у місцевих та апеляційних судах загальної юрисдикції під час здійснення досудового розслідування та судового провадження було проведено 10995 сеансів відеоконференцзв'язку, а за перший квартал 2014 р. 10412 сеансів [1, с.1].

У ряді країн світу (Австралія, США, Білорусь, Казахстан та РФ) вже набутий чималий досвід застосування дистанційного режиму у кримінальному провадженні під час проведення окремих слідчих дій (огляду, пред'явленню для впізнання, експертизи, різних видів допиту).

Одним із видів проведення допиту осіб є допит судового експерта на досудовому слідстві або в суді. Цьому питанню в спеціальній літературі присвятили свої роботи вітчизняні вчені: Моїсєєв О.М., Книженко С.А., Матюшкова Т.П. та інші [2; 3].

Допиту в режимі відеоконференції в ході дистанційного судового розгляду притаманні певні особливості:

а) наявність розширеного кола учасників і складного інформаційного спілкування між ними;

б) складне рефлексійне управління учасниками;

в) недопустимість розголошення даних розслідування згідно ст. 222 КПК України. Такий допит не може бути проведений в умовах гласності і відкритості, не дивлячись на те, що він відбувається за загальними правилами судового допиту.

Допит в режимі відеоконференції має також певну специфіку:

– регулятором інформаційного обміну учасників процесу є слідчий суддя;

– відсутня, як правило, повторність показань, які повідомляються;

– допит носить змагальний характер;

– допит проводить не одна особа, а декілька учасників процесу [2, с.35].

Існують і деякі особливості підготовки експерта до допиту в режимі відео конференції. Відповідно до ст. 225 ч.1 ст. 232 КПК України такими випадками можна вважати наступні. Рішення про проведення допиту експерта в режимі відео конференції приймає слідчий суддя за поданням сторони кримінального провадження або інших його учасників чи за власною ініціативою. Слідчий-суддя після розгляду такого подання виносить мотивовану ухвалу про проведення допиту в режимі відео конференції (ч. 2 ст.110 КПК України). В цій ухвалі про проведення допиту експерта під час судового розгляду (ч. 2 ст. 232, ст. 225 КПК України) в режимі відео конференції необхідно відобразити: 1) обставини кримінального правопорушення; 2) вид експертизи, якщо вона була призначена під час досудового розслідування, або яку слід призначити;

© *Клименко Н. І., 2014*

3) питання, що необхідно поставити експерту для вирішення; 4) особу експерта, яку необхідно допитати щодо сумнівів або протиріч проведеної раніше експертизи і її процесуальний статус; 5) питання, які слід з'ясувати під час допиту експерта тощо [4]. До подання судді необхідно додати копії матеріалів, що його обґрунтовують (довідки лікаря про захворювання експерта або відомостей, що вказують на загрозу його життю, тощо).

Підлягають вирішенню і питання про спеціалістів, яких доцільно запросити для проведення допиту експерта в режимі відео конференцій. Спеціаліста запрошують з метою фіксації допиту технічними засобами. Це можуть бути також і психологи, педагоги в разі їх необхідності [2]. Технічні засоби і технології обирає особа, яка проводить допит в режимі відео конференції. Слід використовувати такі технічні засоби і технології, які забезпечать належну якість відображення звуку і інформаційну безпеку.

Відповідною є така якість зображення, яка в майбутньому дозволить ідентифікувати особу або предмет за їх відображеннями всім учасникам процесу. Належна якість звуку – є така, яка дозволить чітко і розбірливо розрізняти показання і особливості голосу та мови допитуваного всіма учасниками процесу.

Отже, всі учасники відеоконференції повинні слухати і бачити одне одного, мати можливість ставити запитання експерту і отримувати на них відповіді в режимі реального часу, реалізовувати свої права і обов'язки, що передбачені КПК України. Винятком є заходи, які позбавляють можливості ідентифікації зовнішності і голосу допитуваного з метою забезпечення його безпеки (ч. 9 ст. 352 КПК України). Використання технічних засобів і технологій під час допиту експерта в режимі відео конференції повинно забезпечувати і інформаційну безпеку. Вона буде здійснюватися за допомогою комп'ютерної техніки, комп'ютерних технологій і мережі Інтернет. Правоохоронні органи слід забезпечити окремою лінією зв'язку [2]. Місцем проведення допиту може бути приміщення його установи, що розміщено на території, яка знаходиться під юрисдикцією органу досудового розслідування або суду. Всі учасники допиту повідомляються про це слідчим суддею електронною поштою, факсимільним або іншим засобом зв'язку. Дотримання вказаних тактичних правил допиту експерта в режимі відеоконференцій обумовить тактику його проведення і належну фіксацію.

Список використаних джерел:

1. Черниченко І.В. Застосування відео конференції у кримінальному провадженні України, автореферат дис. канд. юрид. наук. – Київ, 2014. – 20 с.

2. Моїсєєв О.М., Лєгостаєв О.А. Експериментальне вивчення дистанційної форми допиту судового експерта. / О.М. Моїсєєв, О.А. Лєгостаєв // Правничий часопис Донецького університету №1 (29). – Донецьк, 2013. – С. 174-181.

3. Книженко С.А., Матюшкова Т.П. Тактика подготовки к допросу и предъявлению для опознания в дистанционном судебном расследовании // Вторая международная научная конференция «Уголовное производство: процессуальная теория и криминалистическая практика». – Симферополь, 2014. – С. 35-37.

4. Малавічук А.Г. Сприйняття роз'яснень експерта у режимі відео конференції // Європейська перспектива. – №13. – 2013. – С. 112-117.

5 .Черниченко І.В. Особливості реалізації окремих засад кримінального провадження України під час застосування відео // Часопис Київського університету права, 2013. – № 4. – С. 332-336.

6. Моисеев А.М. Дистанционный допрос эксперта в суде / А.М. Моисеев // Актуальные проблемы организации судебно-экспертного и технико-криминалистического обеспечения раскрытия и расследования преступлений на современном этапе, – Киев, 2014. – С. 64-67.

Лисенко О. В.,
аспірантка кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРОБЛЕМИ ОРГАНІЗАЦІЇ РОЗШУКУ ОСІБ, ЯКІ ПЕРЕХОВУЮТЬСЯ ВІД СЛІДСТВА ТА СУДУ

Щорічно в Україні правоохоронними органами оголошується розшук щодо значної кількості осіб. У більшості випадків переховування таких осіб призводить до призупинення проведення досудового розслідування чи розгляду справи у суді. У багатьох випадках причинами цього є застосування запобіжного заходу, який не відповідає тяжкості вчиненого злочину. Так для прикладу до командира спеціальної роти київського «Беркута» Дмитра Садовника, якого підозрювали у вбивстві 38 активістів Майдану було змінено запобіжний захід із тримання під вартою на домашній арешт, після чого останній зник та переховуються у Росії [1]. Цікавим є те, що рішення про зміну запобіжного заходу приймала суддя Волкова С., яку ще в 2007 р. було звільнено з посади судді Печерського райсуду Києва за порушення присяги судді, про що йдеться в Постанові Верховної Ради України №1144-V від 7 червня 2007 р.

Аналіз діяльності правоохоронних органів та судової практики свідчить, що такі випадки є непоодинокими. Так, на початок 2012 р. в розшук в Україні було оголошено 420 осіб, що вчинили умисні вбивства; 600 – тяжкі тілесні ушкодження; 135 – згвалтування; 730 розбійні напади; 1085 – грабежі [2]. Причиною зазначеного вище, у більшості випадків, було незастосування судом щодо таких осіб запобіжного заходу (тримання під вартою), який би відповідав тяжкості вчиненого злочину. При цьому, як свідчить практика останніх подій в Україні, суди, у багатьох випадках, застосовували запобіжні заходи у вигляді тримання під вартою до осіб віком понад 70 років, хворих на дитячий церебральний параліч, хворих на інші тяжкі хвороби [3].

Крім вище зазначених осіб поширеними стали випадки оголошення в розшук осіб, які ухиляються від відбування кримінального покарання. Щодо таких осіб, як правило, після винесення обвинувального вироку і до вступу його в законну силу застосовується запобіжний захід, не пов'язаний із триманням під вартою чи домашнім арештом, що, певною мірою, сприяє переховуванню їх від органів виконання кримінального покарання і, відповідно, неможливості застосування щодо них такого покарання.

З прийняттям Кримінального процесуального кодексу України у 2012 р., певною мірою, були вирішені проблемні питання нормативно-правового забезпечення здійснення правоохоронними органами розшуку осіб, які переховуються від слідства та суду. Однак лише нормативно-правове визначення можливості оголошення підозрюваного (обвинуваченого, підсудного) в розшук ще не повністю вирішує всіх існуючих проблем, які виникають у ході фактичного здійснення розшуку таких осіб правоохоронними органами. Це стосується, зокрема, проблем обрання запобіжного заходу у разі фактичного встановлення місця знаходження осіб, що переховуються від органів досудового розслідування та суду, заборону розгляду клопотання про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою за відсутності підозрюваного та ін.

Слідчий самостійно визначає обсяг необхідної інформації, яка буде свідчити про те, що місцезнаходження конкретної особи невідомо і те, що така особа переховується від органів досудового розслідування. Такий обсяг інформації у кожному конкретному випадку є індивідуальним та визначається безпосередньо слідчим, у провадженні якого знаходиться кримінальне провадження. Прийняття рішення про оголошення особи в розшук, виходячи із положень ст. 281 КПК України, пов'язується не з наявністю відповідної доказової інформації про факт переховування особи від органів досудового розслідування, а з відсутністю у слідчого (органів досудового розслідування) інформації про фактичне місцезнаходження особи. Підставою для оголошення особи в розшук є достатність даних про те, що особа переховується від органів досудового розслідування і те, що слідчий отримав достатньо інформації, що свідчить про переховування особи.

Практика правоохоронних органів свідчить про те, що у більшості випадків факт переховування особи від органів досудового розслідування та відсутність за місцем основного проживання підтвер-

© *Лисенко О. В., 2014*

джується рапортом дільничного, оперативного співробітника про відсутність особи за місцем реєстрації чи фактичного проживання, за місцем роботи або протокол допиту осіб, які проживають з особою, що переховується.

Чинний Кримінальний процесуальний кодекс України не визначає безпосереднього механізму здійснення розшуку осіб, які переховуються від органів досудового розслідування та суду та не зазначає переліку спеціальних заходів процесуального чи оперативно-розшукового характеру у ході здійснення такого розшуку. Безпосередній зміст та напрями здійснення розшуку осіб визначаються слідчим, виходячи із матеріалів кримінального провадження та комплексу наявної інформації й враховуючи особливості тактики здійснення розшуку осіб, які переховуються. Крім зазначеного вище кримінальний процесуальний закон також не визначає зобов'язань слідчого щодо безпосереднього здійснення ним розшуку осіб, які переховуються від органів досудового розслідування. У ч. 3 ст. 281 КПК України лише визначається можливість для слідчого доручення здійснення розшуку оперативним підрозділам. Із наведеного вище можна зробити висновок про те, що розшук осіб, що переховуються, може здійснюватися безпосередньо слідчим, доручатися проведення розшуку оперативним підрозділам або у ході здійснення спільних дій слідчого та співробітників оперативних підрозділів. На наш погляд, незважаючи на те, чи слідчий безпосередньо сам проводить заходи щодо розшуку, чи доручає проведення розшуку оперативним підрозділам, чи у ході спільних дій слідчих та оперативних підрозділів, відповідальність за належну організацію цього процесу і його результати покладається безпосередньо на слідчого.

Доручення слідчим, на підставі ч. 3 ст.281 КПК України, проведення розшуку осіб, які переховуються від органів досудового розслідування, оперативним підрозділам органів внутрішніх справ є найбільш ефективним та самостійним напрямом їх діяльності. Варто відзначити, що у більшості випадків на практиці розшук здійснюється оперативними підрозділами органів внутрішніх справ, оскільки в їх структурі є спеціальні підрозділи, які з використанням можливостей оперативно-розшукової діяльності та конфіденційного співробітництва, здійснюють такий пошук. Спеціальні підрозділи з розшуку осіб, які переховуються від органів досудового розслідування за порушення вимог податкового законодавства, є також у підрозділах податкової міліції.

Діяльність правоохоронних органів з розшуку осіб, що вчинили злочини та переховуються від органів досудового розслідування та суду потребує відповідного забезпечення криміналістичними рекомендаціями, що дозволить підвищити їх ефективність. Сучасна ситуація в даному напрямі вимагає від науковців і практиків створення відповідних алгоритмів дій з розшуку таких осіб, застосування можливостей сучасних інформаційних технологій, які дозволяються визначити точне місце знаходження особи, що розшукується.

Список використаних джерел:

1. Екс-беркутівець Дмитро Садовник все ж скористався «подарунком» суду та втік з-під домашнього арешту. – [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://publicist.in.ua/2346-eks-berkutvec-dmitro-sadovnik-vse-zh-skoristavsya-podarunkom-sudu-ta-vtk-z-pd-domashnogo-areshtu.html. Заголовок з титул екрану.

2. Довідка Головного слідчого управління МВС України «Про стан розслідування кримінальних справ, обвинувачених у яких оголошено в розшук», березень 2012 р.

3. Суддя Швачич арештувала 72-річного дідуся за «напад на Беркут». – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://fakty.ictv.ua/ua/index/read-news/id/1501483. – Загол. з титул. екрану.

Лук'янчиков Є. Д.,
доктор юридичних наук, професор, професор кафедри інформаційного права та права інтелектуальної власності Національного технічного університету України «КПІ»
Лук'янчиков Б. Є.,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри криміналістики та судової медицини Національної академії внутрішніх справ

ОСВІДУВАННЯ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ

Серед засобів пізнавальної діяльності у кримінальному провадженні важлива роль належить слідчим (розшуковим) діям. Одною із таких дій є освідування. Відповідно до КПК України (ст. 241) освідування є самостійною слідчою дією. Подібна слідча дія передбачалася і КПК України 1960 р. Разом з тим, чинний КПК розширює завдання освідування. Воно полягає не тільки у виявленні на тілі особи особливих прикмет, але і слідів кримінального правопорушення. Це повною мірою відповідає потребам практики, що сформувалася протягом останніх десятиліть. Аналіз кримінально-процесуальних норм країн колишнього СРСР показує, що таке завдання освідування сьогодні передбачається КПК Росії (ст. 179), Білорусі (ст. 206), Казахстану (ст. 226), Вірменії (ст. 220), Молдови (ст. 119).

Аналізуючи процедуру освідування, слід звернути увагу на те, що чинний КПК України містить декілька новел. Проведення освідування передбачає наявність у слідчого фактичних та правових підстав для цього. Фактичною підставою слід розглядати наявність достатніх даних про те, що на тілі певної особи можуть бути виявлені сліди злочину або особливі прикмети. Правовою підставою його проведення є постанова прокурора (ч. 2 ст. 241 КПК). Такий порядок свідчить про створення додаткових гарантій захисту особистих прав людини, забезпечення її реальної тілесної недоторканності.

Раніше КПК України передбачав два види освідування залежно від суб'єкта, який його здійснював: слідче – проводить слідчий, прокурор; судовомедичне – міг проводити за вказівкою слідчого судово-медичний експерт, а при його відсутності лікар, котрий володів необхідними спеціальними знаннями.

Чинний КПК України (ст. 241) передбачає тільки один вид освідування – слідче. Його проведення покладається на слідчого. Проте це не виключає можливості, у разі необхідності, залучати до його проведення судово-медичного експерта або лікаря.

Певні неузгодженості вбачаються у викладенні порядку освідування особи іншої статі ніж слідчий. В ч. 2 даної статті зазначається, що освідування, яке супроводжується оголенням освідуваної особи, здійснюється особами тієї ж статі, за винятком його проведення лікарем і за згодою особи, яка освідується. В цій частині статті не згадується про судово-медичного експерта. Проведення освідування за участю судово-медичного експерта може бути більше результативним, оскільки це його професійна діяльність, що пов'язана з повсякденною роботою.

Підтвердженням того, що чинний КПК передбачає одну форму освідування – слідче є і те, що передбачена лише одна форма фіксації його результатів – протокол (ч.5 ст.241 КПК). Оформлення протоколу слідчої (розшукової) дії є обов'язком слідчого.

За КПК України 1960 р. результати освідування, яке проводив лікар знаходили відображення у відповідній довідці. Оскільки освідування, як слідча дія, є різновидом огляду специфічного об'єкта, яким є тіло живої людини, було б доцільно розповсюдити на нього загальні правила до проведення слідчих (розшукових) дій. В даній нормі КПК передбачити освідування слідчим, який в необхідних випадках може залучати лікаря або іншого спеціаліста (подібне викладено у ст. 179 КПК РФ).

Освідування часто пов'язано з необхідністю встановити на тілі людини подряпини, сліди укусів, хірургічних операцій, крові тощо. Цьому сприяє використання спеціальних знань в галузі медицини. У таких випадках слідчий залучає до освідування судово-медичного експерта або лікаря. Результати проведеного освідування відображають у відповідному протоколі.

Слід зауважити, що судово-медичний експерт або лікар до проведення освідування, як правило, підходять з медичної точки зору і менше уваги звертають на встановлення та фіксацію особливих прикмет і слідів, які у подальшому можуть мати значення для проведення трасологічних досліджень з метою встановлення механізму заподіяння тілесних ушкоджень. Це доводить доцільність проведення освіду-

© Лук'янчиков Є. Д., Лук'янчиков Б. Є., 2014

вання слідчим особисто за участю судово-медичного експерта або лікаря. Це сприятиме оптимальному поєднанню юридичних і медичних знань при проведенні освідування, щоб встановити наявність і характер тілесних ушкоджень – ран (вогнепальних, різаних або колотих, рубаних або заподіяних тупим предметом); саден, подряпин, крововиливів, слідів дії отруйних речовин, визначити їх розміри, локалізацію на тілі та правильно відобразити у протоколі слідчої дії.

Оскільки чинний КПК України передбачає можливість проведення освідування за участю судово-медичного експерта або лікаря, доцільно розглянути питання про визначення його сутності і завдань. С. А. Шейфер вважає, що обстеження живих осіб в процесі медичного спостереження часто пов'язано з розв'язанням складних завдань, які потребують глибоких професійних знань [1, с. 24-25]. Дійсно, в процесі кримінального провадження виникають складні завдання медичного характеру, які не можуть вирішуватися в процесі освідування, оскільки останнє є різновидом огляду, об'єктом якого виступає тіло людини [2, с. 128]. Для вирішення таких завдань необхідно призначити судово-медичну експертизу. Разом з тим, зазначає А. Я. Дубинський, в практиці можуть виникати завдання і меншої складності (визначення стану сп'яніння, виявлення зовнішніх змін організму та ін.), які можуть бути успішно вирішені без звернення до проведення експертного дослідження [3, с. 91].

