

**JURNALUL JURIDIC NAȚIONAL:  
TEORIE ȘI PRACTICĂ**

Publicație științifico-practică de drept

**НАЦИОНАЛЬНЫЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ  
ЖУРНАЛ: ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА**

Научно-практическое правовое  
издание

**NATIONAL LAW JOURNAL:  
THEORY AND PRACTICE**

Scientific and practical Publication in law

**Fondator – IPÎ Institutul de Științe  
Penale și Criminologie Aplicată**

Se editează din martie 2013.

**Nr. 1 (1) 2013**

**Colegiul de redacție:**

*V. Bujor*, doctor în drept, prof. univ.;  
*Gh. Costachi*, doctor habilitat în drept, prof. univ.;  
*N. Karpov*, doctor în drept, profesor (Kiev);  
*T. Kolomoet*, doctor în drept, profesor, Jurist Emerit al Ucrainei (Zaporojie);  
*M. Gheorghiiță*, doctor habilitat în drept, prof. univ.;  
*Gh. Gladchi*, doctor habilitat în drept, prof. univ.;  
*I. Guceac*, doctor habilitat în drept, prof. univ., membru corespondent al AȘ RM;  
*V. Guțuleac*, doctor habilitat în drept, prof. univ.;  
*E. Ișcenko*, doctor în drept, profesor (Moscova);  
*A. Lonciakov*, doctor în drept, profesor (Habarovsk);  
*E. Haritonov*, doctor în drept, profesor, membru corespondent al AȘ din Ucraina (Odesa);  
*V. Șepitko*, doctor în drept, profesor, membru corespondent al AȘ din Ucraina (Harkov).

Supliment la revista „Legea și viața”  
Приложение к журналу «Закон и жизнь»  
Supplement to the journal „Law and Life”

**Redactor-șef L. Arsene**

Adresa redacției:  
mun. Chișinău, str. Pușkin, 22  
tel. 022233790

E-mail: legea\_zakon@mail.ru

Pagina Web: legeazakon.md

**SUMAR**

Cuvînt de început.....	4
O. BEJAN, V. BUJOR. Experiență canadiană de activitate criminologică practică în domeniul victi-mologic .....	5
L. BUGA. Fenomenul violenței în viziunea crimi-nologului Valeriu Bujor.....	8
И. ГРИНЕНКО. Влияние организованной пре-ступности на социальную структуру общества	12
A. ЗАГУРСКИЙ. Уголовная процессуальная политика украины в сфере уголовного произ-водства по применению принудительных мер медицинского характера.....	16
Л. ДЕМИДОВА. Уголовный проступок: про-блемы теории и законодательства .....	21
V. ВАПНЯРЧУК. Пределы уголовно-процес-суального доказывания.....	26
И. ДИКОВСКАЯ. Свобода сторон арбитражно-го соглашения: пределы осуществления.....	30
A. ИЛЬЮЩЕНКО. Особенности правового ре-жима имущества частного предпринимателя в Украине .....	35
E. ГРЕКОВ. Проблемы правового регулиро-вания в сфере патентования лекарственных средств в Украине .....	40
З. ГЛАДУН. Проблемы правового обеспечения охраны индивидуального и общественного здо-ровья в Украине.....	45
A. БИЛЕЦКАЯ. Роль органов исполнительной власти в процессе регулирования платы за зем-лю в Украине .....	50
T. ВИЛЬЧИК. Конституционная природа права на правовую помощь: сравнительный анализ..	54

## Cuvînt de început

Stimate cititor,

„Jurnalul juridic național: teorie și practică”, reprezintă o revistă științifico-practică, care își propune să extindă posibilitățile de răspîndire a cunoștințelor științifice și de împărtășire a experienței practice în domeniul dreptului.

Constituirea acestei noi publicații periodice a fost favorizată de reformele din învățămîntul național, care au condus la amplificarea potențialului științific din domeniul dreptului în ultimii ani. Or un element important al valorificării științifice, didactice și practice a acestuia constă în introducerea rezultatelor cercetării științifice în circuitul informațional al societății.

„Jurnalul juridic național: teorie și practică” constituie un supliment al revistei „Legea și viața” și beneficiază de expertiza editorilor acesteia, care au acumulat o experiență de peste 20 de ani, perioadă în care această publicație națională a cunoscut o propagare internațională.

În paginile revistei „Jurnalul juridic național: teorie și practică” vor fi publicate lucrări atît în materie de drept, cît și în materie de criminologie, criminalistică, securitate criminologică privată și de stat etc. Mai mult decît atît, noua publicație va acorda spațiu editorial unor lucrări interdisciplinare ori pluridisciplinare, indiferent de ramurile conexe din care se vor naște acestea (sociologie, psihologie, politologie, biologie, medicină etc.), favorizînd astfel cercetările științifice integrative.

Dimensiunea practică a publicației deschide ușile unor dezbateri constructive pe marginea reformelor din organele de drept, astfel încît să fie găsite cele mai bune soluții de ameliorare și dezvoltare a sferei juridice. Totodată, ea va completa cercetările științifice cu analize practice, cu scopul de a fortifica suportul informațional-analitic de care au mare nevoie organele de drept.

„Jurnalul juridic național: teorie și practică” va acorda o atenție deosebită îmbogățirii expertizei naționale în domeniile dreptului, criminologiei, criminalisticii etc., publicînd și rezultatele științifice obținute de savanții din alte state. Acestea vor fi completate cu materiale privind practica juridică din diverse țări și colțuri ale lumii. Din aceste considerente, vor fi publicate materiale în limbile română, rusă, engleză și franceză.

Politica editorială a revistei „Jurnalul juridic național: teorie și practică” se întemeiază pe principiile pluralității de opinii, corectitudinii dezbaterilor, dialogului constructiv, diversității abordărilor, propagării realizărilor naționale în străinătate, precum și al cunoașterii experienței din alte state. De asemenea, redacția se va conduce de normele privitoare la publicațiile științifice stabilite de Consiliul Național de Acreditare și Atestare al Republicii Moldova.

**Colegiul de redacție**

## EXPERIENȚĂ CANADIANĂ DE ACTIVITATE CRIMINOLOGICĂ PRACTICĂ ÎN DOMENIUL VICTIMOLOGIC

**Octavian BEJAN,**

doctor în drept, criminolog, Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată

**Valeriu BUJOR,**

doctor în drept, profesor universitar, criminolog, Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată

### RÉSUMÉ

Dans cet article on présente l'expérience canadienne dans le domaine d'activité criminologico-victimologique, notamment au Centre d'aide aux victimes d'actes criminels (CAVAC) : la base normative, l'ampleur de l'organisation, les services offerts aux victimes d'actes criminels, le rôle du criminologue-victimologue etc. De même, on montre le rôle du Ministère de la justice et son bureau spécialisé dans la coordination de l'activité d'aide aux victimes d'actes criminels au Québec. On fait une parallèle avec la situation dans la République Moldova en ce qui concerne l'activité criminologique pratique dans le domaine victimologique, ainsi qu'on propose des recommandations à cet égard.

**Mots-clé:** criminologie, victimologie, aide aux victimes d'actes criminels.

### REZUMAT

În acest articol este prezentată experiența canadiană în domeniul activității criminologico-victimologice, mai exact a Centrului de Ajutor pentru Victimele Actelor Criminale (CAVAC): baza normativă, amploarea organizației, serviciile oferite victimelor actelor criminale, rolul criminologului-victimolog etc. De asemenea, este arătat rolul Ministerului de Justiție și al biroului său specializat în coordonarea activității de acordare a ajutorului victimelor actelor criminale în Quebec. Este realizată o paralelă cu situația din Republica Moldova în ceea ce privește activitatea criminologică practică în domeniul victimologic și sînt înaintate propuneri în privința ameliorării situației din domeniu.

**Cuvinte-cheie:** criminologie, victimologie, ajutor acordat victimelor actelor criminale.

**I**ntroducere. Preocupările criminologice moderne pentru problematica victimologică încep în anii '30-'40 ai secolului trecut, grație cercetărilor întreprinse de criminologul român Benjamin Mendelsohn și cel american Hans von Henting, care pun în discuție rolul victimei în producerea actului criminal și propun o teorie despre geneza crimei, privite sub aspectul interacțiunii comportamentului criminalului și al victimei [1].

Ca urmare a cercetărilor criminologice în materie de victimologie, practica activității anticrimă s-a îmbogățit cu diverse acțiuni de prevenire criminologică și susținere a victimelor actelor criminale. Prevenirea victimologică se distinge prin faptul că acțiunile de prevenire sînt direcționate nu asupra comportamentului criminalului, ci al victimei actelor criminale.

**Scopul studiului.** Autorii și-au propus să prezinte experiența canadiană în domeniul victimologiei criminale, pe care să o compare cu cea națională și să înainteze unele propuneri în această privință.

**Metode aplicate și materiale utilizate.** Experiența canadiană și cea națională în domeniul victimologiei criminale a fost studiată prin metoda observării (în

procesul de activitate personală în domeniul anticrimă, deopotrivă științifică, practică și didactică, acumulată atît în Republica Moldova, cît și în Canada), metoda documentară (materiale disponibile pe paginile WEB oficiale ale instituțiilor de resort canadiene și naționale, publicații tipărite ale acestora) și metoda interviului (discuții cu criminologi canadieni și specialiști naționali). Propunerile au fost elaborate aplicînd metoda construcției abstracte [2].

**Rezultate obținute și discuții.** În Republica Moldova, activitatea criminologică practică în domeniul victimologiei vizează numai victimele unor acte criminale, fiind vorba, în principal, despre victimele traficului de ființe umane și violenței intrafamiliale. O astfel de activitate este, de exemplu, desfășurată de organizația neguvernamentală „Casa Mărioarei” [3].

În Canada există însă o activitate criminologică practică în domeniul victimologiei care este orientată spre victimele tuturor actelor criminale, deși clienții principali sînt, desigur, victime ale actelor de violență de orice natură. În provincia Quebec, această activitate a cunoscut o dezvoltare considerabilă după adoptarea, în anul 1988, a Legii cu privire la acordarea ajutorului victimelor actelor criminale [4].

Potrivit legii sus-indicate, „este considerată drept victimă a unui act criminal orice persoană fizică care, cu ocazia unui act criminal săvârșit în Quebec, suportă o atingere a integrității sale fizice ori psihologice sau o pierdere materială, indiferent dacă autorul acestui act criminal este sau nu identificat, reținut, urmărit sau recunoscut vinovat. Sînt, de asemenea, considerate victime apropiații și persoanele aflate la întreținerea lor” (art. 1).

Legea cu privire la acordarea ajutorului victimelor actelor criminale stabilește că activitatea de acordare a ajutorului victimelor actelor criminale este coordonată de Biroul de ajutor pentru victimele actelor criminale din cadrul Ministerului de Justiție (art. 8), care „exercită următoarele funcții:

1) el favorizează promovarea drepturilor victimelor recunoscute prin prezenta lege și veghează asupra dezvoltării programelor de ajutorare a victimelor, precum și asupra concertării și coordonării acțiunilor persoanelor, ministerelor și organismelor care furnizează servicii victimelor;

2) el consiliează ministrul de justiție în toate chestiunile care țin de ajutorarea victimelor;

3) el favorizează implementarea și menținerea centrelor de ajutor pentru victime și, cu acest scop, încurajează participarea grupurilor sau organismelor comunitare la înființarea centrelor, furnizîndu-le asistență tehnică sau profesională, necesară creării sau funcționării lor;

4) el favorizează realizarea și difuzarea programelor de informare, de sensibilizare și de instruire privitoare la drepturile și trebuințele victimelor, precum și la serviciile care le sînt accesibile;

5) el exercită orice altă funcție care îi este încredințată de către ministrul de justiție în vederea favorizării aplicării prezentei legi.

Principalul furnizor de ajutor victimelor actelor criminale este Centrul de Ajutor pentru Victimele Actelor Criminale (CAVAC), care dispune, actualmente, de 16 așezăminte pe tot teritoriul Quebecului: Capitale-National, Montréal, Montérégie, Bas Saint-Laurent, Lanaudière, Saguenay-Lac-Saint-Jean, Mauricie, Estrie, Outaouais, Abitibi-Témiscamingue, Côte-Nord, Nord-du-Québec, Gaspésie-Îles-de-la-Madeleine, Laval, Laurentides, Chaudière-Appalaches și Centre-du-Québec.

Centrul de Ajutor pentru Victimele Actelor Criminale (CAVAC) are misiunea de a furniza servicii de primă linie oricărei persoane care a căzut victimă unui act criminal și apropiaților săi, precum și mar-

torilor actelor criminale [5]. Acesta conlucrează cu lucrătorii din mediul judiciar, din rețeaua de sănătate și de servicii sociale, precum și cu alte organisme comunitare.

Este important a sublinia că activitatea CAVAC este considerabil favorizată nu numai de Legea cu privire la acordarea ajutorului victimelor actelor criminale, ci și de Legea cu privire la indemnizarea victimelor actelor criminale [6].

Personalul Centrului de Ajutor pentru Victimele Actelor Criminale include criminologi, asistenți sociali, psihologi, precum și alți specialiști.

Despre activitatea desfășurată de criminologii-practicieni ai CAVAC ne vorbesc serviciile oferite de această organizație, și anume:

- intervenție post-traumatică și psiho-socio-judiciară,
- informare despre drepturi și resurse,
- asistență tehnică,
- acompaniere,
- orientare spre servicii specializate.

**Intervenție posttraumatică și psiho-sociojudiciară.** Intervenția constă în evaluarea necesităților și, respectiv, a resurselor disponibile pentru persoana care a căzut victimă unui act criminal. Ca urmare a evaluării, este oferită o intervenție cu scopul de a reduce consecințele victimizării și de a permite persoanei să își continue viața.

**Informare despre drepturi și resurse.** Informația oferită se referă la drepturile și resursele de care beneficiază victimele actelor criminale, în special despre etapele principale ale procesului judiciar, programul de indemnizare a victimelor actelor criminale, serviciul INFOVAC-Plus, inclusiv indemnizațiile la care victimele pot avea dreptul, în situația lor particulară.

**Asistență tehnică.** Personalul CAVAC acordă asistență tehnică victimei unui act criminal la completarea diverselor formulare și pentru respectarea formalităților impuse de situația în care ea se află (de exemplu, revendicarea dreptului de parte civilă în procesul penal).

**Acompaniere.** Lucrătorii CAVAC acompaniază victima unui act criminal în cursul efectuării demersurilor pe lângă resursele medicale și comunitare, dar și în cursul interacțiunii cu aparatul judiciar, pe durata întregului proces judiciar privitor la crima care a afectat-o.

**Orientare spre servicii specializate.** Această acțiune presupune îndreptarea victimelor la resursele juridice, medicale, sociale și comunitare, capabile a

o ajuta să rezolve problemele de care ele se lovesc ca urmare a actului criminal care le-a vizat.

CAVAC înaintează următoarele cerințe pentru angajarea candidaților [7]:

- să dețină studii de bacalaureat în criminologie, psihologie, asistență socială sau într-un domeniu conex (echivalentul studiilor superioare de licență în Republica Moldova);

- să posede o experiență de 2 ani de lucru cu victimele actelor criminale, de intervenție posttraumatică, de lucru în procesul judiciar penal sau într-un domeniu asemănător;

- să posede, la un nivel funcțional, franceza scrisă și vorbită și engleza vorbită;

- este luată în considerație orice combinație echivalentă de instruire și experiență.

Deși este o organizație obștească, Centrul de Ajutor pentru Victimele Actelor Criminale este finanțat de Ministerul de Justiție, potrivit art. 15 al Legii cu privire la acordarea ajutorului victimelor actelor criminale, dintr-un fond format din alocațiile Adunării Generale a Quebecului și din donațiile oferite de diverse persoane, organizații sau companii.

Experiența canadiană prezentată indică încă un fâgaș de activitate a specialistului-criminolog. Ea este cu atât mai importantă pentru Republica Moldova, cu cât privește o activitate practică deja existentă. Prin urmare, pregătirea specialiștilor-criminologi ar completa resursa umană a activității criminologice practice în domeniul victimologiei.

Astfel, refugiul „Casa Mărioarei” oferă adăpost de urgență, asistență psihologică, socială, juridică, medicală și informativă femeilor-victime ale violenței în familie. Pentru a-și realiza sarcinile, ea apelează la specialiști în drept, psihologie, sociologie și medicină, din lipsă de cadre criminologice. Or specialiștii criminologi sînt pregătiți, în Republica Moldova, exclusiv la nivel de studii postuniversitare de doctorat. Este însă puțin probabil că astfel de organizații și instituții vor putea recruta specialiști de nivel de doctorat. Este necesară pregătirea criminologilor la nivel de studii universitare, după cum se procedează în Canada.

Specialistul-criminolog are cel puțin două mari avantaje față de ceilalți specialiști:

(a) criminologul cunoaște deopotrivă materia sociologică, psihologică și juridică, în timp ce juristul cunoaște numai materia juridică, sociologul – numai materia sociologică și psihologul – doar materia psihologică;

(b) criminologul posedă cunoștințe criminologice, adică cunoștințe sociologice, psihologice și juridice care se referă în mod direct la comportamentul criminal, în timp ce sociologul dispune de cunoștințe privitoare la materia sociologică generală sau care ține de un domeniu sociologic îngust (de exemplu, comunicare și sociologie sau geografie și sociologie), psihologul dispune de cunoștințe privind materia psihologică generală sau care ține de un domeniu psihologic îngust (de exemplu, psihopedagogie sau psihologie și lingvistică), iar juristul posedă cunoștințe referitoare la normele de drept și foarte puține – la fenomenele criminale [8].

Drept confirmare servesc relatările dlui André Normandeau, ex-director al Școlii de Criminologie a Universității din Montreal, potrivit cărora criminologul canadian dispune de o pregătire sociologică (60%), psihologică (30%) și juridică (10%).

**Concluzii.** Noi nu sîntem adepții unei preluări mecanice a experienței din străinătate. Pot să fie elaborate diverse modalități, chiar mai bune, de organizare a activității criminologice practice naționale, o serie de cunoștințe fiind deja obținute de criminologii naționali. Totuși, o serie de elemente sînt demne de preluare, în special cele care și-au confirmat utilitatea practică de-a lungul anilor.

## Referințe bibliografice

1. Bujor V., Bejan O., Ilie S., și Casian S., *Elemente de criminologie*, Editura Știința, Chișinău: 1997, p. 43; Gh. Gladchi. *Criminologie generală*, Chișinău: Editura Museum, 2001, p. 251; V. Bujor și D. Manole-Țăranu. *Victimologie. Note de curs*, Chișinău, 2002, p. 12; I. A. Ciobanu. *Criminologie*, vol. II, Chișinău: Editura Cartdidact, 2004, p. 251.
2. Bejan O. *Realizarea cercetărilor criminologice teoretice*, Chișinău, 2009; O. Bejan. *Studiu empiric privind aplicarea metodelor empirice și teoretice în cercetarea științifică*, Chișinău, 2012.
3. <http://casamarioarei.blogspot.com/>, 10 noiembrie 2011.
4. *Loi sur l'aide aux victimes d'actes criminels*, 1988, L.R.Q., chapitre A-13.2.
5. <http://www.cavac.qc.ca>, 8 noiembrie 2011.
6. *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, 1971, L.R.Q., chapitre I-6.
7. <http://placement.emploiquebec.net/mbe/ut/suivroffrs/apercoffr.asp?CL=french&page=drhc &nooffr=2959999>, 24 august 2011.
8. Specializările psihologice și sociologice corespund programelor de studii ale Universității din Montreal.

## FENOMENUL VIOLENȚEI ÎN VIZIUNEA CRIMINOLOGULUI VALERIU BUJOR

Larisa BUGA,

Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată

### SUMMARY

In this article is analyzed and presented the concept of criminal violence. There are analyzed the basic categories, the essence of violence as a social phenomenon and its manifestation as a criminal phenomenon. It is highlighted the role of the criminologist Valeriu Bujor in the development of criminological theory sector - criminal violence.

**Keywords:** violence, criminal violence, criminologist.

### REZUMAT

În acest articol este analizat și expus conceptul violenței criminale. Sunt analizate categoriile de bază, esența violenței ca fenomen social și manifestarea acestuia ca fenomen infracțional. Este evidențiat rolul criminologului Valeriu Bujor în dezvoltarea teoriei criminologice sectoriale – violența criminală.

**Cuvinte-cheie:** violență, violență criminală, criminolog.

**Introducere.** Problema violenței a fost și este studiată de savanții penaliști din Republica Moldova, România, Federația Rusă ș.a. țări. Diferite aspecte ale acestei probleme au fost cercetate de V. Dobrinoiu, I. Oancea, O. Loghin, Gh. Gladchi, M. Babaev, L. Gauhman și, nu în ultimul rând, de cunoscutul criminolog moldovean Valeriu Bujor. Doctrina juridică moldovenească s-a arătat preocupată de definirea noțiunii de violență și de clasificarea infracțiunilor săvârșite cu aplicarea violenței, fără a ajunge la o concepție cristalizată [1, p. 30; 2, p. 107-111].

În articolul de față ne-am propus drept **scop** abordarea problemei violenței prin prisma viziunii criminologului Valeriu Bujor, care a pus temelia teoriei violenței criminale [3]. Or, pe bună dreptate, Valeriu Bujor este considerat întemeietorul criminologiei autohtone [4, p. 11].

**Metode și materiale.** Pentru analiza problemei abordate au fost utilizate un șir de metode: comparativă, inductivă, deductivă, logico-juridică. Ca material empiric ne-au servit lucrările științifice publicate de savanți renumiți în materia violenței ca fenomen social și, în special, a violenței criminale.

**Rezultate obținute și discuții.** Criminologul Valeriu Bujor consideră că punctul inițial de investigare a problemei ce vizează violența îl constituie definirea și dezvăluirea în literatura criminologică a unor asemenea noțiuni, cum ar fi: violența criminală, infracțiune săvârșită prin violență, precizarea cercului acestui gen de atentate și clasificarea lor științifică. Principalul, însă, consideră autorul, constă în cunoașterea

*esenței fenomenului* studiat, ca fenomen social, și a *legităților manifestării* acestuia în societate.

Codul Penal al Republicii Moldova, constată Valeriu Bujor, incriminează fapte care în mecanismul de producere includ violența, deși niciun text nu prevede vreo infracțiune cu o asemenea denumire și nici în capitolul respectiv al Codului penal, capitol în care este explicat înțelesul unor termeni sau expresii, nu este definită această noțiune.

Analiza legislației moldovenești, precum și a altor țări demonstrează că legiuitorul aplică un șir de termeni care indică clar și fără echivoc modul de influență asupra victimei întru atingerea anumitor scopuri, cum ar fi: actul de violență, actul de violență fizică, constrângerea fizică și morală, amenințarea etc. Afară de aceasta, sînt utilizați și alți termeni prin care se înțelege faptul că se face uz de forță, atac, torturare, terorizare, cauzare de leziuni corporale, vătămare, lovire etc. De exemplu, în Partea Specială a Codului penal al Republicii Moldova legiuitorul a utilizat peste 40 de termeni [5, p. 33] pentru a indica actele de violență, frecvența termenilor folosiți variind mult.

Așadar, scrie V. Bujor, legiuitorul nu definește în lege noțiunile ce țin de violență, după cum nu specifică nici semnificația altor termeni care, de asemenea, presupun aplicarea violenței (comportare rea, cruzime, atentat, constrângere, coerciție etc.). Mai mult decît atît, nu întotdeauna este respectată semnificația termenilor indicați, ceea ce admite diverse interpretări ale acestora; tot în mod diferit sînt determinat caracterul și gradul pericolului unei forme oarecare de violență.

Referitor la conceptul infracțiunii săvârșite prin violență, V. Bujor menționează că, întâlnite în realitatea socială, infracțiunile săvârșite prin violență sînt fapte materiale ce reprezintă manifestări exterioare ale individului care își exprimă atitudinea față de valorile sociale, față de ordinea de drept și față de alte persoane, fiind sancționat conform legii penale.

Elementele conceptului de infracțiune săvârșită prin violență nu diferă de elementele infracțiunii, așa cum a fost definită în legislația penală, în sensul că orice acțiune tipic umană săvârșită cu vinovăție, al cărei scop vizează persoana cu atributele sale esențiale.

Infracțiunea săvârșită prin violență este definită de criminologul V. Bujor *ca fapta socialmente periculoasă, comisă cu vinovăție și care presupune, în mecanismul de desfășurare, folosirea constrîngerii fizice sau morale, îndreptate împotriva persoanei, a cărei finalitate o constituie suprimarea vieții, provocarea unor suferințe fizice sau a unor consecințe mai grave (pierderea unui simț sau organ, infirmitatea, sluirea, avortul ș.a.), asociată, uneori, cu diminuarea patrimoniului ori cu lezarea demnității, onoarei și libertății persoanei.*

Din cele expuse reiese că trăsăturile conceptului de infracțiune săvârșită prin violență sînt următoarele:

- Faptele ce alcătuiesc arhitectura conceptului lezează valori sociale deosebite: viața și libertatea persoanei, integritatea corporală sau sănătatea, libertatea individuală (de exprimare, de mișcare) și, ca excepție, avutul acesteia;

- Faptele respective presupun, aproape întotdeauna, contactul nemijlocit dintre autorul infracțiunii și persoana vătămată;

- Faptele săvârșite sînt infracțiuni de rezultat, urmările produse fiind cuantificabile în amenințări, insulte, în diminuarea patrimoniului, în vătămări ale integrității corporale sau ale sănătății și, într-o formă mai gravă, în suprimarea vieții.

V. Bujor, inițiind o analiză a noțiunii de violență, constată că atît în literatura de drept penal, cît și în cea criminologică această noțiune este tratată în mod diferit.

În sensul larg al cuvîntului, doctrina penală arată că violența semnifică orice act de constrîngere fizică, directă sau indirectă, de o anumită finalitate [6, p. 138], și este o acțiune umană ce presupune intensitate, brutalități realizate cu ajutorul forței, aceasta fiind orientată împotriva unei persoane, situații, instituții, comunități sau împotriva oricărui alt obiect, acțiune ca urmare a căreia obiectul poate fi distrus [7, p. 731].

Privită din acest punct de vedere, violența reprezintă acele acte antisociale ce lezează viața, demnitatea, integritatea corporală și sănătatea persoanei, iar mijloacele de înlăptuire sînt constrîngerea, abuzul, panica etc. [8, p. 189]. Nu este întotdeauna obligatorie folosirea efectivă a constrîngerii fizice sau psihice, fiind suficient ca persoanei vătămate să i se creeze o stare de teamă, de insecuritate etc.

V. Bujor este de părere că, bazîndu-se pe principiile fundamentale ale științelor dreptului penal și ale criminologiei, se **impune a formula definiția criminologică** a violenței, deoarece definiția existentă, în care actul de violență este tratat ca unul de aplicare a forței sau de amenințare cu aplicarea forței, nu-l pot satisface pe un criminolog. Aici violența este apreciată numai sub aspectul exterior, autorii indicînd doar caracteristicile juridice și manifestările empirice (obiective). În definiții rareori se insistă asupra elementelor subiective ale violenței, nu sînt scoase în evidență funcțiile acesteia. Savantul menționează în continuare că nu se vorbește nimic despre esența violenței, ceea ce este foarte important, deoarece numai cunoscînd esența fenomenului pot fi explicate corect cauzele și legitățile existenței lui [9].

În această ordine de idei, V. Bujor menționează că din punct de vedere senzitiv, empiric violența constituie influența unui subiect asupra altui subiect, un act de aplicare a forței, redus la constrîngere, reprimare directă sau nimicire a obiectului de violență. Asemenea influență are un scop de realizare a intereselor proprii și de satisfacere a necesităților contrar voinței, dorinței obiectului violenței și în detrimentul intereselor lui. Cu alte cuvinte, comportarea violentă reprezintă o afirmare a propriei persoane pe contul altui subiect de raport social. Interesele vitale și bunăstarea unor persoane se produc în detrimentul altora [1, p. 34; 10, p. 2-3].

