

**VISNYK
OF THE LVIV
UNIVERSITY**

Series Law

Issue 54

Published since 1961

**Ivan Franko National
University of Lviv**

**ВІСНИК
ЛЬВІВСЬКОГО
УНІВЕРСИТЕТУ**

Серія юридична

Випуск 54

Виходить з 1961

**Львівський національний
університет імені Івана Франка**

2011

Міністерство освіти і науки України
Львівський національний університет імені Івана Франка

Вісник Львівського університету. Серія юридична.

2011. Випуск 54. 409 с.

Visnyk of the Lviv University. Series Law.

2011. Issue 54. 409 p.

У “Віснику” опубліковано статті, що висвітлюють актуальні проблеми теорії та історії держави і права, питання удосконалення інститутів конституційного, цивільного, трудового, кримінального та інших галузей права України. Проаналізовано шляхи поліпшення правового регулювання процесуально-юридичної діяльності в сучасній Україні. Для викладачів, аспірантів, студентів, працівників органів місцевого самоврядування, державних адміністрацій, суду, правоохоронних органів, правової служби в народному господарстві, адвокатів.

“Visnyk” contains articles on current issues of theory and history of the state and law, the ways of improving institutions of civil, labor, constitutional, criminal and other branches of law. Various legal regulation methods of improving procedural activities in contemporary Ukraine are analyzed in this edition. Recommended for professors, post-graduate and undergraduate students, employees of local self-government, state administration and law enforcement bodies, national economy officials, judges and lawyers.

Редакційна колегія: д-р. юрид. наук, проф. **В.Т. Нор** – головний редактор; д-р. юрид. наук, проф. **П.М. Рабінович** – заступник головного редактора; канд. юрид. наук, доц. **В.М. Бурдін** – відповідальний секретар; д-р юрид. наук, доц. **А.М. Бойко**; д-р юрид. наук, проф. **В.М. Коссак**; д-р юрид. наук, проф. **І.Б. Заверуха**; д-р юрид. наук, проф. **П.Д. Пилипенко**; д-р юрид. наук, проф. **З.В. Ромовська**; д-р юрид. наук, проф. **Л.А. Луць**.

Professor **V. Nor** – Editor-in-Chief,
Professor **P. Rabinovych** – Assistant Editor,
Assistant Professor **V. Burdin** – Managing Editor.

Адреса редакційної колегії:

ЛНУ ім. Івана Франка
Юридичний факультет
вул. Січових Стрільців, 14
79000 Львів, Україна
Тел.: (032) 260-33-83
E-mail: deklaw@law.franko.lviv.ua
<http://law.lnu.edu.ua/library/journal/>

Editorial office address:

Ivan Franko National University of Lviv,
Law Faculty
Sichovykh Striltsiv Str. 14
79000 Lviv, Ukraine
Tel.: 38 (032) 260 33 83
E-mail: deklaw@law.franko.lviv.ua

Відповідальний за випуск: доц. А.М. Бойко

Переклад англійською мовою: доц. Л.В. Мисик, В.М. Гураш

Редагування текстів англійською мовою: доц. Л.В. Мисик

Редактор: А.М. Габрук

Відповідальна за макет: М.Б. Левкуц

Друкується за ухвалою Вченої Ради

Львівського національного університету імені Івана Франка.

Свідоцтво про державну реєстрацію серія КВ № 14624-3595 Р від 30 жовтня 2008 р.

© Львівський національний університет
імені Івана Франка, 2011

ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

ПРИРОДА МАНІПУЛЮВАННЯ УКРАЇНСЬКОЮ ПРАВОВОЮ СВІДОМІСТЮ ЗА ДОПОМОГОЮ ІНФОРМАЦІЙНОЇ СИСТЕМИ

Ю. Дмитрієнко

*Київський національний університет імені Тараса Шевченка,
вул. Володимирська, 64, 01601 Київ, Україна
e-mail: nayira@starnet.com.ua, nayira@ukr.net, wmnayira61@mail.ru,
(0572) 336-65-09*

У статті розглядається природа маніпулювання українською правовою свідомістю за допомогою інформаційної системи.

Ключові слова: правова свідомість, інформаційна система.

Актуальність проблеми пов'язана з темою дослідження, зумовленою переконанням в тому, що людство вступило у такий взаємозалежний розвиток, який можна зрозуміти і вивчити, тільки розглядаючи його в багатовимірній перспективі, що враховує такі складові, як правова свідомість людини, інформаційна система та результати їх взаємодії. Однією з ключових проблем сучасного інформаційного суспільства, для якого характерна, з одного боку, глобалізація інформаційної системи, а з іншого – фрагментація правової свідомості людей, є вивчення впливу інформаційної системи на формування ціннісних установок правової поведінки особи в суспільстві, яка багато в чому залежить від змісту правової інформації.