Очевидно із цього виходив законодавець Росії, коли до завдань освідування відніс *встановлення стану сп'яніння* або інших властивостей та ознак, що мають значення для кримінальної справи, якщо для цього не потрібно судової експертизи (Виділено – нами, **авт.**).

Розширення переліку завдань освідування мало б отримати підтримку з боку практиків та науковців, але викликало заперечення, які не можна визнати безпідставними. На дану обставину звертає увагу С. А. Шейфер. Слідчий простим спостереженням, пише він, не може виявити у людини стан сп'яніння. Звичайні ознаки такого стану: запах алкоголю, невпевнена хода, незв'язна мова, червоний колір обличчя і т. ін. – багатозначні і можуть бути характерними для інших станів людини: хвороби, що супроводжується прийомом ліків, втомленості, переляку та ін. Тому в подібній ситуації потрібно застосування прийомів судово-медичного дослідження. Але чим тоді подібна діяльність буде відрізнятися від експертизи [4, с. 92]?

Поділяючи дану позицію зазначимо, що визначення стану організму людини, зокрема стану сп'яніння, потребує використання спеціальних знань і вирішується проведенням судово-медичної експертизи, а не освідуванням. Освідування, як слідча дія, не передбачає і не може передбачати будь-яких досліджень над людиною. Простим оглядом тіла людини можна виявити лише зовнішні ознаки, а не внутрішні властивості, стан організму, що потребує спеціального дослідження. Оскільки ні слідчий, ні судовий медик такого дослідження не проводять, а лише фіксують зовнішні ознаки на тілі людини, виявлення, так званих, ознак сп'яніння або вживання наркотичних речовин може викликати необхідність у призначенні експертизи.

На завершення слід зазначити, що аналіз кримінально-процесуального законодавства країн ближнього та далекого зарубіжжя є корисним і доцільним в період апробації практикою кримінально-процесуального законодавства України. Це може сприяти побудові оптимальної структури окремих правових норм, чіткому викладенню ряду положень, що стосуються освідування, усуненню неузгодженості між окремими частинами даної правової норми.

Список використаних джерел:

1. Шейфер С. А. Следственные действия: Система и процессуальная форма / Шейфер С. А. – М., 1981.

2. Уголовный процесс: Сборник учебных пособий. Особенная часть. Вып. 2. – М. : ИМЦ МВД России, 2002.

3. Дубинский А. Я. Исполнение процессуальных решений следователя. Правовые и организационные проблемы / Дубинский А. Я. – К. : Наукова думка, 1984.

4. Шейфер С. А. Проблемы развития системы следственных действий / С. А. Шейфер // Уголовное право. – 2002. – № 3.

Мазяр М. Т.,
аспірант 1 року навчання кафедри правосуддя та кримінально-правових дисциплін Національного університету «Острозька академія»

НОРМАТИВНО-ПРАВОВІ ПЕРЕДУМОВИ ЗАСАДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОВЕДЕНОСТІ ВИНИ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Серед основних засад судочинства Конституцією України визначено забезпечення доведеності вини (п. 3 ч. 1 ст. 129 Конституції України). При цьому дана засада здійснення судочинства є самостійною, відмінною від інших засад. Така позиція законодавця є логічною і послідовною, адже кінцевим, завершальним етапом процесуальної діяльності органів держави та їх посадових осіб в процесі розслідування і судового розгляду кримінальних правопорушень завжди є забезпечення у встановленому законом порядку доведення вини особи, що скоїла кримінальне правопорушення з тим, щоб в подальшому піддати її та її діяння осуду та засобам кримінально-правового впливу. Законодавче закріплення цієї засади кримінального судочинства саме в такій редакції є зрозумілим і обґрунтованим, оскільки повною мірою відображає мету процесуальної діяльності органів досудового розслідування та прокуратури при проведенні досудового розслідування і судового розгляду кримінальних проваджень.

Разом з тим, законодавцем при прийнятті чинної редакції Кримінального процесуального кодексу України із незрозумілих причин таку важливу засаду кримінального судочинства чомусь об'єднано із презумпцією невинуватості особи. Із змісту ст. 17 КПК України вбачається, що зазначеною нормою закону досить повно і зрозуміло викладено зміст і суть презумпції невинуватості особи, закріпленої ст. 62 Конституції України, оскільки наведено гарантію унеможливлення вжиття заходів кримінально-правового впливу щодо особи за відсутності прийнятого процесуального рішення (вироку суду), що ґрунтується на належних і допустимих доказах вини особи. Така позиція законодавця щодо гарантування не притягнення до кримінальної відповідальності особи інакше як на підставі вироку суду, що ґрунтується на безсумнівних доказах, отриманих законним шляхом цілком відповідає принципу верховенства права та проголошеним ст. 1 Конституції України засадам існування правової держави, однак не розкриває суті та правових гарантій процесуальної діяльності сторони обвинувачення в кримінальному судочинстві.

Забезпечення доведеності вини є гарантованою процесуальним Законом можливістю суб'єктів, уповноважених здійснювати функцію кримінального переслідування та підтримання державного обвинувачення в суді, комплексом повноважень та процесуальних можливостей довести вину особи в усіх випадках, коли нею дійсно був вчинений злочин, а на інших суб'єктів процесу покладає обов'язки сприяти та (або) не перешкоджати цьому протиправними методами [3]. Такий підхід до розуміння змісту вказаної засади здійснення кримінального судочинства в повній мірі відображає суть процесуальної діяльності органів держави та їх посадових осіб в процесі розслідування і судового розгляду кримінальних правопорушень, кінцевим, завершальним етапом якої завжди є забезпечення у встановленому законом порядку доведення вини особи, що скоїла кримінальне правопорушення з тим, щоб в подальшому піддати її та її діяння осуду та засобам кримінально-правового впливу.

Таким чином, зміст засади забезпечення доведеності вини в кримінальному провадженні передбачає: надання органам досудового розслідування та прокурору повноважень і можливості збирати докази, їх досліджувати під час досудового розслідування та використовувати в процесі доказування під час судового розгляду; покладення на учасників кримінального провадження обов'язків, спрямованих на збереження доказів (наприклад заборона порушувати обстановку на місці події до проведення її огляду тощо); покладення обов'язків на осіб, яким будь-що відомо по суті кримінального провадження, надавати відповідну інформацію згаданим органам, при цьому така інформація має відповідати дійсності; надання у встановлених законом випадках і порядку можливості спеціально-уповноваженим органам та їх посадовим особам доступу до інформації, що містить охоронювану законом таємницю; покладення на органи досудового розслідування чи прокурора обов'язку прийняти та зареєструвати заяву чи повідомлення про вчинене, чи таке, що готується кримінальне правопорушення; встановлен-

© Мазяр М. Т., 2014

ня обмежених у часі строків розгляду слідчим суддею клопотань органу досудового розслідування та прокурора про проведення окремих слідчих (розшукових), в т.ч. негласних слідчих (розшукових) дій; та зрештою, існування самої системи органів досудового розслідування, прокуратури, оперативних підрозділів, експертних установ тощо.

Таким чином досліджувана засада є цілком самостійною, відмінною від презумпції невинуватості особи засадою кримінального судочинства. Більше того, з врахуванням проголошеного домінування принципу верховенства права в Україні та тієї ж таки презумпції невинуватості особи є законним і єдино можливим способом спростування невинуватості особи у вчиненні того чи іншого кримінального правопорушення.

Проведений правовий аналіз засади доведеності вини дає нам усі підстави стверджувати, що зазначена засада є протилежною за своєю метою засаді забезпечення права на захист, оскільки покликана не підтвердити, а навпаки – спростувати існуючу презумпцію невинуватості особи у вчиненні відповідного кримінального правопорушення. І якщо для досягнення цілей захисту достатньо поставити під сумнів обвинувачення (ч. 4 ст. 17 КПК), то для досягнення цілей звинувачення необхідно довести вину достатньо якісними доказами поза розумним сумнівом [4, с. 67-84].

Отже, досліджувана засада забезпечення доведеності вини є однією із базових засад здійснення кримінального судочинства, покликаною забезпечити досягнення завдань кримінального провадження, закріплених законодавцем у ст. 2 Кримінального процесуального кодексу України і законодавче закріплення її змісту як складової частини однієї з умов існування правової держави – презумпції невинуватості у ст. 17 КПК України не відповідає її суті та змісту, оскільки є самостійною і є однією з основних умов існування кримінального процесу. Таким чином, досліджувана засада потребує законодавчого закріплення у окремій нормі законодавства поряд із засадою забезпечення права на захист, оскільки має протилежну мету і разом з нею забезпечує змагальність процесу з метою встановлення істини у справі.

Список використаних джерел:

1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141.

2. Кримінальний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2013, № 9-10, № 11-12, № 13, ст.88.

3. Попелюшко В. О. Принцип забезпечення доведеності вини в кримінальному судочинстві / Вісник Прокуратури. – 2003. – № 5 (23). (С. 80 – 83).

4. Маляренко В. Т. Конституційні засади кримінального судочинства. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – 320 с.

Мокрицька І. Я.,
старший викладач кафедри галузевих правових наук Національного університету «Києво-Могилянська академія»

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО НА СУДОВИЙ ЗАХИСТ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ В УМОВАХ СОЦІАЛЬНОЇ ДЕРЖАВИ

Однією з найбільших проблем завжди виступає пошук оптимальної моделі співіснування особи і держави. Зазвичай такі моделі залежали від характеру суспільства, типу власності, рівня економіки, розвитку демократії, культури, інших об'єктивних чинників, але в більшості випадків визначальними чинниками є влада, закони, правлячі еліти, тобто суб'єктивні фактори у співвідношенні з діючими закономірностями.

Стаття 3 Конституції України[1] визначає, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека є найвищою соціальною цінністю. Відповідно, кінцевою метою діяльності держави визначається забезпечення прав і свобод людини та громадянина. Досягнення цієї мети нерозривно пов'язано з обов'язком держави створювати систему захисту прав і свобод, а також встановлювати юридичні процедури такого захисту, особливо у контексті судово-правової реформи[2, с.22-23].

Варто зауважити, що право на захист, як правило, включають до змісту суб'єктивного права. Суб'єктивне право як юридична категорія визначається в нормі права і закріплює в ній:

1) свободу поведінки індивіда в межах, допустимого нормою права;
2) можливість для індивіда користуватися певним соціальним благом;
3) можливість здійснювати певні дії і вимагати виконання відповідних дій від інших осіб;
4) можливість звертатися до суду за захистом порушеного права.

Необхідність захисту суб'єктивного права виникає тоді коли воно порушується або коли виникає загроза його порушення. І тільки тоді суб'єкти права можуть звертатися щодо захисту своїх прав. Насамперед мається на увазі право на судовий захист.

Судовий захист – складне правове явище, яке пронизує правову систему та систему права у цілому. Право на судовий захист як соціальне і правове явище включає в себе сукупність правомочностей, які забезпечують особі справедливе правосуддя та ефективне відновлення її порушених прав.

За змістом частини першої ст.55 Конституції України «права та свободи людини і громадянина захищаються судом». Ст.7 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» [3] передбачає, що «кожному гарантується захист прав, свобод і законних інтересів незалежним і безстороннім судом, утвореним відповідно до закону».

Особливого значення право на судовий захист набуває у кримінальному процесі, який спрямований на забезпечення правосуддя у разі вчинення особою злочину – найбільш небезпечного правопорушення.

Науково-правовий аналіз внутрішньо національного законодавства, зокрема, Кримінального процесуального кодексу України (далі – «КПК України»)[4], дає підстави для висновку, що право на судовий захист фактично зводиться до права звернення до суду, розгляду справи та участі у розгляді справи, що по суті є лише одним з елементів права на судовий захист і не розкриває судовий захист як систему встановлених прав та правових принципів.

Слід підкреслити, що норми КПК України розглядають право на судовий захист, переважно, у формально-правовому значенні. При цьому, Кодекс не містить чітких та доступних механізмів його реалізації і гарантування.

З міжнародних документів щодо прав людини, зокрема Загальної декларації прав людини, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція)[5], Міжнародного пакту про громадянські і політичні права[6], випливає, що в них для закріплення права на судовий захист використовується інша фундаментальна формула, зміст якої полягає в тому, що «кожен має право на судовий захист».

Сутнісний зміст права на судовий захист розкривається через його елементи, які є обов'язковими в аспекті практики Європейського суду з прав людини. Так, у ст. 6 Конвенції закріплене право на справедливий суд. Зокрема, у ч. 1 цієї статті зазначено, що кожен має право на справедливий і публіч-

© Мокрицька І. Я., 2014

ний розгляд його справи впродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення.

На підставі Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»[7] гарантується обов'язковість виконання на території України як учасника Конвенції рішень Європейського суду з прав людини, а також використання практики цього суду, вітчизняні суди зобов'язані використовувати у своїй практиці не тільки положення Конвенції, а й рішення та практику Європейського суду з прав людини.

Виходячи з конструкції ч. 1 ст. 6 Конвенції, у ній закріплені такі елементи права на судовий захист: а) право на розгляд справи; б) право на справедливість судового розгляду; в) право на публічність розгляду справи та проголошення рішення; г) право на розумний строк розгляду справи; ґ) право на розгляд справи судом, встановленим законом; д) право на незалежність і безсторонність суду.

Звернення до суду ще не означає надання власне судового захисту. Тільки у процесі розгляду справи суд встановлює дійсність порушення прав особи і конкретизує, яку саме норму закону необхідно застосувати з метою їх ефективного судового захисту. Сьогодні право на судовий захист прав і свобод людини необхідно розглядати не тільки з формальної точки зору, а й обов'язково в контексті питання про те, наскільки реальними є права людини та наскільки ефективним є їх правовий захист у повсякденному житті. Вочевидь, відповідь прямо пов'язана з тим, яким є рівень забезпечення можливості людини обстоювати свої конституційні права в судовому порядку, апелюючи до неупередженого і незалежного суду виключно на основі самої Конституції.

З огляду на зазначене, гарантування права на судовий захист у кримінальному процесі, забезпечення належних, доступних механізмів його реалізації є важливим напрямом розбудови правової та соціальної держави.

Основними напрямами удосконалення права на судовий захист у кримінальному процесі є наступні: а) забезпечення та гарантування рівних можливостей щодо реалізації зазначеного права; б) забезпечення реальних механізмів здійснення права на справедливий суд; в) забезпечення відкритості, доступності і прозорості кримінального судочинства на основі забезпечення інтересів суспільства, особи і держави; г) забезпечення належних і доступних механізмів отримання правової допомоги; ґ) забезпечення якісного і доступного представництва у кримінальному процесі осіб з інвалідністю та інших вразливих категорій громадян; д) забезпечення та доступних механізмів захисту прав та інтересів особи у процесі здійснення кримінального судочинства; е) вироблення дієвих форм суспільного (громадського контролю) з питань кримінального судочинства.

Список використаних джерел:

1. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 року №254/96 // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №30. – Ст. 141.

2. Суд, правоохоронні та правозахисні органи України: Підручник/О.С. Захарова, В.С. Ковальський, В.С. Лукомський та ін..; Відп. ред. В. Маляренко. – 3-тє вид., переробл. і доп. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 352с.

3. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 7 липня 2010 року № 2453-VI//Відомості Верховної Ради України. – 2010. – №№41-45. – Ст. 529.

4. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 року №4651-VI//Відомості Верховної Ради України. – 2013. – №9-13. – Ст. 88.

5. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: Конвенція від 04 листопада 1950р. // Голос України від 10.01.2001р., №3.

6. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права: Міжнародний пакт ООН від 16 грудня 1966р.// Електронний ресурс: Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/rada/show/995_043/card6#Public.

7. Про виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23 лютого 2006 року №3477-IV// Відомості Верховної Ради України. – 2006. – №30. – Ст. 260.

Погорецький М. А.,
доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри правосуддя юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Заслужений діяч науки і техніки України

ЩОДО НАЗВИ ТА ПРЕДМЕТУ ТЕОРІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ДОКАЗУВАННЯ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ

Одним із головних чинників ефективності кримінального судочинства України є розробленість теорії доказування, опанування нею правозастосовниками та їх вміння використовувати положення цієї теорії у практичній діяльності, оскільки мистецтво судочинства, як слушно зазначав І. Бентам, за своєю сутністю, є не що інше, як мистецтво доказування [1, 2]. Теорія доказування (теорія доказів)[1], за справедливим твердженням В. Д. Спасовича, «становить центральний вузол усієї системи судочинства, душу всього кримінального процесу, начало, що його рухає, утворює його сутність, яка обумовлює і судоустрій, і всі головні форми судочинства» [2, 7].

Попри важливе значення теорії доказування для кримінального процесу, те, що за майже півтора століття вона поповнилася новими знаннями з філософії, логіки, інформатики, психології та інших наук, та застосування у ній сучасних методів наукового пізнання, значна кількість її проблем залишається невирішеною і на сьогодні.

Слід зазначити, що ще наприкінці минулого століття А. А. Давлетов, оцінюючи рівень розробленості теорії доказування, слушно зазначав, що «сучасна теорія доказування (доказів) не являє собою єдиної цілісної системи, усі частини якої були б взаємопов'язаними і взаємозалежними, тобто вона не відповідає повною мірою вимогам, що ставляться до теорії» [3, 3]. У цій теорії, обґрунтовано вказувала у той же час Л. М. Карнєєва, відсутня необхідна стрункість і ясність навіть у відображенні основних її понять, тому такий стан її розвитку не лише не сприяє вдосконаленню законодавства, а й негативно позначається на практиці його застосування [4, 15-16].