În continuare, am vrea să cităm caracteristicile violenței, care permit conceperea esenței fenomenului respectiv, caracteristici formulate, pentru prima dată în Republica Moldova, de către savantul V. Bujor:

- Ca orice fenomen social, violența se manifestă prin raporturi sociale. Subiecți ai actului de violență pot fi indivizi izolați sau grupuri sociale.

- Ca fenomen social, actul de violență se distinge prin anumite caracteristici cantitative și calitative.

- Sub aspect exterior, violența reprezintă influența unui subiect asupra altuia, un act de aplicare a forței, deși actul de violență nu se reduce numai la acțiuni cum ar fi aplicarea forței sau amenințări cu o aseme-

nea aplicare. Forța în concepție sociologică nu e numai posibilitatea și capacitatea de a acționa de sine stătător, ci și posibilitatea de a determina o comportare străină. Forța este un virtual act de violență. Realizarea acestei potențe (adică a unui act de aplicare a forței) încă nu poate fi calificată ca violență. Ca atare ea va deveni în cazul în care influența asupra altui subiect (subiectul actului de violență) se înfăptuiește contrar voinței și dorinței lui sau voința și dorința obiectului sînt ignorate, negate. În acest caz, interesele, bunăstarea unuia (unora) sînt satisfăcute în detrimentul intereselor (altuia) altora;

- A vorbi despre actul de violență se poate doar în cazul în care se face uz de forță nu numai contrar voinței și dorinței, ci și contrar prevederilor legii. Luînd drept bază acest lucru, se presupune că violența nu poate fi legitimă; legitimă poate fi doar aplicarea forței;

- În fine, violența, ca formă de coerciție, înseamnă cel mai înalt grad de intensitate în aplicarea nu numai a forței materiale, ci și altor măsuri de coerciție. Actul de violență nu poate fi redus numai la coerciție, el poate îndeplini și funcția de reprimare sau chiar de nimicire a obiectului violenței.

Trăsăturile evidențiate caracterizează, în viziunea savantului, violența indiferent de manifestările acesteia, de subiectul și de obiectul violenței, independent de mijloacele aplicate, de scopul și rezultatul realizat și, în sfîrșit, independent de faptul este sau nu este această manifestare a violenței interzisă de legea penală în țara concretă și în perioada data. Așadar, manifestările, formele și obiectele violenței pot fi diverse, esența fenomenului dat rămîne însă neschimbată [10, p. 2].

V. Bujor analizează violența, în sensul cunoașterii genezei acestui fenomen, ca pe o rezultată a unor factori sociali și biologici. Genotipul omului este ca și cum supus congelării, gata să se manifeste din nou, cum numai vor apărea condițiile corespunzătoare. Așadar, apărînd în temeiul biologic, ereditar, violența se manifestă într-un alt mediu calitativ – în cel social. Și dacă o organizare socială a comunității umane, afirmă V. Bujor, contribuie la manifestările altruiste, apoi alta, dimpotrivă, determină vandalismul, agresiunea și violența. Aceasta se întîmplă, după opinia criminologului [9], de aceea că în viață întotdeauna vor fi solicitate acele calități care permit organismului să se adapteze la condițiile concrete ale mediului și deci, în cele din urmă, la formarea personalității un rol considerabil îl exercită

condițiile sociale. Iată de ce studierea unui sistem concret de raporturi sociale trebuie să servească ca punct inițial de analiză a violenței.

În una din ultimele publicații ale autorului pe tema violenței în societatea moldovenească [10], V. Bujor menționează despre faptul că și cauzele violenței trebuie căutate în orientările dominante ale acestui fenomen social. Dacă într-o anumită societate se instaurează orientările violente, atunci această cultură devine neajutorată în fața necesității de rezolvare a conflictelor interne, inerente fiecărei societăți umane. Conflictul nu poate fi soluționat prin mijloace nonviolente: se finalizează cu învingerea unei părți sau cu implicarea forțelor din exterior. În acest context, savantul face referiri la conflictul din regiunea transnistreană, unde prin prognoze clare a specificat că acesta puțin probabil va fi soluționat în curînd, ba dimpotrivă, are tendințe de intensificare (sau soluționarea conflictului va fi posibilă prin implicarea forțelor externe) [10].

În fine, menționăm un citat al savantului V. Bujor, din care se desprinde ideea că fiecare societate se va deosebi prin nivelul, specificul de manifestare a fenomenului de violență, fapt ce se află direct în funcție de structura socială, de particularitățile naționale și culturale ale ei. Aici Bujor susține: prezența unui anumit nivel de violență în societate este un fenomen normal. Dar depășirea nivelului respectiv va crea tendințe nefavorabile într-o asemenea structură socială, iar atunci cînd creșterea violenței depășește cu mult creșterea populației, putem să confirmăm procesele distructive din societate și că aceasta din urmă se află în pragul unor mari perturbări sociale.

**Concluzii.** Descoperirea esenței violenței și determinarea legalităților ei generale ne permit să conchidem, că **criminalitatea violentă poate servi drept unul dintre cei mai importanți indici ce caracterizează sistemul raporturilor sociale, cu ajutorul căruia putem stabili ”diagnosticul” corespunzător al oricărei societăți.**

V. Bujor relevă necesitatea cunoașterii unei legități sociale, pe cît de simplă, pe atît de des ignorată. Astfel, dacă scopul trebuie să fie atins, mijloacele trebuie să corespundă, să fie compatibile. Altfel spus, susține savantul, vom ajunge la pace doar prin mijloace pașnice, la echitate – prin mijloace echitabile, la democrație – doar pe căi democratice. **Violența generează doar violență.** În acest sens, autorul vede soluția în contribuția fiecărui individ, precum și a societății în ansamblu la schimbarea mentalității, la



ridicarea nivelului în cadrul relațiilor atât sociale, culturale, intelectuale, cât și moral-etice.

În finalul acestui studiu, am vrea să subliniem că lucrările criminologului Valeriu Bujor, pe bună dreptate, pot servi drept fundament solid în dezvoltarea teoriei criminologice speciale – violența criminală.

Tot aici vom cita doar unele lucrări științifice ale dlui V. Bujor, care ne-au servit drept bază de referință:

1. Бужор В., *Насильственная преступность и ее значение для характеристики общественных отношений*. În: Экспресс информация. Выпуск 1. Москва, 1992.

2. Бужор В., *Криминалогический анализ групповых форм насильственной преступности*. Учебное пособие. Кишинэу, 1994.

3. Bujor V., *Criminalitatea și societatea*. În: *Legea și viața*, nr. 6, 1993.

4. Bujor V., *Noțiunea violenței în dreptul penal și în criminologie*. În: *Legea și viața*, nr. 5, 1996.

5. Bujor V., *Cu privire la esența violenței*. În: Probleme actuale privind infracționalitatea. Anuar științific, ediția 1. Academia de Poliție, Chișinău, 2000.

6. Bujor V., Miron I., *Violența sexuală: aspecte juridico-penale și criminologice*. Chișinău, 2001.

7. Bujor V., Pop O., *Aspecte criminologice privind infracțiunile săvârșite cu violență*. Timișoara: Ed. MIRTON, 2003.

## Referințe bibliografice

1. Bujor V., *Cu privire la esența violenței*. În : Probleme actuale privind infracționalitatea. Anuar științific, ediția 1. Academia de Poliție, Chișinău, 2000.

2. Soroceanu S., Biro V., *Semnificația termenului întrebuițare de violență din textul care incriminează tâlhăria*. În: RRD, nr. 4, 1973, p. 107-111.

3. În acest sens prezintă interes teza de doctor a dlui Valeriu Bujor cu tema: *Криминалогический анализ групповых форм тяжкой насильственной преступности*. Moscova, 1992, unde autorul a cercetat cu multă persuasitate problema violenței criminale.

4. *Criminologi autohtoni*. Prima ediție. Retrospectivă prezentată de Octavian Bejan. Chișinău, 2008.

5. Bujor V., *Noțiunea violenței în dreptul penal și în criminologie*. În: *Legea și viața*, nr. 5, 1996.

6. Dongoroz V., ș.a. *Noul Cod și Codul penal anterior – prezentare comparativă*. București, 1968.

7. Gros C., *Dicționar enciclopedic de psihiatrie*. București, 1992.

8. Rădulescu S., Banciu D., *Sociologia crimei și criminalității*. București, 1996.

9. Bujor V., *Criminalitatea și societatea*. În: *Legea și viața*, nr. 6, 1993.

10. Бужор В.Г., *Молдавское общество и криминальное насилие*. Международная научно-практическое конференция „Преступность, общество, криминология: диалектика развития”. Россия, Суздаль, 2006.

## ВЛИЯНИЕ ОРГАНИЗОВАННОЙ ПРЕСТУПНОСТИ НА СОЦИАЛЬНУЮ СТРУКТУРУ ОБЩЕСТВА

**И. ГРИНЕНКО,**

кандидат юридических наук, докторант аспирантуры и докторантуры  
Национальной академии Службы безопасности Украины

### SUMMARY

Article focuses on the impact caused by organized crime on the social structure of society. Author scrutinizes alteration of the social stratification system and instruments of social mobility caused by the influence of organized crime, which may lead to the changes in the existing system of social norms, wide marginalization of society and its disintegration as the system. Based on the analysis of the organized crime's influence on the state institutions, author scrutinizes the possible negative aftermath of usurpation of the state power by organized criminal organizations, which pose the threat to the state security.

**Keywords:** social structure, social mobility, organized crime, social disintegration, marginalization.

\* \* \*

Статья посвящена вопросам влияния организованной преступности на социальную структуру общества. Рассмотрены вопросы изменения системы социальной стратификации и механизмов социальной мобильности, обусловленные влиянием организованной преступности, следствием которых может быть изменение существующей системы социальных норм в направлении ее криминализации, маргинализация широких слоев общества и его дезинтеграция как системы. Основываясь на анализе влияния организованной преступности на функционирование институтов государства, автор исследует возможные негативные последствия узурпации государственной власти организованными преступными группировками, представляющими угрозы государственной безопасности.

**Ключевые слова:** социальная структура, социальная мобильность, организованная преступность, социальная дезинтеграция, маргинализация.

**Постановка проблемы.** Организованная преступность представляет собой один из наиболее острых вызовов современности, непосредственно угрожающий безопасности человека, его неотъемлемым правам и свободам, «подрывает экономическое, социальное, политическое и культурное развитие общества во всем мире» [1]. Определение и исследование сфер влияния организованной преступности на различные стороны общественной жизни является необходимым условием формирования эффективных и системных мер противодействия этому явлению. В то же время, оценка угрозы со стороны организованной преступности в социальной сфере ограничивается, как правило, определением уровня связанного с ней насилия, а также распространением разного рода девиаций, таких как наркотизм. В Законе Украины «Об основах национальной безопасности Украины» среди угроз национальной безопасности в социальной и гуманитарной сферах влияние организованной преступности не упоминается [2]. Стратегия национальной безопасности Украины также не содержит указаний на необходимость защиты общества от негативного влияния организованной преступности [3].

По нашему мнению, организованная преступность является одним из факторов, изменяющих в негативном направлении саму структуру социума, способствуя его широкой криминализации. Иссле-

дование этого процесса необходимо для наработки мер по обеспечению национальной безопасности в социальной сфере, что является одной из основных задач современного демократического правового государства.

**Актуальность темы.** В настоящее время изучение влияния преступности на общество в научной литературе ограничивается такими аспектами, как распространение насилия, наркотизма, нарушения прав человека в результате незаконной эксплуатации и торговли людьми и т.д. Более сложная, по нашему мнению, сфера, связанная с деформацией социума в целом под влиянием организованной преступности, остается недостаточно исследованной. В то же время, принятие адекватных и эффективных мер противодействия этому явлению должно учитывать как характер и степень угрозы с его стороны, так и объекты, которым оно угрожает. Это, в свою очередь, позволит переориентировать правоохранительную систему на обеспечение безопасности общества, не ограничиваясь исключительно выявлением и привлечением к уголовной ответственности отдельных представителей криминалитета.

**Целью статьи** является определение природы социальных деформаций, обусловленных влиянием организованной преступности.

**Изложение основного материала исследования**

**ния.** Общество представляет собой сложную систему, одной из определяющих особенностей которой является социальная стратификация, имеющая много измерений, наиболее важными среди которых являются экономический и властный [4, с. 203]. Система социальной стратификации в значительной мере определяет макроуровень, организацию общества, взаимодействие его компонентов, способ распределения материальных благ и, таким образом, систему стимулов функционирования отдельных индивидуумов и социальных групп.

Современная социология рассматривает социальную структуру как «объединение культурных и нормативных моделей, определяющих ожидания социальных агентов в отношении поведения других и организующие их устойчивые взаимосвязи» [5, с. 3].

По мнению Э.Гидденса, структуры выступают одновременно средой и следствием социальных практик [6, с. 5]. Таким образом, он указывает на дуалистическую природу социальной структуры. Изменение социальных практик неотвратно ведет к изменению социальной структуры, в которой они осуществляются. С другой стороны, изменение социальной структуры будет изменять сущность и форму социальных практик. Структуризация общества в этой связи имеет циклический характер. Эта взаимосвязь имеет определяющее значение в оценке влияния организованной преступности на общество – распространение криминальных практик ведет к криминализации общественной структуры, что, в свою очередь, будет определять поведение социальных агентов в направлении еще более широкого применения такого рода практик как эффективного инструмента достижения индивидуальной и групповой цели. Таким образом, происходит институционализация криминальных практик, их закрепление как способа воспроизведения социальной системы.

Что же касается социальной стратификации, то она включает в себя не только разделение общества по доступу к ресурсам, но и институционализованные механизмы социальной мобильности, позволяющие индивидуумам перемещаться между стратами.

Современная социологическая теория рассматривает три основные страты общества: высший, средний и низший классы [7, с. 140]. Распределение по таким классам, по нашему мнению, в настоящее время определяется, прежде всего, возможностями индивидуального потребления их членов, а не отношениями к средствам производства. В первую очередь это связано с ослаблением связи между уровнем потребления и участием в материальном производстве – так, за последние 100 лет в индустриальных странах часть общества, занятая в сфере обслуживания, утроилась и составляет от 60% до 70% работающих [8, с. 215].

Возможность индивидуального потребления определяет место личности в социальной структуре, по крайней мере, в соответствии с экономическим

критерием. По нашему мнению, средний класс включает в себя индивидуумов, уровень потребления которых можно оценить как социально-обусловленный. Этот уровень существенно отличается от общества в целом, в соответствии с индивидуальными предпочтениями и является исторически обусловленным. Высший класс можно определить как класс «статусного потребления», потребительский потенциал которого выше социально-обусловленного. Это, разумеется, не означает, что такой потенциал будет реализован именно для индивидуального потребления. Низший класс не имеет возможностей для потребления на социально-обусловленном уровне, что фактически означает пребывание в состоянии бедности; для современных индустриально-развитых обществ это как правило, связано с отсутствием стабильного дохода и полной занятости [9, с. 10].

В целом же устоявшимся является признание того, что слишком резкая социальная стратификация может привести к общественной катастрофе [10, с. 331], проявляющейся в форме разрушения общественной верхушки [10, с. 334].

При нормальном функционировании общества в условиях правового государства и устойчивого развития социальная стратификация основывается, прежде всего, на межпрофессиональных отношениях, в соответствии с такими критериями: 1) важность профессии для выживания и функционирования группы в целом; 2) уровень квалификации, необходимый для успешного выполнения профессиональных обязанностей. Социально-значимыми являются профессии, связанные с функциями организации и контроля группы. Успешное выполнение социально-профессиональных функций организации и контроля, естественно, требует большей квалификации [10, с. 354]. Ситуация существенно изменяется под влиянием общественной дезинтеграции, которая может быть вызвана деформациями общества в результате экономических и политических преобразований, когда старая система социальных норм перестает действовать, новая общественно-приемлемая и легальная система такого рода не сформирована, а возможности государства обеспечивать юридически-санкционированные нормы остаются ослабленными. Такая ситуация характеризуется П. Сорокиным как «распад общества» [10, с. 355]. Возможным сценарием развития событий в этом случае является узурпация функций организации и контроля социальными группами, поведение которых основывается на партикулярных нормах, ориентированных на достижение индивидуального или группового успеха за счет общества в целом, как правило, с использованием запрещенных законом методов. В результате система социальной стратификации радикально деформируется, а процессы социальной дезинтеграции существенно усиливаются, в т.ч. благодаря тому, что руководящие функции го-

сударства получают индивидуумы, не имеющие для этого соответствующей квалификации.

Криминализация общества предусматривает интернализацию новых социальных норм как стандартов поведения, разделяемых членами социальных групп [11]. Такие нормы, во-первых, допускают осуществление уголовно-наказуемых действий в случае, если их эффективность для достижения индивидуальной цели превышает возможность наступления негативных последствий для индивидуума, их совершившего. Во-вторых, такие нормы допускают, что индивидуальный или групповой успех может быть достигнут за счет интересов других членов общества или общества в целом, т.е. «игру с нулевой суммой». Это, в свою очередь, создает в обществе ситуацию внутреннего антагонизма, при которой чего члены фактически противостоят друг другу. В таких условиях они не способны на совместные действия, в том числе и для общей пользы, не в состоянии не только отстаивать общие интересы, но и их сформулировать. Одновременно с этим государство, находясь в состоянии дисфункции, утрачивает возможность осуществлять социальный контроль, т.е. обеспечивать соблюдение санкционированных социальных норм – более того, криминализация государственного управления под влиянием коррупции приводит к тому, что государство становится проводником криминальных социальных норм, способствует их распространению, в том числе через свои институты.

Криминализация политической жизни государства ведет к установлению режима «гиперстратификации», при котором каналы между народом и властью исчезают, а система «обратной связи» «общество – государство» или перестает действовать, или действует лишь формально. В свою очередь, это приводит к отчуждению власти от народа, подрыву ее легитимности и, в конечном счете, к разрушению политической системы государства. По нашему мнению, такие явления, как терроризм и политический экстремизм непосредственно обусловлены политической гиперстратификацией, отчуждением государства от народа прежде всего в результате распространения коррупционных отношений. Криминалитет эффективно изменяет легальную политическую систему в качестве такого рода механизма мобильности. Узурпировав власть, криминальные структуры формируют квазиполитические образования, обслуживающие их интересы, и, имея в своем распоряжении почти неограниченные финансовые ресурсы, вытесняют политические партии или препятствуют их появлению. Этому способствует, в частности, отсутствие в обществе устоявшихся традиций демократического управления, когда институты представительской демократии трансплантируются в другую институциональную среду [12, с. 24].

Вертикальная социальная мобильность в любом обществе проявляется в форме течений как «снизу

вверх», так и «сверху вниз». Восходящие течения проявляются как в переходе индивидуумов в высший слой, так и в создании ими группы, осуществляющей такой переход совместно. Подобным образом нисходящие течения также могут проявляться в индивидуальной или групповой форме. Организованная преступность как механизм социальной мобильности действует не только для поднятия статуса криминалитета, но и для понижения социального статуса широких слоев населения, прежде всего через сужение среднего класса. В целом, учитывая антиобщественный характер преступности, повышение социального статуса криминалитета приводит к понижению такого статуса общества в целом, широкой социальной маргинализации и, в конечном итоге, к его дезинтеграции. По нашему мнению, общество в состоянии дезинтеграции характеризуется следующими особенностями:

- отсутствием общепризнанных законных социальных норм, следование которым служило бы развитию общества в целом, а не только его отдельных членов или групп;
- распространением поведения в рамках «игры с нулевой суммой», когда индивидуальный или групповой успех может быть достигнут за счет других;
- партикуляризмом, отстаиванием исключительно собственных индивидуальных или групповых интересов, без учета интересов других лиц или общества в целом;
- отсутствием единых сформулированных национальных интересов, разделяемых большинством общества и, соответственно, неспособностью отстаивать общие интересы в сколько-нибудь широком масштабе.

В условиях криминализации общественной жизни организованная преступность превращается в инструмент социальной мобильности. Индивидуальная вертикальная социальная мобильность с использованием легальных институтов связана с необходимостью приложения значительных личных усилий. Использование же криминальных механизмов часто упрощает такую мобильность и позволяет активнее использовать ресурсы групп, к которым принадлежит лицо, для повышения собственного социального статуса,

В любом обществе достаточно людей, желающих продвигаться в высшие слои общества. Но, поскольку реализовать это удастся немногим, а при нормальных условиях социальная циркуляция имеет упорядоченный характер, в обществе существует особый механизм, контролирующей такую циркуляцию. Этот контроль проявляется в тестировании индивидуумов для установления адекватности выполнения ими социальных функций, их селекции для определения их социальных позиций, а также в распределении членов общества по социальным слоям, в их продвижении вверх или вниз. Другими словами, в

середине стратифицированного общества существуют не только каналы социальной мобильности, но и определенного рода фильтры, селективные инструменты, определяющие для индивидуумов их место в обществе. Основная цель такого фильтра – распределить индивидуумы в соответствии с их способностями эффективно выполнять социальные функции [10, с. 405].

Под влиянием организованной преступности такие каналы и фильтры криминализируются, продвижение вверх становится недоступным для населения, не вовлеченного в криминальные практики, в целом вся структура страт деформируется.

В первую очередь утрачивает свое значение система образования как механизм социальной мобильности и селекции. В нормальных условиях система образования не только дает возможности повышения социального статуса, но и отбирает индивидуумов в соответствии с их личными качествами [10, с. 411]. В условиях криминализации общества образование перестает играть такую роль, что ведет к уменьшению образовательного уровня общества в целом и его элиты в частности.

При таких неадекватных системах общественной селекции «состав высших правящих слоев вряд ли будет подходить для успешного осуществления функций государства. Правящая элита, сформированная в таких условиях, окажется несостоятельной. С другой стороны, значительные группы индивидуумов, которые могли бы при нормальных условиях эффективно выполнять такого рода функции, утрачивают такие возможности» [10, с. 418]. Общим результатом будет «социальный беспорядок и нестабильность» [10, с. 418], т.е. создание условий для замены социальной системы общества, в том числе и государственного строя, внеконституционным путем.

Связь между организованной преступностью и изменениями социальной стратификации не ограничивается только лишь влиянием первой на вторую – зависимость между этими явлениями существует и в обратном направлении. Так, негативные изменения социальной стратификации, обусловленные разными явлениями – изоляцией власти от общества, экономической стагнацией и т.п. – создают условия для того, чтобы криминальные механизмы стали доминирующими в системе социальной мобильности. Общество находится под постоянной угрозой криминализации, если в нем отсутствуют адекватные действенные механизмы социальной мобильности, основывающиеся на признанных ценностях и приоритетах.

**Заключение.** Социальная стратификация и социальная мобильность являются одними из основных инструментов, определяющих структуру общества, непосредственно связанных с его экономической и политической системами. В условиях общественной стабильности и правового государства эти инструменты контролируются различными институтами и в

целом направляются на обеспечение развития отдельных индивидуумов и общества в целом. Деформация таких институтов ведет к негативным изменениям в обществе, в том числе и к его дезинтеграции.

Организованная преступность является альтернативным инструментом социальной мобильности, используемым на индивидуальном и групповом уровнях для продвижения в высшие социальные слои, ориентированные на статусное потребление. В рамках функционирования такого рода инструментов создаются свои селективные механизмы, представляющие угрозу для общества.

Криминализация социальной мобильности представляет угрозу государственной безопасности, поскольку может привести к узурпации государственной власти представителями организованной преступности, отчуждению общества от государства и создает условия для существования разного рода террористических и экстремистских структур, изменения социальной системы и государственного строя внеконституционным путем.

### Список использованной литературы

1. Organized Crime / United Nations Office on Drugs and Crime [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/index.html>.
2. Про основи національної безпеки України : Закон України від 19.06.2003р. №964-IV Відомості Верховної Ради України від 26.09.2003 р. - №39, ст.351.
3. 5. Про Стратегію національної безпеки України : Указ Президента України від 12.02.2007 р. №105/2007 (із змінами, внесеними згідно з Указом Президента № 389/2012 від 08.06.2012). – Урядовий кур'єр від 07.03.2007р. — № 43.
4. Jon M. Shepard. *Sociology*. – Belmont : Cengage Advantage, 2013. – 640 p.
5. Lopez, J. *Social Structure* / J. Lopez, J. Scott. Buckingham and Philadelphia : Open University Press, 2000. – 144 p.
6. Giddens, A. *Central problems in social theory: Action, structure, and contradiction in social analysis*. Los Angeles : University of California Press, 1979. – 294 p.
7. Saunders, P. *Social Class and Stratification*. New York : Routledge, 1989. – 160 p.
8. Бурменко Т. Сфера услуг в современном обществе: Курс экономики: Учебник / Т.Д. Бурменко, Н.Н. Даниленко, Т.А. Туренко. – М. : Инфра-М, 1999. – 716 с.
9. Myrdal, G. *Challenge to Affluence*. New York : Random House, 1963. – 160 p.
10. Сорокин П. *Человек, цивилизация, общество*. М. : Политиздат, 1992. – 534 с.
11. Encyclopædia Britannica 2013 // Encyclopædia Britannica Inc. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/418203/norm>
12. Полтерович В. Трансплантация экономических институтов // *Экономическая наука в современной России*. 2001 г. – № 3, с. 24 – 50.

## УГОЛОВНАЯ ПРОЦЕССУАЛЬНАЯ ПОЛИТИКА УКРАИНЫ В СФЕРЕ УГОЛОВНОГО ПРОИЗВОДСТВА ПО ПРИМЕНЕНИЮ ПРИНУДИТЕЛЬНЫХ МЕР МЕДИЦИНСКОГО ХАРАКТЕРА

А. ЗАГУРСКИЙ,

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного права Юридического института Прикарпатского национального университета имени Василия Стефаника

### SUMMARY

In this paper the features of criminal procedure policy of Ukraine in the sphere of criminal proceedings on the application of compulsory medical measures are examined and also the legal nature of the criminal proceedings on the application of compulsory medical measures. The proposals regarding the improvement of the criminal procedure legislation of Ukraine are given. It is proved that the criminal procedure policy in the sphere of criminal proceedings on the application of compulsory medical measures is in the relationship with the state policy in the field of health legislation and enforcement levels. Rightly, that it is necessary at the legislative level to consolidate the list of socially dangerous acts, the commission of which the irresponsible and or partially sane persons, which would give grounds for applying for them compulsory medical treatment.

**Key words:** criminal procedural policy, criminal procedure law, criminal procedure, compulsory medical treatment.

\* \* \*

В статье исследованы особенности уголовной процессуальной политики Украины в сфере уголовного производства по применению принудительных мер медицинского характера, правовая природа уголовного производства по применению принудительных мер медицинского характера. Сформулированы предложения относительно усовершенствования уголовного процессуального законодательства Украины. Доказано, что уголовная процессуальная политика в сфере уголовного производства по применению принудительных мер медицинского характера находится в взаимосвязи от государственной политики в сфере здравоохранения на законодательном и правоприменительном уровнях. Обоснованно, что необходимо на законодательном уровне закрепить перечень общественно опасных деяний, совершение которых невменяемыми и или ограниченно вменяемыми лицами, который давал бы основания для применения относительно них принудительных мер медицинского характера.

**Ключевые слова:** уголовная процессуальная политика, уголовное процессуальное законодательство, уголовное производство, принудительные меры медицинского характера.

**Постановка проблемы.** В связи с принятием нового Уголовного процессуального кодекса Украины в уголовной процессуальной науке возникла необходимость надлежащего переосмысления большого количества процессуальных нововведений. УПК Украины содержит много "импортных" уголовных процессуальных норм, практическое применения которых часто создает определенные трудности. Это объясняется целым рядом законодательных несогласованностей, правовых пробелов, включая отсутствие научно обоснованного понятийного аппарата, а также неэффективное регулирование уголовных процессуальных отношений. Стратегической задачей уголовной процессуальной политики в сфере уголовного производства по применению принудительных мер медицинского характера является разработка и реализация концептуального, научного, доктринального, законодательного, правоприменительного уровней с целью усовершенствования уголовного процессуального законодательства.