Формування української правової свідомості відбувається за допомогою інтенсивних і широкомасштабних маніпулятивних технологій. Наслідком цієї тенденції стає поява “гнучкої” української правової свідомості, тобто правосвідомості, що легко піддається певній обробці через вплив на неї правової інформації, що несе в собі, швидше за все, негативний потенціал. При цьому в гнучкій правовій свідомості концентруються насильство, жорстокість і агресія, піднесені нам маніпуляторами правової свідомості. Деформуючи і руйнуючи нашу етичну правову самосвідомість, вони тим самим сприяють деградації особи. Все це призводить до нових форм втручання в структуру правової свідомості, орієнтованих на її криміналізацію. Принципова відмінність цих засобів полягає в тому, що вони майже миттєво охоплюють правовий простір всієї планети. Наслідком цього є загроза поневолення регіональної української правової свідомості та її морально-етична деградація. Такі драматичні зміни, характерні для правової свідомості сучасної людини, зумовлюють потребу в дослідженні та аналізі процесів впливу інформаційної системи на правову свідомість людини, вивчення наслідків цього впливу.

Ступінь розробленості теми. Сьогодні з'явилося суспільство нового типу, яке називають інформаційним. За Кастельсом це “суспільство, де соціальні і технологічні форми даної соціальної організації пронизують всі сфери діяльності, починаючи від домінуючих (у економічній системі) та закінчуючи об'єктами та звичаями повсякденного життя” [1]. З огляду на це доцільно відзначити основні характеристики, складові фундаменту інформаційної бази маніпулювання

правовою свідомістю, що є інформаційними комп'ютерними технологіями та правовою інфраструктурою телекомунікацій [2]. Інша характеристика полягає у всеосяжності ефектів нових правових технологій. Третя характеристика ґрунтується на мережевій логіці будь-якої правової системи або сукупності правових відносин, що використовують ці нові інформаційні правові технології. Четверта характеристика базується на гнучкості. Процеси технологічного правотворення не лише поворотні; організації та інститути суспільства можна законодавчо модифікувати, та, навіть, фундаментально змінювати шляхом перегруповування їх компонентів.

Аналіз відповідних законодавчих тенденцій і теоретичних правових роздумів про конвергенцію між думками і машинами представлені в роботах Келлі та Мазліша. Ці уявлення, що отримали подальший розвиток у працях Карлоти Перес, Крістофера, Фрімена і Джованні Досі [3], потребують подальшого осмислення суті нинішньої технологічної трансформації інформаційної бази маніпулювання правовою свідомістю в її взаємодіях із суспільством [4].

Оскільки систематичних досліджень цієї проблеми з погляду такого підходу в літературі немає, це дає підставу вважати метою дослідження аналіз різних підходів до вивчення маніпулюючого впливу інформаційної правової системи на правову свідомість з урахуванням соціально-психологічного засобу з метою розробки ефективних антиманіпуляційних засобів. Методологічною основою наукової статті дослідження є сучасні праці вітчизняних і зарубіжних дослідників. У русі дослідження автор керувався загальнонауковими методами структурно-генетичного аналізу та синтезу, спостереження та порівняння, статистичними методами. Методи емпіричного дослідження, використані у статті, – семантичний аналіз і контент-аналіз матеріалів інформаційної системи.

Зазвичай, під впливом екстраординарних змін в інформаційній базі маніпулювання правовою свідомістю виникають глибші трансформації в її інтелектуальній базі, націлені на осмислення всіх процесів взаємодії людського і штучного інтелекту [5]. Використовуючи ці положення як відправну точку нашого дослідження, варто помістити процес зміни інтелектуальної бази маніпулювання правовою свідомістю в соціальний контекст, в якому він відбувається та яким формується. Найфундаментальніша зміна інтелектуальної бази маніпулювання правовою свідомістю – перехід до схеми соціальної взаємодії, що конструюється головно, за допомогою актуального досвіду правовідносин. Ці зміни в інтелектуальній базі маніпулювання правовою свідомістю ведуть до змін матеріальних основ соціальному життю. Тоді ключовою проблемою в інформаційному правовому суспільстві стає як заявлене Кальдераном і Лазерною питання про те, як об'єднати нові технології і колективну правову пам'ять, універсальну науку та широку правову культуру, пристрасті та розум. Інтелектуальна база правового маніпулювання – зручний плацдарм для пролонгації глобальних проблем інформаційної правової бази, а саме: структуризація правової свідомості та введення її в межі символічної нормативної взаємодії; монополія насильства влади, що замикає інтелектуальну базу в тісні межі формальних правових обов'язків і неформальної агресії. Вирішення цих проблем стає можливим завдяки використанню відповідних засобів маніпулювання правовою свідомістю [6]. Ядро трансформації інформаційних правових потоків пов'язане з технологіями обробки правової інформації і комунікацією. Своєю чергою, трансформація інформаційних потоків втілюється в інтеграції різних засобів комунікації в інформаційній правовій системі. Інакше кажучи, формуються і

об'єднуються в одній правовій системі письмові, усні та аудіовізуальні способи правової і законодавчої комунікації. Різні вимірювання людського духу об'єднуються в новій взаємодії між мозком людини, машинами та соціальними контекстами. Нова інформаційна правова система, отже, забезпечує розширення можливостей впливу різних засобів маніпулювання правовою свідомістю. Цю здатність інформаційної правової системи активно використовують з метою маніпулювання правовою свідомістю на базі різних засобів: засобів масової інформації, інтернету та мультимедіа. Маклюен розглядав технологію масової інформації на зразок сировини або природних ресурсів [7], [8].