Результати аналізу наукових праць, присвячених дослідженню теорії доказування та її окремим питанням в порівняльно-історичному аспекті О. С. Александрова, В. С. Балакшина, А. Р. Бєлкіна, Р. С. Бєлкіна, А. Я. Вишинського, А. І. Вінберга, Л. В. Владімірова, В. П. Гмирка, В. Г. Гончаренка, М. М. Гродзинського, Ю. М. Грошевого, Є. А. Долі, В. Я. Дорохова, О. О. Ейсмана, В. І. Зажицького, Л. М. Карнєєвої, А. А. Кухти, Л. М. Лобойка, М. М. Михеєнка, І. Б. Михайловської, В. Т. Нора, О. В. Побєдкіна, О. В. Попелюшка, А. Р. Ратінова, Н. В. Сибільової, В. Д. Спасовича, С. М. Стахівського, М. С. Строговича, В. Г. Танасевича, Л. Д. Удалової, С. А, Шейфера, М. Є. Шумили та інших свідчать про те, що і на теперішній час вітчизняна теорія доказування власне як теорія є недостатньо розробленою, а її основоположні проблемні питання продовжують залишатися не вирішеними.

До цього часу не досягнуто єдності думок процесуалістів навіть щодо назви власне самої теорії, не з'ясована з достатньою повнотою природа кримінального процесуального доказування, його структурні елементи, рівні та етапи. Дискусійними залишаються питання щодо поняття доказів, а також щодо доцільності його нормативно-правового закріплення, процесуальної форми отримання окремих видів доказів, засобів доказування, суб'єктів доказування, мети доказування тощо.

Нерозробленість основоположних засад теорії доказування негативно вплинула на правотворчу діяльність при розробці та прийнятті Кримінального процесуального кодексу України 2012 р. (далі – КПК України), яким введено низку нових для вітчизняного кримінального процесу правових інститутів та окремих норм, пов'язаних з доказуванням, що у свою чергу негативно впливає на правозастосовну практику при вирішенні завдань кримінального судочинства.

Виходячи із зазначеного, метою цієї статті є визначення власне назви теорії, що вивчає докази та доказування, її предмету, виокремлення основних проблемних питань цієї теорії, а також висвітлення в межах визначеного обсягу статті авторського погляду на їх вирішення.

---

[1] «Теорія доказів» і «теорія доказування» не ідентичні поняття. Питання про їх співвідношення буде розкрито нижче.

© *Погорецький М. А., 2014*

На підставі результатів дослідження генезису теорії доказування слід зазначити, що її розвиток власне як теорії почав активно здійснюватися після прийняття Основ кримінального судочинства СРСР 1958 р. [5] та КПК союзних республік (КПК УРСР 1960 р. [6]).

Перша фундаментальна монографічна праця, присвячена теорії доказування, яка була підготовлена авторським колективом провідних фахівців у галузі доказового права (Р.С. Бєлкін, А.І. Вінберг, В.Я. Дорохов, М.В. Жогін, В.К. Звірбуль, Г.А. Злобін, В.І. Камінська, І.І. Карпець, Г.І. Кочаров, Г.М. Міньковський, І.Б. Михайловська, І.Л. Петрухін, А.Р. Ратінов, В.Г. Танасевич, О.О. Ейсман, Н.А. Якубович), мала два видання [7; 8]. Ця робота й до цього часу має значну наукову цінність, оскільки в ній розроблені теоретичні й гносеологічні засади теорії доказування, які мають методологічне значення для сучасних досліджень у сфері доказового права, хоча окремі її положення з урахуванням досягнень сучасної кримінально-процесуальної науки та зміни процесуального законодавства переосмислюються, піддаються критиці, проте, на мій погляд, не завжди обґрунтованій.

Слід звернути увагу на те, що власне теорія доказування авторами цієї монографії називалася «теорією доказів», хоча ними й зазначалося, що теорія доказів є частиною науки кримінального процесу, тією частиною, що присвячена вивченню «**процесу доказування** (*вид. мною — М. П.*) на дізнанні, попередньому слідстві й у суді» [9, 15]. При цьому підкреслювалося, що «предметом теорії доказів, тобто тим, що вона вивчає, є: а) правові норми, що встановлюють порядок збирання, дослідження й оцінки доказів у кримінальних справах; б) практична діяльність органів суду, слідства й дізнання в процесі доказування, а також діяльність осіб, які залучаються до участі в цьому процесі; в) закономірності, пов'язані з виникненням, зберіганням, передачею й переробкою доказової інформації. Крім того, до предмету вивчення теорії доказів включаються: історія розвитку доказового права, нормативний порядок доказування в інших країнах» [9, 16-17]. Зазначалося, що «найближчою й безпосередньою метою теорії доказів є одержання й поглиблення знань, що ставляться до її предмета, тобто до **процесу доказування**» [9, 18] (*вид. мною — М. П.*). Змістом теорії доказів є насамперед «упорядковане, цілісне, внутрішньо зв'язане відбиття її предмета, тобто **процесу доказування**» [9, 19] (*вид. мною — М. П.*).

Оскільки назва досліджуваної теорії не відображала її сутності, у подальшому було запропоновано «теорію доказів» іменувати «теорією доказування» [10; 11; 12], або «теорією доказів та доказування» [13, 15].

На підставі критичного аналізу наведених у наукових джерелах точок зору та їх обґрунтувань, вважаю, що зазначена теорія, виходячи з її змісту (предмету), повинна мати назву саме «теорія доказування», а не «теорія доказів».

Доказування як процесуальна пізнавально-практична й логічна діяльність має такі внутрішні структурні елементи: об'єкт, предмет, мета, завдання, засоби, суб'єкти, результат, а також зовнішні — етапи [14, 44].

Доказ у доказуванні є одним із структурних елементів (засобом доказування[1]), яким оперують в ході здійснення досудового розслідування та судового розгляду кримінального провадження. Зважаючи на зазначене, зміст «теорії доказів», яким є доказування, є ширшим за її назву. Тому при визначенні назви вказаної теорії слід керуватися законами філософії щодо співвідношення частини та цілого.

Виходячи із змісту досліджуваної теорії, на мій погляд, така її назва як «теорія доказів та доказування» також не є коректною, оскільки поряд зі змістом цієї теорії, яким є доказування, у цій назві вказується лише один із її структурних елементів — доказ, що також не є логічним.

Враховуючи те, що у сучасній науці термін «теорія», або «наукова теорія» визначається як вища форма формування наукового знання, система аргументованих положень, яка поєднує цілісні знання про закономірності та важливі зв'язки юридичної діяльності чи окремих її складових й створює не лише окрему юридичну науку, а й її розділи, підрозділи, а також те, що доказове право за час свого розвитку накопичило значну кількість наукових знань про зазначені зв'язки і закономірності щодо доказів та доказування, є усі підстави говорити як про теорію доказування, так і про теорію доказів, яка є окремим розділом теорії доказування, кожна з яких має свій власний предмет.

Предметом теорії доказування є: 1) теорія доказів; 2) правові норми, що регламентують процес доказування, теорія та практика їх застосування; 3) структурні елементи доказування (об'єкт, предмет,

[1] У широкому розумінні засобами доказування є усі процесуальні дії, які спрямовані на отримання (збирання) доказів, а також власне самі докази, які використовуються у доказуванні для обґрунтування своєї правової позиції сторонами кримінального провадження.

мета, завдання, засоби, суб'єкти, результат), його етапи та стандарти; 4) теорія, правове регулювання та практика доказування у зарубіжних країнах; 5) теорія, правове регулювання і практика доказування у Європейському суді з прав людини та в інших міжнародних інституціях; 6) історія розвитку доказового права.

Предметом теорії доказів є: поняття, сутність, класифікація, властивості доказів.

Кожен із елементів предмета сучасної вітчизняної теорії доказування на сьогодні є дискусійним і, на мою думку, недостатньо розробленим у науці кримінального процесу, що негативно позначається на законотворчій та практичній діяльностях і повинен бути предметом окремих наукових досліджень.

Список використаних джерел:

1. Бентам И. О судебных доказательствах / И. Бентан. – К.: Типография М.П. Фрица, 1876. – 421 с.

2. Спасович В.Д. О теории судебно-уголовных доказательств в связи с судоустройством и судопроизводством / В.Д. Спасович. – СПб, 1861. – 432 с.

3. Давлетов А.А. Основы уголовно-процессуального познания: автореф. дисс. на соискание ученой степени д-ра юрид. наук: спец. 12.00.09 / А. А. Давлетов. – М, 1993. – 38 с.

4. Карнеева Л.М. Правильное определение основных понятий теории доказательств – важнейшая гарантия достижения истины при производстве по уголовному делу / Л.М. Карнеева // Гарантии прав личности в социалистическом уголовном праве и процессе. Межвузовский тематический сборник. – Ярославль: Изд-во Яросл. ун-та, 1981. – С. 15-22.

5. Основы уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик: [Кримінально-процесуальний кодекс України затв. Законом від 28.12.1960 р. // Відомості Верховної Ради. – 1961. – № 2. – Ст. 15.

6. Теория доказательств в советском уголовном процессе. Часть общая / Р.С. Белкин, А.И. Винберг, В.Я. Дорохов и др.; редкол.: Н.В. Жогин (отв. ред.), Г.А. Злобин, В.И. Каминская и др. – М.: Юрид. лит., 1966. – 584 с.

7. Теория доказательств в советском уголовном процессе. Часть особенная / Р.С. Белкин, А.И. Винберг, В.Я. Дорохов и др.; редкол.: Н.В. Жогин (отв. ред.), Г.А. Злобин, В.И. Каминская и др. – М.: Юрид. лит., 1967. – 415 с.

8. Теория доказательств в советском уголовном процессе / Р.С. Белкин, А.И. Винберг, В.Я. Дорохов и др.; редкол.: Н.В. Жогин (отв. ред.), Г.М. Миньковский, А.Р. Ратинов и др. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: Юрид. лит., 1973. – 736 с.

9. Зинатуллин З.З. Уголовно- процессуальное доказывание: учебное пособие / З.З. Зинатуллин. – Ижевск: Изд-во Уд-мурдск. гос. ун-та, 1993. – 178 с.

10. Белкин А.Р. Теория доказывания: научно-методическое пособие / А.Р. Белкин. – М.: Норма, 1999. – 429 с.

11. Белкин А.Р. Теория доказывания в уголовном судопроизводстве: монография / А.Р. Белкин. – М.: Норма, 2005. – 528 с.

12. Щербаков С.В. Теория доказательств и доказывания: содержание и проблемы: монография / С.В. Щербаков. – Архангельск: Юпитер. – 2007. – 263 с.

13. Погорецький М. Поняття, зміст та структура кримінального процесу: проблеми теорії та практики / М. Погорецький // Право України. – 2013. – № 11. – С. 42-53.

Сергєєва Д. Б.,
доцент кафедри правосуддя юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник

ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ РЕЗУЛЬТАТІВ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ

Для діючої вітчизняної правової системи властивим є поява нових інститутів кримінального процесуального права, що закономірно зумовлює потребу в їх взаємоузгодженні із вже існуючими інститутами та закріпленні відповідних науково-обґрунтованих положень їх реалізації в діючих нормативно-правових актах. Так, впровадження інституту негласних слідчих (розшукових) дій до вітчизняного кримінального процесуального законодавства обумовило потребу закріплення науково-обґрунтованого механізму реалізації їх результатів у кримінальному процесі й, зокрема, у кримінально-процесуальному доказуванні.

Проте досить стислі за змістом правові конструкції щодо використання результатів негласних слідчих (розшукових) дій не в повній мірі забезпечують ефективне використання результатів негласних засобів отримання інформації про злочин у кримінальному процесі, не створюють ефективної моделі вирішення проблеми їх використання в прикладній площині, про що зазначають 18% опитаних слідчих ОВС та СБ України.

Представлені та інші результати емпіричних досліджень щодо кількості використаних матеріалів проведення негласних слідчих (розшукових) дій у доказуванні, а також узагальнена думка практиків щодо їх використання, повинні спонукати науковців-процесуалістів та криміналістів до наукових пошуків у сфері розробки та втілення у практичну діяльність правоохоронних органів теоретичних засад та дієвого механізму використання результатів негласних слідчих (розшукових) дій, зокрема, перетворення їх результатів у докази у кримінальному провадженні. Вважаємо, що без працездатних правових конструкцій та наукових досліджень у цій сфері, вказана проблема не може бути вирішена в принципі. Однак, на сьогодні необхідно констатувати практично відсутність наукових доробок щодо сутності результатів негласних слідчих (розшукових) дій, напрямів їх використання у кримінальному судочинстві, хоча проблем у практичній діяльності є більш ніж достатньо.

На нашу думку, питання щодо того, чи є можливим використання результатів негласних слідчих (розшукових) дій в інтересах кримінального судочинства, взагалі не повинно виникати. Однак, для того, щоб у практичного працівника була реальна можливість використати всі можливості негласних слідчих (розшукових) дій у доказуванні, необхідно, в першу чергу, мати правильне уявлення про те, що є результатами негласних слідчих (розшукових) дій. Як у правовій теорії, так і законодавстві не можна оперувати нечіткими визначеннями, адже багатозначність правової термінології дезорієнтує правозастосовців, ускладнює правозастосовний процес. Нормативне вираження, застосування термінологічного апарату є надзвичайно актуальним для всіх галузей законодавства, оскільки становить складову процесу їх кодифікації та уніфікації, тому в літературі правильно вказується на те, що для того, щоб текст закону вважався ясним, він не лише має бути легким для розуміння, а й всі, хто його читатиме, повинні і однаково розуміти його суть. Особливо це є актуальним у сфері використання негласних засобів розслідування, оскільки правові норми, що регулюють порядок проведення негласних слідчих (розшукових) дій, так само, як і законодавство в галузі ОРД, розповсюджуються на відомства, що мають різне функціональне призначення.

У КПК України термін «результати негласних слідчих (розшукових) дій» використовується без розкриття його поняття, сутності, змісту та без визначення видів цих результатів. На нашу думку, розуміння поняття результатів негласних слідчих (розшукових) дій має значне практичне значення, адже проблеми, які виникають в ході їх використання, у більшості своїй пов'язані з нерозумінням того, що саме представляють собою відповідні результати.

У ч. 1 ст. 256 КПК України, яка регламентує використання результатів негласних слідчих (розшукових) дій у доказуванні зазначено, що у доказуванні можуть використовуватися «протоколи щодо

© Сергєєва Д. Б., 2014

проведення негласних слідчих (розшукових) дій, аудіо- або відеозаписи, фотознімки, інші результати, здобуті за допомогою застосування технічних засобів, вилучені під час їх проведення речі і документи або їх копії». На наш погляд, таким чином законодавець визначив перелік результатів негласних слідчих (розшукових) дій.

У ч. 1 ст. 255 КПК України об'єктами, що повинні бути невідкладно знищені у випадку, якщо прокурор не визнає їх необхідними для подальшого проведення досудового розслідування, законодавець називає відомості, речі та документи. Так само про «відомості, речі й документи», отримані в результаті проведення негласних слідчих (розшукових) дій йдеться також у ч. ч. 4 та 5 ст. 255 КПК України. Проте в ч. 2 цієї статті, перелічені у ч. 1, 4 та 5 об'єкти законодавець називає «матеріалами», а у ч. 1, 2 ст. 257 КПК України мова вже йде про отриману під час негласних слідчих (розшукових) дій «інформацію».

Не вносить ясності у питання визначення сутності й видів результатів проведення негласних слідчих (розшукових) дій й Інструкція «Про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні». Так у розділі IV, що регламентує фіксацію результатів негласних слідчих (розшукових) дій та дослідження інформації, йдеться здебільшого про протокол негласної слідчої (розшукової) дії з додатками. Причому автори інструкції говорять про протокол про хід і результати проведеної негласної слідчої (розшукової) дії (п. 4.1.), протокол про результати проведеної негласної слідчої (розшукової) дії (п. 4.3., 4.4.), протокол про (щодо) проведення негласної слідчої (розшукової) дії (п. 4.6.) тощо.

П. 4.3. Інструкції передбачає передання прокурору, який здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва лише протоколу з додатками, з якими за необхідності ознайомлюється слідчий (п. 4.4.) Таке положення викликає поставлення закономірного питання, чому мова йде лише про протоколи з додатками й яка подальша «доля» інших об'єктів, перерахованих у ч. 1 ст. 256 КПК України. Ймовірно, відповіддю на це питання є п. 4.7. вказаної Інструкції, який дає розуміння бачення укладачів інструкції сутності й видів додатків до протоколу, якими, на їх погляд, є у тому числі й зразки об'єктів, речей і документів та інші матеріали. Більш того, фраза «та інші матеріали, які пояснюють зміст протоколу» дає підстави зробити хибний висновок про те, що зразки об'єктів, речей і документів, процесуальне значення яких автори нівелювали як можливих речових доказів, документів у кримінальному провадженні з додатками до протоколу, що, як відомо, самостійного процесуального начення не мають, також покликані пояснювати зміст протоколу.

Окрім цього, в Інструкції, так само, як і в КПК України використовуються терміни «інформація» (п. 4.3.2, п. 4.11.) «матеріали» (п. 4.9.), «відомості» (п. 4.10.) та інші, що не сприяє як стрункості законодавчої техніки, так і розумінню сутності видів та значення результатів проведення негласних слідчих (розшукових) дій у практиків.

Слід зазначити, що в сучасній кримінально-процесуальній науці (у працях М. В. Багрія та В. В. Лукика, С. С. Кудінова та Р. М. Шехавцова та інших вчених) єдності у підходах до визначення результатів негласних слідчих (розшукових) дій немає. У низці наукових робіт, у яких розглядаються питання використання результатів негласних слідчих (розшукових) дій поняття, сутнійсть й види цих результатів не наводяться.

Отже, на підставі аналізу зазначених положень законодавчих норм, а також викладених точок зору щодо поняття й сутності результатів негласних слідчих (розшукових) дій, зазначимо наступне. Поняття «результати негласних слідчих (розшукових) дій» доцільно розуміти у широкому та вузькому значенні. Виходячи з етимологічного значення слова «результат» як того «що отримано в завершення якої-небудь діяльності, роботи, підсумок», а також із того, що результат є тим, заради чого здійснюється певний вид діяльності, що може бути як позитивним, якщо мета досягнута, так і негативним, якщо не вдалося досягти мети, вважаємо, що у широкому значенні результатами негласної слідчої (розшукової) дії є як матеріали негласних слідчих (розшукових) дій, так і нематеріалізовані відомості, інформація, наприклад, суб'єктивне сприйняття чогось суб'єктом проведення негласної слідчої (розшукової) дії.