**Актуальность темы исследования** подтверждается отсутствием на сегодняшний день фундаментальных научных исследований уголовной процессуальной политики Украины, которая является важной, составной частью государственной правовой политики в сфере борьбы с преступностью. Уголовное процессуальное законодательство следует рассматривать в качестве инструмента реализации уголовной процессуальной политики. Поэтому научной переоценке подлежат уголовные процессуальные нормы, через которые непосредственно реализуется уголовная процессуальная политика в сфере уголовного производства по применению принудительных мер медицинского характера как одно из направлений уголовной процессуальной политики Украины.

**Состояние исследования.** В современной уголовной процессуальной науке Украины вопросы уголовной процессуальной политики в сфере уголовного производства по применению принудительных мер медицинского характера еще не были предме-

том самостоятельного исследования. Тем не менее, значительный вклад в разрешение данной проблематики сделали такие ученые-процессуалисты: Ю.П. Аленин, В.Д. Басай, Р.С. Белкин, Т.В. Варфоломеева, А.И. Галаган, В.И. Гончаренко, Ю.М. Грошевой, Л.М. Карнеева, М.В. Костицкий, А.М. Ларин, Т.А. Михайлова, В.Т. Маляренко, М.М. Михеенко, В.Т. Нор, М.С. Строгович, П.С. Элькинд, С.П. Щерба.

**Целью и задачей статьи** является теоретическая разработка правовой природы уголовной процессуальной политики Украины в сфере уголовного производства по применению принудительных мер медицинского характера, исследование особенностей правоприменительной практики, а также формулирование предложений в части усовершенствования действующего уголовного процессуального законодательства Украины. Новизна работы заключается в том, сделана попытка исследовать уголовную процессуальную политику Украины в сфере уголовного производства по применению принудительных мер медицинского характера, а также эффективность ее реализации на законодательном и правоприменительном уровнях.

**Изложение основного материала.** Судебная статистика свидетельствует о том, что в 2010 г. принудительные меры медицинского характера были применены в отношении 1,1 тыс. невменяемых лиц, в 2012 г. – судами рассмотрено 30,4 тыс. уголовных производств (дел), из которых 428 дел уголовного производства, которые были переданы в местные общие суды с обвинительным актом, *с ходатайством о применении принудительных мер медицинского характера*, с ходатайством о применении принудительных мер воспитательного характера и об освобождении от уголовной ответственности; в первом полугодии 2013 г. – судами рассмотрено 330, 8 тыс. материалов уголовного производства, из которых рассмотрено 53,2 тыс. дел уголовного производства, которые переданы в местные общие суды с обвинительным актом, *с ходатайством о применении принудительных мер медицинского характера*, с ходатайством о применении принудительных мер воспитательного характера и об освобождении от уголовной ответственности [1-3]. *(курсив мой. – А.З.)*

При анализе уголовной процессуальной политики Украины в сфере уголовного производства по применению принудительных мер медицинского характера просматривается ее взаимосвязь с государственной политикой в сфере здравоохранения на законодательном и правоприменительном уровнях.

Законодательный уровень уголовной процессуальной политики Украины в сфере уголовного производства по применению принудительных мер

медицинского характера составляют следующие нормативно-правовые акты: Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН “Защита лиц с психическими заболеваниями и улучшение психиатрической помощи” от 18.02.1992 г. № 46/119; Конституция Украины от 28.06.1996 г. № 254к/96-ВР; Уголовный кодекс Украины от 05.04.2001 г. №2341-III; Уголовный процессуальный кодекс Украины от 13.04.2012 г. № 4652-VI; Законы Украины: “Основы законодательства Украины о здравоохранении” от 19.11.1992 г. № 2801-XII; “О психиатрической помощи” от 22.02.2000 г. № 1489-II; приказ Министерства здравоохранения Украины “Об утверждении нормативно-правовых документов по отдельным вопросам применения принудительных мер медицинского характера в отношении лиц, которые страдают психическими заболеваниями” от 08.10.2001 г. № 397 [4-10].

Принудительные меры медицинского характера – это система лечебных, медицинско-профилактических и медицинско-реабилитационных мероприятий в специальных лечебных заведениях, которые применяются исключительно судом в соответствии с законом в отношении лиц, которые совершили общественно опасные деяния, предусмотренные законом Украины об уголовной ответственности, в состоянии невменяемости, а также лиц, которые совершили уголовные правонарушения в состоянии вменяемости, заболели психическим заболеванием до постановления приговора [11, с. 1026].

Принудительные меры медицинского характера не являются мерами уголовного наказания, в них отсутствует элемент наказания, который характерен для таких мер. Они применяются с целью излечения лиц, которые совершили общественно опасные деяния, или улучшения состояния их здоровья; обеспечения безопасности самого больного и предупреждение совершения нового общественно опасного деяния как во время лечения, так и после него; отграничение общества от общественно опасного поведения указанных лиц; применение комплекса мер социальной реабилитации вместе с медикаментозным и другим влиянием на здоровье лиц.

Считаем, что принудительный характер этих мер состоит в том, что, во-первых, они применяются независимо от желания больного или его близких родственников, законных представителей; во-вторых, они связаны с определенными ограничениями личной свободы больного; в-третьих, эти меры назначаются, продлеваются, изменяются и прекращаются на основании определения суда.

В соответствии с действующим Уголовным кодексом Украины от 5 апреля 2001 г. № 2341-III, “субъектом преступления является физическое, *вменяемое лицо*, достигшее возраста, с которого

в соответствии с Уголовным кодексом может наступать уголовная ответственность; не подлежит уголовной ответственности лицо, которое во время совершения общественно опасного деяния находилось в состоянии невменяемости... В отношении такого лица по решению суда *могут быть применены принудительные меры медицинского характера*; не подлежит наказанию лицо, совершившее преступление в состоянии вменяемости, но до постановления приговора заболевшее психическим заболеванием, которое лишает его возможности осознавать свои действия (бездействия) и руководить ими. К такому лицу по решению суда *могут быть применены принудительные меры медицинского характера*" [6]. (курсив мой. – А.З.).

Дискуссионной остается проблема определения законодательного перечня общественно опасных деяний, совершение которых невменяемыми или ограниченно вменяемыми лицами давало бы основания для применения относительно них принудительных мер медицинского характера, а также проблема целесообразности выделения особенностей досудебного расследования в отношении лиц, подозреваемых в совершении уголовного правонарушения в состоянии ограниченной вменяемости, и эффективность их законодательного закрепления в уголовном процессуальном законодательстве Украины.

По этому поводу Б.Н. Дердюк замечает, что "если в судебном порядке будет установлено, что лицо, которое имеет психические заболевания, совершило общественно опасные деяния, то его следует считать общественно опасным и принимать решение о применении принудительных мер медицинского характера. В случае совершения лицом, которое в соответствии с заключением судебно-психиатрической экспертизы признано невменяемым, общественно опасное деяние, которое не включено в такой законодательный перечень деяний, а также установление в надлежащем порядке отсутствия общественной опасности такого лица, суд может применить передачу на попечительство родственникам или опекунам при условии обязательного врачебного наблюдения" [12, с. 9].

В соответствии с Законом Украины "О психиатрической помощи" от 22 февраля 2000 г. № 1489-П, "каждый человек считается таким, который не имеет психического заболевания, до тех пор, пока наличие такого заболевания не будет установлено на основаниях и в порядке, предусмотренными законом. Запрещается определять состояние психического здоровья лица и устанавливать диагноз психических заболеваний без психиатрического осмотра, кроме случаев проведения судебно-психиатрической экспертизы" [9].

В связи с этим, психиатрическая помощь осуществляется на основании принципов законности, гуманизма, соблюдения прав человека и гражданина, добровольности, доступности и в соответствии с современным уровнем научных знаний, необходимости и достаточности средств лечения минимальными социально-правовыми ограничениями.

Возможность применения принудительных мер медицинского характера в отношении ограниченно вменяемых лиц истекает из научного анализа следующих положений: "признание лица ограничено вменяемым учитывается судом при назначении наказания и *может быть основанием для применения принудительных мер медицинского характера* (ст. 20 УК); решения о применении принудительного лечения или принудительных мер медицинского характера в отношении *ограниченно вменяемого обвиняемого в случае их применения* (ч. 4 ст. 374 УПК); невменяемость и *ограниченная вменяемость* являются юридическими категориями и поэтому признание лица невменяемым или *ограниченно вменяемым* принадлежит исключительно к компетенции суда; *лицо, признанное ограниченно вменяемым, подлежит уголовной ответственности*, а дело в отношении такого лица необходимо направлять в суд с обвинительным заключением, в котором содержатся данные о психическом заболевании этого лица" [6-7; 13]. (курсив мой. – А.З.).

Считаем, что в ст. 540 УПК Украины необходимо определить особенности досудебного расследования в уголовном производстве относительно применения принудительных мер медицинского характера (начало уголовного производства; особенности досудебного расследования; особенности проведения следственных действий (назначение и проведение судебно-психиатрической экспертизы); окончание досудебного расследования и т.п.).

Положения ст. 506 УПК Украины необходимо привести в соответствии с положениями Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН "Защита лиц с психическими заболеваниями и улучшение психиатрической помощи" от 18 февраля 1992 г. № 46/119, в соответствии с которой, "пациент, личный представитель и адвокат должны иметь получить право присутствовать, участвовать и быть выслушанными при любом разбирательстве.

Если пациент, его личный представитель или адвокат требует, чтобы определенный человек присутствовал при разбирательстве, этот человек должен быть допущен на разбирательство, если только не установлено, что присутствие этого человека может причинить серьезный вред здоровью пациента или поставить под угрозу безопасность других. В любом решении о том, должно ли разбирательство (все или



его части) быть открытыми или закрытыми и возможно ли публичное освещение, должны быть полностью учтены собственные пожелания пациента” [4].

Уточнению подлежат положения ст. 507 УПК Украины ”Участие защитника” в части момента допуска защитника к участию в уголовном производстве по применению принудительных мер медицинского характера. Пациент должен получить право выбирать и назначать адвоката для представления пациента как такового, включая представление при обжаловании и апелляциях. Если пациент не может полностью оплатить такие услуги, то они должны быть предоставлены ему за частичную (доступную для него) плату [4].

В уголовном производстве в отношении лиц, относительно которых предполагается применение принудительных мер медицинского характера или решается вопрос об их применении, защитник допускается с момента установления факта наличия у лица психического заболевания или других сведений, которые вызывают сомнение в ее вменяемости [7].

Считаем, что в ст. 507 УПК Украины необходимо внести изменения и дополнения, которые бы определяли, что *”защитник допускается с момента вынесения постановления о назначении судебно-психиатрической экспертизы, если он раньше не участвовал в этом уголовном производстве”*. (курсив мой. – А.З.).

Из содержания этой главы непонятным остается порядок определения факта наличия у лица состояния вменяемости (невменяемости) во время совершения преступления. При этом, отдельные положения этих статей содержат алогические конструкции (например, пункт 2 части первой статьи 513, в котором одним из вопросов, которые выясняются во время принятия решения о применении принудительных мер медицинского характера, является: *совершено ли общественно опасное деяние, уголовное правонарушение лицом*) [14, с. 28].

Лицо имеет право на получение конфиденциальных сведений о состоянии психического здоровья лица и предоставлении ему психиатрической помощи. Сведения о состоянии психического здоровья этого лица и предоставлении ему психиатрической помощи может быть передано другим лицам в интересах лица, которое страдает психическим заболеванием, для проведения обследования и лечения или защиты его прав и законных интересов, для осуществления научных исследований, публикаций в научной литературе, использования в учебном процессе.

Передача таких сведений без согласия лица или без согласия ее законного представителя допускается для: 1) организации предоставления лицу, которое страдает психическим расстройством, психиатриче-

ской помощи; 2) производства досудебного расследования или судебного разбирательства по письменному запросу следователя, прокурора и суда [9].

Поэтому, с целью согласования положений Закона Украины ”О психиатрической помощи” и действующего УПК Украины (ч. 2 ст. 27), исследование заключений судебно-психиатрических должно обязательно осуществляться в открытых судебных заседаниях.

Несовершенной является редакция части третьей статьи 514 проекта (УПК) в отношении рассмотрения вопроса о продлении, изменении или прекращении применения принудительных мер медицинского характера по представлению представителя медицинского учреждения, где содержится лицо. Поскольку закон четко не определяет, кто является представителем медицинского учреждения, на практике такое представление может предоставляться кем-нибудь: и врачом, и бухгалтером и т.п. Мы считаем, что таким правом должен быть уполномочен врач-психиатр психиатрического учреждения, это будет соответствовать также статье 19 Закона Украины ”О психиатрической помощи” [15, с. 44]. (курсив мой. – А.З.).

Усовершенствования требуют положения ст. 514 УПК Украины ”Продление, изменение или прекращение применения принудительных мер медицинского характера” в контексте их согласованности с положениями ст. 95 Уголовного кодекса Украины и ст. 19 Закона Украины ”О психиатрической помощи” в части оснований такого производства. Считаем, что это объясняется тем, что в УПК Украины 1960 г. использовалось понятие *”представление главного психиатра органа здравоохранения”*, в УПК Украины 2012 г. используется понятие *”представление представителя медицинского учреждения”*, в то же время, когда в Уголовном кодексе Украины и Законе Украины ”О психиатрической помощи” используется понятие *”заявление представителя психиатрического учреждения”* (курсив мой. – А.З.).

**Выводы.** Таким образом, уголовная процессуальная политика Украины в сфере уголовного производства по применению принудительных мер медицинского характера как одно из направлений современной уголовной процессуальной политики подлежит дальнейшим научным разведкам и фундаментальным исследованиям. С целью обеспечения надлежащего законодательного уровня уголовной процессуальной политики Украины в сфере уголовного производства по применению принудительных мер медицинского характера, положения Главы 39. УПК Украины ”Уголовное производство по применению принудительных мер медицинского характера” следует привести в соответствие с положениями

как международных актов, так и отечественного законодательства.

Обеспечивая дальнейшую эффективную реализацию уголовной процессуальной политики Украины в сфере уголовного производства по применению принудительных мер медицинского характера, необходимо внести изменения и дополнения в действующий УПК Украины:

1) ст. 503 УПК Украины дополнить частью пятой, изложив ее в такой редакции: "Уголовное производство по применению принудительных мер медицинского характера осуществляется в порядке, предусмотренном этим Кодексом, учитывая положения этой Главы".

2) часть вторую ст. 504 УПК Украины изложить в такой редакции: "В следственных действиях может принимать участие защитник, законный представитель, лицо, в отношении которого предусматривается применение принудительных мер медицинского характера, за исключением случаев, когда ее психическое состояние препятствует этому";

3) Статью 511 УПК Украины дополнить частью четвертой, изложив ее в такой редакции: "К моменту передачи в суд ходатайства о применении принудительных мер медицинского характера, открытие материалов досудебного производства осуществляется в порядке, предусмотренном этим Кодексом".

### Список использованной литературы

1. Аналіз стану здійснення правосуддя місцевими загальними судами, апеляційними судами областей, міст Києва і Севастополя, Апеляційним судом Автономної Республіки Крим у 2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.sc.gov.ua/ua/sudova\\_statistika.html](http://www.sc.gov.ua/ua/sudova_statistika.html). - Назва з екрану.

2. Аналіз даних судової статистики щодо розгляду справ і матеріалів місцевими загальними судами, апеляційними судами областей, міст Києва і Севастополя, Апеляційним судом Автономної Республіки Крим у 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.sc.gov.ua/ua/sudova\\_statistika.html](http://www.sc.gov.ua/ua/sudova_statistika.html). - Назва з екрану.

3. Інформація про розгляд справ і матеріалів місцевими загальними судами, апеляційними судами з розгляду цивільних, кримінальних справ та справ про адміністративні правопорушення та Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ у I півріччі 2013 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.sc.gov.ua/ua/sudova\\_statistika.html](http://www.sc.gov.ua/ua/sudova_statistika.html). - Назва з екрану.

4. Захист осіб з психічними захворюваннями і покращення психіатричної допомоги: резолюція Генеральної Асамблеї ООН від 18 лют. 1992 р. № 46/119 [Електрон-

ний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_905](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_905). - Назва з екрану.

5. Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР [Електронний ресурс] / Режим доступу: <http://www.zakon1.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96%D0%B2%D1%80>. - Назва з екрану.

6. Кримінальний кодекс України від 5 квіт. 2001 р. № 2341-III [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>. – Назва з екрану.

7. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651%D0%B0-17>. – Назва з екрану.

8. Основи законодавства про охорону здоров'я: закон України від 19 лист. 1992 р. № 2801-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2801-12>. - Назва з екрану.

9. Про психіатричну допомогу: закон України від 22 лют. 2000 р. № 1489-III [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1489-14>. - Назва з екрану.

10. Про затвердження нормативно-правових документів з окремих питань щодо застосування примусових заходів медичного характеру до осіб, які страждають на психічні розлади: наказ Міністерства охорони здоров'я України від 8 жовт. 2001 № 397 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0215-02>. - Назва з екрану.

11. Кримінальний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар / за загальною редакцією проф. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.С. Шумила. – К.: Юстініан, 2012. – 1224 с.

12. Дердюк Б.М. Проведення щодо неосудних і обмежено осудних осіб в судах першої інстанції: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 "Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність" / Богдан Миколайович Дердюк. – Одеса, 2012. – 20 с.

13. Про практику застосування судами примусових заходів медичного характеру та примусового лікування: постанова Пленуму Верховного Суду України від 3 черв. 2005 р. № 7 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-05>. - Назва з екрану.

14. Висновок Головного науково-експертного управління на проект Кримінального процесуального кодексу України (реєстраційний № 9700 від 13 січня 2012 р.) від 2 лют. 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу. – [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=42312](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=42312). – Назва з екрану.

15. Зауваження Головного юридичного управління до проекту Кримінального процесуального кодексу України (реєстраційний № 9700 (друге читання)) від 22 бер. 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу. – [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=42312](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=42312). – Назва з екрану.

## УГОЛОВНЫЙ ПРОСТУПОК: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Л. ДЕМИДОВА,

кандидат юридических наук, доцент,  
доцент кафедры уголовного права № 1 Национального университета  
«Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»

### SUMMARY

The theoretical and legislative problems of determining the place of criminal misconduct in the Ukrainian legal system are considered in the article. Special attention is given to foreign experience and national traditions, as well as the study of the positions of researchers in establishing the essence of the criminal misconduct and its place in the system of offenses. The attention is focused on the mandatory compliance with the Constitution of Ukraine with the introduction of new types of offenses. The ways of introducing a criminal wrongdoing in the criminal law, the relevant provisions of the Basic Law of the State, including a minor offense with a minor degree of public danger are proposed.

**Key words:** criminal law, criminal misconduct, crime, offense, the criminal legislation.

\*\*\*

Статья посвящена рассмотрению теоретических и законодательных проблем определения места уголовного проступка в украинской правовой системе. Особое внимание уделяется зарубежному опыту и национальным традициям, а также изучению позиций исследователей в установлении сущности уголовного проступка и его места в системе правонарушений. Акцентируется внимание на обязательности соблюдения Конституции Украины при введении новых видов правонарушений. Предложены пути внедрения уголовного проступка в уголовное законодательство, соответствующие положениям Основного закона государства, в том числе, такие как преступления небольшой тяжести с незначительной степенью общественной опасности.

**Ключевые слова:** уголовный закон, уголовный проступок, преступление, правонарушение, уголовное законодательство.

**Постановка проблемы.** Общество и специалистов в области уголовного права волнует вопрос о путях реализации новелл, провозглашенных Уголовным процессуальным кодексом Украины (далее – УПК или УПК Украины), который принят Верховной Радой Украины 13 апреля 2012 года, где вводится новое понятие «уголовное правонарушение», охватывающее своим содержанием уголовный проступок и преступление. Кроме того, в нормах Кодекса указывается, что законодательство Украины об уголовной ответственности составляют Уголовный кодекс Украины и Закон Украины об уголовных проступках. Законодательные решения обозначили новый путь развития уголовного законодательства и повлекли за собой оживленную дискуссию.

**Актуальность темы исследования.** Тема данного исследования является актуальной потому, что позволяет проанализировать накопленные знания по проблематике уголовного проступка, а также предложить авторское видение возможных путей реализации процессуально-правовых новелл, касающихся дальнейшего развития уголовного законодательства.

**Состояние исследования.** Научные споры об уголовном проступке и его месте в правовой системе продолжают в течение многих десятилетий. Высказывания по различным аспектам уголовного проступка содержатся в научных работах советского периода [1, с. 77-78; 3, с. 92], но к этому вопросу снова и снова возвращаются ученые, освещающие старые и новые проблемы, связанные с таким правовым явлением и понятием [11, с. 12; 16, с. 190-194; 7, с. 67-75; 2].

**Цель статьи.** Статья посвящена исследованию понятия «уголовный проступок» и его взаимосвязи с понятием «преступление», а также определению места уголовного проступка в системе правонарушений.

**Основные методы исследования.** При исследовании теоретических и законодательных проблем внедрения уголовного проступка в украинское уголовное законодательство используются известные научные методы, в том числе, догматический, диалектический, исторический, а также системно-структурного, сравнительно-правового анализа и др.

**Изложение основных положений исследования.** Анализ позиций авторов показывает, что в доктрине уголовного права отсутствует общепризнанный подход к разрешению проблемы уголовного проступка и исследователями высказываются противоположные мнения: одни выступают «против» выделения уголовных проступков в уголовном законодательстве [5, с. 69-74], а другие – «за» [9, с. 3, 114]. Причем последние по-разному понимают место такого понятия в уголовном праве: 1) авторы подчеркивают особую природу уголовного проступка и выступают с предложением об их исключении из круга преступлений, учитывая, что они являются менее общественно опасными, чем преступления [8, с. 99]; 2) позиция промежуточного решения проблемы уголовного проступка с пониманием последнего как преступного деяния и такого, которое как бы полупреступно, близкое к антисоциальным проступкам [6, с. 95]; 3) определение уголовного проступка с более широким содержанием – как субстрат декриминализованных (трансформированных) преступлений небольшой тяжести и административных (не управленческих) правонарушений [11, с. 12]; 4) обоснование необходимости введения такого института уголовного права с определением социальной природы уголовного проступка как преступления [3, с. 114].

Основным аргументом сторонников введения нового института уголовного проступка в уголовное право является опыт других стран. Действительно, Уголовные кодексы (далее – УК) многих государств предусматривают уголовную ответственность не только за преступления, но и проступки, причем критерии разграничения преступлений и проступков различны. Например, в УК Германии [13, с. 125-126] и УК Швейцарии [15, с. 75] это осуществляется с учетом вида и срока наказания, а в УК Франции – в первую очередь, по форме вины.

К преступным деяниям относится проступок и в УК Франции [14, с. 77-79], где в ст. 123-3 (в редакции закона № 96-393 от 13 мая 1996 г.) указывается, что преступление или проступок не имеет места в случае отсутствия умысла на их совершение.

В зарубежном уголовном законодательстве определяющим критерием разделения преступных деяний на «преступление» и «проступок» избрана общественная опасность [9, с. 13].

Сторонники введения уголовного проступка, как уголовно-правового института, также указывают на его исторические корни [10]. Так, в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных (1845 г.), содержится два термина уголовно-наказуемого деяния – преступление и проступок: а) в ст. 1 указывается, что *«всякое нарушение закона, через которое*

*посягается на неприкосновенность прав власти верховной и установленной ею власти, на права или безопасность общества или частных лиц – является преступлением»*; б) в ст. 2 предусматривается, что *«нарушение правил, предусмотренных для охраны определения законом прав и общественной или же личной безопасности или пользы, называется проступком»*.

Также в Своде законов 1885 г., например, раздел 1 части первой Свода называется «О преступлениях, проступках и наказания вообще», а его глава первая – «О преступлениях и проступках вообще и о степени вины», что нашло отображение и в тексте Свода. Кроме того, из ст. 3 Уголовного уложения 1903 г. следует, что критерием отграничения преступления и проступка является вид наказания. Для проступков наказание назначается в виде ареста или денежной пени [12, с. 5].

Приведенное подтверждает, что в дореволюционном уголовном законодательстве, применяемом до начала XX века, место проступка определялось рядом с преступлением, а различная степень общественной опасности отображалась в предусмотренном законодателем наказании [2, с. 316].

Как указывают исследователи, в советский период развития уголовного законодательства понятие уголовного проступка использовалось в ст. 9 Основ уголовного законодательства СССР и союзных республик как равнозначное преступлениям небольшой тяжести, то есть трактовалась как категория преступления со всеми негативными последствиями как для преступления. Хотя 8 февраля 1977 г. была попытка законодательно закрепить уголовные проступки – Указом Президиума Верховного Совета СССР «О внесении изменений и дополнений в уголовное законодательство Союза ССР» была установлена возможность применения мер административной ответственности за преступления, не представляющие большой общественной опасности [9, с. 47-48].

Из приведенного следует, что институт уголовного проступка не является новым для уголовного законодательства.

Учитывая результаты многолетних дискуссий, а также то, что законодатель уже признает уголовный проступок как вид уголовного преступления, приходим к следующему выводу, который, на наш взгляд, может способствовать решению проблемы избрания места уголовного проступка в правовой системе: а) необходимо воспринимать введение в уголовном праве уголовного проступка как юридический факт, который состоялся; б) проблему уголовного проступка следует рассматривать одновременно с главными вопросами институтов преступления, на-

казания, стадий совершения преступления, соучастия, множественности и др.; в) определяющим при этом являются положения Конституции Украины; г) с учетом предложений ученых (В. Я. Тация, В. И. Борисова и др.) о необходимости предварительного обсуждения и принятия Концепции внедрения уголовного проступка в законодательство Украины.

В Основном законе Украины используются термины «правонарушение» (ч. 2 ст. 58, ч. 1 ст. 61, п. 22 ч. 1 ст. 92), «преступление» (ч. 3 ст. 29, ч. 2 ст. 30, ст. 31, ст. 34, ст. 62, ч. 3 ст. 76, п. 22 ч. 1 ст. 92 и др.) или «преступное» (ст. 60), но термин «уголовное правонарушение» в нем не встречается. Напротив, в п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституции Украины провозглашено, что исключительно законами Украины определяются деяния, являющиеся преступлениями, административными или дисциплинарными правонарушениями, и ответственность за них. Таким образом, разновидностями правонарушений признаются преступления, административные правонарушения и дисциплинарные правонарушения [4], а введение нового вида правонарушения – уголовного, который имеет более широкий смысл, чем преступление, не соответствует конституционным положениям. Его место не может быть как бы промежуточным между преступлениями и административными правонарушениями, так как в таком случае образуется новый, не признанный Конституцией Украины, вид правонарушения.

Возможен иной путь – внесение изменений в статьи 58, 60–62, п. 22 ч. 1 ст. 92 и др. Конституции Украины с введением нового вида правонарушения – уголовного, и его самостоятельных разновидностей – преступления и уголовного проступка.

Относительно уголовного проступка как разновидности уголовного правонарушения, то единственный конституционный путь введения его в уголовное законодательство – это выделение преступлений небольшой тяжести, которые целесообразно трансформировать в уголовные проступки, воплощая принципы гуманизации уголовной ответственности и экономии уголовно-правовой репрессии.

Уголовные правонарушения – это преступления, в том числе уголовные проступки как преступления небольшой тяжести, наказание за которые предусмотрены законодателем более мягкое, чем лишением свободы. В таком случае изменения в УК Украины следует внести законом об уголовных проступках без принятия отдельного кодифицированного акта, то есть с новым содержанием законодательства Украины об уголовной ответственности в части уголовных проступков. При этом целесообразно внести дополнения и ч. 1 ст. 3 действующего УПК Украины относительно определения содержания термина

«уголовное правонарушение» с уточнением, что это преступления, к которым относятся и уголовные проступки.

К основным критериям таких изменений в Концепцию о внедрении уголовного проступка в украинское законодательство или как ее точнее следует назвать – Концепцию о гуманизации уголовной ответственности за отдельные преступления небольшой тяжести и внедрении уголовного проступка в законодательство Украины об уголовной ответственности (вариант такой Концепции разработан автором этой статьи и направлен в рабочую группу, которой поручено разработать соответствующие проекты), следует отнести следующие: 1) характер и степень общественной опасности деяния; 2) вид и размер последствий, причиняемых совершенным деянием; 3) практика применения законодательства Украины об уголовной ответственности; 4) соблюдение конституционных принципов обеспечения прав и свобод человека и гражданина; 5) международный опыт борьбы с похожими по признакам преступными проявлениями в виде уголовных проступков. К уголовным проступкам могут быть отнесены отдельные деяния, которые действующим УК Украины признаются преступлениями небольшой тяжести и в соответствии с политикой гуманизации уголовного законодательства могут быть признаны такими, что не обладают значительной степенью общественной опасности, и наказание за их совершение может быть не связано с лишением свободы или штрафом в размере более тысячи необлагаемых налогом минимумов доходов граждан (далее – нмдг) как основным наказанием. При этом, в действующем законодательстве (Налоговом кодексе Украины) определено, что нмдг составляет 50% прожиточного минимума для трудоспособного лица, установленного на 1 января налогового года, что соответствует размеру налоговой социальной льготы.

Выделение уголовного проступка как разновидности преступления небольшой тяжести предлагается осуществить двумя путями: 1) осуществить анализ преступлений небольшой тяжести, которые нуждаются в уточнении степени их тяжести, а также наказаний за их совершение с целью смягчения 2) проанализировать другие преступления, основные (простые) составы которых и наказание (санкции) является «перегруженными». Примером «перегрузки» являются юридическая конструкция нарушения авторского права и смежных прав (ч. 1 ст. 176 УК), нарушения права на изобретение ... (ч. 1 ст. 177 УК), кражи (ч. 1 ст. 185 УК), присвоения, растраты (части 1, 2 ст. 191 УК), умышленного уничтожения или повреждения имущества (ст. 194

УК), неосторожного уничтожения или повреждения имущества (ст. 196 УК) и др.

Если учитывать, что уголовный проступок – это преступление небольшой тяжести, степень общественной опасности которого характеризуется причинением не менее, чем существенного ущерба или созданием угрозы такого причинения, то такой ущерб не может быть значительным, а находится в пределах «существенный – незначительный». Принципиальным вопросом остается адекватное отражение характера и степени общественной опасности деяния как уголовного проступка в видах и пределах (размере) наказания. Наряду с одним из основных критериев отграничения уголовного проступка среди преступлений небольшой тяжести (несвязанность с лишением свободы), другим критерием следует назвать такой вид наказания, как штраф в пределах от 30 до 1000 ннмдг.

Вторым видом преступления небольшой тяжести целесообразно признать преступление, за которое предусмотрено наказание в виде штрафа, размер которого более 1000 ннмдг, но не превышает 3000 ннмдг или лишение свободы на срок до 2-х лет.

К уголовным проступкам следует отнести: 1) хищение (кража, мошенничество, присвоение, растрата ...) без превышения суммы причиненного имущественного ущерба в один ннмд; 2) (а) преступления против интеллектуальной собственности (в действующем УК предусмотрены в статьях 176, 177, 203<sup>1</sup>, 229), а также в сфере хозяйственной деятельности (статьи 231, 232, 232<sup>2</sup> УК), (б) компьютерные преступления (статьи 361-363<sup>1</sup> действующего УК) – с причинением имущественного ущерба в сумме до 50 ннмдг, 3) угроза уничтожения имущества (ст. 195 УК) и др.

Важным вопросом остается соотношение уголовного проступка и обстоятельств, отягчающих уголовную ответственность. Например, учитывая повышенную степень общественной опасности совершения преступления при соучастии, следует признать, что уголовный проступок не может быть совершен при согласованности действий нескольких субъектов преступления. Совершение преступления группой лиц по предварительному или без предварительного сговора, тем более организованной группой или преступной организацией, необходимо признавать квалифицирующим признаком преступления с отражением в санкции повышенной степени общественной опасности такого деяния.

При множественности преступлений: если лицо совершило несколько деяний, одно или несколько из которых признаются законодателем уголовным проступком, то следует учитывать повышенную степень опасности содеянного (в научно обоснованных

случаях повторность целесообразно зафиксировать как квалифицирующий признак преступления, что позволит точно учитывать повышенную общественную опасность совершенного при таких обстоятельствах; при отсутствии такого квалифицирующего признака, например, при повторности угрозы уничтожения имущества, учитывать это обстоятельство как отягчающее наказание; при совокупности или рецидиве преступлений, если одно из них предусмотрено в УК как уголовный проступок, следует применять правила, предусмотренные в статьях 33, 34 УК Украины). Наличие обстоятельств, отягчающих наказание, должно исключать возможность применения гуманной и упрощенной процедуры привлечения лица к уголовной ответственности и назначать ему наказания как за уголовный проступок без таких негативных последствий как судимость.

Относительно судимости, то не все исследователи поддерживают позицию, что уголовный проступок не должен быть связан с судимостью. Например, А. В. Епифанова отмечает, что уголовный проступок – это категория преступления, отличная от административных правонарушений, а преступления влекут судимости, поэтому уголовный проступок, как категория преступления, обуславливает наступление такого последствия для лица, его совершившего [2, с. 316].

Представляется, что гуманизация уголовной ответственности за уголовный проступок в части нераспространения судимости за их совершение должна коснуться преступных деяний, наказаниями за которые являются штраф до 1 тысячи ннмдг, общественные работы, исправительные работы, арест, ограничение свободы.

Кроме того, лицо должно признаваться судимым, если оно совершило преступное деяние, предусмотренное как уголовный проступок при соучастии, повторно или в совокупности с другими преступлениями или при наличии других отягчающих обстоятельств, предусмотренных в ст. 67 УК.

**Выводы.** Таким образом, проведенное исследование проблематики введения уголовного проступка в украинское уголовное законодательство позволяет сформулировать следующее:

1) новеллы нового УПК Украины в части введения в национальное законодательство понятий «уголовное правонарушение» и «уголовный проступок» не могут противоречить положениям Конституции Украины, и их внедрение должно осуществляться на основе соответствующей концепции, утвержденной на государственном уровне, на чем справедливо настаивают ведущие специалисты в области уголовного права;

2) с целью гуманизации уголовной ответственности лиц, совершивших преступления небольшой тя-

жести, целесообразно место уголовного проступка определить среди административных (не управленческих) правонарушений, называемых исследователями антиобщественными правонарушениями. При таком подходе необходимо принятие изменений в Конституцию Украины и УПК Украины;

3) без внесения изменений в Основной закон нашего государства введение уголовного проступка в отечественное уголовное законодательство на этом этапе его развития возможно путем признания таковыми преступления небольшой тяжести, степень общественной опасности которых находится в диапазоне «существенная – незначительная» и, определяемое законодателем наказание, за совершение которого положено более мягкое наказание, чем лишение свободы либо штраф в размере до 1000 ннмдг. В таком случае, подлежит изменению редакция ч. 2 ст. 12 УК Украины с введением дефиниций: (а) уголовного проступка как разновидности преступления небольшой тяжести, степень общественной опасности которого является незначительной и (б) преступления небольшой тяжести, степень общественной опасности которого выше, чем незначительная;

4) концептуальным также является такой подход: для обеспечения соблюдения принципа справедливости в уголовном праве не может быть квалифицировано содеянного как уголовный проступок, если общественно опасное деяние, предусмотренное в КК, совершается повторно или в совокупности с иными преступлениями, а также при соучастии, либо при наличии какого-либо из иных обстоятельств, отягчающих наказание. В таких случаях исключается применение упрощенного порядка, предусмотренного для уголовных проступков, так как повышается степень общественной опасности содеянного, а потому должны наступать негативные последствия для виновного в виде судимости;

5) при внедрении уголовного проступка в уголовное законодательство Украины надлежит предусмотреть признаки состава такого вида преступления в частях 1 отдельных статей Особенной части УК, например, кражи (ст. 185 УК, мошенничества (ст. 190 УК), присвоения и растраты (ст. 192 УК) и др.

### Список использованной литературы

1. Вопросы общего учения о наказании в период развернутого строительства коммунизма : тез. докл. на науч. конф. // Советское государство и право в период развернутого строительства коммунизма.– Л. : Изд-во Ленинград. ун-та, 1961. – С. 77-78.

2. Епифанова Е. В. Преступление как правовая категория в науке и законодательстве России: история и особенности современного состояния : монография

/ под науч. ред. В. В. Момотова. – М.: Юрлинформ, 2013. – 400 с.

3. Загородников Н. И. Совершенствование советского уголовного законодательства об охране общественного порядка / Н. И. Загородников // Труды Москов. высш. школы милиции МВО СССР, 1978. – Вып. 3. – С. 89-98;

4. Конституція України, прийнята 28. 06. 1996 // ВВР. – 1996. - № 30. – ст. 141; зі змінами, внесеними згідно із Законом № 2952 від 01.02.2011 // ВВР. – 2011. - № 10. – ст. 68.

5. Кривоченко Л. М. Класифікація злочинів за ступенем тяжкості у Кримінальному кодексі України: монографія / Л. М. Кривоченко. – К. : Юрінком Інтер, 2010 - 120 с.

6. Кузнецова Н. Ф. Преступление и преступность / Н. Ф. Кузнецова. – М. : Изд-во Моск. ун-та, 1969. – 232 с.

7. Кузнецова Н.Ф. Значение общественной опасности деяний / Н. Ф. Кузнецова // Государство и право. – 2010.- № 6. – С. 67-75.

8. Курлянский В. И. Уголовная ответственность и меры общественного воздействия / В. И. Курлянский. – М. : Юрид. лит-ра, 1965. – 142 с.

9. Рогова Е. В. Уголовный проступок в системе дифференциации уголовной ответственности / Е. В. Рогова. – Иркутск, 2011. – 117 с.

10. Стрельцов С.Л. Проблеми класифікації суспільно небезпечних діянь / Проблеми впровадження інституту кримінального проступку» (на основі проекту Закону «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо введення інституту кримінальних проступків» № 10136 від 03.03.2012 р. : матер. Всеукраїнської Інтернет-конференції, 10 липня 2012 р., м. Харків / [Електронний ресурс] . – Режим доступу : [http : www/ivps.com.ua](http://www/ivps.com.ua).

11. Тацій В. Я. Актуальні проблеми сучасного розвитку кримінального права України / Тацій В. Я., Борисов В. І., Тютюгін В. І. // Право України. – 2010. – № 9. – С. 4-15.

12. Уголовное уложение, 22 марта 1903 г. / изд. Н. С. Таганцева. – СПб. : Гос. тип., 1904. – 1124 с.

13. Уголовный кодекс Федеративной Республики Германии / науч. ред. Д. А. Шестакова ; пер. с нем. Н. С. Рачковой. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. – 524 с.

14. Уголовный кодекс Франции / науч. ред. Л. В. Головки, Н. Е. Крылова : пер. с фр. Н. Е. Крыловой. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2002. – 620 с.

15. Уголовный кодекс Швейцарии / науч. ред. и пер. с нем. А. В. Серебренниковой. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2002. – 366 с.

16. Фріс П. Л. Деякі зауваження щодо концепції державної політики у сфері кримінальної юстиції та забезпечення правопорядку в Україні / П. Л. Фріс // Актуальні проблеми удосконалення кримінального законодавства України : тези доповідей міжвід. наук.-практ. конференції (Київ, 25 травня 2007 р.) / ред. кол.: Є. М. Моїсєєв, О. М. Джужа, О. М. Костенко та ін. – К. : КНУВС, 2007. – С. 190-194.

## ПРЕДЕЛЫ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ДОКАЗЫВАНИЯ

**В. ВАПНЯРЧУК,**

кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного процесса Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»

### SUMMARY

The article analyzes the concept of “the limits of Criminal Procedure, Evidence”, showing its relationship to the subject of the criminal procedure of proof. Systematized and analyzed a variety of scientific approaches to understanding the limits of proof. It is concluded that for a proper understanding of the concept of “proof beyond” it is necessary to distinguish between two aspects: the first - the essence of this concept, which is understood certain limits evidentiary activity and the second - both quantitative and qualitative criteria for determining when to achieve these limits. The question of the ratio of the limits of proof on the stages of pre-trial investigation and trial.

**Key words:** criminal procedure proof, the boundaries of the criminal procedural evidence, the subject of criminal procedure of proof.

\*\*\*

В статье дается общий анализ понятия «пределы уголовно-процессуального доказывания», показывается его соотношение с предметом уголовно-процессуального доказывания. Систематизированы и проанализированы различные научные подходы к пониманию пределов доказывания. Сделан вывод, что для надлежащего понимания понятия «пределы доказывания» необходимо различать два его аспекта: первый – сущность этого понятия, под которым понимаются определенные границы доказательственной деятельности, и второй – количественные и качественные критерии определения момента достижения этих границ. Исследован вопрос о соотношении пределов доказывания на стадиях досудебного расследования и судебного разбирательства.

**Ключевые слова:** уголовно-процессуальное доказывание, пределы уголовно-процессуального доказывания, предмет уголовно-процессуального доказывания.

**Актуальность статьи.** Развитие науки отечественного уголовного процесса вызывает необходимость исследования и пересмотра традиционных научных взглядов относительно отдельных особенностей уголовно-процессуального доказывания. Особую актуальность решение этого вопроса получило в связи с вступлением в силу нового УПК Украины, где более детально регламентировано уголовно-процессуальное доказывание. Исследование же пределов доказательственной деятельности является определяющим для надлежащего его осуществления. Именно этими обстоятельствами объясняется необходимость написания этой статьи, ее логика и содержание.

**Формулировка целей статьи (постановка задачи).** Целью работы является выяснение сущности понятия «пределы уголовно-процессуального доказывания».

**Изложение основного материала.** Понятие «пределы доказывания», как одно из наиболее дискуссионных в теории доказательств, обладает большой научной ценностью и практической значимостью. В процессуальной литературе достаточно длительное время существовало мнение о том, что предмет

и пределы доказывания это тождественные понятия [См.: 1, с. 4; 2, с. 361], что, в свою очередь, сдерживало научную разработку последнего. Однако, на сегодняшний день точка зрения о том, что хотя эти понятия близки, взаимосвязаны, но не равнозначны, сомнений не вызывает.

В научной литературе встречаются различные трактовки и интерпретации понятия границ доказывания. Так, в частности :

1. Одни авторы понимают под ними совокупность доказательств (или определенный объем доказательного материала), которые обеспечивают установление обстоятельств, имеющих значение для дела, принятие законных, обоснованных и справедливых решений (стоит отметить, что такая точка зрения с некоторыми вариациями является пожалуй наиболее распространенной) [См.: 3, с. 187; 4, с. 69; 5, с. 106; 6, с. 38, 39; 7, с. 115, 8, с. 193].

2. Другие ученые считают, что под пределами доказывания необходимо понимать не только объем доказательств, но и необходимые для их получения следственные и судебные действия, которые обеспечивают полное, всестороннее и объективное установление всех компонентов предмета доказывания по



каждому конкретному уголовному делу [9, с. 93, 94].

3. Высказывается мнение и о том, что понятие пределов доказывания включает в себя обстоятельства, входящие в предмет доказывания и доказательные (промежуточные) факты. Предмет доказывания отражает категорию общего для всех дел данной категории, пределы же доказывания являются отражением категории единичного для каждого конкретного дела [10, с. 15]. Почти аналогичную мысль высказывает и В. С. Зеленецкий, который считает, что ни в коем случае нельзя говорить о совокупности доказательств, определяя понятие «пределы доказывания», поскольку доказывать следует не совокупность доказательств, а обстоятельства, входящие в предмет доказывания [См.: 11 с. 34–35]. Хотя, ради справедливости, необходимо отметить, что позже он изменил свою позицию по этому вопросу [См.: 12 с. 68–71].

Относительно первых двух подходов мы выскажем свое мнение позже. Однако по поводу третьего, считаем, что здесь имеет место смешение понятий «предмет» и «пределы доказывания». Действительно конкретизировать обстоятельства, подлежащие доказыванию, необходимо, однако здесь, на наш взгляд, нужно говорить о градации предмета доказывания на определенные уровни, а не о пределах доказывания.

4. Некоторые ученые видят пределы доказывания в тех ограничениях, которые закон устанавливает для собирания, проверки и оценки доказательств в отдельных стадиях процесса (например, при назначении дела к судебному разбирательству (по новому УПК Украины – в подготовительном производстве )) [См.: 13, с. 90].

По поводу этой позиции хотелось бы заметить, что здесь речь должна идти не о пределах, а об особенностях режима доказывания в различных стадиях или производствах, которые определяются познавательными и обосновывающими задачами, решаемыми в них. Тем более, что в различных уголовных производствах (уголовных делах) на одной стадии или в одном производстве пределы доказывания могут быть различными и зависеть от конкретных обстоятельств конкретных уголовных правонарушений.

5. Почти все авторы (в том числе и те, которые являются сторонниками указанных выше подходов) раскрывают сущность понятия «пределы доказывания» прибегая и к определенным сравнительным иллюстрациям. Так, высказывается мнение о том, что: (а) если предмет доказывания является его целью, то пределы доказывания – средством ее достижения [См.: 14, с. 55]; (б) если понятие предмета доказыва-

ния отражает, что должно быть выяснено, установлено в уголовном производстве, то понятие «пределы доказывания» отражает объем и глубину исследования всех существенных обстоятельств в производстве [См.: 8, с. 193]; (в) если предмет доказывания рассматривать как рамки исследования обстоятельств дела по горизонтали, то пределы доказывания, которые определяют глубину их исследования, можно условно определить как рамки по вертикали [См.: 15, с. 104]; (г) соотношение предмета и пределов доказывания можно представить в виде системы координат, на одной оси которой находится предмет, а на другой – пределы доказывания [См.: 16, с. 262].

6. Есть и взгляды, что понятие «пределы доказывания» является многогранным (многоаспектным), что, в свою очередь, обуславливает сочетание различных подходов. По мнению сторонников этой позиции, «пределами доказывания» являются такие пределы доказательственной процессуальной деятельности, которые констатируют: (1) полноту проверяемых версий; (2) глубину исследования подлежащих доказыванию фактов (обстоятельств); (3) объем доказательств и их источников, обязательных для признания наличия или отсутствия этих фактов; (4) достаточность обоснования выводов по делу [См.: 17, с. 138; 18, с. 140].

Непроводя подробный критический анализ (положительный или отрицательный) указанных выше подходов (по отдельным мы уже высказали свое мнение), считаем, что для правильного понимания понятия «пределы доказывания» необходимо различать два его аспекта: первый – сущность этого понятия и второй – критерии определения момента достижения необходимых пределов доказывания.

Относительно первого аспекта, то, на наш взгляд, сущность этого понятия заключается в том, что пределы доказывания – это границы доказательственной (как познавательной, так и обосновывающей) деятельности, обеспечивающие определенный объем знаний (вероятностный или достоверный) субъекта доказывания об обстоятельствах уголовного производства, подлежащих доказыванию, и который является достаточным для окончания уголовно-процессуального доказывания в целом, или для принятия определенного процессуального решения или осуществления определенного процессуального действия в частности.

Что же касается выделенного нами второго аспекта пределов доказывания, то для выяснения момента достижения указанных выше границ доказатель-

ственной деятельности могут использоваться различные критерии. По нашему мнению, ими могут быть отдельные указанные выше подходы ученых к пониманию границ доказывания. Это, в частности:

– определенная совокупность доказательств, которая должна быть достаточной для вывода об исследовании всех обстоятельств предмета доказывания – здесь критерием достижения пределов доказывания является количественный показатель доказательственной деятельности. Понятно, что этот показатель не имеет и не может иметь какого-либо цифрового значения, он определяется путем применения указанного выше термина «совокупность доказательств». А это значит, что ни одно отдельное доказательство (например, показания о признании лицом своей вины) не является достаточным для вывода о доказанности того или иного обстоятельства; достаточной может быть только их совокупность;

– исследование всех возможных версий; проведение необходимых следственных и судебных действий – здесь опять можно говорить об определенном количественном характере доказывания, однако акцент делается не на полученных результатах (доказательствах), а на путях, ведущих к ним;

– степень точности знаний об обстоятельствах, подлежащих доказыванию, их достоверность или вероятность – здесь в основу определения момента достижения пределов доказывания положен качественный показатель. Такие знания не должны противоречить между собой, должны находиться во взаимосвязи и давать возможность для формулирования однозначных выводов. Пока имеются противоречивые знания о тех или иных обстоятельствах, вывод об их доказанности сомнителен, что означает недостижение необходимых пределов доказывания и необходимость продолжения его осуществления.

Стоит отметить, что «пределы доказывания» являются понятием довольно субъективным, ведь их определение зависит от определенного субъекта доказывания, обстоятельств, которые им установлены по конкретному уголовному производству, на том или ином его этапе. Однако, надлежащее понимание сущности понятия «пределы доказывания» и момента их достижения является важным для характеристики доказательственной деятельности субъектов доказывания.

Практическое значение исследования пределов доказывания объясняется необходимостью понимания его субъектами важности их правильного определения. Ведь бесосновательное сужение пределов

доказывания в уголовном производстве приводит к тому, что некоторые обстоятельства, входящие в предмет доказывания, будут недостаточно исследованы из-за пробелов в доказательном материале или их нельзя будет признать установленными вследствие недостаточной степени точности полученных знаний. Бесосновательное же расширение пределов доказывания ведет к неоправданной избыточности доказательственной информации, т.е. собиранию доказательств, не касающихся уголовного производства или которые устанавливают обстоятельства, уже надежно доказанные.

Еще один вопрос, касающийся понятия пределов доказывания и требующий исследования, это соотношение пределов доказывания на стадиях досудебного расследования и судебного разбирательства. В частности, А. М. Ларин считает, что расширение пределов доказывания, достигнутое при расследовании – закономерное, необходимое условие судебного разбирательства [19, с. 9, 10]. Однако большинство ученых отстаивают позицию о том, что поскольку предмет доказывания и требование закона о всестороннем, полном и объективном исследовании всех обстоятельств уголовного производства (ч.2 ст.9 УПК) одинаковы для обоих указанных стадий, то и пределы доказывания являются одинаковыми как на досудебном расследовании, так и во время судебного разбирательства. Но в связи с поисковым, исследовательским характером процессуальной деятельности на этих стадиях, а также в связи с неправильным или неточным определением границ доказывания эти пределы в них фактически могут и не совпадать. Они могут быть более широкими на досудебном следствии, чем в суде, и наоборот [См.: 5, с. 106; 4, с. 70; 3, с. 194; 7, с. 118].

На наш взгляд, именно последний подход к решению этого вопроса является правильным. Несмотря на то, что во время судебного разбирательства, которое осуществляется в соответствии с такими общими принципами уголовного производства как состязательность (ст. 22 УПК), непосредственность исследования доказательств (ст. 23 УПК), гласность и открытость (ст. 27 УПК) и при участии всех заинтересованных в результатах уголовного производства лиц, действительно можно говорить о более высоком уровне доказывания (установлении достоверности обстоятельств, подлежащих доказыванию, достижении уверенности в доброкачественности доказательств), считаем, что это не дает оснований для вывода о более широких пределах

доказывания на этой стадии. Ведь они могут и не меняться. Неизменяемость пределов доказывания в ходе судебного разбирательства свидетельствует о качественно проведенном досудебном расследовании, если же такое изменение будет иметь место – это может свидетельствовать об обратном.

**Выводы, сделанные по результатам исследования.** На основании изложенного, считаем, что пределы уголовно-процессуального доказывания – это границы доказательной (как познавательной, так и обосновывающей) деятельности, обеспечивающие определенный объем знаний (вероятностный или достоверный) субъекта доказывания об обстоятельствах уголовного производства, подлежащих доказыванию, и который является достаточным для прекращения уголовно-процессуального доказывания в целом или для принятия определенного процессуального решения, осуществления определенного процессуального действия, в частности. Критериями определения момента достижения указанных выше границ доказательственной деятельности могут быть: (а) количественные показатели: определенная совокупность доказательств, исследование всех возможных версий, проведение необходимых следственных (розыскных) и судебных действий; (б) качественный показатель: степень точности знаний об обстоятельствах, подлежащих доказыванию, их достоверность или вероятность.

### Список использованной литературы

1. Миньковский Г.М. Пределы доказывания в советском уголовном процессе / Г.М. Миньковский. – М., 1956. – 113 с.
2. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса / М.С. Строгович. – М. : Наука, 1968. – Т. 1. – 469 с.
3. Теория доказательств в советском уголовном процессе [изд. 2-е испр. и доп.] / отв. ред. Н.В. Жогин. – М. : Юрид. лит., 1973. – 736 с.
4. Нор В.Т. Проблемы теории і практики судових доказів / В.Т. Нор. – Л., 1978. – 112 с.
5. Михеенко М.М. Доказывание в советском уголовном судопроизводстве / М.М. Михеенко. – К., 1984. – 134 с.
6. Грошевий Ю.М. Докази і доказування у кримінальному процесі: наук.-практ. посібн. / Ю.М. Грошевий, С.М. Стахівський. – К. : КНТ ; Вид. Фурса С.Я., 2006. – 272 с.
7. Коваленко Є.Г. Теорія доказів у кримінальному процесі України: підручн. / Є.Г. Коваленко. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 632 с.
8. Кримінальний процес: підручн. / за ред. В.Я. Тація, Ю.М. Грошевого, О.В. Капліної, О.Г. Шило. – Х. : Право, 2013. – 824 с.
9. Горский Г.Ф. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе / Г.Ф. Горский, Л.Д. Кокорев, П.С.Элькинд. – Воронеж : Изд-во Воронеж. ун-та, 1978. – 296 с.
10. Хмыров А.А. Теория доказательств: учеб. пособие / А.А. Хмыров. – Краснодар : МЦИ, 2006. – 210 с.
11. Зеленецкий В.С. Предупреждение преступлений следователем. – Х.: Выща шк. Изд-во при Харьк. ун-те, 1975.
12. Зеленецкий В.С. Проблемы формирования совокупности доказательств в уголовном процессе: моногр. / В.С. Зеленецкий. – Харьков: Вост.-регион. центр гуманитар.-образоват. инициатив, 2004. – 108 с.
13. Нуркаева М.К. Специфика пределов доказывания в распорядительном заседании в стадии предания обвиняемого суду / М.К. Нуркаева // Проблемы доказательственной деятельности по уголовным делам. – Красноярск, 1987. – С. 90.
14. Орлов Ю.К. Проблемы теории доказательств в уголовном процессе / Ю.К. Орлов. – М. : Юристь, 2009. – 175 с.
15. Карнеева Л.М. Привлечение к уголовной ответственности. Законность и обоснованность / Л.М. Карнеева. – М. : Юрид. лит., 1971. – 136 с.
16. Деев М.В. До питання про межі доказування в кримінальному процесі / М.В. Деев // Судова реформа в Україні: матер. наук.-практ. конф. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – С. 262.
17. Лобойко Л.М. Кримінально-процесуальне право: курс лекцій [вид. 2-ге, змін. і доп.] / Л.М. Лобойко. – К. : Істина, 2008. – 138 с.
18. Лазарева В.А. Доказывание в уголовном процессе: учебно-практич. Пособие / В.А. Лазарева. – М. : Высш. образ., 2009. – 344 с.
19. Ларин А.М. Соотношение пределов доказывания / А.М. Ларин // Сов. юстиция. – 1979. – №15. – С. 9 – 10.

## СВОБОДА СТОРОН АРБИТРАЖНОГО СОГЛАШЕНИЯ: ПРЕДЕЛЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ

**И. ДИКОВСКАЯ,**

кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права  
Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

### SUMMARY

The article deals with some expressions of the arbitration agreement parties' freedom relating to the conclusion of the arbitration agreement, the appointment of arbitrators, a choice of arbitral proceedings. It has been concluded that the freedom of the parties of arbitration agreement is limited. It is limited by the legislative provision establishing arbitrability of disputes, the requirements to the arbitrators, the equal treatment of the parties to the dispute and some other rules. In particular certain limits on the number of arbiters, who may be appointed by each party, are set in some states. The implementation of the arbitration agreement parties' freedom on the possible involvement of third parties in the process, the use of evidence is also limited/

**Key words:** arbitration agreement parties' freedom, arbitrability of disputes, arbitration place, the requirements to the arbitrators.