Однак, у кримінальному судочинстві, а тим більше у кримінальному процесуальному доказуванні нематеріалізована інформація, відомості, що не знаходять свого матеріально-фіксованого відображення у матеріалах негласних слідчих (розшукових) дій використовуватися не можуть, тому критично оцінюємо запропоновану окремими авторами класифікацію результатів негласних слідчих (розшукових)

дій за формою відображення на: матеріали (матеріальні носії інформації) та інформацію (нематеріалізовані відомості).

Отже, результати негласних слідчих (розшукових) дій розглядаються нами лише як матеріально фіксовані джерела, що виникають в процесі проведення негласних слідчих (розшукових) дій та містять певну інформацію, відомості, тобто у вузькому значенні цього терміну. Результати негласних слідчих (розшукових) дій для їх подальшого використання, в тому числі й у кримінальному процесуальному доказуванні, мають бути трансформовані в передбачену матеріальну форму – відповідні матеріали негласних слідчих (розшукових) дій. Сама лише змістовна складова результатів їх проведення – інформація, що отримується в результаті їх проведення, не дозволяє її використовувати в інтересах кримінального судочинства.

Таким чином, терміни «результати негласних слідчих (розшукових) дій» та «матеріали негласних слідчих (розшукових) дій» розглядаються нами як тотожні.

Зазначимо при цьому, що матеріалами негласних слідчих (розшукових) дій є всі без виключення матеріально фіксовані джерела, що виникають в процесі проведення негласних слідчих (розшукових) дій, не залежно від того, чи містять вони інформацію про ознаки злочину, осіб, які до нього причетні, а також інші дані, що сприяють розслідуванню злочину та можуть бути використані у кримінальному провадженні, у тому числі й у кримінальному процесуальному доказуванні. Матеріали, отримані в результаті проведення негласних слідчих (розшукових) дій, які прокурор не визнає необхідними для подальшого проведення досудового розслідування, що заборонені для використання й підлягають знищенню у встановленому законодавством порядку (ст. 255 КПК України) не втрачають від цього свого процесуального значення матеріалів негласних слідчих (розшукових) дій.

Сисоєнко Г. І.,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики Академії адвокатури України

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЗАТРИМАННЯ ОСОБИ БЕЗ УХВАЛИ СЛІДЧОГО СУДДІ, СУДУ

Питання затримання особи, підозрюванної у вчиненні злочину було і залишається тісно пов'язаним з необхідністю дотримання принципу забезпечення прав особи на свободу та особисту недоторканність. За КПК України 1960 р. (КПК 1960 р.). Це питання було врегульовано ст.ст. 106,106-1, 107. В ст.106 було передбачено дві групи підстав для затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину. Перша група складається із тьорх підстав, які повністю перейшли (за незначних текстових змін) до п.1 і 2 ч. 1 ст. 208 КПК України 2012 р. (КПК 2012 р.). Друга група підстав складалась з підстави, тлумачення якої в законі наведено не було – ч. 2 ст. 106 « При наявності інших даних...». Про які дані йшлось в законі залишилось не зрозумілим весь період дії цього закону, але ця підстава діяла лише за умови « коли ця особа намагалась втекти, або коли вона не має постійного місця проживання, або коли не встановлена особа підозрюваного». Положення цієї частини не війшли до КПК 2012 р., але з'явились нові положення, яких не було в КПК 1960 р., це так зване «Законне затримання», «Затримання уповноваженою службовою особою», та інші.

Новий КПК 2012 р. залишив без вирішення окремі питання затримання особи за підозрою у вчиненні злочину. Вони існували і в період дії КПК 1960 р.. Значна кількість затримання осіб за підозрою у вчиненні або замаху на вчинення відбувається безпосредньо після здійснення злочину або замаху на його здійснення. Відбуваються такі дії поза рамками кримінального провадження. Теоретики і практики надали такому затриманню, яке здійснювалось і продовжує здійснюватися назву – «фізичне затримання», а затриманню на стадії досудового розслідування – «процесуальне затримання». КПК 2012 р. частково врегулював окремі моменти такого «фізичного затримання», але більшість їх залишилась без відповіді.

Виходячи з положень ст. 209 КПК 2012 р., особа є затриманою з моменту, коли вона силою або через підкорення наказу змушена залишатися поряд із уповноваженою службовою особою чи в приміщенні, визначеному уповноваженою службовою особою. Має місце так зване фізичне затримання і відбувається воно здебільшого не в рамках кримінального провадження, оскільки відповідні відомості, як правило, на момент такого затримання ще не внесені до Єдиного реєстру досудових розслідувань і досудове розслідування не розпочато. У відповідності до ст.207 КПК 2012 р. кожен громадянин може здійснити, так зване законне затримання особи, як різновид фізичного затримання, за умови, що таке затримання буде здійснено при вчиненні або замаху на вчинення кримінального правопорушення чи під час безперервного переслідування особи, яка підозрюється у його вчиненні. Все це також відбувається не в рамках кримінального провадження, оскільки затримання особи у цих випадках максимально наближено до моменту вчинення або замаху на вчинення кримінального правопорушення, або безпосередньо після його вчинення. При такому затриманні наявні всі складові, коли затримання здійснює уповноважена службова особа, якій законом надано право здійснювати затримання – застосовується фізична сила, відбувається підкорення наказу і здійснюється утримання особи в певному приміщенні [1, с. 457].

Коли до особи застосовано фізичну силу, їй повідомляється чому її затримано і вона силою утримується або доставляється до уповноваженої службової особи. Затримана особа реально обмежена у здійсненні права на вільне пересування, що дає підстави говорити, що це і є момент затримання. І відбувається таке затримання не на стадії досудового розслідування і не в рамках кримінального провадження.

У відповідності до ч. 3 ст. 214 КПК 2012 р. дозволяється, поза рамками кримінального провадження, до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань, у невідкладних випадках провести лише єдину слідчу (розшукову) дію – огляд місця події. В той же час, згідно положення ст. 208 КПК 2012 р., уповноважена службова особа має право без ухвали слідчого судді, суду затримати особу, підозрювану у вчиненні злочину, за який передбачено покарання у виді позбавлення волі, у випадках:

© *Сисоєнко Г. І., 2014*

– якщо цю особу застали під час вчинення злочину або замаху на його вчинення;

– якщо безпосередньо після вчинення злочину очевидець, в тому числі потерпілий, або сукупність очевидних ознак на тілі, одязі чи місці події вказують на те, що саме ця особа щойно вчинила злочин. (за КПК 1960 р. ці два пункти (випадки) були розбиті на три і мали назву підстав затримання).

Серед переліку учасників кримінального провадження в КПК 2012 р. відсутній участник «уповноважена службова особа». Виходячи з положень ч. 3 ст. 207 КПК 2012 р. це особа, якій законом надано право здійснювати затримання. Більше ніяких відомостей стосовно «уповноваженної службової особи» в КПК немає. Можливо тільки здогадуватись, що це службова особа, якій надано право здійснювати затримання у відповідності до Закону України «Про міліцію», Закону України «Про Службу безпеки України» тощо, без ухвали слідчого судді, суду з-поміж інших форм (видів) затримання. Також невідомо про яке затримання йде мова – про фізичне, адміністративно-правове, яке не має кримінального процесуального характеру, до внесення відомостей в Єдиний реєстр досудових розслідувань, чи процесуальне в рамках кримінального провадження, в той же час ч. 3 ст.208 КПК 2012 р. дозволяє уповноваженій службовій особі, а також слідчому і прокурору здійснити обшук затриманої особи. Правом проведення досудового розслідування, згідно положень КПК 2012 р., наділено прокурора, керівника органу досудового розслідування і слідчого органу досудового розслідування. На якій підставі надано право уповноваженій службовій особі здійснювати процесуальні дії (проводити обшук особи і складати відповідний протокол) залишається невідомим. Після цього, в ч.5 цієї ж статті мова вже йде про складення протоколу затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину і відповідно до ч. 5 ст.208 КПК 2012 р. в ньому повинно бути зазначено: місце, дата і точний час (година і хвилини) затримання відповідно до положень ст. 209 КПК 2012 р. Тобто, момент так званого законного затримання, коли особа, яка підозрюється у вчиненні або замаху на вчинення кримінального правопорушення, була затримана будь-яким громадянином або громадянами, обмежена у здійсненні права на вільне пересування, зміщається до появи уповноваженої службової особи. Положення ч. 5 ст. 208 КПК 2012 р. протирічить загальним засадам кримінального провадження, зокрема принципу забезпечення права на свободу та особисту недоторканість (ст.12 КПК 2012 р.), оскільки законне затримання особи після вчинення або замаху на вчинення кримінального правопорушення, або безпосередньо після його вчинення вона обмежена у здійсненні свого права на вільне пересування, що і є фактично моментом затримання. Місце, дата і точний час (години і хвилини) такого затримання повинні бути відображені в протоколі затримання особи, який буде складати слідчий чи прокурор в рамках кримінального провадження. Це може відбуватись через певний проміжок часу після законного затримання особи, але в рамках кримінального провадження. Відповідно до ч.1 ст. 104 КПК 2012 р. хід і результати процесуальних дій фіксуються у протоколі, і процесуальні дії можливо проводити тільки в рамках кримінального провадження, за виключенням огляду місця події (згідно п. 20 ч. 1 ст. 32 КПК 1960 р. протокол – документ про проведення слідчих і судових дій, про їх зміст і наслідки).

Як ці положення реалізуються у практичній діяльності? Наприклад, працівники оперативних підрозділів органів внутрішніх справ, яким законом надано право здійснювати затримання, здійснюють таке затримання особи під час вчинення злочину. Що відбулось ? Має місце фізичне затримання особи за підозрою у вчиненні злочину. Що обов'язково необхідно здійснити в такій ситуації ? Створити умови, в яких затримана особа не могла б продовжувати злочинну діяльність, це – застосувати спецзасоби (кайдани), та зробити поверхневий огляд одягу затриманого (не обшук особи, який може бути проведений тільки в присутності понятих і в рамках кримінального провадження). Не відповідає вимогам закону (як це інколи робиться на практиці) в такій ситуації, коли особу затримали під час вчинення злочину, провести її обшук в рамках проведення огляду місця події де вона була затримана, оскільки положення закону, які регулюють порядок проведення огляду, не дозволяють проведення обшуку особи в рамках цієї слідчої (розшукової) дії. В той же час, при виконанні ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи, згідно з ч. 5 ст. 236 КПК 2012 р. за рішенням слідчого чи прокурора може бути проведено обшук осіб, які перебувають в житлі чи іншому володінні, якщо є достатні підстави вважати, що вони переховують при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження. Але все це на стадії досудового провадження і в рамках конкретного кримінального провадження. Ми ж маємо ситуацію, коли особу застали під час вчинення злочину і затримали, як кажуть «на гарячому». Ще немає заяви постраждалої особи, немає кримінального провадження. А мова в ч. 3 ст. 208 КПК 2012 р. йде про проведення обшуку такої особи, а в ч. 5 тієї ж статті про складення протокола

про затримання такої особи за підозрою у вчиненні кримінального провадження. Під час практичної реалізації положень ч.1 ст.208 КПК 2012 р. відбувається доставлення фізично затриманої особи до найближчого підрозділу органу досудового розслідування, де в процесі опитування всіх осіб, причетних до даної події, з'ясовуються всі обставини. В той же час в ч. 1 ст.210 КПК 2012 р. мова йде про те, що після доставлення до найближчого підрозділу органу досудового розслідування повинна відбутись негайна реєстрація дати, точного часу (години і хвилини) доставлення затриманого та інші відомості, передбачені законодавством. Залишається без відповіді питання стосовно того, хто в підрозділі органу досудового розслідування буде займатись реєстрацією всіх цих обставин і як буде називатись цей документ. Після з'ясування всіх обставин події, згідно вимог ст. 25 КПК 2012 р, прокурор, слідчий зобов'язані в межах своєї компетенції розпочати досудове розслідування в кожному випадку виявлення ознак кримінального правопорушення (за виключенням випадків, коли кримінальне провадження може бути розпочате лише на підставі заяви потерпілого). Тобто відбувається відповідна реєстрація відомостей в Єдиному реєстрі досудових розслідувань, розпочинається досудове розслідування, складається протокол затримання особи (якщо в наявності всі підстави для цього), та проводиться обшук особи, про що складаються відповідні протоколи, з дотриманням вимог, передбачених законом. В протоколі про процесуальне затримання, в рамках кримінального провадження, повинно бути відображено час, коли підозрювана особа була позбавлена права на вільне пересування, що і є моментом затримання, а не той час, коли реально складався цей протокол. Місце, дата і точний час (години і хвилини) такого затримання повинні бути відображені в протоколі затримання особи. Це може відбуватись через певний проміжок часу після законного затримання особи, але після того як буде розпочато досудове розслідування.

Коментуючи положення ст.207 КПК 2012 р. Попелюшко В.О. зазначив, що, так чи інакше, і момент затримання уповноваженою службовою особою, і момент фактичного затримання особою, не уповноваженою на затримання, повинен бути точно зазначений у протоколі затримання, оскільки він має вирішальне значення, з одного боку, для обчислення як строку затримання, так і строку подальшого тримання особи під вартою, оскільки час з моменту фактичного затримання «кожним» до моменту передачі затриманої особи у розпорядження уповноваженої службової особи повинен входити в строк затримання, а з іншого – для захисту затриманої особою своїх прав, свобод та законних інтересів [1, с.457]. Підтримуючи цей коментар, виходячи із вищевказаного, ст. ст. 207, 208 КПК 2012 р. потребують внесення в них відповідних змін і доповнень, які б в повній мірі врегулювали існуючі невідповідності теоретичних положень і їх практичного застосування, що створило б всі необхідні умови для захисту затриманою особою своїх прав і законних інтересів, це на першому місці, і відповідним чином дії громадян і уповноваженої службової особи відбувались би в правовому полі.

Одночасно необхідно враховувати, що і повідомлення особі про підозру повинно бути вручено протягом 24 годин, виходячи з моменту її законного затримання, а не з моменту складення протоколу про затримання.

Під час законного затримання, особа яка здійснює таке затримання (в ч.2 ст. 207 КПК 2012 р. вона визначена, як «кожен») може здійснювати тільки ті дії, які спрямовані на затримання особи підозрюваної у вчиненні злочину або замах на злочин, і не повинна чинити свавілля. Застосування фізичної сили повинно бути спрямовано виключно на затримання особи і припинення її злочинної діяльності, тимчасового вилучення майна, у вигляді речей, документів, грошей тощо, використаних як засоби чи знаряддя вчинення кримінального правопорушення та (або) які зберегли на собі його сліди [1, с.453]. Аналогічні дії, за межами кримінального провадження, повинна здійснювати і уповноважена службова особа, і як додаток, при цьому, вона може використовувати спецзасоби (зброю, кайдани, тощо). Всі ці моменти, які пов'язані із фізичним затриманням особи підозрюваної у вчиненні або замаху на вчинення кримінального правопорушення, вилученням у неї знаряддя злочину, об'єктів які зберегли на собі його сліди або містять інші відомості, які можут бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження, повинні бути чітко прописані і визначені в законі.

Список використаних джерел:

1.Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за загальною редакцією професорів В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є.Шумила. – К.:Юстиніан, 2013.

2.Гончаренко В.Г. Правові питання затримання особи у кримінальному провадженні//Часопис Академії адвокатури України (том 7) №2 (23), С.11-14.

3.Кучинська О.П.,Фулей Т.І., Бараннік Р.В. Принципи кримінального провадження у світлі практики Європейського суду з прав людини : Монографія,- Ніжин: Видавництво «Аспект-Поліграф», 2013.

Старенький О.С.,
стажист управління процесуального контролю Головного слідчого управління МВС України

СУБ'ЄКТИ ДОКАЗУВАННЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Як і будь-яка діяльність, доказування здійснюється уповноваженими на те суб'єктами кримінального провадження. Слід звернути увагу на те, що ані в КПК України 1960 року, ані в чинному КПК України поняття суб'єктів доказування нормативно не закріплено. Разом з тим, використовується такі терміни як «учасник кримінального провадження», «учасники судового провадження». Так, п. 25 ч. 1 ст. 3 КПК України визначено, що «учасниками кримінального провадження» є сторони кримінального провадження, потерпілий, його представник та законний представник, цивільний позивач, його представник та законний представник, цивільний відповідач та його представник, особа, стосовно якої розглядається питання про видачу в іноземну державу (екстрадицію), заявник, свідок та його адвокат, понятий, заставодавець, перекладач, експерт, спеціаліст, секретар судового засідання, судовий розпорядника.

Дещо вужчим є розуміння значення терміну «учасники судового провадження», під яким законодавець визначає сторін кримінального провадження, потерпілого, його представника та законного представника, цивільного позивача, його представника та законного представника, цивільного відповідача та його представника, а також інші особи, за клопотанням або скаргою яких у випадках, передбачених КПК України, здійснюється судове провадження (п. 26 ч. 1 ст. 3 КПК України).

На нашу думку, для визначення поняття суб'єктів доказування в кримінальному провадженні, важливим є встановлення їх сутнісних ознак, якими, ми вважаємо, є такі:

1) є носіями певних процесуальних прав та обов'язків, визначених КПК України;

2) наявність активної ролі у кримінально-процесуальному доказуванні. Під активною роллю суб'єкта доказування, на наш погляд, слід розуміти його процесуальний обов'язок або право щодо здійснення процесу доказування в кримінальному провадженні. Наявність такої ознаки, як активна роль суб'єкта кримінально-процесуального доказування, дає можливість відмежувати його від інших учасників кримінального провадження;

3) наявність процесуального інтересу, що залежить від виконуваної суб'єктом функції у кримінальному провадженні – обвинувачення та захисту. Процесуальний інтерес – це виражена в конкретній поведінці учасника потреба того, щоб підсумком кримінально-процесуальної діяльності став певний результат. Тобто, процесуальний інтерес суб'єкта доказування полягає в його можливості отримати докази та використати ці докази для обґрунтування процесуальних рішень в кримінальному провадженні.

Виходячи з вищезазначеного, на нашу думку, суб'єктами доказування в кримінальному провадженні є органи і особи, які в передбаченому порядку КПК України, наділені обов'язками щодо здійснення процесу доказування в кримінальному провадженні (отримання доказів та використання цих доказів для обґрунтування процесуальних рішень), або мають право на активну участь у процесі доказування, реалізуючи свої процесуальні інтереси.

Безумовно, усі особи, які вступають у кримінально-процесуальні правовідносини, незалежно від обсягу їхніх прав та обов'язків, стадії кримінального процесу, в котрій вони приймають участь є учасниками кримінального провадження. Разом із тим, усі вони беруть участь у кримінальному провадженні лише на підставах та в порядку, передбачених КПК України, тобто діють відповідно до свого процесуального статусу. При цьому, учасник кримінального провадження набуває статусу суб'єкта доказування лише у тому випадку, якщо його процесуальний статус передбачає можливість участі у кримінально-процесуальному доказуванні. Тобто суб'єкт доказування в кримінальному провадженні наділяються процесуальними правами чи обов'язками щодо отримання доказів (пошуку і виявленні (вилученні) фактичних даних та їх джерел; перевірці, оцінці фактичних даних і їх джерел, їх процесуального оформлення (закріплення) й надання фактичним даним та їх джерелам значення доказу у кримінальному провадженні) та використання цих доказів для обґрунтування свого рішення у кримінальному провадженні (про проведення слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій, про

© Старенький О.С., 2014

оголошення про підозру, про обвинувачення особи, винесення вироку судом тощо); отримання інших доказів (з метою перевірки висунутих версій, формування необхідної і достатньої сукупності доказів тощо)).

Виходячи з вищезазначеного, на наш погляд, до суб'єктів доказування в кримінальному провадженні не слід відносити експерта, спеціаліста, заявника, понятих, перекладача, секретаря судового засідання, судового розпорядника, тощо, хоча вони й беруть участь у проведенні слідчих (розшукових) або інших процесуальних дій, що є засобами доказування, безпосередньо подають об'єкти, що можуть бути визнаними доказами у кримінальному провадженні. Таких суб'єктів кримінального процесу можна віднести до учасників кримінального провадження, що забезпечують здійснення процесу доказування, оскільки вони беруть участь у формуванні фактичних даних, що утворюють зміст доказів (наприклад, експерт, що робить висновок) або іншим чином приймають участь у доказуванні (посвідчують хід та результати проведення слідчих (розшукових) дій (поняті), подають на підтвердження своєї заяви про кримінальне правопорушення речі і документи, що в подальшому можуть мати значення доказів у кримінальному провадженні (заявник) тощо).

Відповідно до ст. 22 КПК України кримінальне провадження здійснюється на основі змагальності, що передбачає самостійне обстоювання стороною обвинувачення і стороною захисту їхніх правових позицій, прав, свобод і законних інтересів засобами, передбаченими КПК України. Сторони кримінального провадження мають рівні права на збирання та подання до суду речей, документів, інших доказів, клопотань, скарг, а також на реалізацію інших процесуальних прав, передбачених КПК України. Тобто, виходячи з змагальних засад кримінального судочинства та поняття суб'єктів доказування в кримінальному провадженні, на нашу думку, лише сторони кримінального провадження є суб'єктами доказування, які наділені процесуальними повноваженнями щодо отримання доказів та використання цих доказів для обґрунтування своїх рішень у кримінальному провадженні.

Фоминых И. С.,
кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры криминалистики Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ СТРУКТУРНОЙ ОРГАНИЗАЦИИ БАЗЫ КРИМИНАЛИСТИЧЕСКИХ ДАННЫХ

При разработке и создании базы криминалистических данных основанной на использовании криминалистической характеристики преступлений (БКД) неизбежно возникают вопросы, связанные с определением её внутренней структуры. Естественно, что целевая архитектура системы будет целиком и полностью определяться структурой самой криминалистической характеристики. [1] В то же время, некоторые специфические требования к структуре реляционной базы данных с точки зрения эффективности и удобства её использования вызывают необходимость в дополнительных структурных решениях. К числу этих требований можно отнести следующие:

1. Структура БКД должна предусматривать безболезненное для функционирующей базы добавление новых структурных элементов и их необходимых характеристик, а также установление реляционных связей добавляемых элементов с уже имеющимися.

2. Структура БКД должна обеспечивать разнообразное и максимально удобное представление данных для анализа конечным пользователем, вне зависимости ни от сложности запроса к базе, ни от конечной формы его представления (таблицы, схемы, графики, шкалы, диаграммы и пр.).

3. С точки зрения логики конечного пользователя БКД, процесс работы с ней должен быть максимально простым и включать в себя три следующих основных этапа:

Ввод имеющихся в распоряжении следователя данных по расследуемому событию;

Формирование запроса к базе;

Получение необходимой информации по запросу и криминалистических рекомендаций.

Вводимые в базу данные будут представлять собой обособленные единицы криминалистической информации, состоящие из определённым образом формализованных разнородных фактических данных, имеющих криминалистическое значение (сведения о материальных и идеальных следах, документы, фотографии, видеозаписи). С точки зрения систематизации данных возникает необходимость их привязки (установления реляционных связей) к расследуемому событию (событиям) на уровне структуры базы данных, причём простое указание на принадлежность к данному событию представляется нам явно недостаточным.

Решение проблемы видится в следующем. Поскольку получение указанных фактических данных связано исключительно с результатами проведения следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий, то вполне логичным представляется включение последних в базу данных в качестве самостоятельных структурных элементов наравне с элементами криминалистической характеристики и создание реляционных связей уровня «единица криминалистической информации – следственное действие (оперативно-розыскное мероприятие)». Указанная реляционная связь, на наш взгляд, будет являться базовой как с точки зрения логики, так и с точки зрения требований уголовно-процессуального законодательства. Именно через данную базовую связь будут выстраиваться все последующие связи между структурными элементами базы криминалистических данных, например, между имеющим криминалистическое значение следом-предметом и местом его обнаружения, этим же следом-предметом и установленной в ходе расследования его связи с определённым лицом.

С другой стороны, в подавляющем большинстве случаев наш взятый в качестве примера «след-предмет» не будет ограничиваться связью только с одним следственным действием или оперативно-розыскным мероприятием. Скорее всего, этих связей будет несколько:

1. Связь «след-предмет – осмотр места происшествия» возникает в результате его обнаружения с последующими изъятием и фиксацией в ходе проведения указанного следственного действия.

2. Связи «след-предмет – допрос» и «след-предмет – опознание» возникают при его описании в ходе допроса (допросов) и последующего опознания.

© Фоминых И. С., 2014

3. Связи «след-предмет – экспертиза» возникают либо при направлении на экспертизу самого следа-предмета (трасологическую, материаловедческую и др.), либо при направлении на экспертизу находившихся на нём других следов (дактилоскопическую, биологическую и др.).

4. Связи «след-предмет – проверка показаний на месте», «след-предмет -следственный эксперимент» так же могут быть созданы в случае проведения данных следственных действий.

Указанные связи не могут существовать сами по себе и нуждаются в определённой структурной систематизации. Естественно, что так или иначе их объединяет принадлежность к одному или нескольким расследуемым событиям, но эта связь не может реализовать весь потенциал практической значимости создаваемой системы (БКД). Полагаем, что вторым (после расследуемого события) объединяющим структурным элементом должна стать своеобразная «шкала времени». В соответствии с этим все события, связанные с фактическими данными (например, время обнаружения «следа-предмета», время его наблюдения в связи с расследуемым событием свидетелем, давность возникновения на нём следов-отображений установленная экспертизой и пр.), получают свою привязку к условной хронологической линии. По нашему мнению, именно такая привязка позволит максимально полно реализовать все возможности системного анализа криминалистически значимых данных.

Список использованных источников:

1. См. например: Ахмедшин Р. Л. Криминалистическая характеристика личности преступника: автореф. дис. … д-ра юрид. наук / Р. Л. Ахмедшин. – Томск, 2006.

Шминдрук О. Ф.,
аспірант кафедри правосуддя та кримінально-правових дисциплін Інституту права ім. І. Малиновського Національного університету «Острозька академія»

ПРЕДМЕТ ПЕРЕВІРКИ СУДОМ ОБВИНУВАЛЬНОГО АКТА, КЛОПОТАННЯ ПРО ЗАСТОСУВАННЯ ПРИМУСОВИХ ЗАХОДІВ МЕДИЧНОГО АБО ВИХОВНОГО ХАРАКТЕРУ У ПІДГОТОВЧОМУ ПРОВАДЖЕННІ В СУДІ ПЕРШОЇ ІНСТАНЦІЇ

Підготовче провадження, закріплене чинним кримінальним процесуаль-ним кодексом України, є складним процесуальним інститутом, у якому суд наділений широкими повноваження, серед яких: затвердження або відмова у затвердженні угоди про примирення або про визнання винуватості та повернення кримінального провадження прокурору для продовження досудового розслідування (п. 1 ч. 3 ст. 314 КПК); закриття кримінального провадження з підстав, передбачених п. п. 4-8 ч. 1, ч. 2 ст. 284 КПК (п. 2 ч. 3 ст. 314 КПК); повернення обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру прокурору, якщо вони не відповідають вимогам КПК (п. 3 ч. 3 ст. 314 КПК); направлення обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру до відповідного суду для визначення підсудності у випадку встановлення непідсудності кримінального провадження (п. 4 ч. 3 ст. 314 КПК); призначення судового розгляду на підставі обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру (п. 5 ч. 3 ст. 314 КПК).

Як бачимо, в залежності від процедури розгляду та рішень, що приймаються за його результатами, підготовче провадження має різні форми: провадження на підставі угод; провадження із закриття кримінального провадження; провадження з перевірки обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру на предмет їх дотримання вимог чинного КПК та правил підсудності та призначення на їх підставі кримінального провадження до судового розгляду.

Підготовче провадження з перевірки обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру являє собою перший етап стадії провадження в суді першої інстанції, завданням якого є перевірка наявності або відсутності законних підстав для призначення на їх підставі кримінального провадження до судового розгляду та здійснення комплексу дій, спрямованих на його підготовку.

Предметом перевірки судом в даному провадженні є дві групи підстав: підсудність кримінального провадження даному суду та відповідність обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру вимогам чинного КПК України.

Підсудність кримінального провадження являє собою сукупність юридично значимих ознак кримінального провадження (кримінальної справи), на підставі яких кримінальний процесуальний закон визначає суд і склад цього суду, які правомочні здійснювати судовий розгляд [1, с. 114].

У разі встановлення судом, що обвинувальний акт, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру направлений прокурором із порушенням правил територіальної підсудності, встановлених ст. 32 КПК України, він направляє дані документи до відповідного суду для визначення підсудності у відповідності до вимог ч. ч. 2 та 3 ст. 34 КПК України. Так, питання про направлення кримінального провадження з одного суду до іншого в межах юрисдикції одного суду апеляційної інстанції вирішується колегією суддів відповідного суду апеляційної інстанції за поданням місцевого суду або за клопотанням сторін чи потерпілого не пізніше п’яти днів з дня внесення такого подання чи клопотання, про що постановляється вмотивована ухвала, а в межах юрисдикції різних апеляційних судів – колегією Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ за поданням суду апеляційної інстанції або за клопотанням сторін чи потерпілого не пізніше п’яти днів з дня внесення такого подання чи клопотання, про що постановляється вмотивована ухвала [2].

Якщо кримінальне провадження підсудне даному суду, він переходить до перевірки обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру на пред-

© Шминдрук О. Ф., 2014

мет їх відповідності вимогам ст. ст. 291 та 292 чинного КПК України. За результатами такої перевірки суд має право прийняти одне з таких рішень: ухвалу про повернення даних документів прокурору або ухвалу про призначення кримінального провадження до судового розгляду.

Підставами повернення обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру прокурору є встановлення судом істотних формальних порушень вимог кримінального процесуального закону. Під істотними формальними порушеннями кримінального процесуального закону слід розуміти такі обмеження чи позбавлення прав учасників процесу, або порушення встановлених законом вимог до форми та змісту кримінально-процесуальних актів, які не стосуються всебічності та повноти проведеного досудового розслідування, та які можна усунути безпосередньо прокурором без проведення слідчих дій [3, с. 15].

Суд має право повернути обвинувальний акт, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру прокурору у разі встановлення таких порушень вимог ст. ст. 291, 292 КПК, а саме: відсутнє або неправильно вказане найменування кримінального провадження та його реєстраційний номер; відсутні або неправильно вказані анкетні відомості обвинуваченого та потерпілого, а саме: прізвище, ім'я, по-батькові, дата та місце народження, місце проживання, громадянство; відсутнє або неправильно вказане прізвище, ім'я, по-батькові, посада слідчого, прокурора; допущені порушення щодо викладу фактичних обставин кримінального правопорушення або суспільно небезпечного діяння та його правової кваліфікації; містяться суперечності між фактичними обставинами кримінального правопорушення або суспільно небезпечного діяння і його правової кваліфікації; не вказані обставини, які обтяжують чи пом'якшують покарання; в клопотанні про застосування примусових заходів виховного характеру відсутня інформація про захід виховного характеру, який пропонується застосувати до особи; в клопотанні про застосуванні примусових заходів медичного характеру відсутня інформація про примусовий захід медичного характеру та позиція щодо можливості забезпечення участі особи під судового провадження за станом здоров'я; відсутня або неправильно вказана інформація про розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням або суспільно небезпечним діянням; відсутня або неправильно вказана інформація про розмір витрат на залучення експерта, у разі проведення експертизи під час досудового розслідування; не вказано дати і місця складання та затвердження даних документів; дані документи не підписані слідчим та прокурором або тільки прокурором, якщо прокурор склав їх самостійно; дані документи не затверджені прокурором; до даних документів не долучено передбачені законом додатки; прокурором не вручено копії даних документів та реєстру матеріалів досудового розслідування підозрюваному, його захиснику, законному представнику, особі щодо якої передбачається застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, її захиснику та законному представнику.

Якщо ніяких порушень вимог чинного КПК щодо форми та змісту обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру не виявлено, суд постановляє ухвалу, якою призначає на їх підставі кримінальне провадження до судового розгляду та вчиняє комплекс підготовчих дій, передбачених ст. 315 КПК України.

Таким чином, завдяки підготовчому провадженню з перевірки обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру на предмет їх дотримання правил підсудності та вимог чинного КПК забезпечується законність, компетентність, обґрунтованість та межі подальшого судового розгляду.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За загальною редакцією професорів В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. Є. Шумила. – К.: Юстиніан, 2012. – 1224 с.;

2. Кримінальний процесуальний кодекс України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4651-17.

3. Луцик В. В. Повернення кримінальної справи прокурору зі стадії попереднього судового розгляду. Автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.09 / В. В. Луцик. – К., 2009. – 20 с.

Шумило М. Є.,
професор кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка доктор юридичних наук,професор, Заслужений діяч науки і техніки України

ВПЛИВ НОРМАТИВНИХ, ОБ'ЄКТИВНИХ ТА СУБ'ЄКТИВНИХ ЧИННИКІВ НА ФОРМУВАННЯ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

У главі 4 «Докази і доказування» збережено ієрархічну модель побудови даного інституту за зразком свого попередника. Як видно, законодавець спочатку виклав загальні норми, а потім встановив вимоги до окремих видів доказів. Відповідно до цієї нормотворчої логіки у формулі загального поняття доказів (ст. 65 КПК 1960 року) відображено, як вважається, найбільш істотні ознаки характерні як для доказів в цілому, так і для конкретного самостійного виду доказів. По суті, подібна конструкція виходить з *реальності* загального особливого і окремого, встановлюючи, таким чином, сукупність вимог, яким мають відповідати всі без винятку *види* доказів. Проте сталося не так, як гадалося: аналіз змісту глави 4 КПК і пов'язаних з нею інших норм доказового права свідчить про невідповідність вимогам ст. 84 КПК змісту спеціальних норм про процесуальну форму та способи отримання окремих *видів* доказів.

У ст. 84 КПК України закріплено «загальне» поняття доказів як *фактичних даних*, отриманих у передбаченому цим Кодексом порядку, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню. Процесуальними джерелами доказів є показання, речові докази, документи, висновки експертів. Таким чином, легальне визначення цього поняття повинно забезпечувати однаковість у тлумаченні гносеологічних, правових, логічних характеристик кожного із виду доказів, усуненню суперечливості й забезпечення ефективності застосування норм доказового права.

Проте доводиться визнати, що ця норма, на нашу думку, з огляду на її призначення (бути дефініцією) не виконує належну їй функцію в механізмі правового регулювання, а навпаки породжує певні суперечності. Цьому є низка причин. У КПК 1960 року така парадигма загального поняття доказів переважно узгоджувалася с процедурами збирання їх різновидів. В умовах КПК України 2012 року застаріла модель поняття доказів (як форма) вступила в протиріччя із способами їх збирання (змістова складова діяльності). Законодавець частково відмовився від жорсткої процесуальної форми збирання всіх доказів. І це правильно. Утворені штучні формальності не можуть бути перешкодою для встановлення фактів і обставин, що входять в предмет доказування. Головне – необхідно гарантувати дотримання прав і свобод людини. Докази можуть бути такими, якщо вони отримані незабороненими законом способами. Відтак, в законодавстві повинні бути унормовані надійні фільтри їх допустимості і перевірки у форматі змагального судового розгляду.

Річ у тім, що відповідно до вимог ч. 1 ст. 84 КПК України докази повинні бути отримані у передбаченому законом порядку, який передбачає: наявність підстав прийняття відповідних рішень; присутність певного кола учасників, які мають права та діють на законних підставах; роз'яснення їм прав та обов'язків; послідовність дій; фіксацію результатів дії; підписи уповноважених осіб та можливість внесення до протоколу змін, доповнень та зауважень. У ст. 93 КПК України до кола способів збирання доказів стороною обвинувачення віднесено конкретні слідчі (розшукові) та негласні слідчі (розшукові) дії, витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, проведення інших процесуальних дій.

Як видається, законодавець на відміну від КПК 1960 року не встановлює чіткої процесуальної форми збирання всіх видів доказів. Якщо йдеться про слідчі (розшукові) дії, то у ст. 223 КПК викладено загальні умови їх проведення (мета, підстави, участь і присутність осіб, інтереси яких можуть бути порушені або обмежені, час і місце їх проведення, участь у проведенні слідчої (розшукової) дії осіб, які їх ініціювали, участь понятих, недопущення їх проведення після закінчення строків досудового розслідування). У КПК також конкретизовано процесуальну форму допиту (ст. ст. 224-227; 231 КПК) ставлення для впізнання (ст. 228-232 КПК); обшуку (ст. 233-236 КПК); огляду (ст. 237-239 КПК); слідчого експерименту (ст. 240 КПК); освідування особи (ст. 241 КПК); експертизи (ст. 242-245 КПК).