\*\*\*

В статье рассматриваются отдельные проявления свободы сторон арбитражного соглашения, связанные с его заключением, назначением арбитров, выбором процедуры арбитражного рассмотрения спора. Сделан вывод о том, что свобода сторон арбитражного соглашения носит ограниченный характер. Ее ограничителями выступают нормы законодательства, устанавливающие арбитрабельность споров, требования к арбитрам, равное отношение к сторонам спора и некоторые другие. В частности, в отдельных государствах устанавливаются определенные ограничения по количеству арбитров, которые могут назначаться каждой стороной. Реализация свободы сторон арбитражного соглашения относительно возможности привлечения третьих лиц в процесс использования доказательств также ограничена.

**Ключевые слова:** свобода сторон арбитражного соглашения, арбитрабельность споров, место проведения арбитража, требования к арбитрам.

**Постановка проблемы.** Общеизвестно, что свобода является основоположным принципом международного коммерческого арбитража. Вместе с тем, во избежание произвола право выступает ограничителем этой свободы. Устанавливая пределы свободы, оно не должно полностью ее устранять. В связи с этим представляется важным исследование теоретических и нормативно-правовых подходов к пределам осуществления свободы сторон арбитражного соглашения.

**Целью** данной статьи является исследование проявлений свободы сторон арбитражного соглашения и пределов ее осуществления.

**Актуальность темы исследования.** Арбитражное соглашение было предметом исследования ученых, занимающихся проблематикой международного коммерческого арбитража и международного частного права (Белоглавека А., Брунцевой Е.В., Корабельникова Б.Р. Притыки Ю.Д. и др.). Вместе с тем, в работах этих ученых вопросы границ

свободы сторон арбитражного соглашения либо не рассматриваются, либо их исследование носит фрагментарный характер. Следовательно, изучение проявлений свободы сторон арбитражного соглашения и пределов ее осуществления является актуальным.

**Методами исследования** при написании этой статьи стали: анализ и синтез правовых явлений и сравнительно-правовой.

**Изложение основного материала исследования.**

В международном коммерческом арбитраже возможны разнообразные проявления принципа свободы сторон арбитражного соглашения.

Во-первых, следует выделить проявления свободы, связанные с заключением арбитражного соглашения. Свобода в таком случае выражается в том, что стороны договорного или иного правоотношения выбирают: - способ разрешения споров, - орган, который будет решать споры, - круг споров,

подлежащий разрешению; - способ формулировки арбитражного соглашения, а также момент его заключения.

Кроме того, следует отметить определенную свободу сторон относительно формы, в которой арбитражное соглашение может быть заключено. Так, несмотря на то, что международные договоры и внутреннее законодательство многих государств устанавливают обязательность письменной формы арбитражного соглашения, требования к ней сформулированы таким образом, что предоставляют сторонам право выбора различных вариантов действий для заключения арбитражного соглашения (такой вывод следует из ст. 7 (2) Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (первоначальный вариант 1985 года [2]), и можно отметить тенденцию к их расширению (См. ст. 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже с изменениями, принятыми в 2006 году. [3]).

Вместе с тем, следует отметить, что некоторые государства не предусматривают обязательности письменной формы арбитражного соглашения, однако, устанавливают, что «оно доказывается посредством письменного документа». Так, например, согласно ст. 1012 ГПК Нидерландов: «Арбитражное соглашение должно доказываться посредством письменного документа. С этой целью письменный документ, предусматривающий арбитраж или отсылающий к стандартным условиям, предусматривающим арбитраж, является достаточным при условии, что этой документ прямо или косвенно принят стороной или принят от ее имени. Арбитражное соглашение может доказываться также электронными средствами» [1].

Во-вторых, свобода проявляется в возможности выбора сторонами арбитражного соглашения лица (лиц), которое (которые) будет (будут) решать спор. Это, в частности, выражается в том, что стороны могут по своему усмотрению определять: - количество арбитров, - требования, которым арбитр должен соответствовать, - процедуру назначения арбитров, включая процедуру обеспечения назначения, если одна из сторон не соблюдает процедуры и в других случаях, предусмотренных ст. 11 (4) Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (далее – Типовой закон).

В-третьих, свобода проявляется в возможности выбора сторонами арбитражного соглашения процедуры рассмотрения споров. Данное правило за-

креплено ст. 19 (1) Типового закона и воспринято законодательством многих государств. Конечно, конкретные проявления этого принципа зависят от используемого регламента. Но в целом чаще всего он проявляется в том, что стороны арбитражного соглашения могут по своему усмотрению определить: - место проведения арбитража, - язык арбитражного производства; - виды доказательств, которые будут использоваться; - проведение арбитражного производства на основе письменных материалов без проведения устного слушания; - порядок слушаний. Стороны также могут договориться о прекращении арбитражного производства.

В-четвертых, свобода сторон проявляется в их возможности решения определенных вопросов, связанных с исправлением и толкованием арбитражного решения. Так, например, из ст. 33 Типового закона следует, что стороны могут договориться о сроках, в течение которых любая из них, уведомив другую сторону, может просить арбитраж исправить допущенную в решении ошибку или предоставить разъяснения по какому-то конкретному пункту. Некоторые регламенты арбитражных учреждений воспроизводят такой подход [4], другие - императивно устанавливают сроки исправления и толкования арбитражного решения, не предоставляя сторонам возможности установления иных сроков [5].

Вместе с тем свобода сторон арбитражного соглашения имеет ограничения.

Так, свобода арбитражного соглашения ограничивается требованиями к субъективной арбитрабельности. Ее основу составляет общая правосубъектность лица, состоящая из материальной и процессуальной правосубъектности [6; 1152].

Некоторые нормативно-правовые акты ограничивают свободу выбора места проведения арбитража. Так, например, из ст. 34 (1,2) Конвенции для унификации некоторых правил международных воздушных перевозок [7] (далее – Монреальская конвенция) следует, что местом проведения арбитража для разрешения спора, касающегося ответственности перевозчика, может быть одно из мест, предусмотренное ст. 33 Монреальской конвенции.

При этом Конвенция не определяет, в какой именно арбитраж могут обратиться стороны: внутренний или международный. Поэтому следует сделать вывод, что спор об ответственности воздушного перевозчика может рассматриваться как внутренним, так и международным арбитражем,

при условии, что это не противоречит законодательству определенного государства .

В частности, следует обратить внимание на то, что согласно ст. 6 (1) (12) Закона Украины «О третейских судах» [8] внутренним третейским судам в Украине не подведомственны дела, если хотя бы одна из сторон спора является нерезидентом Украины.

Таким образом, если авиакомпания и грузоотправитель являются резидентами Украины, на наш взгляд, спор об ответственности перевозчика по договору международной воздушной перевозки может рассматриваться внутренним третейским судом в Украине.

Условием рассмотрения спора об ответственности перевозчика по договору международной воздушной перевозки груза международным коммерческим арбитражем является нахождение коммерческого предприятия хотя бы в одной из сторон за рубежом (ст. 1 (2) Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» [9]). Поэтому следует сделать вывод, что если коммерческое предприятие грузоотправителя и (или) перевозчика расположены за рубежом, спор об ответственности перевозчика по договору международной воздушной перевозки может рассматриваться международным коммерческим арбитражем в Украине.

Свобода сторон по передаче споров в международный коммерческий арбитраж ограничивается требованиями объективной арбитрабельности. Последняя определяется как круг споров, которые могут быть переданы на разрешение арбитража [10;961]. По способу формулировки нормы, ограничивающие объективную арбитрабельность, можно разделить на те, которые 1) определяют споры, могущие быть переданы на рассмотрение международным коммерческим арбитражем; 2) устанавливают исключительную подсудность государственным судам.

Поскольку законодательство отдельных государств по-разному определяет круг споров, которые могут быть предметом арбитражного разбирательства, важным является вопрос о том, по праву какого государства следует определять арбитрабельность спора. На этот вопрос могут отвечать государственный суд и международный коммерческий арбитраж.

Вопрос арбитрабельности спора может возникнуть у государственного суда, рассматривающего вопрос о наличии и действительности арбитражно-

го соглашения. Ст. II (1) Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений [11] (далее - Нью-Йоркская конвенция) устанавливает, что «Договаривающееся Государство признает ... соглашение, по которому стороны обязуются передать в арбитраж ... споры ... в связи с ... правоотношением, объект которого может быть предметом арбитражного разбирательства». При этом ст. II Нью-Йоркской конвенции не указывает, на основании права какого государства следует оценивать «возможность правоотношения быть предметом арбитражного разбирательства». По мнению Б.Р. Карабельникова, «решая этот вопрос, суд должен всегда исходить из закона своей страны, а не из закона, которому стороны подчинили арбитражное соглашение, и не из закона страны, где должно быть вынесено арбитражное решение» [12;77]. Вопрос арбитрабельности возникает перед международным коммерческим арбитражем и тогда, когда он оценивает свою компетенцию относительно решения того или иного спора. При этом Нью-Йоркская и Европейская конвенции не определяют, на основании права какого государства арбитраж должен анализировать данный вопрос. Типовой закон также не содержит ответа на него.

По мнению Б.Р. Карабельникова, решая вопрос об арбитрабельности спора, арбитры должны учитывать право нескольких государств: государства, суды которого в дальнейшем могут рассматривать вопрос об отмене арбитражного решения, а также государства, в котором будет призваться и приводиться в исполнение арбитражное решение [12;80]. Другая позиция заключается в том, что при решении данного вопроса доминирующее значение имеет *lex arbitri* [14].

Если вопрос об арбитрабельности спора возникает на этапе признания и приведения в исполнение арбитражного решения, он должен решаться на основании права государства, компетентный орган которой решает вопрос о признании и исполнении решения (ст. V (2) (а) Нью-Йоркской конвенции).

Свобода сторон при назначении арбитров ограничивается требованиями, которые устанавливаются к последним отдельными источниками права. Так, согласно ст. 12 Типового закона основанием для отвода арбитра являются «обоснованные сомнения относительно его беспристрастности или независимости». Следовательно, стороны арбитражного соглашения являются свободными в назначении арбитров, если только последние не явля-

ются предвзятыми и зависимыми от сторон.

Законодательство некоторых стран закрепляет перечень обстоятельств, которые могут свидетельствовать о предвзятости арбитра (например, ст. 8 Шведского закона «Об арбитраже» [15]). В других странах, в частности в Украине, данный вопрос на законодательном уровне не решен. Однако, обстоятельства, свидетельствующие о зависимости и предвзятости арбитра хорошо исследованы на доктринальном уровне – [16;305-308].

Законодательство некоторых стран прямо предусматривает, что арбитр должен иметь полную гражданскую дееспособность (например, ст. 7 Шведского закона «Об арбитраже»).

Ст. 1451 ГПК Франции [17] подчеркивает, что только физическое лицо, которое в полной мере пользуется своими гражданскими правами, может выступать в качестве арбитра. Если арбитражное соглашение назначает юридическое лицо в качестве арбитра, его полномочия ограничиваются только организацией арбитража. В отдельных государствах устанавливаются определенные ограничения по количеству арбитров, которые могут назначаться каждой стороной. Они направлены на предотвращение злоупотреблений стороны арбитражного соглашения. Так, например, согласно пар. 1034 (2) ГПК ФРГ [18] в случае, если арбитражное соглашение предоставляет одной стороне преимущество в составе арбитражного суда, которое ущемляет другую сторону, эта сторона может просить суд назначить арбитра или арбитров в порядке, который отклоняется от совершенного назначения или согласованной процедуры назначения. Такая просьба должна быть подана не позднее, чем по истечении двух недель после того, как сторона узнала о составе арбитражного суда.

Устанавливая свободу процедуры назначения арбитра, Типовой закон в ст. 11 (2) определил ограничения этого правила. Они касаются того, что процедура, предусмотренная сторонами в соглашении, не должна исключать обращения в компетентный орган в случаях, предусмотренных ст. 11 (4) Типового закона, если стороны не предусмотрели иного способа обеспечения назначения арбитров.

Кроме того, стороны соглашения не могут изменить положения ст. 11 (5) Типового закона о том, что решение компетентного органа о назначении арбитра (арбитров) является окончательным. Законодательство некоторых государств полностью восприняло подход Типового закона (в частности, ст.

11 (2) Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже»). Другие государства, восприняв в целом подход Типового закона, не закрепили подобных ограничений в своем законодательстве (например, пар. 1035 (1) ГПК ФРГ устанавливает лишь, что стороны могут по собственному усмотрению согласовать процедуру назначения арбитра или арбитров.). Английский Акт «Об арбитраже» [19] также не знает такого ограничения. Свобода регулирования процессуальных вопросов ограничивается требованиями равного отношения к сторонам и возможности изложить свою позицию (ст. 18 Типового закона), надлежащего уведомления стороны о назначении арбитра или арбитражного разбирательства (такой вывод следует из ст. ст. 34, 36 Типового закона).

Реализация свободы сторон арбитражного соглашения относительно возможности привлечения третьих лиц в процесс использования доказательств также ограничена. Это объясняется тем, что для функционирования международного коммерческого арбитража принципиальным является наличие согласия на участие в процессе, ведь в отличие от государственного суда, арбитраж не обладает силой государственного принуждения.

Так, например, ст. 17 (5) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ [20] в целом допускает, что арбитраж может по просьбе любой стороны позволить одной или нескольким третьим лицам вступить в арбитраж в качестве стороны. Однако устанавливает определенные условия удовлетворения такой просьбы: 1) третье лицо должно быть стороной арбитражного соглашения 2) введение в производство третьего лица не должно наносить ущерба правам сторон.

**Выводы.** Стороны арбитражного соглашения наделены свободой, которая ограничивается нормами законодательства, устанавливающими арбитрабельность споров, требования к арбитрам, равное отношения к сторонам спора и некоторыми другими нормами.

### Список использованной литературы:

1. Code of Civil Procedure//Dutch Civil Law. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.dutchcivillaw.com/civilprocedureleg.html>.
2. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (первоначальный вариант 1985

года). – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/MAL\\_Rus.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/MAL_Rus.pdf).

3. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже с изменениями, принятыми в 2006 году. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf).

4. Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины, утвержденный Решением Президиума Торгово-промышленной палаты Украины № 18(1) от 17 апреля 2007 года с изменениями, внесенными Решением Президиума Торгово-промышленной палаты Украины № 24(6) от 25 октября 2012 года. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.ucci.org.ua/arb/icac/ru/rules.html>.

5. Арбитражный Регламент Арбитражного института при Торговой палате г. Стокгольма (вступил в силу с 1 января 2010 года). – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: URL:<http://www.sccinstitute.se/filearchive/3/33774/Regler%202010%20pdf.pdf>.

6. Ерпылева Н.Ю. Международное частное право: учебник. - М.: Юрайт, 2011. – 1308 с.

7. Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air (Montreal, 28 May 1999). – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.jus.uio.no/lm/air.carriage.unification.convention.montreal.1999/portrait.pdf> (дата обращения: 23.08.2013).

8. Закон України «Про третейські суди» від 11.05.2004 № 1701. Верховна Рада України. Офіційний веб-портал. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1701-15>.

9. Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24.02.1994 № 4002. Верховна Рада України. Офіційний веб-портал. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/4002-12>.

10. Sajko K. On Arbitrability in Comparative Arbitration – an Outline // Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu. 2010. Vol.60. No.5.

11. Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 года). Верховна Рада України. Офіційний веб-портал. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_070](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_070).

12. Карабельников Б. Р. Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г и главам 30 и 31 АПК РФ. - М.: Статут, 2008. – 383 с.

13. Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (Женева, 21 апреля 1961 года). Верховна Рада України. Офіційний веб-портал. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_069](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_069).

14. Ar. Gör. Şeyda Dursun. A Critical Examination of the Role of Party Autonomy in International Commercial arbitration and an assessment of its Role and Extent. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://www.yalova.edu.tr/Files/UserFiles/83/8\\_Dursun.pdf](http://www.yalova.edu.tr/Files/UserFiles/83/8_Dursun.pdf).

15. The Swedish Arbitration Act (SFS 1999:116). – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.sccinstitute.com/?id=23746>.

16. Притика Ю.Д. Міжнародний комерційний арбітраж: Питання теорії та практики: Монографія. – К.: Ін Юре, 2005. -516 с.

17. Code of Civil Procedure. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [www.legifrance.gouv.fr/content/download/1962/13735/.../Code\\_39.pdf](http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1962/13735/.../Code_39.pdf).

18. Code of Civil Procedure as promulgated on 5 December 2005, last amended by Article 3 of the Act dated 24 September 2009. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_zpo/englisch\\_zpo.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html).

19. Arbitration Act 1996. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>.

20. Арбитражный регламент ЮНИСТРАЛ (пересмотрен в 2010 году). – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-r.pdf>.



## ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕЖИМА ИМУЩЕСТВА ЧАСТНОГО ПРЕДПРИНИМАТЕЛЯ В УКРАИНЕ

**А. ИЛЬЮЩЕНКО,**

кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского и хозяйственного права Государственного высшего учебного заведения «Национальный горный университет»,

### SUMMARY

In article legal regime of property of natural person – entrepreneur were analyzed, problematic questions of his property responsibility were investigated, according to the obligations connected with implementation of business activity. Advantages and shortcomings of a legal status of the business owner in comparison with other subjects of managing are revealed. Signs of business activity of citizens are systematized. Features of legal regulation of the general joint property of spouses in a context of studied legal relationship are considered. Were grounded propositions of improvement of legislation, that adjust entrepreneurial activity of citizens, including expediency of the conclusion of the marriage contract between the spouses one of which is the business owner was reasoned.

**Key words:** natural person – entrepreneur, property responsibility, legal regime of property, marriage certificate, general joint property of spouses.

\*\*\*

В статье проанализирован правовой режим имущества физического лица – предпринимателя, исследованы проблемные вопросы его имущественной ответственности по обязательствам, связанным с осуществлением предпринимательской деятельности. Выявлены преимущества и недостатки правового положения частного предпринимателя по сравнению с другими субъектами хозяйствования. Систематизированы признаки предпринимательской деятельности граждан. Рассмотрены особенности правового регулирования общей совместной собственности супругов в контексте исследуемых правоотношений. Обоснованы предложения по усовершенствованию законодательства, регулирующего предпринимательскую деятельность граждан, в том числе аргументирована целесообразность заключения брачного договора между супругами, один из которых является частным предпринимателем.

**Ключевые слова:** физическое лицо - предприниматель, имущественная ответственность, правовой режим имущества, брачный договор, общая совместная собственность супругов.

**Постановка проблемы.** Повышение роли предпринимательства является предпосылкой преодоления негативных последствий мирового экономического кризиса, стабильного экономического роста и конкурентоспособности государства, именно поэтому физические лица – предприниматели нуждаются в государственной поддержке и эффективном правовом механизме защиты их прав и законных интересов. В условиях, когда рыночные преобразования в Украине еще не набрали позитивного социального содержания и сопровождаются безработицей значительной части населения, активное привлечение в реальный сектор экономики граждан - предпринимателей, безусловно, уменьшит социальное напряжение в обществе, создаст новые рабочие места, увеличит налоговые поступления в бюджеты разных уровней.

**Актуальность темы исследования.** Правовую основу исследуемых отношений составляют нормы Конституции Украины о свободе предпринимательской деятельности, равенстве всех субъектов права

собственности перед законом, а также положения Хозяйственного и Гражданского кодексов Украины о физических лицах – предпринимателях. Анализ действующего законодательства Украины о предпринимательской деятельности граждан свидетельствует о его бессистемности и необходимости дальнейшего совершенствования, в частности, по таким проблемным вопросам, как: правовое обеспечение использования имущества в предпринимательской деятельности физического лица, в том числе имущества, являющегося общей совместной собственностью супругов; правовой режим заключения сделок с участием физического лица – предпринимателя; правовая регламентация имущественной ответственности частного предпринимателя по хозяйственным обязательствам и др.

**Состояние исследования.** Проблемы правового обеспечения статуса и деятельности частных предпринимателей были предметом исследований украинских и российских ученых, в частности, в Украине - А.В. Бигняка, О.М. Винник, В.К. Мамутова, В.С. Щерби-

ни [1 - 4], в Российской Федерации - В.В. Лаптева, В.С. Мартемьянова, И.В. Ершовой, В.Ф. Попондопуло [5 - 8] и др. В то же время вопросы имущественной основы хозяйствования частного предпринимателя и границы его ответственности по обязательствам, связанным с осуществлением им предпринимательской деятельности, остаются дискуссионными и требующими дополнительного исследования.

**Целью** данной статьи является анализ проблемных вопросов правового режима имущества частного предпринимателя и обоснование предложений по усовершенствованию законодательства, регулирующего порядок осуществления физическими лицами предпринимательской деятельности.

**Изложение основного материала.** Под правовым режимом имущества в литературе понимается установленный правовыми средствами порядок и условия приобретения (присвоения) имущества, осуществления субъектами хозяйствования полномочий владения, пользования и распоряжения им, реализации функций управления имуществом, а также его правовой охраны [3, с. 417]. Понятие правового режима имущества субъекта хозяйствования охватывает установленные правовыми нормами: структуру этого имущества; порядок его приобретения, использования и выбытия; границы распоряжения имуществом со стороны третьих лиц; порядок обращения на него взысканий кредиторов. В соответствии с Хозяйственным кодексом Украины основу правового режима имущества субъектов хозяйствования составляют право собственности и другие вещные права [9, ст. 133].

Полная имущественная ответственность частного предпринимателя по обязательствам является, бесспорно, самой главной проблемой, с которой сталкиваются физические лица, выбирая данную организационную форму хозяйствования для непосредственного осуществления предпринимательства. Действующее законодательство не предусматривает обособление имущества, используемого физическим лицом для осуществления предпринимательской деятельности, из общей массы принадлежащего ему имущества. Вследствие этого по решению суда взыскание может быть обращено на всё принадлежащее частному предпринимателю имущество, независимо от того, используется ли оно для осуществления предпринимательской деятельности или предназначено для удовлетворения личных и бытовых потребностей физического лица и членов его семьи. В отличие от частного предпринимателя юридическое лицо

отвечает по своим обязательствам принадлежащим ему на праве собственности (закрепленным за ним на другом правовом титуле) имуществом, если иное не установлено законом. По общему правилу учредитель юридического лица (например, частое предприятие) не отвечает по его обязательствам, а юридическое лицо не отвечает по обязательствам учредителя. Исключения из этого правила могут быть установлены законом и/или учредительными документами хозяйствующего субъекта.

Предпринимательская деятельность граждан характеризуется самостоятельностью, инициативностью, систематичностью, рискованностью и направленностью на получение прибыли [9, ст. 42]. Самостоятельность предпринимательской деятельности означает, что физическое лицо осуществляет деятельность от собственного имени, а не от имени организации, в которой работает, либо руководителем или учредителем которой является. Поэтому необходимо чётко разграничивать деятельность физического лица как субъекта предпринимательства и как учредителя частного предприятия, участника хозяйственного общества, члена производственного кооператива и т.п. При этом физическое лицо, как участник хозяйственного общества, может иметь статус субъекта предпринимательства, иногда такой статус является обязательным в силу закона (например, участники полного общества).

В юридической литературе различают имущественную и хозяйственную самостоятельность субъектов предпринимательской деятельности. Имущественная самостоятельность означает наличие у предпринимателя определенного имущества, составляющего экономическую основу его деятельности [5, с. 19], хозяйственная – возможность принятия самостоятельных решений в ходе осуществления предпринимательской деятельности. Физические лица – предприниматели самостоятельно действуют на товарных рынках, вступая в хозяйственные правоотношения, приобретая при этом соответствующие права и обязанности. Инициативность и самостоятельность предпринимательства нормативно закреплены в принципах предпринимательской деятельности: свободный выбор предпринимателем программы деятельности, выбор поставщиков и потребителей изготавливаемой продукции, привлечение материально-технических, финансовых и других видов ресурсов, использование которых не ограничено законом; установление цен на продукцию и услуги в соответствии с законом; свободный наём предпринимателем

работников и др. [9, ст. 44]. То есть, с одной стороны, будучи инициативной и самостоятельной, предпринимательская деятельность предполагает заключение частным предпринимателем коммерческих сделок без согласия другого из супругов, с другой стороны, семейное законодательство Украины не предусматривает таких исключений из правового режима общей совместной собственности супругов.

Так, в соответствии со статьями 61, 62, 65 Семейного кодекса Украины супруги могут распоряжаться по взаимному согласию имуществом и денежными средствами, приобретенными во время брака. При заключении договоров одним из супругов считается, что он действует с согласия другого супруга. Жена/муж имеет право на обращение в суд с иском о признании договора недействительным в силу того, что он заключен другим супругом без его/её согласия, если этот договор выходит за рамки мелкой бытовой сделки [10, ст. 65]. При этом, при возникновении спора преимущество имеют нормы Семейного кодекса Украины, как более чётко изложенные. В связи с этим, для стабильности товарно-денежного оборота с участием частных предпринимателей, а также с целью устранения вышеприведенных противоречий, считаем целесообразным дополнить Хозяйственный кодекс Украины следующей нормой: «Заключение физическим лицом – предпринимателем договоров, связанных с осуществлением им предпринимательской деятельности, осуществляется без согласия другого супруга».

Следует отметить, что к предпринимательской деятельности физических лиц – предпринимателей применяются нормативно-правовые акты, регулирующие предпринимательскую деятельность субъектов хозяйствования – юридических лиц, если иное не установлено законом или не вытекает из сути отношений [12, ст. 51]. Так, в случае смерти физического лица – предпринимателя обязательства по выплате денежных средств за полученный товар не прекращаются, а переходят к наследникам. При ликвидации юридического лица его обязательства прекращаются. В случае же прекращения предпринимательской деятельности частного предпринимателя (исключение из Единого государственного реестра), его обязательства, возникшие во время осуществления предпринимательской деятельности, не прекращаются, а остаются за предпринимателем как физическим лицом. Прекращение предпринимательской деятельности физического лица не изменяет сроков и порядка ис-

полнения таких обязательств, а также применения санкций за их неисполнение.

За нарушение договорных обязательств, кредитно-расчетной и налоговой дисциплины, требований по качеству продукции и других общих правил осуществления хозяйственной деятельности граждан, как субъект предпринимательской деятельности, самостоятельно несет ответственность по своим обязательствам имуществом, принадлежащим ему на праве частной собственности, за исключением имущества, на которое в соответствии с законом не может быть обращено взыскание [9, ст. 128].

Согласно ст. 52 Гражданского кодекса Украины взыскание по обязательствам физического лица – предпринимателя может быть обращено на его часть в общей совместной собственности супругов, и только после выделения такой части в натуре как по иску кредитора (ст. 371 Гражданского кодекса Украины и ст. 73 Семейного кодекса Украины), так и по заявлению государственного исполнителя (ст. 379 Гражданского процессуального кодекса Украины). Кроме того, если частному предпринимателю принадлежит имущество, находящееся в общей долевой собственности, его кредитор вправе предъявить иск о выделении части из общего имущества в натуре для обращения взыскания (ст. 366 Гражданского кодекса Украины). Таким образом, по обязательствам одного из супругов, который является частным предпринимателем, взыскание может быть наложено на его личное имущество и на его часть в праве общей совместной собственности супругов. То есть, выяснив какие имущественные активы являются личным имуществом предпринимателя и размер его части в общей совместной собственности супругов, можно определить границы имущественной ответственности частного предпринимателя и предположить степень рисков для него и его семьи.

Статья 57 Семейного кодекса Украины устанавливает исчерпывающий перечень имущества, относящегося к личной частной собственности жены и мужа, в частности, это: имущество, приобретенное ею, им до брака; имущество, приобретенное ею, им во время брака, но на основании договора дарения либо в порядке наследования; имущество, приобретенное ею, им во время брака, но за средства, которые принадлежали ей, ему лично; вещи индивидуального пользования, в том числе драгоценности, даже тогда, когда они приобретены за счет совместных средств супругов. Однако следует учитывать, что если в приобретение имущества вкладывались кроме общих

также средства, принадлежащие одному из супругов, то часть в этом имуществе, соответствующая размеру взноса, будет личной частной собственностью такого супруга [10, ст. 57].

С вышеприведенными положениями конкурирует ст. 62 Семейного кодекса Украины, в соответствии с которой, если имущество жены, мужа за время брака существенно увеличилось в своей стоимости вследствие трудовых или денежных затрат другого супруга, оно в случае спора может быть признано по решению суда объектом права общей совместной собственности супругов. Также, если один из супругов своим трудом и/или средствами участвовал в содержании имущества, принадлежащего другому супругу либо в управлении этим имуществом, то доход (приплод, дивиденды), полученный от этого имущества, в случае спора по решению суда может быть признан объектом права общей совместной собственности супругов [10, ст. 62].