© Шумило М. Є., 2014

Негласні слідчі (розшукові) дії, як відомо, проводяться таємно, відомості про факт їх проведення не підлягають розголошенню, за винятком випадків, передбачених Кодексом (п. 1. ст. 246). У законі закріплені загальні умови їх проведення (ст. 246 КПК); порядок отримання дозволів на їх вчинення (ст. 247-251 КПК); фіксація їх ходу та результатів (ст. 252 КПК) тощо; процесуальний порядок проведення негласних слідчих (розшукових) дій не встановлено, оскільки це суперечить меті їх призначення.

Відсутність процесуальної форми проведення негласних слідчих (розшукових) дій не завжди може впливати на доказове значення їх результатів. Це підтверджується відповідними положеннями КПК. Так, в ст. 25 КПК вказується, що прокурор, слідчий зобов'язані в межах своєї компетенції *вжити всіх передбачених законом заходів* для встановлення події кримінального правопорушення та особи яка його вчинила. Крім цього, у ст. 246 КПК зазначено, що негласні слідчі (розшукові) дії проводяться лише в тих випадках, коли неможливо отримати докази в інший спосіб, а статті 358-360 КПК передбачають перевірку в суді результатів їх отримання. Очевидно, при вирішенні даного питання треба враховувати, що законодавець встановлює жорсткі вимоги щодо процесуальної форми отримання дозволу на обмеження прав і свобод громадян, але ж не завжди ретельно формалізує порядок отримання доказів. В цьому контексті також необхідно враховувати правові позиції і рішення Європейського суду з прав людини. Вибірковий аналіз яких свідчить, що ст. 6 Європейської Конвенції про захист прав і основних свобод людини гарантує право на справедливий судовий розгляд, але вона не встановлює будь-яких правил допустимості доказів. Це завдання національного права. Тому він може лише оцінювати, чи був судовий розгляд у справі справедливим. Крім цього, Суд також зауважив, що використання доказів отриманих без належної правової бази або незаконним шляхом не завжди буде становити порушення стандартів, справедливої процедури, встановлених ст. 6 Конвенції, якщо мають місце належні процедурні гарантії, а джерело доказового матеріалу не спотворено, наприклад, примусом або провокацією, які б робили посилання на нього під час визначення обвинувачення не справедливим. Такі докази повинні підтверджуватися іншими доказами і можливістю їх перевірки в судовому провадженні [1 с. 8-9].

Відповідно до ст. 252 КПК України фіксація ходу і результатів негласних слідчих (розшукових) дій здійснюється у протоколі, до якого в разі потреби долучаються додатки, які згідно п. 2 ст. 84 Кодексу може визнаватися доказом. За встановленим правилом у цьому документі можуть бути зафіксовані лише факти і обставини, що мають значення для кримінального провадження за умови, якщо вони безпосередньо сприймалися слідчим.

Але відповідно до положень КПК України більшість негласних слідчих (розшукових) дій проводяться підрозділами і службовими особами, які згідно з п. 1 ст. 84 не наділені повноваженнями для визнання отриманих результатів доказами. Крім того, у протоколах про їх проведення може міститися інформаційна основа для одночасного отримання інших видів доказів (речових доказів, показань, висновків експертів). Тобто, на нашу думку, протокол – у цьому випадку як різновид документу-доказу – не буде повною мірою віддзеркалювати доказове значення ходу і результатів проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Не забуваємо також, що розширене трактування законодавцем поняття документу-доказу у ст. 99 КПК України може спровокувати ситуацію штучного «подвоєння» доказів у кримінальному провадженні.

Так, наприклад, у згаданій статті вказується, що до документів як виду доказів також відносяться складені у передбаченому законом порядку, протоколи процесуальних дій та додатки до них, а також носії інформації, на яких за допомогою технічних засобів зафіксовані процесуальні дії. Якщо це так, то, наприклад, протокол допиту і показання свідка мають визнаватися як два *види* доказів (документи і показання). У процесуальній літературі наведено достатньо аргументів проти недопустимості змішування документів-доказів із протоколами процесуальних дій та на їх розмежування.

І. М. Доронін справедливо стверджує, що документи-докази складає компетентна особа (чи особа, що не є суб'єктом кримінального процесу), протоколи слідчих і судових дій лише *суб'єкти* кримінального процесу. Для того, щоб чітко визначити критерії розмежування зазначених видів доказів, необхідно зважати на те, що в основу визначення суті такого виду доказу, як протокол слідчої та судової дії, покладено ідею безпосереднього спостереження. Іншими словами, мова ситуації, коли слідчий або суд безпосередньо особисто сприймає певні події та фіксує їх у протоколі [2]. З огляду на це є сенс у КПК України передбачити такий вид доказів, як протоколи процесуальних дій, складених у порядку, передбаченому Кодексом, оскільки *різною* є сама процесуальна природа останніх і документів. Слід зазначити, що визнання документів і протоколів доказами – атрибутика, невластива природі доказування. Писемність «обкрадає» географію пізнавальної діяльності. Вона консервує можливість отримання

більш широкого кола виду доказів. Іншими словами, такі документи-докази інформативно обмежують суб'єктів доказування. Вважаю, що з цих міркувань у ст. 103 КПК України крім традиційних форм фіксації кримінального провадження включені також носії інформації, на яких за допомогою технічних засобів зафіксовані процесуальні дії. Умови застосування технічних засобів кримінального провадження окреслені в ст. 107 КПК 2012 року. Очевидно, з метою усунення інформативної обмеженості протоколу, як засобу фіксації процесуальних дій у п. 3 ч. 2 ст. 105 КПК вказується, що в числі додатків до нього залучаються аудіо-, відеозаписи процесуальних дій.

Зрозуміло, що витребування стороною обвинувачення від юридичних і фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків ревізій та актів перевірок також не має процесуальної форми, що не узгоджується с ч.1 ст.84 КПК України. Варто також зазначити, що в ч.3 ст.93 КПК України сторона захисту і потерпілий з одного боку наділяються правом збирання доказів, а з іншого боку способи їх збирання також позбавлені відповідної процесуальної форми (крім висновків експертів). У такий спосіб сторона захисту та потерпілий використовуючи надані законом можливості буде мати у своєму розпорядженні предмети, документи, а не докази.

Як вже зазначалося, методологічним фундаментом радянської теорії доказів була ленінська теорія відображення. Відповідно до цього, подія злочину у довкіллі набувала форм ідеальних і матеріальних слідів, на основі яких органи розслідування та суду опосередковано встановлювали факт вчинення злочину і винуватості особи у його вчиненні. На цьому ставилася крапка, а зміст різноманітних інтелектуальних операцій, здійснюваних суб'єктами доказування, залишався у «тіні».

У цьому плані треба зазначити, що у працях методолога В. В. Нікітаєва [3], а також таких процесуалістів, як О. С. Александров, А. А. Кухта та В. П. Гмирко, зроблено спробу переглянути усталену методологічну парадигму діяльності доказування з виходами на нові вирішення його традиційних головних проблем. Згадані науковці не відкидають положення теорії відбиття, адже воно дійсно має місце, але лише як один із технічних моментів процесу пізнання. Змістова його частина полягає передусім у конструюванні процесуальними дослідниками образів правно-релевантної події минулого, яке за своєю суттю практично не контролюється нормами права.

Як справедливо зазначає О.С.Александров, пізнання не відображає світ, а конструює його. Конструювання – це процес, який надає дійсності вигляду нерозривного і когерентного цілого [4].

Згадані автори слушно зауважують: у свідомості суб'єктів доказування відображення певної правно-релевантної події відбувається не шляхом її дзеркального відображення (у формі слідів), а через створення її юридичного замінника – версії як штучної знаннєвої гіпотетичної конструкції. Вона обґрунтовується, перевіряється, а потім «одягається» у відповідний юридичний одяг (наприклад, у конструкцію шуканого складу злочину). Саме з її допомогою долається «розрив» між дійсністю минулого та дійсністю доказової діяльності. В. П. Гмирко з цього приводу слушно зауважує, що «… факти, виготовлені…у такий спосіб, позначені печаткою суб'єктивності, а тому завжди можуть бути потенційно дефектними» [5].

Отже, як випливає з наведеного, «фактичні дані» далеко не дзеркально відображають досліджувану дійсність, а тому не можуть претендувати на знання об'єктивної категорії. Сприйняття особою змісту матеріальних та ідеальних слідів як «відбиття» обставин підготовки, вчинення, а також наслідків злочинної діяльності трансформується в її свідомості, перетворюючись на *суб'єктне* знання, позначене печаткою непозбувної індивідуальності доказувача, а також тиском його функціонального та позиційного інтересу процесуального інтерпретатора. В цьому зв'язку в психологічній літературі зазначається, що на сприйняття впливають об'єктивні чинники, зокрема умови, в яких воно відбувається, динаміка подій, синоптична обстановка, а також суб'єктивні – стан органів відчуття, вік, стать, соціальний та професійний статус, інтелектуальний розвиток, психічний стан спокою або хвилювання, значущість ситуацій для сприймаючого. Сприйняття також може відбуватися при явній чи замаскованій зацікавленості осіб, в емоційно забарвлених умовах. Воно має емоційно-вольовий характер і завжди з печаткою суб'єктивності [6].

Інакше кажучи, сукупність доказів підготовчого кримінального провадження – це сума індивідуально створених *ad casum* (для конкретного разу) знань (фактів) про обставини певної події, які ще самі потребують неупередженого дослідження в межах належної судової процедури. При такому тлумаченні природи доказів важливо дотримуватися розумного балансу між об'єктивними і суб'єктивними утворювальними факторами. Їх не можна абсолютизовувати. З цього приводу слушно зазначає В.А.Лекторський, що суб'єктивне існує за наявності об'єктивного, і таке знання уточнюється в ко-

мунікативній взаємодії з іншими системами знань й оцінок. У такий спосіб відбувається певне зняття суб'єктивності через його переінтерпретацію і осмислення [7]. Тому докази слід визнавати судовому органу, не пов'язаному з функціями кримінального переслідування чи захисту. На моє глибоке переконання це усвідомлював талановитий процесуаліст В.Я.Дорохов, який, характеризуючи психічне відображення (сприйняття, відчуття, уявлення) фактів реальної дійсності, наголошував, що воно завжди суб'єктивно і обумовлюється індивідуальними особливостями нервової системи окремої людини [8]. Тому не випадково по тексту свого фундаментального монографічного дослідження автор вживав словосполучення «судові докази». Припускаю, що ідеологізми того часу не давали В.Я.Дорохову можливості стверджувати те що логічно на сьогодні випливає із його наукових розвідок.

На жаль, проблема розмежування досудових і судових доказів не отримала чіткого й послідовного втілення в законі. Так, у п. 2 ст. 23 КПК України зазначено, що «не можуть бути визнані доказами *відомості*, що містяться в показаннях, речах і документах, які не були предметом безпосереднього дослідження суду, крім випадків передбачених цим Кодексом». Відповідно у ст. 317 КПК України йдеться про те, що в ході підготовчого провадження його учасники залучають до обвинувального акту *документи* та інші *матеріали*, тобто не докази *sensu stricto*. Здавалося б, ось вона, довгоочікувана демаркація між *матеріалами* підготовчого провадження в їх класичному розумінні та *судовими доказами*. Проте в ст. 349 вже йдеться про дослідження в ході судового розгляду не матеріалів, а *доказів* (відповідно у ст. 357 – речових доказів). Вважаю, що наявність таких неузгодженостей (небажаних в законодавстві) – свідченням кроку вперед у правильному напрямі. З часом недоречності в законодавстві будуть усунуті. Докази на досудовому проваджені будуть лише для слідчого і прокурора, але ймовірними для захисника і суду. Структура кримінального провадження за новим КПК логічно передбачає, що в ході досудового розслідування збираються матеріали, які можуть бути визнані доказами лише судом.

Можна дійти висновку, що виявлене незбігання між легальним визначенням загального поняття доказів і способами збирання їх видів свідчить про очевидну потребу поступової заміни «відбиттєво-інформаційної» ідеології доказування новою методологічною парадигмою, яка б забезпечувала можливість створення сучасної теоретичної конструкції інституту «доказ», залучаючи для цього досягнення філософії, методології, а також наук когнітивного циклу.

Висновки. Конструкція доказового розділу КПК України (2012 р.) дозволяє стверджувати, що у вітчизняній процесуальній науці та законодавстві відбувається процес зміни методологічної парадигми. Загальне поняття доказу, запозичене із КПК УРСР (1960 р.) в ст. 84 КПК України (2012 р.) є анахронізмом, тому не виконує властиві йому методологічної функції у кримінальному провадженні, побудованому на нових засадничих положеннях. Відтак в ст. 84 КПК України (2012 р.) є сенс вказувати лише перелік видів доказів. У ході досудового розслідування сторони збирають матеріали про джерела майбутніх доказів – носіїв даних про факти обставини, що підлягають доказуванню. Зібрані сторонами матеріали на підготовчому провадженні можуть визнаватися доказами за результатами їх інтерпретації лише судовим органом.

Список використаних джерел:

1. Юдківська Г. Допустимість доказів як одна з гарантій справедливого судового процесу відповідно до статті 6 Європейської Конвенції про захист прав людини і основних свобод / Г. Юдківська // Слово Національної школи суддів України. – 2014. № 1 (6). – С. 7–13.

2. Доронін І.М. Документи – докази у кримінальному процесі України / І.М.Доронін. – К. : Видано Поливода А.В, 2008. – С. 46.

3. Никитаев В.В. Проблемные ситуации уголовного процесса и юридическое мышление / В.В.Никитаев // Состязательное правосудие : Тр. науч.-практ. лабораторий / под ред. С.А.Пашина, Л.М.Корнозовой. – М. : Международ. центр содейств. правовых реформ, 1996. – С. 278-295.

4. Александров А.С. Новая теория доказательств [Электронный ресурс] / А.С.Александров. – Режим доступа : www.luaj.net/hode/406 ; Гмирко В.П. Доказування у кримінальному процесі: діяльнісна парадигма. Теоретичний аналіз. Проблематизація. СТД – репрезентація / В.П.Гмирко. – Дніпропетровськ : Академія митної служби України, 2010. – 314 с.

5. Гмирко В. П. Категорія факт в доказуванні в кримінальному процесі: спроба критичного осмислення / В. П. Гмирко // Збірник наукових праць НА СБ України. – 2011. – № 39. – С. 130.

6. Юридична психологія (За ред. Казмиренко Л.І., Моісеева Е.М.)– Київ-КНТ.-2007.– С. 162.

7 Лекторский В.А. Эпистемология классическая и неклассическая / В.А.Лекторский. – М., 2001. – С. 8.

8. Дорохов В.Я. Общее понятие доказательств в советском уголовном процессе / В.Я.Дорохов. – М. : ВКШ КГБ при СМ СССР им. Ф.Э.Дзержинского, 1981. – С.29.

Судоустрій, прокуратура та адвокатура

Судоустройство, прокуратура и адвокатура

The Court System, Public Prosecutors and Advocacy

Бедюк Н. А.,
студентка ІІ курсу магістратури юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРОБЛЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ АДВОКАТСЬКОЇ ТАЄМНИЦІ ЯК ОДНІЄЇ З ГОЛОВНИХ ГАРАНТІЙ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

На сьогоднішній день, одним із найдієвіших механізмів захисту та представництва інтересів особи в будь-якому виді судочинства є існування інституту адвокатури. Проаналізувавши національне законодавство в межах даного виду юридичної професії, можна прийти до висновку, що воно поступово наближається до світових адвокатських стандартів, але цей процес потребує достатнього значного періоду часу.

Слід відмітити, що ефективне існування адвокатської професії забезпечується завдяки законодавчому закріпленню вичерпному переліку гарантій адвокатської діяльності, які на сьогодні знайшли своє відображення в межах ст. 23 закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (далі-Закону)[1].

На думку Святоцького О.Д. під поняттям «гарантії адвокатської діяльності» потрібно розуміти сукупність законодавчо регламентованих способів та умов, що забезпечують можливість реалізації прав та виконання обов'язків, які покладаються на адвоката [2, с. 12]. Тобто, за своєю природою існування відповідних гарантій є нічим іншим як певними засадами, які постійно супроводжують адвоката під час здійснення ним своїх професійних повноважень.

Безумовно, дотримання і забезпечення кожної з перерахованих в вищевказаній нормі гарантій є важливим під час практичної діяльності адвоката, але окрему увагу в контексті даної роботи хотілось би приділити п. 2 ч. 1 ст. 23 Закону, яка присвячена захисту непорушності адвокатської таємниці. Так, зокрема, законодавством встановлено пряму заборону щодо вимагання від адвоката, помічника адвоката, стажиста та інших осіб, які перебувають з ним у трудових відносинах надавати інформацію, яка становить адвокатську таємницю.

На нашу думку, існування такої гарантії є важливою передумовою встановлення довіри та поваги у відносинах між адвокатом та клієнтом, адже клієнт буде більш впевненіший і відкритіший з адвокатом тільки в тому випадку, коли він знатиме, що все, що ним повідомлено не вийде за межі адвокатського кабінету. Але, слід констатувати, що на практиці досить часто дана гарантія порушується як з боку відповідних органів державної влади, так і з боку третіх осіб, що в кінцевому результаті призводить до нівелювання значення інституту адвокатури для суспільства в цілому.

В аспекті розгляду даного питання, окремо слід звернути увагу і на ч. 2 ст. 23 Закону, якою передбачено спеціальний порядок доступу до житла, місця роботи та інших приміщень, де перебуває адвокат під час здійснення їхнього обшуку та огляду і встановлено вимогу щодо обмеження доступу до тих речей і документів, що містять адвокатську таємницю, і які були виявленні під час проведення вищевказаних слідчих дій. Цей окремий порядок передбачає залучення представника ради адвокатів регіону під час їхнього проведення та обов'язкового визначення в відповідній ухвалі слідчого судді переліку речей і документів, які планується оглянути або вилучити у адвоката.

Проаналізувавши зміст даної норми, вважаємо, що вона підлягає певному доопрацюванню з огляду на наступне. Так, зокрема, постає питання щодо того, чи діє такий спеціальний механізм доступу до вищевказаних приміщень помічника або стажиста адвоката, або особи, яка перебуває з адвокатом у трудових відносин. Якщо здійснити буквальне тлумачення ч. 2 ст. 23 Закону, то можна прийти до висновку, що на вищевказаних осіб, це не розповсюджується, а тому на практиці можлива ситуація коли, наприклад, при обшуку житла стажиста адвоката слідчим без будь-яких зусиль будуть вилучені речі та документи, що містять адвокатську таємницю або якимось чином пов'язані з нею, хоча попередньо нами вже встановлено обов'язковість поширення п. 2 ч. 1 ст. 23 Закону України і на дану особу. Тобто, на нашу думку, наявна певна невідповідність між положеннями вищезазначеної норми. У зв'язку з цим, вважаємо за потрібне внести зміни до ч. 2 ст. 23 Закону України, саме в частині розширення переліку осіб (помічник адвоката, стажист та особа, яка перебуває у трудових відносинах з адвокатом), на яких буде поширюватись спеціальний порядок доступу до відповідних приміщень їхнього проживання

© Бедюк Н. А., 2014

і перебування. Це в подальшому сприятиме усуненню можливості втручанню слідчих органів і в діяльність вищеперерахованих осіб, на яких, як і на адвоката також розповсюджуються вимоги щодо дотримання адвокатської таємниці.

Також, як зазначається багатьма вітчизняними адвокатами, зокрема Головаьом І.В., досить проблемним на практиці є механізм збереження документів та речей, що містять адвокатську таємницю в тому випадку, коли такі об'єкти перебувають у володінні не у самого адвоката, а у клієнта, або третьої особи [3]. Національне законодавство не містить жодних норм, які б якимось чином вирішували дану проблему. А тому, знову ж таки, документи (речі), що містять адвокатську таємницю можуть бути безперешкодно вилучені органами слідства під час проведення відповідної слідчої дії щодо таких осіб.

Вважаємо, що одним із найбільш дієвих шляхів вирішення такої проблеми на практиці буде застосування на відповідних документах (речах) певних зовнішніх позначок, з вказівкою на те, що вони містять адвокатську таємницю, а тому доступ до них і їхнє вилучення заборонене законом.

Також, не можливо не зазначити і про проблему збереження адвокатської таємниці, під час проведення слідчим негласних (розшукових) дій, зокрема, наприклад, при аудіоконтролі особи (ст. 260 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) [3]. На сьогоднішній день, специфіка (початок перебігу і методи проведення) даного виду слідчих (розшукових) дій на рівні КПК не встановлено, а тому на практиці ні адвокат, ні його підзахисний не знатимуть про факт проведення щодо останнього такої слідчої дії. А це, в свою чергу, може призвести до того, що в ході проведення даної негласної слідчої (розшукової) дії, наприклад під час спілкування адвоката зі своїм клієнтом у помешканні останнього, органами слідства стане відомо про ті чи інші відомості, які адвокат та його підзахисний вважатимуть таємними.

Висновки. Таким чином, аналізуючи відповідні законодавчі положення, які стосуються адвокатської таємниці та гарантій щодо її збереження та захисту, слід констатувати, що хоча й законодавцем встановлена пряма заборона щодо вимагання будь-якою особою від адвоката відомостей, які становлять адвокатську таємницю, але на практиці можливі ситуації відповідного втручання, що в першу чергу, пов'язане саме з недосконалістю відповідних законодавчих норм і відсутністю ефективного механізму їхнього введення в дію.

Список використаних джерел:

1. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 № 5076-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 27. – С. 1438.

2. Святоцький О. Д. Адвокатура в юридичному механізмі захист управ громадян: Автореф. дис… д-ра юрид. наук. – Харків. – 1995. – 48 с.

3. Головань І. В. Адвокатська таємниця, проблеми збереження / І. В. Головань // [Електронний ресурс]. – Джерело доступу: http://blog.liga.net/user/igolovan/article/11022.aspx.

4. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI// Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 9-10. – С. 474.

Ізарова І. О.,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ РОЗВИТКУ ЕЛЕКТРОННОЇ ЮСТИЦІЇ В ЄС

Установчими документами Європейського Союзу було визначено важливість розвитку судового співробітництва в цивільних справах, спрощення та полегшення доступу громадян до правосуддя. Вимоги справедливого судочинства, яких дотримуються в європейських країнах, часто порушуються у зв'язку із завантаженістю судової системи, що вимагає постійного удосконалення з урахуванням економії витрат і часу. Використання інформаційних та комунікаційних технологій надає можливості для покращення діяльності судів, істотно спрощує процедури розгляду справ, сприяє скороченню витрат. Електронне правосуддя представляє собою відповідь на необхідність полегшення доступу до правосуддя, співробітництва між правоохоронними органами та ефективності судової системи і їх використання бажано і неминуче.

На реалізацію цих положень було спрямовано величезні зусилля і в результаті 16 липня 2010 року було запроваджено портал електронної юстиції European E-Justice та European Judicial Atlas. Це значно сприяло розвитку доступності судового захисту для громадян ЄС, оскільки портал містить величезну кількість необхідної інформації про держави-члени та їх правові системи, загальне законодавство, європейське право та різні аспекти цивільного та комерційного права. Правові атласи дозволяють визначити компетентні юридичні органи в державах-членах, а також заохочують до використання відеоконференцій і електронної передачі документів між державними органами.

Портал European E-Justice (https://e-justice.europa.eu) [1] став наступником European Judicial Network in civil and commercial matters, який діяв із 2003 р. Запровадження цього порталу стало визначним досягненням у розвитку електронної юстиції і результатом низки домовленостей. Серед актуальних варто зазначити нову програму ЄС ''Justice Programme'' і ''Rights, Equality and Citizenship Programme'' 2014-2020, яку було запроваджено 17 грудня 2013 року [2]. Загальною метою цієї Програми було визначено створення справді європейського простору правосуддя, заснованого на взаємній довірі, а також сприяння судовій співпраці у цивільних і кримінальних справах, допомозі у семінарах для суддів, прокурорів та інших юристів. Відповідно до ст. 6 даної Програми підтримується подальший розвиток та фінансування порталу E-Justice.

Отже, цей проект був задуманий як майбутній електронний one-stop-one в області правосуддя, як перший крок для спрощеного надання інформації про систему правосуддя, покращення доступу до правосуддя у ЄС на 23 мовах. Основне його завдання – стати «єдиним вікном» для європейських громадян та професіоналів в сфері юриспруденції, що дозволяє їм отримати на їх рідній мові інформацію про європейські і національні процедури та функціонування системи правосуддя.

На порталі E-Justice міститься European Judicial Atlas in civil matters, що підтримується Європейською комісією і надає інформацію щодо судової співпраці у цивільних справах. Так, Атлас надає зручний доступ до інформації, що має відношення до судового співпраці у цивільних справах, дозволяє визначити компетентні суди або органи, до яких можна звернутися (назви і адреси всіх судів в державах-членах, які розглядають цивільні і комерційні справи (суди першої інстанції, апеляційні суди і т.д.) і географічних районів, в яких вони мають юрисдикцію), а також заповнити он-лайн форми, які існують для деяких з цих питань, змінити мову форми і передати форми в електронному вигляді.

Інформація Атласу стосується наступних питань: 1) юридична допомога; 2) медіація (посередництво) в цивільних і комерційних справах; 3) служба доставки судових та позасудових документів; 4) європейські процедури (European Order for Payment Procedure та European Small Claim Procedure); 5) отримання доказів; 6) визнання та виконання судових рішень у цивільних і комерційних справах та європейського виконавчого листа; 7) аліментні зобов'язання; 8) компенсація жертвам злочинів.

European E-Justice став результатом першого Multiannual European e-Justice Action Plan 2009-2013 рр., основними досягненнями якого також стали активізація відеоконференцрежимів, запровадження систем безпеченого обміну даними та інші.

© Ізарова І. О., 2014

Прагнення удосконалити систему правосуддя, зробити її більш доступною для громадян, поліпшити взаєморозуміння юристів і судових органів шляхом надання електронних засобів інформації та співробітництва, було прийнято рішення про підготовку наступного плану дій із розвитку електронної юстиції. 16 травня 2014 року Радою Європейського Союзу було запроваджено другий Multiannual European e-Justice Action Plan 2014-2018 [3]. Цей План містить перелік запланованих проектів для розглянутого періоду з чітким зазначенням бажаючих взяти участь, заходи щодо їх практичної реалізації та індикативний графік, щоб дозволити конкретне продовження плану дій Робочою групою з електронного права (електронної юстиції) і, при необхідності, відповідними зацікавленими сторонами.

Варто відмітити актуальність та необхіднсть активізації наукових досліджень електронної юстиції в Україні, посилення співпраці у сфері запровадження проектів із електронної юстиції в Україні, приєднання до діючих проектів та систем обміну данними. Безперечно, європейські дрежави-члени ЄС мають набагато більше можливостей для використання електронного правосуддя, але цей досвід заслуговує на увагу, оскільки основне завдання електронного правосуддя – полегшення та спрощення доступу до правосуддя.

Список використаних джерел:

1. European e-Justice Portal [Електронний ресурс]. – Електрон. дані. – Режим доступу: https://e-justice.europa.eu/home.do?Action=home. – Назва з екрана. – Дата звернення: 17.10.2014.

2. Regulation (eu) no 1382/2013 of the European Parliament and of the council of 17 December 2013 establishing a Justice Programme for the period 2014 to 2020 [Електронний ресурс] // EUR-Lex. Access to European Union law. – Електрон. дані. – 2013. – 28 груд. – Режим доступу: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:354:0073:0083:en:PDF/ – Назва з екрана. – Дата звернення: 17.10.2014

3. Multiannual European e-Justice Action Plan 2014–2018 [Електронний ресурс] // EUR-Lex. Access to European Union law. – Електрон. дані. – 2014. – 14 черв. – Режим доступу: http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%209714%202014%20INIT. – Назва з екрана. – Дата звернення: 17.10.2014.

Оверчук С. В.,
кандидат юридичних наук, адвокат, кафедра правосуддя та кримінально-правових дисциплін Національного університету «Острозька академія»

СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ СУДОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ

Судова реформа є наріжним каменем у побудові правової держави в Україні. Нездатність держави забезпечити правосуддя має наслідком руйнацію її підвалин, що ми і спостерігаємо зараз в Україні. Розуміння негайності реформації правової системи пришвидшило підготовку нових законопроектів, зокрема про внесення змін в Закон України «Про судоустрій і статус суддів».

Актуальність проблем судової реформи зумовило дискурс у правовій спільноті, який потребує визначення конкретних позицій з найбільш спірних питань.

1. Спеціалізація судової системи. Коріння проблеми у методологічно неправильному розумінні конституційного принципу спеціалізації, що призвело до «розмивання» різниці між загальними та спеціалізованими судами. Як наслідок – дестабілізація судової системи та неефективність правосуддя.

Варто нагадати, що принцип спеціалізації полягає у спеціалізації тільки окремих судів та їх виділенні з системи загальних, а не у перетворенні загальних судів у спеціалізовані. Такий підхід порушує логіку структури судів як по вертикалі, так і по горизонталі. Зрівняння за статусом спеціалізованих і загальних судів, а точніше позбавлення останніх статусу загальних і прирівнювання їх до спеціалізованих, руйнує основні принципи побудови системи судів.

Загальні суди мають залишатись єдиним цілим, зберігши свою сутність стержня судової системи. Їх компетенція має включати розгляд всіх цивільних і кримінальних справ, а також справ про адміністративні правопорушення.

Іншою крайністю. яка може спотворити принцип спеціалізації судової системи, є об'єднання під юрисдикцією одного суду всіх категорій справ. Широке впровадження «внутрішньої» спеціалізації є перспективним напрямком судової реформи, але при цьому воно не повинно замінити створення нових спеціалізованих судів (зокрема, ювенальних), або ж ліквідацію всіх вже існуючих спеціалізованих судів.

Значний резонанс серед юристів мала пропозиція уряду ліквідувати господарські суди та створити на базі загальних судів цивільні та кримінальні суди. Представники господарських судів активно просувають ідею необхідності існування цих судів, проте не пропонують жодної концепції подолання тотальної корупції в цій системі.

У цьому контексті унікальним є досвід Рівненського районного суду, зборами якого впроваджено спеціалізацію суддів з розгляду цивільних та кримінальних справ. Після отримання приміщення ліквідованого військового суду, Рівненський районний суд провів також і організаційну диференціацію і тепер цивільні та кримінальні справи розглядаються в різних будівлях спеціалізованими за юрисдикцією суддями. Проте, така спеціалізація не носить жорсткого характеру і дозволяє застосовувати механізми взаємозаміни суддів.

Історія правотворення знає три основні форми судів: загальні суди (суд корони), спеціалізований суд та суд громади, відомий на землях України під назвою мирового і копного. Ці класичні види судів у різному поєднанні навколо загального суду запроваджені у всіх країнах світу. Завдання нової судової реформи відновити класичну систему судоустрою у відповідності до доктринальних положень судового права.

2. Судові ланки та інстанції. Не менш дискусійним залишається питання судових ланок. Класична схема інстанційної побудови судової системи передбачає три судові інстанції, яким відповідають також три судові ланки. За такої схеми перша ланка розглядає справи по суті, друга – виявляє і усуває помилки в апеляційному проваджені, а третя, вища ланка судової системи – здійснює касацію. Така триланкова судова «драбина» відповідає адміністративно-територіальному поділу України, відповідно до якого на кожному його рівні створено розгалужену систему судів, очолювану єдиним вищим судом.

Отже, побудова системи загальних судів повинна співпадати з функціональними повноваженнями у сфері правосуддя: розгляд справи по суті, апеляція і касація. Для цього достатньо триланкової системи судів, яка відповідає існуючим судовим інстанціям.

© Оверчук С. В., 2014

Існування Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, як і утворення замість нього Вищого цивільного та Вищого кримінального судів (замість «мертвонародженого» Касаційного суду) є необґрунтованим. За таких умов можливо досягти поставленої законотворцями мети: побудови доступної та ефективної системи правосуддя.

Варто також відзначити, що вертикаль спеціалізованих судів не обов'язково має бути дзеркальним відображенням системи загальних судів. Отже, утворення відповідних вищих судів не заперечується, як і різна кількість судових ланок.

3. Статус Верховного Суду України. Внаслідок доктринальних помилок у тлумаченні принципів побудови судової системи у 2010 році відбулась реформація національного законодавства, яка суперечить положенням Конституції України, зокрема, унеможливлює реалізацію Верховним Судом України свого статусу найвищого судового органу у системі судів загальної юрисдикції.

Найвищий судовий орган держави є судом «останнього слова», право на вислів якого забезпечується здійсненням касаційної ревізії рішень системно нижчих судів. Наділення Верховного Суду України функцією касації визначає його статус як найвищого судового органу в унітарній державі. Повноваження вищого суду мають носити винятковий характер і здійснювати їх має тільки він. Розпорошення касаційних повноважень руйнує єдність судової влади, принижує статус найвищого судового органу та суперечить нормам Конституції.

Отже, необхідно посилити роль Верховного Суду України у формуванні послідовної судової практики. ВСУ повинен виконувати функції найвищого судового органу в системі судів загальної юрисдикції, який узагальнює судову практику з метою забезпечення єдиного застосування норм права усіма судами загальної юрисдикції при вирішенні судових справ. Він сам має вирішувати питання про допуск справ до розгляду у ВСУ, а також повинен переглядати справи на предмет неоднакового застосування норм не лише матеріального, а й процесуального права. Підставою для перегляду справ, крім рішень Європейського суду з прав людини щодо України, мають бути також рішення комітетів, створених при ООН, компетенцію розглядати індивідуальні заяви яких визнала Україна.

4. Отримання статусу судді. Кваліфікаційні вимоги до осіб, які претендують на посаду судді, потребують свого уточнення та підвищення рівня. Доцільно збільшити віковий ценз з 25 до 30 років і стаж роботи в галузі права з 3 до 5 років. Майбутні судді повинні мати не тільки достатній фаховий, а й життєвий досвід. Необхідно переглянути вимоги до присяжних, а також суддів, які уповноважені здійснювати правосуддя щодо неповнолітніх.

Суперечливий характер має норма про призначення суддів на посаду вперше строком на 5 років, оскільки наявність своєрідних випробувальних термінів для суддів неодноразово критикувалося Венеціанською комісією і Парламентською асамблеєю Ради Європи. Доцільно закріпити на конституційному рівні норму про призначення судді на посаду безстроково. Вирішення питання процедури призначення на посаду судді також носить суперечливий характер.

5. Інші напрями судової реформи. Для утворення в Україні незалежного та неупередженого суду також потрібно: реформувати суддівське самоврядування (збільшити вагу «голосу» кожного судді та зменшити кількість відповідних органів); внести зміни у процесуальні кодекси з метою утворити діючу систему принципів правосуддя; змінити порядок дисциплінарної відповідальності суддів, визначивши чіткий перелік підстав для дисциплінарної відповідальності, в т. ч., що тягнуть звільнення судді за порушення присяги; створити справжній суд присяжних з двома роздільними колегіями; чітко розмежувати за об'єктивними критеріями юрисдикційні повноваження окремих ґілок судової системи та інше.