В соответствии с Семейным кодексом Украины в случае раздела имущества, являющегося общей совместной собственностью супругов, части имущества жены и мужа считаются равными, если иное не определено договоренностью между ними или брачным договором. То есть условиями брачного договора можно определить другие, наиболее приемлемые для супругов, размеры частей в общей совместной собственности супругов. Например, муж является частным предпринимателем, жена – домохозяйка, воспитывает двоих детей. С целью защиты имущественных прав частного предпринимателя и членов его семьи, брачным контрактом может быть предусмотрено, что жена, муж и двое их детей имеют равные части в общей совместной собственности супругов. Таким образом, по хозяйственным обязательствам мужа – предпринимателя, обращение может быть наложено уже не на половину имущества, являющегося общей совместной собственностью супругов, а только на его четверть. Также условиями брачного договора перечень видов имущественных активов, принадлежащих к личной частной собственности жены/мужа, может быть скорректирован. Например, плоды и доходы (дивиденды) от вещей, являющиеся личной частной собственностью одного из супругов, могут в соответствии с условиями брачного договора считаться объектами права общей совместной собственности супругов. Тогда, с учетом вышеизложенного, в случае наложения взыскания по обязательствам мужа – предпринимателя, супруги рискуют потерять не все плоды и доходы, а только их четверть. Также положениями

брачного договора может быть устранена конкуренция норм статей 62 и 57 Семейного кодекса Украины, которая является причиной многих судебных споров между супругами.

Следует признать, что по сравнению с другими субъектами хозяйствования физические лица – предприниматели находятся в невыгодных правовых и экономических условиях. Прежде всего, это касается полной имущественной ответственности частного предпринимателя по хозяйственным обязательствам, которые, как уже было отмечено, не прекращаются даже в случае прекращения предпринимательской деятельности физического лица – предпринимателя. Учитывая, что частный предприниматель отвечает перед кредиторами не только всем своим личным имуществом, а также частью в праве общей совместной собственности супругов, можно добавить, что в невыгодном положении находятся и члены его семьи. Полные участники полного и коммандитного обществ также несут полную ответственность всем принадлежащим им имуществом по обязательствам общества, участниками которого являются, но отвечают они солидарно в зависимости от размера вкладов в складочный капитал общества и только в случае, когда имущества общества не достаточно для покрытия долгов перед кредиторами. Частный предприниматель, в отличие от полных участников, отвечает перед кредиторами самостоятельно, не имея при этом каких-либо имущественных фондов (уставного, резервного, страхового). Таким образом, имущественная ответственность физического лица – предпринимателя перед третьими лицами по обязательствам, связанным с осуществлением им предпринимательской деятельности, является самой суровой по сравнению с другими субъектами хозяйствования, что противоречит конституционным нормам о равенстве всех субъектов права собственности и хозяйствования, социальной направленности экономики, а также равенстве всех субъектов права перед законом.

Создание стабильного и эффективного законодательства о предпринимательстве предусматривает определенную систематизацию существующего в этой сфере экономических отношений массива действующих нормативных актов, осуществление в определенной последовательности кодификационной работы, так как любая целостная система, в том числе система законодательства, структура её элементов формируются в соответствии с законами иерархии. Состояние современного законодательного обеспечения организации и осуществления физи-

ческими лицами предпринимательской деятельности обуславливает необходимость его дальнейшего совершенствования с целью повышения эффективности правового регулирования предпринимательских отношений, субъектами которых выступают индивидуальные предприниматели. В связи с этим, целесообразным, по мнению автора, является систематизация основных положений о статусе и деятельности физического лица – предпринимателя как субъекта хозяйствования, содержащиеся разрозненно в разных нормативно-правовых актах, и их кодификация в Хозяйственном кодексе Украины. В частности, считаем необходимым дополнить Хозяйственный кодекс Украины положениями о правах и обязанностях физического лица – предпринимателя, ограничениях свободы предпринимательской деятельности граждан, основах государственного контроля за деятельностью частных предпринимателей, правовом режиме их имущества, порядке использования имущества в предпринимательской деятельности физического лица - предпринимателя и т.д. Также с целью защиты имущественных прав и законных интересов частного предпринимателя считаем целесообразным установить в законодательстве правовую презумпцию, в соответствии с которой любая сделка, заключаемая физическим лицом – предпринимателем, считается осуществляемой в пределах предпринимательской деятельности, если не доказано обратное.

**Выводы.** На основе вышеизложенного, считаем необходимым закрепить в Хозяйственном кодексе Украины следующие положения, которые будут действовать совершенствованию правового режима имущества частного предпринимателя и его ответственности по хозяйственным обязательствам:

- правовую презумпцию, в соответствии с которой любая сделка, заключаемая физическим лицом – предпринимателем, считается осуществляемой в пределах предпринимательской деятельности, если не доказано обратное;

- обязательное страхование имущественной ответственности частного предпринимателя по обязательствам, связанным с осуществлением предпринимательской деятельности;

- рекомендацию заключения между частным пред-

принимателем и другим супругом брачного договора, условиями которого может быть устранена конкуренция норм Хозяйственного и Семейного кодексов Украины, скорректирован перечень имущественных активов, являющихся личной частной собственностью каждого из супругов, определены другие, по сравнению с законом, размеры частей мужа и жены в праве общей совместной собственности супругов с учетом интересов детей и т.п.

### Список использованной литературы

1. Бігняк О.В. Підприємництво як предмет правового регулювання в Україні: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец.: 12.00.04 / О.В. Бігняк / НАН України. Ін-т екон.-прав. дослідж. — Донецьк, 2007. - 17 с.
2. Господарське право: практикум / В.С. Щербина, Г.В. Пронська, О.М. Вінник та ін.; за заг. ред. В.С. Щербини. – 2-е изд., перероб. і доп. – К.: Юрінком Інтер, 2003. - 416 с.
3. Хозяйственное право Украины: Учебник / В.К. Мамутов, Г.Л. Знаменский, К.С. Хахулин и др.; Под ред. Мамутова В.К. – К.: Юрінком Інтер, 2002. - 912 с.
4. Щербина В.С. Суб'єкти господарського права: монографія / В.С. Щербина. – К.: Юрінком Інтер, 2008. - 264 с.
5. Лаптев В.В. Предпринимательское право: понятие и субъекты / В.В. Лаптев. – М.: Юрист, 1997. - 140 с.
6. Мартемьянов В.С. Хозяйственное право / В.С. Мартемьянов. – Т. 1. - М.: БЕК, 1994. - 312 с.
7. Ершова И.В. Предпринимательское право: учебник / И.В. Ершова. – М.: Юриспруденция, 2002. - 506 с.
8. Попондопуло В.Ф. Правовой режим предпринимательства / В.Ф. Попондопуло. – СПб.: Изд-во С.-Петербур. ун-та, 1994. - 208 с.
9. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. - № 18, № 19-20, № 21-22. – Ст. 144 [зі змін. та допов.].
10. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2002. - № 21-22. – Ст. 135 [зі змін. та допов.].
11. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. - №№ 40-44. – Ст. 356 [зі змін. та допов.].

## ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В СФЕРЕ ПАТЕНТОВАНИЯ ЛЕКАРСТВЕННЫХ СРЕДСТВ В УКРАИНЕ

**Е. ГРЕКОВ,**

кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры частного права Полтавского юридического института Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»

### SUMMARY

The article investigates the problems of regulatory implementation and enforcement of intellectual property rights on medicines in the aspect of ensuring people's access to health care. Analyzes the stages in the patent law of pharmacy products in European countries and in Ukraine. Disclosed are the functions and roles in patent technology development in the pharmaceutical industry. Stand tools "abuse of rights" owners of patents on medicines and the reasons causing the possibility of such abuse.

**Key words:** patent medicines, the functions of patents, "evergreen" patents, patent abuse

\*\*\*

В статье исследуются проблемы нормативно-правового регулирования осуществления и защиты прав интеллектуальной собственности на лекарственные средства в аспекте обеспечения доступа людей к медицинской помощи. Анализируются этапы становления патентно-правовой охраны продуктов фармации в европейских странах и в Украине. Раскрываются функции и роль патентов в развитии технологий в фармацевтической промышленности. Выделяются инструменты «злоупотребления правом» собственниками патентов на лекарственные средства и причины, обуславливающие возможность таких злоупотреблений.

**Ключевые слова:** патентование лекарственных средств, функции патентов, «вечнозелёные» патенты, патентные злоупотребления

**Постановка проблемы.** Предоставление патентной охраны изобретениям стало возможным в результате достижения компромисса между интересами общества и авторами. Однако, включение в число охраняемых патентным правом объектов лекарственных средств вынуждает общество по новому взглянуть на соотношение общественного и частного интереса при предоставлении правовой монополии.

**Актуальность темы исследования.** Лекарственные средства являются товаром, который наделён рядом специфических особенностей. Лекарства как товар, осуществляющий непосредственное влияние на здоровье людей, подлежат усиленному государственному надзору и контролю на этапах их создания, испытания, ввода в обращение, распространения, утилизации и т.д.. Такие меры урегулированы законодательством в сфере здравоохранения, в частности, Законом Украины «О лекарственных средствах». Деятельность государственных органов в этой сфере постоянно совершенствуется в соответствии с утверждёнными концепциями, планами, программами развития данной сферы. Например, содержание задач и мероприятия в 2013 году по обеспечению населения доступными и ка-

чественными лекарственными средствами и изделиями медицинского назначения определены в п. 33 Национального плана действий на 2013 год по внедрению Программы экономических реформ на 2010 - 2014 годы «Богатое общество, конкурентоспособная экономика, эффективное государство».

Анализ запланированных действий и мероприятий, которые уже были внедрены в этой сфере, показывает, что влияние государства в сфере здравоохранения в основном сосредоточено на налаживании административных механизмов регулирования по обеспечению населения доступными и качественными лекарственными средствами. То есть, это воздействие на сложившееся рыночное предложение медицинской и фармацевтической промышленности. При этом, не уделяется внимание формированию и развитию рынка лекарственных средств в соответствии с потребностями украинского общества. Одним из важных аспектов регулирования в этом направлении является проведение комплексной государственной политики в сфере предоставления патентно-правовой защиты результатам интеллектуальной деятельности в сфере фармации.

**Целью данной статьи** является анализ значе-

ния патентно-правовой охраны и рассмотрение проблем нормативно-правового регулирования осуществления и защиты прав интеллектуальной собственности на лекарственные средства в аспекте обеспечения доступа людей к качественной медицинской помощи.

**Состояние исследования.** В настоящее время в Украине отсутствуют комплексные научные исследования по указанной проблематике, однако отдельные аспекты были проанализированы в работах И.Я. Сенюты, И.В. Венедиктовой, Л.И. Работяговой, А.В. Миндрул, О.Ю. Кашиной и др.. Также частично данные проблемы были предметом обсуждения на научно-практических мероприятиях и практических семинарах.

**Изложение основного материала.** Фармацевтическая промышленность является одной из трёх технологических отраслей, в которых патент практически приравнен к продукту... Самое главное, в отличие от отраслей, производящих продукты, требующие дорогостоящего сложного оборудования, запатентованные продукты фармацевтических компаний могут быть легко и дешево воспроизведены с небольшими капиталовложениями. Поскольку непропорциональная большая часть капиталовложений в фармацевтической промышленности направлена на лабораторные исследования и клинические испытания, а не на производство конечного продукта. В связи с этим, патентная монополия рассматривается как единственный эффективный способ защиты и получения отдачи от этих инвестиций [1, с. 7].

В разных странах мира становление патентной охраны изобретений в сфере фармации происходило постепенно – с этапа полного отказа от патентной охраны до включения продуктов фармацевтической промышленности в число охраняемых объектов.

Например, во Франции согласно закону от 5 июля 1844 года фармацевтические изобретения не могли быть запатентованы. С развитием законодательства сохраняется запрет на патентование такой продукции, но предоставляется разрешение на выдачу патентов на процесс её изготовления. Распоряжение от 4 февраля 1959 года и, позднее, закон от 2 января 1966 года, наконец, установили возможность получения патентов на фармацевтические продукты во Франции с определёнными ограничениями, а полностью запрет на патентование препаратов был снят только в 1978 году.

В Германии законом от 25 мая 1877 года введены патенты на химические и фармацевтические про-

цессы, в то время как продукты этих отраслей были исключены из перечня патентоспособных. Законом от 4 апреля 1891 года распространена патентная защита на указанные продукты, полученные с помощью запатентованного процесса. Наконец, законом 4 сентября 1967 года введено всеобщее правило патентоспособности химических и фармацевтических продуктов в Германии.

В Швейцарии патенты на химические и фармацевтические продукты были прямо запрещены Конституцией. При этом, швейцарская фармацевтическая промышленность создавала существенную конкуренцию для немецких производителей. Под давлением со стороны Германии законом от 21 июня 1907 года в Швейцарии была разрешена выдача патентов на процессы производства фармацевтической продукции, а законом от 25 июня 1954 года продлён срок таких патентов с 10 до 18 лет. Патенты на химическую и фармацевтическую продукцию были введены в Швейцарии только в 1977 году.

В Италии фармацевтических патентов не было до 1978 года, когда Верховный суд вынес решение в пользу восемнадцати фармацевтических компаний, которые требовали возможности выполнения иностранных патентов на лекарственные препараты в Италии. Несмотря на полное отсутствие патентной защиты, в Италии развилась сильная фармацевтическая промышленность: к концу 1970-х годов она была пятым в мире производителем фармацевтических препаратов и седьмым экспортёром [2, с. 3-4].

Как видно из приведённых примеров, патентная защита на продукты фармацевтической промышленности в европейских странах в своём развитии прошла через этап распространения на процессы производства, а уже потом, была распространена и непосредственно на продукцию. Такая эволюция вполне логична, поскольку специалисту в области химии и медицины известно, что «практически любое органическое соединение может быть получено различными способами... И патентообладателю способа получения очень сложно доказать факт нарушения его прав, так как нарушитель, даже используя на производстве запатентованный способ, может указать на какой-либо другой, отличающийся от запатентованного, способ получения данного соединения» [3].

При этом, с точки зрения патентного права наиболее выгодным объектом изобретения являются новые химические соединения или группы новых химических соединений, проявляющие фармакологическую активность... Поскольку последующие

патенты на лекарственные формы и новые способы получения активного соединения будут зависимы от первоначального патента на химическое соединение до тех пор, пока он будет действовать [3].

Патенты выполняют разнообразные функции, главной из которых является стимулирующая. Лицо, которое своим творческим трудом изобретёт новый объект технологии, получит защищённую законом монополию на использование данного объекта. Такое право позволит лицу при условии коммерциализации своего изобретения вернуть вложенные в разработку средства и получить прибыль от его использования.

Хотя патентование не всегда осуществляется только с целью получения материального результата. Нередко движущей силой здесь является моральный фактор – желание изобретателя, прежде всего, закрепить документально своё авторство. Приоритет патента — это первенство, а признание первенства имеет огромное моральное значение не только для автора, но и для организации, где он работает, и даже для государства, если изобретение в дальнейшем получает общественное признание [4, с. 2].

Второй возможной функцией является трансакционная функция. Наличие патентной защиты определяется как необходимое предварительное условие, в некоторых случаях в целях появления рынка для технологии и специализированных поставщиков технологии [5, с. 34]. Если технология не будет объектом защиты и её распространение будет происходить без необходимости получать согласие у владельца прав на неё и безвозмездно, то рынок технологий не будет существовать, и, как следствие, в определённой степени нивелируется стимулирующая функция патентов.

Патенты выполняют также функцию раскрытия информации. Раскрытие технической информации, которая, в противном случае, держалась бы в секрете, является важным аспектом всех научных исследований и разработок и действует в качестве компенсации правовой защиты в соглашении между изобретателем и обществом. Непременным является требование о том, чтобы информация, раскрытая в патентных спецификациях, давала возможность воспроизвести изобретение квалифицированным в этой области специалистом [5, с. 35]. Особую роль эта функция играет в отношении патентов на продукцию фармацевтической промышленности. Поскольку раскрытие новых знаний, направленных на преодоление негативных факторов, влияющих на здоровье человека и лечение болезней, является

импульсом для дальнейшего более продуктивного развития исследований в этой сфере. Исследователи, получая доступ к новой технической информации, экономят своё время и ресурсы на поиск методик на получение описанных в патентной информации результатов для создания новых, более безопасных и эффективных продуктов фармации. Хотя вследствие патентной защиты основного компонента, при использовании которого осуществлялись новые исследования, не всегда удаётся сразу коммерциализировать такой результат через усложнённость получения патента на производное изобретение.

И наконец, ценность патентов состоит в их сигнальной функции. Владение патентами может служить цели сигнализации об инновационных возможностях фирмы и увеличить её способность собрать необходимый капитал, особенно посредством венчурного финансирования капиталовложений. Эта функция является особенно важной в секторе биотехнологии, где новые фирмы полагаются на свой защищённый интеллектуальный капитал для сбора финансовых средств [5, с. 35]. Сам факт обладания патентами является критерием положительного отношения к предприятию, к его разработкам и служит символом его технического развития. Наличие патентов позволяет получить выигрыш в конкурентной борьбе за получение заказов, а также при оценке кредитоспособности [4, с. 2].

Вышеприведённые функции свидетельствуют о том, насколько важную роль играют патенты в фармацевтической промышленности.

Однако, в современных условиях выделяют и отрицательные проявления патентования фармацевтических продуктов. По мнению отдельных исследователей роли патентов в регулировании и ограничении доступа к лекарствам «патентная система не поощряет развитие новых и лучших лекарственных средств, но если это и происходит, то это стимулирует только развитие лекарственных средств, которые максимизируют прибыль компаний, требующих мощной экономической защиты, технологических монополий, позволяющих им управлять доступом, ценой и качеством фармацевтических препаратов» [6, с. 409]. Однако, сторонники патентной защиты в фармации в основном отмечают, что настоящей причиной проблем, связанных с неодинаковыми возможностями доступа к новейшим разработкам лекарственных средств, является недостаточное финансирование для приобретения дорогих лекарственных препаратов; отсутствие политической воли у стран; плохое ме-



дицинское обслуживание и инфраструктура; неэффективное регулирование лекарственных процедур, исключают конкурирующие продукты на рынке; высокие тарифы и налоги с продаж, и так далее [7, с. 1890].

В Украине в настоящее время можно наблюдать проявления и первой, и второй позиций. Однако, в нашем государстве, которое принадлежит к числу развивающихся стран, сейчас наблюдаются и другие негативные проявления патентования фармацевтических продуктов, связанные в основном с качеством законодательного обеспечения данной отрасли. В частности, речь идёт о так называемых «вечнозелёных» патентах, ограничении доступа на рынок генерических лекарственных препаратов и неэффективной системе защиты прав заявителей и патентодержателей.

Нормативную основу для выдачи патентов на лекарственные средства в Украине составляют положения ч. 1, 2 ст. 6 Закона Украины «Об охране прав на изобретения и полезные модели», определяющие в качестве объекта изобретения как продукт (устройство, вещество, штамм микроорганизма, культуру клеток растений и животных и т.п.), так и процесс (способ), а также новое применение известного продукта или процесса. Также положения ч. 3 ст. 5 Закона Украины «О лекарственных средствах» уполномочивают автора (соавторов) на подачу заявки в центральный орган исполнительной власти, реализующий государственную политику в сфере интеллектуальной собственности, на получение патента на лекарственное средство. При этом, основанием для выдачи патента является положительное заключение центрального органа исполнительной власти, реализующего государственную политику в сфере здравоохранения, по его патентоспособности. Приведённые нормативные положения почти в неизменном виде действовали в Украине с момента их введения и фактически стали продолжением существующего во времена СССР правового регулирования.

После вступления Украины в ВТО в ст. 9 Закона Украины «О лекарственных средствах», которая касалась только регистрации лекарственных препаратов (процедура предоставления разрешения на использование лекарственного средства), начали вносить изменения, касающиеся охраны прав интеллектуальной собственности. «Ожидалось, что с внедрением международных подходов в сфере охраны прав интеллектуальной собственности в Украине будут созданы условия для импорта инновационных лекарственных средств, экспорта от-

ечественных лекарственных средств и разработки и внедрения отечественных инновационных препаратов. Вместо этого наше государство получило ограничение доступа к жизненно необходимым лекарствам; увеличение бюджетного финансирования на здравоохранение; монополизацию рынка лекарственных средств; снижение уровня развития отечественной фармацевтической промышленности, ориентированной на генерические препараты», делает вывод О.П. Баула [8, с. 63].

Кроме того, как верно отмечает Л.И. Работягова, ситуация осложняется ещё и тем, что в соответствии с украинским законодательством к категории изобретений (полезных моделей) в области фармацевтики относят новое биологически активное вещество (действующее начало лекарственного средства), фармацевтическую композицию, способы получения лекарственных средств, применение известных веществ, в которых была обнаружена фармакологическая активность, или известных лекарств, в которых были найдены новые показания к применению, тогда как в мировой практике патентуют только «продукт» и «процесс» [8, с. 62].

Однако, несмотря на такие относительно выгодные для фармацевтических производителей нормы закона, эти компании в Украине вполне успешно воплощают практику «вечнозелёных патентов», что позволяет им сохранить за собой право на получение доходов по изобретениям, которые были созданы несколько десятилетий назад, и возвести нормативные препятствия для выхода на рынок генерических лекарственных препаратов.

Такие действия становятся особенно актуальными в связи со снижением числа изобретённых действительно новых лекарств на фоне патентного обвала на лекарственные средства, которые получили патентную охрану в 90-х годах, и который по прогнозам рынка продлится до 2016 года [9].

Для достижения указанной цели собственники патентов на фармацевтические продукты разрабатывают соответствующие стратегии и используют различные правовые инструменты, которые в основном сводятся к следующему: 1) стратегическое патентование, предусматривающее создание «патентного кластера» путём получения многочисленных дополнительных патентов на одни и те же лекарства; 2) активное ведение патентных споров и судебных разбирательств; 3) заключение соглашений между производителями оригинальных и генерических препаратов; 4) вмешательство в процедуру регистрации генерических лекарственных средств с целью противодействия и затягивания

процесса рассмотрения заявок; 5) маркетинговые стратегии переориентации рынка на следующее поколение оригинальных продуктов [10, с. 1]. Для того, чтобы продлить жизненный цикл их продукции, компании-производители в сфере фармации часто объединяют два или более инструментов из вышеприведённого перечня.

Среди причин, обуславливающих возможности такого «злоупотребления правом» фармацевтическими компаниями в Европейском союзе, выделяют следующие [11], хотя они в полной мере характерны и для Украины:

1) недостатки в системе выдачи патентов (отсутствие строгой оценки патентоспособности, в частности, изобретательского уровня; отсутствие качественных приложений к заявкам / невозможность проверки данных, представленных экспертам; отсутствие практики рассмотрения патентных заявок сторонними экспертами-наблюдателями; слабые места в процедуре обжалования решений о выдаче патентов).

2) создание «патентных зарослей» и повторное патентование (неоправданное расширение монополии на лекарственные средства путём получения производных патентов; выделение нескольких дробных заявок на получение патента, которые полностью идентичны основному патенту; определение фармакокинетических данных без конкретной увязки с точными формулировкам относительно использования препарата для достижению полезного эффекта; патентование повторных и последующих медицинских показаний к применению; патентование простых изменений в химической формуле и способах изготовления).

3) процедуры обжалования патентов (сложность и непредсказуемость судебных разбирательств; безосновательное установление временных судебных запретов; длительность судебного разбирательства по существу дела; невозможность раскрытия информации на конфиденциальной основе и т.п.).

4) другие, связанные с патентами барьеры (изменение потребительского спроса путём проведения маркетинговых кампаний, нарушения при продлении сроков патентной охраны и т.п.).

**Выводы.** Таким образом, рассмотрение обозначенных выше проблем в сфере патентования лекарственных средств даёт основания утверждать об их существовании и осуществлении негативного влияния на состояние обеспечения населения доступными и качественными лекарственными средствами. Решение данных проблем требует основательного научного анализа с привлечением специ-

алистов различных отраслей права для разработки мер по преодолению причин, обуславливающих возможности «злоупотребление правом» владельцами патентов на фармацевтическую продукцию. Также, следует отметить, что возможность дальнейшего воплощения таких мероприятий в жизнь во многом зависит от направления политики государства в сфере здравоохранения и охраны результатов интеллектуальной деятельности.

### Список использованной литературы

1. Lehman B. The Pharmaceutical Industry and the Patent System // [users.wfu.edu/mcfallta/.../pharma\\_patents.pdf](http://users.wfu.edu/mcfallta/.../pharma_patents.pdf).
2. Boldrin M., Levine D.K. Economic and Game Theory Against Intellectual Monopoly // <http://levine.sscnet.ucla.edu/papers/anew09.pdf>. – Chapter 9. – 2003.
3. Соломенцева Л.И. Патентная охрана лекарственных средств (юрконсультация) // [iprolaw.ru/novosti-is/patentnaya-ohrana-lekar-sredstv.html](http://iprolaw.ru/novosti-is/patentnaya-ohrana-lekar-sredstv.html).
4. Кореняко Л.Б. Управление интеллектуальной собственностью в инновационном процессе и особенности правовой защиты изобретений в области медицины // [http://www.icsti.su/uploaded/201003/intel\\_prop/26.pdf](http://www.icsti.su/uploaded/201003/intel_prop/26.pdf).
5. Общественное здравоохранение, инновации и права интеллектуальной собственности. – WHO Press, 2006.
6. Palombi L. The Role of Patent Law in Regulating and Restricting Access to Medicines (2009) // <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol6-2/palombi.asp>.
7. Attaran A., Gillespie-White L. Do Patents for Antiretroviral Drugs Constrain Access to AIDS Treatment in Africa? // [http://iipi.org/wp-content/uploads/2010/07/Antiretroviral\\_Article.pdf](http://iipi.org/wp-content/uploads/2010/07/Antiretroviral_Article.pdf).
8. Доступність лікарських засобів: правові аспекти / А. Якименко // Здоров'я України. – 2012. – № 3 (280). – С. 62-63.
9. Фармацевтические компании будут в убытке от патентного обвала // <http://gmp.org.ua/allnews/2012/09/farmaceuticheskie-kompanii-budut-v-ubytkе-ot-patentnogo-obvala.html>.
10. Originator-Generic competition: Preliminary Report // [http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/2\\_Originator\\_Generic\\_competition.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/2_Originator_Generic_competition.pdf).
11. EGA Report IP Barriers Generic Medicines: A review of weaknesses in the current European patent system and their impact on market access of generic medicines. – EUROPEAN GENERIC MEDICINES ASSOCIATION, 2008.

## ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ ОХРАНЫ ИНДИВИДУАЛЬНОГО И ОБЩЕСТВЕННОГО ЗДОРОВЬЯ В УКРАИНЕ

З. ГЛАДУН,

кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права и процесса Львовской  
коммерческой академии

### SUMMARY

The issues of a legal mechanism for ensuring the rights of medical and health care for human are reviewed in the article. The current legislation of Ukraine and its composition, the system of district form of government which exercise public administration and regulation are analyzed. The range of relationships that require administrative and legal regulation are outlined. A number of measures for improving the management of these relationships, in particular, the need of the Institute of medical ombudsman (an official appointed for human rights in the area of health care), the update of the health care legislation and the adoption of the new legislations, specifically, "On guaranteed level of health care by government", "On compulsory state health insurance", "On primary health care and family medicine", "On specialized medical care", etc. are proposed.

**Keywords:** health care of human and population, relations in the field of health, health care legislation, organization of public administration and regulation, legal liability.

\*\*

В статье освещены вопросы правового обеспечения прав человека на получение медицинской помощи и охрану здоровья, проанализированы действующее законодательство Украины и его состав, система органов государственной власти и местного самоуправления, осуществляющих государственное управление и правовое регулирование, очерчен круг отношений, требующих правового регулирования, предложен ряд мероприятий по его усовершенствованию, в частности, необходимость учреждения института медицинского омбудсмана – Уполномоченного по правам человека в сфере охраны здоровья, обновления законодательства о здравоохранении и принятие новых законодательных актов, в частности, «О гарантированном государством уровне медицинской помощи», «Об общеобязательном государственном социальном медицинском страховании», «О первичной медицинской помощи и семейной медицине», «О специализированной медицинской помощи» и др.