ЗМІСТ

Академік І. Малиновський – науковець, правник, державний та громадський діяч

Академик И. Малиновский – ученый, юрист, политический и общественный деятель

Academician I. Malynovskyi – scientist, lecturer, political and social activist

Грищук М. В.
УВІКОВІЧЕННЯ ПАМ'ЯТІ ІОАННИКІЯ ОЛЕКСІЙОВИЧА МАЛИНОВСЬКОГО В М. ОСТРОЗІ 4

Зеленський С. М.
ДОСЛІДЖЕННЯ САМОСУДУ У ТВОРЧІЙ СПАДЩИНІ АКАДЕМІКА І. О. МАЛИНОВСЬКОГО ТА ЇХ СУЧАСНЕ ЗНАЧЕННЯ 6

Иванников И. А.
И. А. МАЛИНОВСКИЙ – ОДИН ИЗ ПЕРВЫХ ПРОФЕССОРОВ ЮРИДИЧЕСКОГО ФАКУЛЬТЕТА 8

Ковальчук В. Б.
ВЧЕННЯ І. МАЛИНОВСЬКОГО ПРО ФОРМИ ДЕРЖАВНОГО ПРАВЛІННЯ 14

Попелюшко В. О.
СТАНОВЛЕННЯ СУДУ І СУДОЧИНСТВА НА ТЕРЕНАХ УКРАЇНИ В РОБОТАХ ПРОФ. І. МАЛИНОВСЬКОГО ТА СУЧАСНІСТЬ 16

Сороковик И. А.
И. А. МАЛИНОВСКИЙ: ПУТЬ В БОЛЬШУЮ НАУКУ ЧЕРЕЗ ПОЗНАНИЕ УГОЛОВНОГО ПРАВА ВКЛ 23

Фоминых С. Ф., Некрылов С. А., Афанасенков В. О.
НЕСКОЛЬКО ДНЕЙ ИЗ ЖИЗНИ АКАДЕМИКА И.А. МАЛИНОВСКОГО (ПО МАТЕРИАЛАМ ЕЙСКОГО ДНЕВНИКА 1928 Г.) 26

Теорія та історія держави і права історія політичних та правових вчень

Теория и история государства и права, история политических и правовых учений

Theory and history of law, history of political and legal doctrines

Абдрахманова А. К.
ИСТОРИЯ И СТАНОВЛЕНИЕ ПРАВА В ОСЕДЛОМ И КОЧЕВОМ ПРОСТРАНСТВЕ ВРЕМЕНИ 37

Богів Я. С.
ОСНОВОПОЛОЖНІСТЬ ПРИНЦИПУ НАРОДНОГО СУВЕРЕНІТЕТУ ДЛЯ ДЕМОКРАТИЧНОЇ ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ 41

Иванников И. А.
СОВЕТСКОЕ ГОСУДАРСТВО И ПРАВО ПЕРИОДА ПОЛИТИКИ ПЕРЕСТРОЙКИ, ИЛИ КАК РАЗРУШАЛИ СССР 43

Ковальчук О. М.
ПРАВОРОЗУМІННЯ ВЧЕНИМИ КИЇВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ (ХІХ–ПОЧАТОК ХХ СТОЛІТТЯ) 47

Крижова О. Г.
ПРИНЦИП ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА В ПРАВОЗАСТОСОВНІЙ ДІЯЛЬНОСТІ 49

Николина К. В.
РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВА: СУЧАСНІ ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ 51

Панчук І. О.
ПРОБЛЕМА ПРАВОСВІДОМОСТІ У КОНТЕКСТІ ОСНОВНИХ ТЕОРІЙ ПРАВОРОЗУМІННЯ 53

Семеніхін І. В.
НАУКОВА СТАТТЯ ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВА 55

Конституційне право. Адміністративне право та процес. Податкове право. Міжнародне право

Конституционное право. Административное право и процесс. Налоговое право. Международное право

Constitutional law. Administrative Law and Procedure. Tax Law. International Law

András Bencsik PhD
THE EUROPEAN DIMENSION OF CONSUMER PROTECTION 58

Dr. Zsombor Ercsey
INTEREST TAX IN HUNGARY 70

Іщук С. І.
ОСНОВИ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА В УКРАЇНІ 83

Ковальчук О. Б.
ПИТАННЯ, ЯКІ ПОТРЕБУЮТЬ ВИРІШЕННЯ ШЛЯХОМ ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ 85

Мартинюк Р. С.
СПІВВІДНОШЕННЯ ФУНКЦІЙ ТА ПОВНОВАЖЕНЬ ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМИ 87

Микієвич М. М.
ПРАВОВІ ЗАСАДИ І ЦІЛІ СПІЛЬНОЇ ЗОВНІШНЬОЇ ПОЛІТИКИ І ПОЛІТИКИ БЕЗПЕКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ 90

Мусієнко Н. Є.
ОСНОВНІ НАПРЯМИ АДАПТАЦІЇ ПОДАТКОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ДО ВИМОГ ЄС 92

Приварський Ю. Ю.
ОСОБЛИВОСТІ НОРМАТИВНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВІДШКОДУВАННЯ ПДВ 94

Сенчак І. І.
ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ФІСКАЛЬНОЇ ПОЛІТИКИ ДЕРЖАВИ 96

Скрипников Н. К., Нарзуллаев О. Х.
ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЫ ЖИВОТНОГО МИРА В РЕСПУБЛИКЕ УЗБЕКИСТАН 98

Супрун О. В.
ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ УКРУПНЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ОДИНИЦЬ ЯК ОСНОВА ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ 102

Торош С. О.
АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО МЕХАНІЗМУ ВРЕГУЛЮВАННЯ МІЖНАЦІОНАЛЬНИХ КОНФЛІКТІВ 104

Федорів О. І.
ПРАВОВІ ЗАСАДИ ФОРМУВАННЯ СИСТЕМИ ВЛАСНИХ РЕСУРСІВ ЄС 106

Филипьев А. А.
О КОНВЕРГЕНЦИИ ПРАВОВЫХ СИСТЕМ НА ПРИМЕРЕ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ДОКТРИНЫ *FORUM NON CONVENIENS* В МЕЖДУНАРОДНОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА 108

Хмарук Т. В.
ПЕРСПЕКТИВИ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ В УКРАЇНІ ІНСТИТУТУ ІНДИВІДУАЛЬНОЇ КОНСТИТУЦІЙНОЇ СКАРГИ 110

Цивільне право та процес

Гражданское право и процесс

Civil Law and Procedure

Бондаренко К. О.
СУДОВА ФОРМА ЗАХИСТУ ЯК ОСНОВНА ЗАСАДА ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА: ДЕЯКІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ СУТНОСТІ 113

Бонтлаб В. В.
ПРИНЦИПИ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА: ПРОБЛЕМИ ТА ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ 114

Босык О. И.
ЦЕНА КАК СУЩЕСТВЕННОЕ УСЛОВИЕ ДОГОВОРА СТРОИТЕЛЬНОГО ПОДРЯДА 116

Валеева А. А.
КАТЕГОРИЯ «ПРЕИМУЩЕСТВЕННОЕ ПРАВО»: СООТНОШЕНИЕ С ПОНЯТИЕМ «ПРАВОВАЯ ПРИВИЛЕГИЯ» 118

Вінник О. М.
РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ПУБЛІЧНО-ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА: ПРОБЛЕМА СПІВВІДНОШЕННЯ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТА САМОРЕГУЛЮВАННЯ 120

Грабовська О. О.
ЗМІСТ ДОКАЗУВАННЯ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ: АНАЛІЗ ВИСНОВКІВ ТА СУДЖЕНЬ 123

Данилюк Л. Р.
МИСЛИВСЬКЕ ГОСПОДАРСТВО ЯК ГАЛУЗЬ ВИРОБНИЧОЇ СФЕРИ ГОСПОДАРСТВА 125

Захарова О. С.
ГАРАНТІЇ ЗАХИСТУ ПРАВ ОСОБИ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ 127

Коваленко Т. С.
ПРЕОБРАЗОВАНИЕ УНИТАРНОГО ПРЕДПРИЯТИЯ В ОТКРЫТОЕ АКЦИОНЕРНОЕ ОБЩЕСТВО КАК СПОСОБ ПРИВАТИЗАЦИИ ГОСУДАРСТВЕННОГО ИМУЩЕСТВА 129

Кравець І. М.
ОЗНАКИ ЦЕНТРІВ ГОСПОДАРСЬКИХ СИСТЕМ 131

Лідовець Р. А.
ПРОБЛЕМА ВИБОРУ ВИДУ ДОГОВОРУ ДЛЯ ЗДІЙСНЕННЯ ПЕРЕВЕЗЕННЯ ВАНТАЖУ 133

Мирзоян Р. Э.
АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ДЕНЕЖНО-КРЕДИТНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ИНВЕСТИЦИОННЫХ ПРОЦЕССОВ 135

Погорецька Н. В.
ІНСТИТУТ ОБХОДУ ЗАКОНУ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ 137

Трудове право. Право соціального забезпечення

Трудовое право. Право социального обеспечения

Labour Law. Social security Law

Алмаева Ю. О.
ПРОБЛЕМА ИСПОЛЬЗОВАНИЯ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ ПРИ СОВЕРШЕНСТВОВАНИИ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РФ 141

Костюк В. Л.
ПРАВО НА СОЦІАЛЬНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ В УМОВАХ СОЦІАЛЬНОЇ ДЕРЖАВИ: НАУКОВО-ТЕОРЕТИЧНИЙ АСПЕКТ 144

Мельник В. П.
ЗАКОНОДАВЧІ ЗАСАДИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ РЕАБІЛІТАЦІЇ ІНВАЛІДІВ: СТАН ТА НАПРЯМИ УДОСКОНАЛЕННЯ 146

Панасюк С. В.
КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО НА СОЦІАЛЬНИЙ ЗАХИСТ: ПРОБЛЕМИ ТА НАПРЯМИ РЕАЛІЗАЦІЇ 148

Яцкевич І. І.
НОВЕЛИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ГАРАНТІЙ ТРУДОВИХ ПРАВ ОКРЕМИХ КАТЕГОРІЙ ПРАЦІВНИКІВ ПРИ ПРИПИНЕННІ СЛУЖБОВО-ТРУДОВИХ ВІДНОСИН 150

Земельне право. Екологічне право

Земельное право. Экологическое право

Land Law. Ecology law

Высторобец Е. А.
ИНТЕРЭКОПРАВО И «ДИКИЕ ВОЛНЫ» 154

Елшин Е. Б.
ПОНЯТИЕ ЗЕМЕЛЬ НАСЕЛЕННЫХ ПУНКТОВ 157

Іванова А. А.
ОСОБЛИВОСТІ ФУНКЦІОНАЛЬНО-ПРОЦЕДУРНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ГРОМАДЯН НА БЕЗПЕЧНЕ ДЛЯ ЖИТТЯ І ЗДОРОВ'Я ДОВКІЛЛЯ 160

Корновенко С. В., Гук Б. М.
ДЕРЖАВНО-ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ЛЮДИНИ ТА ГРОМАДЯНИНА НА ЕКОЛОГІЧНУ ІНФОРМАЦІЮ 162

Мирзаабдуллаева М. Р.
ПРАВОВЫЕ ВОПРОСЫ ОБЩЕСТВЕННОГО ЗЕМЕЛЬНОГО КОНТРОЛЯ 164

Скляр Е. А.
ЕКОЛОГІЧНА БЕЗПЕКА ЯК ОСНОВА НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ 167

Червенко А. Г.
ОСОБЛИВОСТІ ВИЗНАЧЕННЯ РОЗМІРУ ЗБИТКІВ, ЗАПОДІЯНИХ У СФЕРІ ЗЕМЕЛЬНИХ ВІДНОСИН НЕПРАВОМІРНИМИ ДІЯМИ 169

Юрченко А. А.
ИНТЕРЭКОПРАВОВЫЕ ЭКОЛОГИЧЕСКИЕ НОРМЫ БРИКС О РАДИОЧАСТОТНЫХ ПРИРОДНЫХ РЕСУРСАХ 172

Юсіфова М. О.
ПРИНЦИПИ ФЛОРИСТИЧНОГО ПРАВА 175

Кримінальне право та кримінологія, кримінально-виконавче право

Уголовное право и криминология, уголовно-исполнительное право

Criminal Law and Criminology, Penal Law

Dávid Tóth
THE REGULATION OF COUNTERFEITING CURRENCY IN HUNGARY AND IN THE EU 178

Масикова Е. А.
ПРЕСТУПНОСТЬ «СЛАБОГО ПОЛА» И ПРИЧИНЫ ЕЕ ПРОЯВЛЕНИЯ 189

Фесенко Є. В.
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ПРОТИДІЯ ТЕРОРИЗМУ (СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ) 191

Хомич Т. М.
ПРИЧИНИ ЛАТЕНТНОСТІ НАСИЛЬСТВА В СІМ'Ї 194

Кримінальний процес та криміналістика, судова експертиза

Уголовный процесс и криминалистика, судебная экспертиза

Criminal Procedure and Criminalistics, Judicial Expertise

Dr. habil. Csaba Fenyvesi
ПРОБЛЕМА НАСИЛИЯ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ (СУБЪЕКТЫ ВТОРИЧНОЙ ВИКТИМИЗАЦИИ) 198

Csongor Herke, Daniel Antal
THE WITNESS IN THE HUNGARIAN CRIMINAL PROCEDURE LAW 204

Dr. Fanni Pilisi
SIGNIFICANCE OF DATA SCREENING IN CRIMINALISTICS 208

Dr. Melinda Hengl
WHAT QUESTIONS CAN IT ANSWER? THE ROLE OF HANDWRITING ANALYSIS IN THE PRESENT DAY 212

Viktória Jáde Várdai
PROBABILITY IN CRIMINAL PROCEDURE 221

Ахмедшин Р. Л.
КРИМИНАЛИСТИЧЕСКАЯ ПРИРОДА ДОПРОСА 231

Балацька О. Р.
НОРМАТИВНІСТЬ ЗАГАЛЬНИХ ЗАСАД КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ 233

Боржецька Н. Л.
КЛАСИФІКАЦІЯ ФОРМ ЗАКІНЧЕННЯ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ТА ЇЇ ЗНАЧЕННЯ 235

Гайдук О. Г.
ОСОБЛИВОСТІ ПРОВЕДЕННЯ ДАКТИЛОСКОПІЧНОЇ ЕКСПЕРТИЗИ З УРАХУВАННЯМ МОЖЛИВОСТІ ФАЛЬСИФІКАЦІЇ СЛІДІВ 237

Гаркавенко О. В.
ОЦІНКА ВИСНОВКУ ЕКСПЕРТА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ 239

Голуб І. Г.
ПРАВО НА ДИТИНСТВО: КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ВИМІР 241

Гонгало С. Й.
ЧИ Є МІСЦЕ ГРАФОЛОГІЇ У СУЧАСНІЙ КРИМІНАЛІСТИЦІ? 243

Гринюк В. О.
ОТРИМАННЯ ДОКАЗІВ ПРОКУРОРОМ У ДОСУДОВОМУ РОЗСЛІДУВАННІ: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ 245

Губіна Є. Н.
УЧАСТЬ ПОНЯТИХ ПРИ ПРЕД'ЯВЛЕННІ ДЛЯ ВПІЗНАННЯ ОСОБИ, РЕЧЕЙ ТА ТРУПА 247

Дунаєвська Л. Г.
ТИПОВІ СЛІДЧІ СИТУАЦІЇ ПОЧАТКОВОГО ЕТАПУ РОЗСЛІДУВАННЯ «МЕДИЧНИХ ЗЛОЧИНІВ» 250

Жук М. С.
МЕЖІ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ ЗА СТАТУТОМ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА 1864 РОКУ 252

Загурський О. Б.
ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ НОРМ В ЗАЛЕЖНОСТІ ВІД ВИДУ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО РІШЕННЯ 255

Карпов Н. С.
ОСКАРЖЕННЯ ПОСТАНОВИ СЛІДЧОГО ПРО ЗАКРИТТЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ 257

Клименко Н. І.
ДОПИТ ЕКСПЕРТА В ДИСТАНЦІЙНОМУ РЕЖИМІ 260

Лисенко О. В.
ПРОБЛЕМИ ОРГАНІЗАЦІЇ РОЗШУКУ ОСІБ, ЯКІ ПЕРЕХОВУЮТЬСЯ ВІД СЛІДСТВА ТА СУДУ 262

Лук'янчиков Є. Д., Лук'янчиков Б. Є.
ОСВІДУВАННЯ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ 264

Мазяр М. Т.
НОРМАТИВНО-ПРАВОВІ ПЕРЕДУМОВИ ЗАСАДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОВЕДЕНОСТІ ВИНИ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ 266

Мокрицька І. Я.
КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО НА СУДОВИЙ ЗАХИСТ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ В УМОВАХ СОЦІАЛЬНОЇ ДЕРЖАВИ 268

Погорецький М. А.
ЩОДО НАЗВИ ТА ПРЕДМЕТУ ТЕОРІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ДОКАЗУВАННЯ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ 270

Сергєєва Д. Б.
ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ РЕЗУЛЬТАТІВ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ 273

Сисоєнко Г. І.
ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЗАТРИМАННЯ ОСОБИ БЕЗ УХВАЛИ СЛІДЧОГО СУДДІ, СУДУ 276

Старенький О.С.
СУБ'ЄКТИ ДОКАЗУВАННЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ 279

Фоминых И. С.
НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ СТРУКТУРНОЙ ОРГАНИЗАЦИИ БАЗЫ КРИМИНАЛИСТИЧЕСКИХ ДАННЫХ 281

Шминдрук О. Ф.
ПРЕДМЕТ ПЕРЕВІРКИ СУДОМ ОБВИНУВАЛЬНОГО АКТА, КЛОПОТАННЯ ПРО ЗАСТОСУВАННЯ ПРИМУСОВИХ ЗАХОДІВ МЕДИЧНОГО АБО ВИХОВНОГО ХАРАКТЕРУ У ПІДГОТОВЧОМУ ПРОВАДЖЕННІ В СУДІ ПЕРШОЇ ІНСТАНЦІЇ 283

Шумило М. Є.
ВПЛИВ НОРМАТИВНИХ, ОБ'ЄКТИВНИХ ТА СУБ'ЄКТИВНИХ ЧИННИКІВ НА ФОРМУВАННЯ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ 285

Судоустрій, прокуратура та адвокатура

Судоустройство, прокуратура и адвокатура

The Court System, Public Prosecutors and Advocacy

Бедюк Н. А.
ПРОБЛЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ АДВОКАТСЬКОЇ ТАЄМНИЦІ ЯК ОДНІЄЇ З ГОЛОВНИХ ГАРАНТІЙ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ 290

Ізарова І. О.
АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ РОЗВИТКУ ЕЛЕКТРОННОЇ ЮСТИЦІЇ В ЄС 292

Оверчук С. В.
СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ СУДОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ 294

Наукове видання

МАТЕРІАЛИ
ІІІ Міжнародної науково-практичної конференції

МАЛИНОВСЬКІ ЧИТАННЯ

14-15 листопада 2014 року

Головний редактор *Ігор Пасічник*
Відповідальний за випуск *Олег Герасимчук*
Технічний редактор *Роман Свинарчук*
Комп'ютерна верстка *Наталії Крушинської*
Художнє оформлення обкладинки *Катерини Олексійчук*

Формат 60x84/8. Ум. друк. арк. 35,11. Наклад 100 прим. Зам. № 106–14
Папір офсетний. Друк цифровий. Гарнітура «TimesNewRoman».

Оригінал-макет виготовлено у видавництві
Національного університету «Острозька академія»,
Україна, 35800, Рівненська обл., м. Острог, вул. Семінарська, 2.
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи РВ № 1 від 8 серпня 2000 року.

Видавець СПД Свинарчук Р. В.
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи РВ № 27 від 29 липня 2004 року.
Тел. +38 067 771 28 70, e-mail: 35800@ukr.net