**Ключевые слова:** охрана здоровья человека и населения, отношения в сфере здравоохранения, законодательство о здравоохранении, организация государственного управления и правового регулирования, юридическая ответственность.

**Постановка проблемы.** Начатое в Украине в 2010 г. реформирование системы здравоохранения невозможно без использования правовых средств, в частности, законодательного регулирования отношений в этой области. Принятое в начале 90-х гг. прошлого века законодательство Украины требует своего дальнейшего развития и регулирования вопросов, которые до сих пор не урегулированы законодательно. К ним относятся организация государственного управления и правового регулирования на новой основе обязательного медицинского социального страхования, более конкретное определение правового положения человека и гражданина в области охраны здоровья, учреждение нового административного порядка рассмотрения жалоб пациентов путем учреждения института Уполномоченного Верховного Совета Украины по правам человека в

сфере охраны здоровья, расширение использования юридической ответственности за правонарушения в области охраны здоровья и др.

**Актуальность темы исследования.** Охрана индивидуального и общественного здоровья является одной из важнейших задач современного государства, приоритетной составляющей его социальной политики, закреплённой в государственных программах и законодательных актах. В научных трудах ученых-юристов советского времени был сделан вывод о том, что охрану здоровья человека и населения можно считать одной из важнейших внутренних функций государства.

**Состояние исследования.** Последнее десятилетие в Украине характеризуется быстрым развитием законодательства в области охраны здоровья, появлением значительного количества публикаций в на-

учной периодике, коллективных и индивидуальных монографий, защищенных диссертаций, изданий публицистической и учебной литературы по означенной тематике, проведением многочисленных научных и практических мероприятий – региональных, всеукраинских и международных конференций, симпозиумов, «круглых столов», и, наконец, издание всеукраинского научно-практического журнала «Медицина и право», свидетельствует о бурном развитии нового направления юридической науки и практики.

**Целью и задачей статьи** является обзор направлений развития законодательства об охране индивидуального и общественного здоровья, организационно-правовых проблем, возникающих в процессе правового регулирования отношений в этой области и разработка рекомендаций по их разрешению, а также предложения по принятию новых законодательных актов.

**Изложение основного материала.** Здоровье населения в целом и каждого человека в отдельности имеет определяющее значение для существования и развития общества и страны. Конституция Украины [1] в ст. 49 устанавливает, что каждый человек имеет право на охрану здоровья, медицинскую помощь и медицинское страхование, а забота о здоровье человека и обеспечение его охраны являются важнейшей обязанностью государства и его органов власти.

Анализ содержания указанной нормы Конституции указывает, что субъектом права на охрану здоровья, медицинскую помощь и медицинское страхование является любое лицо (а не только гражданин Украины), которое находится под юрисдикцией государства. Можно сделать вывод, что иностранный гражданин, лицо без гражданства или беженец по украинскому законодательству вправе пользоваться этим правом наравне с украинскими гражданами. Так, в частности, ст. 10 Закона Украины «О правовом статусе иностранцев и лиц без гражданства» [2] устанавливает, что иностранцы и лица без гражданства, которые постоянно проживают в Украине, а также которым предоставлен статус беженца в Украине пользуются медицинской помощью наравне с ее гражданами.

Законодательство Украины об охране здоровья можно условно разделить на две части, которые тесно между собой взаимосвязаны. Первая – это акты международного права, согласие на действие которых предоставил Верховный Совет Украины, вторая

же – это акты собственно украинского национального законодательства.

К первой группе следует отнести Всеобщую декларацию прав человека, международные пакты о гражданских, политических, социальных, экономических и культурных правах человека, Декларацию прав ребенка, а также иные акты, регулирующие отдельные вопросы охраны здоровья населения и оказания медицинской помощи – Декларацию относительно прав пациентов (Лиссабон, Португалия, сентябрь-октябрь 1981 г.), Положение о защите прав и конфиденциальности пациента (Будапешт, Венгрия, октябрь 1993 г.), Декларацию о правах инвалидов (9 декабря 1975), Декларацию относительно трансплантации человеческих органов (Мадрид, Испания, октябрь 1987), а также значительное количество подобных актов, принятых Всемирной организацией здравоохранения, Всемирной медицинской ассоциацией, Всемирной ассоциацией медицинских сестер и рядом других международных органов и организаций.

Ко второй группе актов украинского законодательства относятся Конституция Украины, нормы которой закрепляют права человека на охрану здоровья, медицинскую помощь и медицинское страхование, на отдых, на социальное обеспечение и другие социальные блага, Основы законодательства Украины о здравоохранении [3], другие, т.н. «отраслевые» законодательные акты, устанавливающие правовое регулирование этих отношений. К ним относятся законы «О предотвращении заболевания синдромом приобретенного иммунодефицита (СПИД) и социальной защите населения», «Об обеспечении санитарного и эпидемического благополучия населения», «О защите населения от инфекционных болезней», «О лекарственных средствах», «О донорстве крови и ее компонентов», «Об экстренной медицинской помощи» и др.

За годы независимости в Украине сформирована нормативно-правовая база по вопросам здравоохранения, состоящая из 170 законов, 135 Указов Президента, 505 постановлений Правительства, 2931 приказа Министерства здравоохранения Украины [4, с.3]. Практически все они в большей или меньшей степени соответствуют требованиям норм международного права и, в частности, законодательству Европейского Союза об охране индивидуального и общественного здоровья. Такой вывод делают как украинские, так и зарубежные эксперты [5, с.11].

Вместе с тем, было бы преждевременным счи-

тать, что украинское законодательство в этой сфере имеет системный и завершённый характер и, таким образом, отсутствуют основания для его дальнейшего совершенствования. Нами очерчен примерный круг отношений в сфере охраны здоровья человека и населения, требующих правового регулирования. К ним относятся отношения:

- определяющие права и обязанности человека и гражданина в сфере здравоохранения (в том числе пациента и медицинского работника);

- по формированию государственной и местной политики охраны здоровья населения и механизмов (организационных, финансовых, правовых) её реализации;

- по организации здравоохранения в стране (состав и система общегосударственной системы здравоохранения, учреждений здравоохранения (центры первичной медицинской помощи, больницы, поликлиники, диспансеры, диагностические центры, амбулатории и др.);

- регулирующие организацию санитарных и противоэпидемических мероприятий и осуществления государственного санитарно-эпидемиологического надзора;

- формирующиеся в сфере лечебного процесса – лицензирование медицинской практики и аккредитация учреждений здравоохранения, получение согласия пациента на лечение, порядок применения методов профилактики, диагностики, лечения и реабилитации, порядок проведения медицинских манипуляций и процедур, основания предоставления психиатрической помощи, проведения аборта, коррекции (изменения) пола лица, оказания медицинской помощи для обеспечения репродуктивной функции человека, переливания крови и её компонентов, трансплантации органов и тканей, проведение медицинской экспертизы и экспертизы трудоспособности, проведение биомедицинских исследований с участием человека и др.;

- возникающие в сфере реабилитации пациентов, восстановления их здоровья и работоспособности.

Все органы государственной власти, а также местного самоуправления в той или иной степени осуществляют руководство и регулирование отношений в сфере здравоохранения. Некоторые из них – органы общей компетенции (Верховный Совет, Президент, Кабинет Министров Украины, областные и районные государственные администрации, сельские, поселковые, районные и городские советы и их исполкомы) – осуществляют его в струк-

туре общего руководства социальной сферой жизни. Другие же – министерства здравоохранения Украины и Автономной Республики Крым, департаменты здравоохранения облгосадминистраций и районные и городские отделы (управления) здравоохранения, главные врачи республиканских, областных, районных и городских больниц – непосредственно осуществляют управление в этой сфере, обеспечивая выполнение возложенных на них задач по медицинскому обслуживанию населения.

Центральный орган исполнительной власти, уполномоченный на осуществление государственного управления и регулирования отношений в этой сфере – Министерство здравоохранения Украины, в 2010 году в соответствии с требованиями и стандартами Европейского Союза модернизировалось и претерпело серьёзные структурные изменения, сегодня, даже в условиях хронической нехватки финансовых средств, достаточно успешно обеспечивает руководство всей системой здравоохранения. В условиях формирования рыночных отношений изменились и функции Минздрава, в подчинении которого осталось лишь 203 крупнейших учреждения здравоохранения государственной формы собственности (республиканские специализированные больницы и центры, медицинские университеты и колледжи, медицинские научно-исследовательские институты, специализированные санатории и т.п.), в то время как 90% медицинских учреждений коммунальной формы собственности перешли в подчинение органам местного самоуправления.

Одним из средств обеспечения эффективности системы здравоохранения является законодательное закрепление предусмотренных Конституцией равных возможностей всем лицам, находящимся под юрисдикцией государства, в доступе на получение медицинской помощи. В настоящее время на обсуждении в Верховном Совете Украины находятся несколько проектов закона «О правах пациентов» [6, с.25]. В кругах медицинской и юридической общности обсуждается вопрос о необходимости подготовки законопроектов «Об учреждениях здравоохранения», «О врачебных (медицинских) обществах», «О правовом статусе и гарантиях деятельности медицинских и фармацевтических работников в Украине» [7, с.80-92] и др.

Однако наличие только одних современных актов законодательства не может, само по себе, обеспечить соблюдение прав пациентов и медицинских работников. Для этого необходимо соответствующие за-

конодательные меры дополнить мерами институционального, организационного характера, т. е. создать органы, которые отвечали бы за соблюдение прав пациентов и занимались бы ими (или возложить эти полномочия на уже существующие органы). Правительство пошло самым простым путем, возложив на Минздрав обязанности по обеспечению соблюдения прав пациентов путем закрепления в положении о министерстве этой задачи как приоритетной.

Сегодня большинство жалоб на некачественное медицинское обслуживание рассматривается в административном порядке соответствующими медицинскими комиссиями, которые создаются для этой цели медицинской администрацией, и очень мало таких жалоб рассматривается в независимых от медицинской администрации органах, в частности, в суде. Разрешению многих проблем в этой области способствовало бы учреждение института медицинского омбудсмана – Уполномоченного по правам человека в сфере охраны здоровья, который бы избирался Верховным Советом Украины сроком на 5 лет. Медицинский омбудсман рассматривал бы жалобы лиц, права которых были нарушены медицинским персоналом в процессе оказания медицинской помощи. Он должен быть независимым должностным лицом высокого ранга и иметь своих представителей на местах и соответствующую вспомогательную службу.

Юридическая ответственность является серьезной мерой влияния на формирование общественных отношений. Сегодня действующее законодательство достаточно подробно устанавливает перечень как преступных деяний, так и административных проступков в сфере здравоохранения, поэтому целесообразнее говорить об эффективности применения соответствующих мер юридической ответственности (санкций) для предотвращения совершения указанных деяний. Очевидно, что санкции за административные проступки в размере от 3-х до 15-и необлагаемых минимумов доходов граждан (от 51 до 251 грн.), предусматриваются и поныне нормами главы 5 Кодекса Украины об административных правонарушениях [8] «Административные правонарушения в области охраны труда и здоровья населения». Они неэффективны и вызывают лишь раздражение и насмешки у виновных субъектов указанных деяний. Поэтому следует поддержать позицию разработчиков проекта нового Кодекса об административных правонарушениях, предложивших в качестве административных взысканий штрафы 7 категорий - от

100 до 3000 грн. на физических и от 1000 до 30000 грн. на юридических лиц [9]. Это, в принципе, соответствует общему направлению развития административного законодательства в современный период и должно, по мысли авторов, повлиять на уменьшение численности совершённых административных правонарушений.

Особой актуальности проблемам правового регулирования отношений в сфере охраны здоровья придает начатое Правительством Украины в 2010 г. реформирование этой сферы. 7 июля 2011 г. Верховный Совет Украины принял Закон о внесении изменений в Основы законодательства о здравоохранении [10]. В этот же день был принят Закон Украины «О порядке проведения реформирования системы охраны здоровья в Винницкой, Днепропетровской, Донецкой областях и в городе Киеве» [11]. Принятием этих законодательных актов было положено начало правовому обеспечению реформирования системы здравоохранения в стране.

На этом пути крайне необходимо внедрение организационно-структурной перестройки отрасли и экономических основ ее функционирования. Имеется в виду введение обязательного социального медицинского страхования. Это даст возможность объективно осветить, оценить и учесть реальный размер финансовых ресурсов, которые вращаются в этой сфере, и вывести значительную их часть «из тени». Пациент должен знать, что за его лечение платит страховой медицинский фонд. Зная это, он вряд ли захочет в подобном случае платить повторно из своего кармана. В свою очередь, профессиональная деятельность медицинских работников, в том числе их качество и оплата труда, будет находиться под пристальным финансовым контролем страховых организаций. В этих условиях наконец сможет воплотиться в жизнь принцип современной западной медицины - «Деньги идут за пациентом!». Это должно снять остроту существующей проблемы, заключающейся в отсутствии и недостаточности средств на лечение больных, в том числе и так называемого «бесплатного» лечения, оплаты лекарств и т.д. В свою очередь это должно повлечь за собой необходимость обновления законодательства о здравоохранении и принятие новых законодательных актов, в частности, «О гарантированном государством уровне медицинской помощи», «Об общеобязательном государственном социальном медицинском страховании», «О первичной медицинской помощи и семейной медицине», «О специализированной

медицинской помощи», «О частной медицинской практике»[12] и др. Это будет способствовать развитию и утверждению новых общественных отношений, современной профессиональной этики и морали медицинских работников.

**Выводы.** В связи с осуществлением реформы здравоохранения в стране, в реформировании и обновлении также нуждается и законодательство. Важнейшим законодательным актом в этой сфере должен стать Закон об обязательном медицинском социальном страховании, который внесет существенные изменения во всю структуру органов и учреждений здравоохранения и систему их государственного управления. Это повлечет необходимость принятия ряда новых законодательных актов, конкретизацию правового положения человека и гражданина в области охраны здоровья, учреждение института Уполномоченного Верховного Совета Украины по правам человека в сфере охраны здоровья, расширение использования юридической ответственности за правонарушения в области охраны здоровья и принятие других мер для совершенствования самой системы здравоохранения, так и ее правового обеспечения.

### Список использованной литературы

1. Конституция Украины : Верховный Совет Украины, Закон от 28 июня 1996 года // Ведомости Верховного Совета Украины. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. О правовом статусе иностранцев и лиц без гражданства: Верховный Совет Украины, Закон от 22 сентября 2011 г. // Ведомости Верховного Совета Украины. – 2011. - № 19-20. – Ст. 179.
3. Основы законодательства Украины о здравоохранении : Верховный Совет Украины; Закон от 19 ноя-

бря 1992 г. // Ведомости Верховного Совета Украины. – 1993. – № 4. – Ст. 20.

4. Інформаційно-аналітична довідка про взаємодію Міністерства охорони здоров'я України з Верховною Радою України. – Київ: Міністерство охорони здоров'я України – 2009. – 36 с.

5. Ціборовський О.М. Шляхи систематизації законодавства України у сфері охорони здоров'я / О.М.Ціборовський, С.В.Істомін, В.М.Сорока. – К., 2011. – 72 с.

6. Гладун З. С. Медицина і права пацієнтів // Медичне право. – 2008. – № 1. – С. 7–26.

7. Стеценко С. Г., Стеценко В. Ю., Сенюта І. Я. Медичне право України : підруч. / заг. ред. С. Г. Стеценка. – К. : Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. — 507 с.

8. Кодекс Украины об административных правонарушениях: Верховный Совет Украины; Кодекс Украины, Кодекс, Закон от 07 декабря 1984 г. // Ведомости Верховного Совета Украинской ССР. – 1984. – приложение к № 51. – Ст.1122 (с последующими изменениями и дополнениями).

9. Проект концепції реформування інституту адміністративної відповідальності та відповідні законопроекти. – Київ, Центр політико-правових реформ, 2006. – 201 с.

10. О внесении изменений в Основы законодательства Украины о здравоохранении для совершенствования оказания медицинской помощи: Верховный Совет Украины; Закон от 07 июля 2011 года // Офіційний вісник України. – 2011. – № 59. – Ст.2345.

11. О порядке проведения реформирования системы здравоохранения в Винницкой, Днепропетровской, Донецкой областях и в городе Киеве: Верховный Совет Украины; Закон от 7 июля 2011 г // Ведомости Верховного Совета Украины. – 2012. – № 12-13. - Ст. 81.

12. Гладун З. Охорона здоров'я населення як об'єкт комплексного правового регулювання. / З. Гладун // Право України. – 2008.– № 12. – С. 30-35.

## РОЛЬ ОРГАНОВ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ В ПРОЦЕССЕ РЕГУЛИРОВАНИЯ ПЛАТЫ ЗА ЗЕМЛЮ В УКРАИНЕ

А. БИЛЕЦКАЯ,

заместитель заведующего научно-исследовательской лаборатории «Нормативно-правового обеспечения финансовых отношений» Научно-исследовательского института финансового права Национального университета налоговой службы Украины.

### SUMMARY

The article discusses the current situation in the sphere of land relations, especially regarding organizational right mechanism to ensure the payment of land tax and rent for the land and communal forms of public ownership. The analysis of power and hierarchy of executive power through the prism of management functions to ensure the collection of payment for the land. The content of the right organizational mechanism by which the process of the administration of the land tax and land rent as a whole. Highlight the problematic aspects of the role of the executive power in the process of improvement of land relations.

**Key words:** land, land tax, rent, executive agencies, government regulation

\*\*\*

В статье рассматривается сложившаяся ситуация в сфере земельных правоотношений, в особенности касательно организационно-правового механизма обеспечения уплаты земельного налога и арендной платы за земли коммунальной и государственной форм владения. Проведен анализ полномочий и иерархии органов исполнительной власти через призму функций управления по обеспечению взимания платы за землю. Раскрывается содержание организационно-правового механизма, на основе которого происходит процесс администрирования земельного налога и арендной платы за землю в целом. Освещены проблемные аспекты деятельности органов исполнительной власти и предложены пути их разрешения, в процессе регулирования земельных правоотношений.

**Ключевые слова:** земля, земельный налог, арендная плата, органы исполнительной власти, государственное регулирование.

**Постановка проблемы.** В Украине продолжается процесс осуществления рыночных реформ, который также включает и проведение земельной реформы, конечной целью которой должно стать формирование цивилизованного рынка земли, что в свою очередь способствовало бы осуществлению эффективных правовых и экономических процессов в государстве, в частности повышению налоговых поступлений. Одновременно отметим, что успешная реализация земельной реформы невозможна без определенного участия органов исполнительной власти, в особенности касательно вопросов, обеспечения рационального, целевого использования земельных ресурсов, налогообложения земельных участков различных категорий, отмены моратория на куплю-продажу земель сельхозназначения.

**Актуальность темы исследования** обусловлена, прежде всего, необходимостью научного осмысления особенностей деятельности органов исполнительной власти при регулировании платы за землю. Следует отметить, что земля, как один из важнейших ресурсов, занимающий исключительное место в жизни и развитии любого общества, должна находиться под особой охраной государства. В тоже время, земельные отношения обязаны олицетворять собой совокупность правоотношений, направленных на создание благоприятных условий, целью которых должны стать: реализация индивидом права частной собствен-

ности (пользование, распоряжение, владение земельным участком) и выполнение соответствующих налоговых обязательств, то есть наполнение бюджета в следствии налоговых поступлений от эффективного использования земельных ресурсов.

**Состояние исследования.** Проблематике организации и деятельности органов исполнительной власти в процессе регулирования земельных правоотношений и усовершенствования земельного налогообложения посвящены работы В. Бакуменка, П. Боровыка, О. Лебединской, А. Москаленко, И. Розпутенка, Н. Стативки, О. Терентьевой, Н. Титовой, О. Шандырова и других исследователей.

**Целью и задачей статьи** является исследование на основе достижений финансово-правовой науки, обобщения правотворческой и правоприменительной практики, отечественного и зарубежного опыта, особенностей и принципов деятельности органов исполнительной власти при регулировании платы за землю.

**Изложение основного материала.** Из мировой практики известно, что государство не должно сдерживать развитие земельного оборота, независимо от того, купля – продажа земли, аренда или иные операции, осуществляемые в рамках законодательного поля; роль государства, прежде всего, должна заключаться в предоставлении институциональной и технической поддержки функционированию земельных



правоотношений. Что же касается платы за землю, здесь важно акцентировать внимание на функциях органов исполнительной власти в процессе регулирования правоотношений между плательщиками земельного налога, арендной платы за земли коммунальной и государственной форм владения и фискальными органами.

Общепризнанным мнением является то, что именно органы исполнительной власти реализуют важнейшие функции государства. Учитывая это теоретическое обоснование, оптимизация функций управления – ключевого фактора эффективного функционирования органов исполнительной власти – приобретает особое значение как с теоретической, так и с практической точек зрения [14].

Таким образом, исполнительную власть характеризует фактор урегулирования и управления определенными социальными процессами, и направления их реализации в пределах законодательного ареала. По утверждению В. К. Колпакова, А. В. Кузьменко, «... управление является способом (формой) реализации (проявления) власти» [13, с. 28].

Содержание деятельности исполнительно-распорядительных органов по управлению земельными ресурсами заключается прежде всего в прогнозировании и планировании использования земельных ресурсов, поступлений от уплаты земельного налога, арендной платы за землю, установлении норм и порядка землепользования, распределения и перераспределения земель, оперативно-распорядительной и контрольно-надзорной деятельности за использованием и охраной земель.

Организационно-правовой механизм обеспечения взимания платы за землю определяется, в частности, теми функциями, которые выполняет земельное налогообложение: стимулирование рационального использования земли (стимулирующая функция), выравнивание условий хозяйствования для предприятий, функционирующих в различных условиях (регулирующая функция), аккумуляция средств на финансирование землеохраняющих мероприятий и развитие социальной инфраструктуры территориальных единиц, которым принадлежат сельскохозяйственные угодья (фискальная функция) [16].

Исходя с вышеуказанного, регулирование платы за землю в Украине является целенаправленным процессом осуществления органами государственной власти комплекса нормативно-правовых, финансово-экономических, административных, организационных, научно-методических, образовательно-информационных и других мероприятий, обеспечивающих функционирование землепользования, охрану земли и поступление в бюджет в процессе реализации собственниками земли и землепользователями своих прав и выполнения обязанностей.

Необходимо отметить, что полномочия органов исполнительной власти в сфере земельных правоотношений

следует рассматривать через призму функций управления, так как с их помощью более точно устанавливаются причинно-следственные связи субъектов и объектов в различных системах. Функции органов исполнительной власти следует же рассматривать как их управленческое воздействие на объекты управления, которое заключается не в прямом администрировании, а в ориентировании, обеспечении ресурсами и средствами для достижения целей и задач, которые стоят перед объектами управления [12].

Содержанием функционирования системы органов исполнительной власти по обеспечению взимания платы за землю является, прежде всего, организационно-управленческая, исполнительно-распорядительная деятельность, на основе которой происходит обеспечение функционирования государства и сам процесс администрирования земельного налога и арендной платы за землю в целом.

Компетенция, организация и порядок деятельности органов исполнительной власти касательно организационно-правового механизма обеспечения взимания платы за землю определяется отдельными нормативно-правовыми актами. В частности, Налоговым и Земельным кодексами, Законами Украины “О аренде земли”, “О местном самоуправлении в Украине”, “О государственном земельном кадастре”, “О порядке выделения в натуре (на местности) земельных участков собственникам земельных долей (паев)”, Постановлениями Кабинета министров Украины “О Методике нормативной денежной оценки земель сельскохозяйственного назначения (кроме земель населенных пунктов)”, “Об утверждении Порядка взаимодействия органов исполнительной власти по обмену информацией, необходимой для исчисления и взимания платы за землю” [1; 2; 3; 4; 5; 6; 10; 11].

В зависимости от объема полномочий, в сфере земельных правоотношений, регулирующие государственные органы принято классифицировать на: общей, межотраслевой, отраслевой компетенции и специально уполномоченный орган по вопросам земельных ресурсов.

Границы управленческого воздействия в сфере земельных ресурсов и организационно-правового механизма обеспечения взимания платы за землю определяют Кабинет Министров Украины (далее – КМУ), центральный орган исполнительной власти по вопросам земельных ресурсов, центральный орган исполнительной власти по вопросам аграрной политики, Совет Министров Автономной Республики Крым, местные государственные администрации, Государственное агентство земельных ресурсов. Их компетенция распространяется на все земли территории Украины в целом и отдельно на административно-территориальные единицы.

Следует отметить, что в соответствии с Конституцией Украины КМУ является высшим органом в системе органов исполнительной власти, к полномо-

чиям которого в области земельных правоотношений относятся: распоряжение землями государственной собственности в пределах, определенных действующим законодательством, в особенности реализация государственной политики в области использования и охраны земель, координация проведения земельной реформы, организация ведения государственного земельного кадастра. Следует отметить, что роль земельного кадастра наиболее важна относительно информационного наполнения данными, которые имеют значения для начисления земельного налога и арендной платы за землю. Также, КМУ выполняет функции государственного контроля за использованием и охраной земель и осуществление землеустройства.

Вышеуказанные полномочия КМУ осуществляются в двух формах: путем нормативно-правового регулирования соответствующих отношений и путем исполнительно-распорядительной деятельности в соответствующей сфере.

Последующим звеном в цепочке органов исполнительной власти, имеющих непосредственное отношение к регулированию процессов, связанных с начислением и администрированием земельного налога и арендной платы за землю, являются министерства, одной из целей деятельности которых – формирование направлений реализации государственной политики в земельной сфере. А также, необходимое нормативно-правовое обеспечение, путем издания собственных актов, определяющих приоритетные направления развития земельных правоотношений, информирование и разъяснение по вопросам осуществления государственной политики касательно налогообложения земли, реализации права частной собственности и аренды. Функциональной деятельностью министерств является также обобщение практики применения земельного законодательства и разработка предложений по его усовершенствованию, прежде всего путем подготовки соответствующих проектов нормативно-правовых актов.

Ключевое место среди органов исполнительной власти по вопросам земельных ресурсов – занимает Государственное агентство земельных ресурсов Украины (далее – Госземагентство Украины). Органы Госземагентства наделены полномочиями осуществления государственной регистрации земельных участков, недвижимого имущества и прав на них, договоров аренды земли [7]. Также, к обязанностям Госземагентства относится выдача выдержек из технической документации о нормативной денежной оценке земельных участков. В соответствии со статьей 13 Закона «Об оценке земель», нормативная денежная оценка земельных участков осуществляется в случае: определения размера земельного налога, определения размера арендной платы за земельные участки государственной и коммунальной собственности [8]. Следует отметить, что нормативная оценка земельных участков может проводиться как по решению органа

исполнительной власти или органа местного самоуправления, так и на основании договора, который заключается заинтересованными лицами в порядке, установленном законом. Кроме того, органы Госземагентства непосредственно на местах организуют проведение работ по землеустройству с целью внесения сведений в Государственный земельный кадастр.

Следует отметить, что суть административной деятельности Госземагентства Украины заключается в выполнении им широкого спектра задач, к которым кроме вышеобозначенных, также относятся: реализация государственной политики и управления в сфере регулирования земельных правоотношений, улучшение, охрана и проведение мониторинга земель, ведения государственного земельного кадастра, а также межотраслевая координация и государственное регулирование процессов установления границ территориальных единиц.

По мнению Н. В. Стативки, совершенно очевидно, что такая концентрация полномочий в Госземагентстве создает правовые предпосылки для злоупотреблений в сфере земельных отношений, поэтому и уровень коррупции в этой сфере является одним из самых высоких в Украине [15, с. 5].

Непосредственное отношение к фискальным аспектам (плате за землю) и разработке экономического и правового механизма регулирования правоотношений в области взимания и начисления земельного налога и арендной платы за землю имеет Министерство доходов и сборов Украины (далее – Миндоходов) [9].

Миндоходов Украины является центральным органом исполнительной власти, деятельность которого направляется и координируется КМУ. Одной из основных задач Миндоходов – обеспечение формирования единой государственной налоговой политики в части администрирования налогов и сборов.

Миндоходов на местах (налоговые инспекции) тесно сотрудничают с другими органами исполнительной власти, в особенности касательно обмена информацией, необходимой для исчисления и взимания земельного налога и арендной платы за земельные участки государственной и коммунальной форм собственности.

Субъектами информационного обмена выступают: органы Миндоходов; органы Госземагентства, Государственная сельскохозяйственная инспекция, Фонд государственного имущества и Министерство финансов Украины. Обмен информацией происходит прежде всего касательно проведения нормативной денежной оценки земель в пределах населенных пунктов, перехода права собственности на земельные участки на основании гражданско-правовых соглашений, фактов самовольного занятия земельных участков с указанием их местонахождения, площади, категории земель, результатов нормативной денежной оценки, фактов использования земель на основании

договоров аренды, но не по целевому назначению, и других направлений, имеющих значение при начислении платы за землю.

Здесь следует отметить, что в сфере государственного управления имеет место конфликт интересов, который проявляется прежде всего в том, что характер осуществления одной функции органа власти является в той или иной степени зависимым от другой его функции, или подчиненный ей до такой степени, что это, в лучшем случае, снижает эффективность управленческой деятельности этого органа, а в худшем – парализует эту деятельность, не обеспечивая достижения целей, задекларированных в государственных решениях, как цели деятельности соответствующего органа власти [15, с. 4].

Таким образом, спецификой реализации функций исполнительной власти является присущий исполнительно-распорядительный характер, который заключается в практическом воплощении в жизнь законодательных актов и управлении сферами социально-экономического развития, а также государственно-политическая деятельность.

**Выводы.** Подытоживая вышесказанное, следует отметить, что существующая в Украине модель исполнительной власти является сложным, противоречивым явлением со многими бюрократическими деформациями, недостатками и слабыми сторонами. А длительная бессистемность подходов по созданию министерств и других центральных органов исполнительной власти вызывает необходимость внесения определенных коррективов, направленных прежде всего на устранение дублирования функций органов исполнительной власти, в процессе регулирования взаимоотношений связанных с начислением и уплатой земельного налога и арендой платы за землю.

Также, проведенный анализ деятельности органов исполнительной власти при регулировании платы за землю свидетельствует о том, что эта система функционирования крайне несовершенна, что объясняется такими причинами, как внутренние несогласования, вследствие постоянных структурных реорганизаций и многосторонней координации деятельности местных органов земельных ресурсов.

Следует также отметить, что значимая общественная роль земли должна обеспечивать, прежде всего, удовлетворение большого спектра потребностей человека: физиологических, психологических, социальных, производственных, экологической безопасности [17]. Кроме того, в большей мере экономически заинтересованными в усовершенствовании земельных правоотношений оказываются именно органы местного самоуправления, которые при эффективном использовании земельных ресурсов смогут значительно увеличить доходы бюджета путем поступления средств от налогов с владельцев земли, сборов от сделок с землей, аренды земель государственной и коммунальной собственности.

Таким образом, многоаспектность рассмотренной проблемы не оставляет сомнения в необходимости скорейшего ее решения, так как даже не специалистам по вопросам проведения реформ понятно, что судьба украинского государства, благосостояние украинского народа целиком и полностью зависят от того, насколько эффективно будет использован такой стратегически важный ресурс как земля.

### Список использованной литературы

1. Земельный кодекс Украины от 25 октября 2001 г. №2768-III – Режим доступа : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2768-14>
2. Налоговый кодекс Украины: от 02.12.2010 № 2755-VI. – Голос Украины. – 2010. – № 229-230
3. Закон Украины «О аренде земли» от 6 октября 1998 г. №161-XIV – Режим доступа : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/161-14/page2>
4. О местном самоуправлении в Украине: Закон Украины от 21.05.1997 г. № 280/97-ВР // Ведомости Верховного Совета Украины. – 1997. – № 24. – Ст. 170.
5. Закон Украины «О порядке выделения в натуре (на местности) земельных участков собственникам земельных долей (паев)» от 05.06.2003 г. № 899-IV III – Режим доступа : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/899-15>
6. Закон Украины «О государственном земельном кадастре» от 07.07.2011 г. – № 3613-VI – Режим доступа : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/card/3613-17>
7. О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и их ограничений: Закон Украины от 01.07.2004 г. № 1952-IV // Ведомости Верховного Совета Украины – 2004. – №51. – Ст. 553.
8. Закон Украины «О оценке земель» от 11.12.2003 г. – № 1378-IV – Режим доступа : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1378-15>
9. О Министерстве доходов и сборов Украины: Указ Президента Украины от 18.03.2013 г. № 141/2013 // Правительственный курьер. - 2013. - № 51.
10. О утверждении Методики нормативной денежной оценки земель несельскохозяйственного назначения (кроме земель населенных пунктов): Постановление Кабинета Министров Украины от 23.11.2011 г. № 1278 // Собр. – 2012. – № 4.
11. О утверждении Порядка взаимодействия органов исполнительной власти по обмену информацией, необходимой для исчисления и взимания платы за землю: Постановление Кабинета Министров Украины от 1.08.2006 г. № 1066 // Собр. – 2006. – № 146.
12. Бандурка А. М. Управление в органах внутренних дел Украины: [учеб.] / Бандурка А. М. - Х. : Ун-твнутр. дел, 1998. – 480 с.
13. Колпаков В. К. Взаимодействие милиции и общественности в сфере правопорядка : [учеб. пособие] / В. К. Колпаков. – К. : Укр. акад. внутр. дел, 1993. – 80 с.
14. Скакун О. Ф. Теория государства и права: учебник. / О. Ф. Скакун // – Харьков: Консум; Ун-т внутр. дел, 2000. – 691 с.
15. Стативка Н. В. Государственная земельная политика в Украине: состояние и стратегия развития / Н. В. Стативка // Национальная безопасность и оборона. – 2009. – № 3 (107). – С. 2 - 18.
16. Терентьева А. К. Понятие сущность администрирования платы за землю в Украине / О. К. Терентьева // Экономика и право. – 2012. – № 2. – С. 152.
17. Титова Н. Г. Рынок земли и его роль в повышении конкурентоспособности экономики / Н. Г. Титова // Вестник Нижегородского университета им. Н. И. Лобачевского – 2010 – №3(2) – С. 612 – 615.

## КОНСТИТУЦИОННАЯ ПРИРОДА ПРАВА НА ПРАВОВУЮ ПОМОЩЬ: СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ

**Т. ВИЛЬЧИК,**

кандидат юридических наук, доцент кафедры организации судебных  
и правоохранительных органов Национального университета  
«Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»

### SUMMARY

The article investigates the issues of determining the legal nature of the right to legal aid in international documents on human rights, in the constitutions of some Western European countries, CIS states and the Constitution of Ukraine. On the basis of the comparative analysis, the author draws a conclusion about compliance of constitutional right for legal aid in the domestic legislation with international legal standards, and some changes of its definitions in the Constitution of Ukraine are offered. The characteristic of the right to legal aid as a fundamental constitutional right is outlined.

**Key words:** legal aid, advocate, the right for legal aid.

\*\*\*

В статье исследуются вопросы определения правовой природы права на правовую помощь в международно-правовых документах по правам человека, в конституциях некоторых западноевропейских стран, государств бывшего СНГ и Конституции Украины. На основании проведенного сравнительного анализа автором делается вывод о соответствии конституционного закрепления права на правовую помощь в отечественном законодательстве международно-правовым стандартам и предлагаются некоторые изменения его определения в Конституции Украины. Приводится характеристика права на правовую помощь как одного из основных конституционных прав человека.

**Ключевые слова:** правовая помощь, адвокат, право на правовую помощь.

**Постановка проблемы.** В Украине продолжаются дискуссии по поводу объема и содержания понятия «правовая помощь», закрепленного в ст. 59 Конституции Украины, а также в новом законодательстве - Законе Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» 2012 г., Законе Украины «О бесплатной правовой помощи» 2011 г. Различные подходы в определении понятия «правовая помощь» наблюдаются как в международном праве, так и в законодательстве отдельных европейских стран. Определение сущности и содержания права на правовую помощь имеет не только теоретический, но и практический характер, поскольку без обеспечения этого права невозможна реализация иных прав и свобод человека.

**Актуальность темы исследования.** Одним из ключевых элементов успешной евроинтеграции Украины является достижение определенного уровня согласованности национального законодательства с правом Совета Европы и Европейского Союза, прежде всего, с точки зрения приведения украинской системы защиты прав человека по форме и содержанию к общепризнанным европейским стандартам. Поэтому теоретическое осмысление правовой природы права на правовую помощь в Украине по сравнению с определением этого права в международно-правовых документах и в конституциях европейских странах

представляется своевременным и актуальным.

**Состояние исследования.** Научный анализ института правовой помощи осуществлялся многими учеными, среди которых можно назвать: А.М. Бирюкову, А.А. Банчук, Е. Ю. Бова, Т.В. Варфоломееву, А.А., Гончаренко, В.Р. Деханова, М.С. Демкову, А.Л. Жуковскую, Я.П. Зейкана, А.Г. Кучерену, Е.С. Любо-венко, Р.Г. Мельниченко, А.Д. Святоцкого, Е.Г. Тарло, Д.П. Фиолевського, В.П. Шибико и других. Однако, большинство исследований было проведено до принятия новейшего законодательства - Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности», КПК Украины, принятых в 2012 г.

**Целью и задачей статьи** является исследование правовой природы права на правовую помощь, выявление конституционно-правовых механизмов, определяющих его сущность в конституционном праве зарубежных стран, и разработка предложений по совершенствованию правового регулирования института правовой помощи в Украине.

**Изложение основного материала.** В современном отечественном правоведении предложено достаточно много подходов к пониманию феномена правовой помощи, которые отражаются в предлагаемых дефинициях этого понятия [1, с.8; 2, с. 21]. Безусловно, различия в подходах к пониманию тех или иных правовых явлений наглядно демонстрируют их

многоаспектность и многогранность, но бесспорно и то, что коль скоро юридическая помощь как правовое явление едино, должно быть единым и понятие, выражающее его сущность.

Конституция Украины гарантирует каждому право на получение правовой помощи в том числе - бесплатной (ч. 1 ст.59), выражая тем самым объективное право, которое вытекает из содержания Основного закона и является одним из слагаемых правового статуса личности. Регламентация соответствующих отношений формирует сложносоставной институт правовой помощи, нормы которого можно разделить на две группы: 1) общие (статьи 1, 3 ч.2, 21 Конституции Украины) и 2) специальные нормы, определяющие основные принципы развития этого института в действующем законодательстве. (ст.55 ч.1, ст. 59, ст. 63 ч.2 Конституции Украины).

Очевидно, без обеспечения права на правовую помощь в условиях непрерывного реформирования законодательства вряд ли возможна эффективная защита всех иных гражданских прав и свобод. И в данном контексте следует отметить, что право на правовую помощь имеет двойственную природу: с одной стороны оно существует как субъективное личное право человека, а с другой - это важнейшая гарантия защиты всех иных прав и свобод. Механизм конституционного гарантирования права на получение юридической помощи справедливо рассматривают как элемент и видовую конкретизацию механизма правового регулирования применительно к пользованию основными правами свободами человека. [3, с. 10-11].

В качестве особенностей, которыми обуславливается выделение данного права в отдельную группу, Н.С. Бондарь называет: 1. Относительно самостоятельное конституционное оформление, наличие собственного нормативного содержания. 2. Преимущественно процессуальное наполнение, что не исключает материальных элементов. 3. Детальная нормативная конкретизация данного конституционного института в отраслевом законодательстве. 4. Как правило, непосредственная связь соответствующих прав-гарантий с деятельностью судебной власти [4, с. 37].

Конституционное право на правовую помощь следует относить к основным правам человека и гражданина. Данное право является субъективным правом прежде всего потому, что позволяет получать каждому определенные блага (в данном случае - правовую помощь), а в объективном смысле является правовым институтом, представляющим собой совокупность конституционных и иных правовых норм, устанавливающих право на правовую помощь и ее гарантии. Данное право одновременно является и относительным, и абсолютным. Абсолютным - потому, что ни

кто - ни граждане, ни государство - не имеет права препятствовать получению правовой помощи. Относительность же заключается в том, что для полного обеспечения конституционного права на правовую помощь необходима активная деятельность уполномоченных на то субъектов.

Таким образом, будучи особым видом юридической деятельности, правовая помощь обладает двойственным характером. Выступая конституционно закрепленной, правовая помощь должна рассматриваться в конституционно-правовом значении как право человека и гражданина, которое представляет собой адресное организованное содействие реализации прав и свобод личности, осуществляемое средствами юридического характера в целях максимально благоприятного удовлетворения индивидуальных интересов в условиях проблемной правовой ситуации.

В то же время, юридическая помощь личности, выступая в качестве вида правозащитной деятельности, может рассматриваться и как специально-юридическая, конституционно-правовая гарантия, обеспечивающая реализацию прав и свобод человека и способствующая приведению в действие других юридических гарантий их охраны и защиты. Как отмечает М.П. Потанина, реализация права на правовую помощь осуществляется в несколько этапов, включая стадии: 1) правовой регламентации конституционного права; 2) возникновения общих и конкретных конституционно-правовых отношений; 3) непосредственной реализации - получения правовой помощи в форме использования и 4) прекращения права. [5, 13].

Различные подходы в определении понятия «правовая помощь» наблюдаются как в международном праве, так и в конституционном праве отдельных европейских стран, где право на правовую помощь получило закрепление в таких формулировках, как «право на юридическую помощь», «право на помощь адвоката», «право иметь защитника» и др.

Так, в рамках стандартов ООН существует несколько расширенное толкование права на правовую помощь. В частности, это правовая консультация бедным и неимущим лицам; юридическая помощь, реализуемая любыми законными средствами; осуществление адвокатом правовых действий для защиты интересов клиента и право на получение правовой помощи в судах. В понимании данного права объединяются различные виды правовой помощи (услуг), оказываемой как бесплатно, так и на платной основе [6].

Совет Европы правовую помощь рассматривает как возможность лица защищать свои права в любых судах, право на возмещение всех судебных издержек, понесенных в ходе защиты своих прав (гонорара ад-

воката, судебного сбора, расходов на экспертизу, на переводчика и т.д.). Понятие правовой помощи разграничено с понятием правовой консультации, которая предусматривает обеспечение лицам, находящимся в экономически неблагоприятном положении, возможности получения необходимой правовой консультации по всем вопросам, которые могут касаться их прав и интересов [7, с.3].

В понимании Европейского Суда по правам человека (ЕС) право на правовую помощь является предпосылкой существования и определяющей составляющей более широкого по своему объему и значению права на доступ к правосудию, гарантированного ст.6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. «Право каждого человека, обвиняемого в совершении уголовного преступления, на эффективную защиту адвоката является одним из атрибутов справедливого судебного процесса». (Коммюнике Секретаря Суда по делу «Ван Гейсегем против Бельгии» от 21 января 1999 [8, с.56].

В ряде западноевропейских стран, право на правовую помощь не получило непосредственного закрепления в тексте Основного закона, оно выводилось и развивалось органами конституционной юстиции на основе более общих конституционных принципов. Так, Конституция Италии содержит норму о том, что «защита является незыблемым правом на любой стадии и в любом состоянии процесса» (ст. 24). Право на защиту в этой стране было ограничено при фашизме, потому и стало объектом внимания со стороны Конституционного суда. В частности, Суд объявил неконституционными требования статей 222 и 223 УПК Италии, которые позволяли ограничения права на защиту в ходе полицейского дознания [9, с.198].

Можно выделить несколько моделей закрепления права на получение правовой помощи в конституциях ряда западноевропейских стран: право граждан обратиться за помощью к адвокату в случае ограничения свободы в любой ее форме, право на защиту и право на юридическое представительство, право на помощь доверенного лица, должную правовую процедуру, право на доступ к правовым документам и правосудию.

В некоторых конституциях (основных законах) гарантировано право граждан на обращение за помощью к адвокату в случае ограничения свободы в любой ее форме (арест, задержание и т. д.). Конституция Испании (ст. 17.1) провозглашает, что «каждый человек имеет право на свободу и безопасность. Никто не может быть лишен своей свободы иначе, как в соответствии с положениями настоящей статьи и в случаях и форме, предусмотренных законом. Каждый задержанный должен быть немедленно и в понятной форме информирован о своих правах и основаниях

задержания, и не может быть принужден давать показания. Задержанному гарантируется помощь адвоката» [10, с. 348].

В конституциях иных западноевропейских государств провозглашается право на защиту. Так, федеральная Конституция Швейцарской конфедерации в разделе уголовное судопроизводство (статья 32) определяет, что «каждое лицо считается невиновным до тех пор, пока в отношении него не вступит в силу обвинительный приговор. Каждое обвиняемое лицо имеет право в наикратчайший срок и детальным образом быть информированным об обвинениях, выдвигаемых против него. Лицу должна быть обеспечена защита» [11, с. 227].

Ст. 20 Конституции Португалии закрепляет право на доступ к правовым актам и правосудию, предусматривая, что «каждому гарантируется доступ к правовым актам и защита его прав и законных интересов в суде, при этом в правосудии не может быть отказано вследствие недостатка экономических средств; каждый имеет право, согласно закону, на юридическую информацию и консультации, а также на судебную защиту».

Спецификой определения права на правовую помощь отличаются Конституция Итальянской республики и Основной закон ФРГ. В Конституции Италии право на защиту оформлено способом, близким к закреплению данного права Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод 1950 г., в соответствии с которой юридическая помощь включает в себя одновременно и право на защиту, и право на юридическое представительство: «все могут в судебном порядке действовать для защиты своих прав и законных интересов. Защита является нерушимым правом на любой стадии процесса. Специальными учреждениями обеспечивается возможность для немущих предъявлять иски и защищаться в любом суде (ст. 24)» [12, с. 43].

Основной закон ФРГ не воспринял распространенные формы конкретизации права на получение юридической помощи и ввел институт доверенного лица. В ст. 104 Основного закона ФРГ говорится о том, что «о каждом судебном решении с приказом о лишении свободы или продлении задержания должны быть немедленно извещены родственник задержанного или лицо, пользующееся его доверием».

Если немецкое законодательство раскрывает сущность категории «правовая помощь» посредством феномена доверия, то в англосаксонском праве действует принцип должной правовой процедуры. Сама формула надлежащей правовой процедуры берет свое начало от Великой хартии вольностей (1215г.). Первоначально она обеспечивала строгое соблюдение процессуальных правил по гражданским и уго-

ловным делам. Поэтому в общих чертах требования надлежащей правовой процедуры в сфере правосудия сводились к праву на справедливое судебное разбирательство, в основе которого лежал состязательный процесс.

Французское право располагает правилом, сопоставимым с принятым в англосаксонском праве принципом должной правовой процедуры, которое можно сформулировать следующим образом: никто не может подвергаться санкциям, затрагивающим его личность, его свободы, законные права и интересы, без специальной

процедуры, позволяющей заинтересованному лицу знать все, что ставится ему в вину, подготовить и представить доводы в свою защиту. «Конституционный совет Франции распространяет действие права на защиту на такие сферы, как обжалование решений, принимаемых судьей по исполнению наказаний; меры по высылке и препровождению до пограничных пределов иностранных граждан; налоговые рекламации; досмотры, производимые налоговой инспекцией; запреты на занятие определенной профессией; процедуры по наложению дисциплинарных взысканий; споры и конфликты, вытекающие из гражданско-правовых и трудовых отношений» [13, с. 32]. Однако исчерпывающей формулировки права на защиту Конституционным советом Франции еще не выработано: в одних случаях он ссылается на сам принцип, не уточняя его составных элементов, в других, - вникает в отдельные положения закона с тем, чтобы оценить их с точки зрения соблюдения или несоблюдения в них права на защиту. Но в любом случае практика Совета развивается в направлении расширения объема этого права [14, с. 151-153].

Конституция Украины в статье 59 закрепляет многое из того, что охватывается понятием «право на правовую помощь» в международно-правовых нормах и конституциях европейских стран. Из анализа этой конституционной нормы можно сделать вывод, что в ней закрепляются следующие положения:

Во-первых, каждый имеет право на правовую помощь, то есть определенный набор услуг профессионального и ответственного юриста.

Во-вторых, наличие права на правовую помощь предусматривает возможность в установленных законом случаях получения такой помощи бесплатно, что делает правовую помощь доступной для всех лиц без исключения, независимо от наличия материальных средств для ее оплаты.

В-третьих, право любого лица на защиту от обвинения и получение правовой помощи в судах и других государственных органах, реализация которого возложена на институт адвокатуры.

В-четвертых, право на свободный выбор защитника своих прав.

Такое трактование права на правовую помощь является одним из наиболее полных в конституционной практике. Однако, в нем отражены не все важные аспекты права на правовую помощь, установленные в международных документах и конституциях (основных законах) европейских стран, а именно: 1) право на «квалифицированную» правовую помощь; 2) механизм обеспечения права на правовую помощь, в частности, назначения защитника государством в случаях обязательной защиты; 3) момент, с которого лицо приобретает право на защиту в уголовном процессе.

В странах бывшего СНГ концептуальные положения права на правовую помощь также формулируются по-разному. Так, в Конституции РФ не содержится упоминания о таком важном аспекте права на юридическую помощь, как механизм ее обеспечения и, в частности, о праве на назначение защитника государством в случаях обязательной защиты, а также не говорится о праве на приглашение защитника (адвоката) по своему выбору (ст. 48 Конституции РФ). Однако, законодательно закреплено право любого лица, ставшего объектом уголовного преследования, получать помощь адвоката (защитника), а также устанавливается момент, с которого возможно получение такой помощи – «Каждый задержанный, заключенный под стражу, обвиняемый в совершении преступления имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента, соответственно, задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения» (п. 2 ст. 48 Конституции РФ) [15].

Аналогичная норма содержится и в статье 18 Конституции Грузии, в которой установлено, что с момента задержания или ареста лицо может потребовать помощи защитника, и это требование должно быть удовлетворено. В ст. 15 Конституции Кыргызской Республики предусмотрено предоставление гражданину возможности с момента задержания защищать себя самому и пользоваться правовой помощью адвоката [15].

Данное положение, раскрывающее содержание права на правовую помощь, непосредственно вытекает из международных стандартов защиты прав человека, устанавливающих обязанность правительства обеспечить лицу, подвергнутому задержанию, аресту или помещенному в тюрьму с предъявлением или без предъявления обвинения в совершении уголовного преступления, быстрый допуск к адвокату, в любом случае не позднее чем через 48 часов с момента задержания или ареста [ 6 ].

Европейский Суд по правам человека (ЕС) под обвинением понимает не только официальное уведомление об обвинении, но и другие меры, связанные с

подозрением в совершении преступления, которые влекут серьезные последствия или существенным образом сказываются на положении подозреваемого, т.е. считает необходимым исходить из содержательного, а не формального понимания обвинения ( решение по делу «Девеер против Бельгии» от 27 февраля 1980г., « Экле против ФРГ» от 15 июля 1982 , « Фоте и другие против Италии» от 10 декабря 1982 ). Именно такой подход ЕС имеет для отечественных правоприменителей важное значение, поскольку в новом УПК появился институт подозрения, а привлечение к уголовной ответственности начинается именно с сообщения лицу о подозрении в совершении уголовного преступления [ 16 ].

В соответствии с уголовно-процессуальным законодательства Украины, подозреваемый и обвиняемый имеют право по первому требованию иметь защитника и свидание с ним до первого допроса с соблюдением требований конфиденциальности

( ст.42 ч. 3 п.3) УПК Украины) [ 16 ]. Представляется, что и на конституционном уровне целесообразно определить момент, с которого лицо получает возможность защищаться с помощью профессиональным защитника - адвоката. Закрепление такого положения в Основном законе Украины, с одной стороны, соответствует как европейским стандартам в области защиты прав человека, так и нормам нового законодательства - появлению института подозрения в новом УПК Украины, с другой – будет способствовать большей осведомленности граждан о своих правах и возможностях их защиты в сфере уголовного судопроизводства, а также станет дополнительной гарантией соблюдения этих прав. Поэтому предлагаем в статье 59 Конституции Украины определить, что лицо имеет право на защиту с момента уведомления о подозрении или задержания по подозрению в совершении уголовного преступления.

Хотя действующее законодательство Украины не содержит определения «право на квалифицированную правовую помощь», ограничиваясь использованием понятия «право на правовую помощь», проблема получения каждым действительно качественной правовой помощи является, бесспорно, актуальной на сегодняшний день и требует отдельного исследования.

**Выводы.** В конституциях европейских государств выделяются различные модели конституционного закрепления права на получение правовой помощи : право граждан обратиться за помощью к адвокату в случае ограничения свободы в любой ее форме, право на защиту и право на юридическое представительство, право на помощь доверенного лица, должная правовая процедура, право на доступ к документам и правосудию.

Трактование права на правовую помощь в ст. 59

Конституции Украины является одним из наиболее полных в конституционной практике. Однако в нем все же остались не отраженными важные аспекты права на правовую помощь, установленные в международных документах и многих конституциях европейских государств. В частности, на конституционном уровне целесообразно определить момент, с которого лицо получает возможность защищаться с помощью профессионального защитника - адвоката.

### Список использованной литературы

1. Бончук О.А., Демкова М.С. Правова допомога: зарубіжний досвід та пропозиції для України. – К.: Факт-2004.- 360 С.
2. Бірюкова А. М. Щодо проекту Закону України «Про правову допомогу», розробленого Міністерством юстиції України. Зауваження і пропозиції / А. М. Бірюкова, С. В. Гончаренко // Адвокат. - 2004. - № 1. - С. 19-21.
3. Любобенко Е. С. Конституционное право на получение квалифицированной юридической помощи и механизм его гарантирования : Российский и зарубежный опыт : Автореф.дисс. канд. юрид.наук.- Москва,- 2008.- 28 С.
4. Бондарь О. Н. Квалифицированная юридическая помощь – конституционная гарантия судебной защиты прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации: Дис.канд. юрид. наук.- Ростов-на-Дону, - 2008. - 280 С.
5. Потанина М.П. Адвокатура как гарант реализации конституционного права человека и гражданина на юридическую помощь в Российской Федерации : дисс.канд. юрид. наук. Волгоград, 2009.- 244 С.
6. Основні положення про роль адвокатів, прийняті VIII Конгресом ООН по запобіганню злочинам у серпні 1990 року.- [Електронний ресурс]. - Режим доступу: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_835](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_835)
7. Резолюция (78) 8 «О юридической помощи и консультациях», принята Комитетом Министров Совета Европы 2 марта 1978 года // Российская юстиция. – 1997. – № 6. – С. 3-5.
8. Практика Європейського Суду з прав людини. Рішення. Коментарі.- 2/1999.- Київ.-Український центр правничих студій.- 1999. – 56 С.
9. Судебные системы западных государств.-М., Наука.- 1991.- С.198. - 278 С.
10. Конституция Испании // Конституции зарубежных стран. М.: БЕК, 2000.- 348 С.
11. Федеральная конституция Швейцарской конфедерации // Конституции зарубежных стран. М.: БЕК, 2000. - 227 С.
12. Конституция Итальянской республики // Конституции государств европейского союза. М.: ИНФРА М-Норма, 1997. - 423 С.
13. Люшер Ф. Конституционная защита прав и свобод личности. М., 1993.- 322 С.
14. Деханов С.А. Адвокатура в Западной Европе: опыт и современное состояние.- Дисс. докт. юрид. наук – М., 2011.- 360 С.
15. База данных «Законодательство стран СНГ». - [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://www.base.spinform.ru>
16. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар - Тацій В.Я. – Вид-во 2012 р.- [Електронний ресурс]. - Режим доступу: [http://pidruchniki.ws/1233090949171/pravo/kriminalniy\\_protseualniy\\_kodeks\\_ukrayini\\_naukovo-praktichniy\\_komentar\\_-\\_tatsiy\\_vya](http://pidruchniki.ws/1233090949171/pravo/kriminalniy_protseualniy_kodeks_ukrayini_naukovo-praktichniy_komentar_-_tatsiy_vya)