Мультимедіа як символічне правове середовище почало недавно формуватися як електронна комунікаційна система на основі злиття глобалізованих і зорієнтованих на індивідуальні замовлення ЗМІ та комп'ютерної правової комунікації. Завдяки цьому технологічному злиттю комп'ютерів, телекомунікацій та ЗМІ у всіх праворефлексивних модальностях формуються і розпадаються гігантські глобальні "інформаційно-правові" консорціуми. Зокрема, унаслідок новизни інформаційної правової мультимедіасистеми поки важко оцінити виникаючі соціальні тенденції, щоправда вона підтримує соціальну структуру, що характеризується такими рисами: 1) широкою соціальною та культурною диференціацією, що веде до сегментації користувачів (глядачів, читачів, слухачів). Формування віртуальних правових співтовариств (Інтернет-конференції, Інтернет-звітування та ін.) є лише один з виявів такої диференціації; [9]. 2) зростанням соціальної стратифікації серед користувачів. Вибір мультимедіа буде обмежений не лише людьми, що мають час та гроші для доступу в інформаційну правову систему, але й країнами з достатнім ринковим потенціалом; 3) комунікація всіх видів повідомлень в одній і тій самій системі, навіть якщо вона інтерактивно та селективно індукує правову інтеграцію всіх видів повідомлень та усвідомлень в загальній когнітивній структурі. Прийом аудіовізуальних новин, освітніх передач та шоу на одному й тому ж засобі – це ще один крок до нового змісту, який вже має місце на телебаченні.

Нарешті, найважливіша нормативно-правова межа будь-якої правової мультимедіасистеми полягає в тому, що вона охоплює в своїй сфері більшість видів культурно-правового вираження функцій правової системи за всіх їхніх різноманітностей. Її наявність рівносильна кінцю розподілу між аудіовізуальними і друкарськими засобами масової правової інформації, загальнодоступною та високою правовою культурою, розвагами та інформацією, освітою і пропагандою [10]. Усі прояви маніпуляційного впливу на правову свідомість з'єднуються в цьому цифровому всесвіті, який пов'язує в гігантському історичному супертексті минулі, справжні та майбутні прояви комунікативної думки. Роблячи це, цілісна правова мультимедіасистема буде нове символічне нормативно-правове середовище. Вона робить віртуальність нашою реальністю. Отож, засоби маніпулювання правовою свідомістю структурують соціально-психологічний контекст життєдіяльності правової свідомості. В цілому ж контексті зазначимо, що приведений матеріал з проблеми маніпулювання правовою свідомістю інформаційною системою ґрунтується на трьох наявних підходах: технологічному, науковому та синтетичному. Перший підхід головно описує структуру самого процесу маніпулювання правовою свідомістю, його техніку, прийоми та системи прийомів. Другий — досліджує мотиви вчинків і витоки довірливості жертв маніпуляторів правовою свідомістю через призму етичних норм з описом внутрішнього світу всіх учасників акту маніпуляції правовою свідомістю [11].

Синтетичний підхід описує конкретні випадки, спостережувані або вигадані з частковим “вичищенням” правової реальності. У цьому дослідженні автор не надавав переваги будь-якому підходу, а обравши корисні ідеї та зведення із запасу готового знання, застосував їх для створення комплексного соціально-психологічного підходу до вивчення проблеми маніпулювання правовою свідомістю інформаційної правової системи. Виявляється цікавий факт: ми констатуємо на появі нового феномена – феномена інформаційної правової свідомості, що не має безпосереднього спersonіфікованого носія – конкретної фізичної особи, а отже, з’являється можливість принципово нового відбиття – інформаційного, новим соціальним феноменом – інформаційною правосвідомістю, з іншим об’єктом та суб’єктом відбиття, або точніше, вони мають інші властивості.

Цей підхід є найбільш інформативним для вивчення нашої проблеми, оскільки дає змогу найглибше проникнути в її суть та виокремити головні елементи, що здійснюють вирішальний вплив на формування продукту маніпулювання. Запропонований підхід не є випадковим, оскільки саме він може слугувати індикатором складних і непізнаних до кінця динамічних процесів маніпулювання правовою свідомістю за допомогою інформаційної системи, відбиваючи зміни у зв’язку з тим, що оточує її соціально-психологічним контекстом, що відбуваються в правовій свідомості. Внаслідок цього головна відмінність нового соціально-психологічного підходу до проблеми маніпулювання правовою свідомістю за допомогою інформаційної системи від наявних підходів полягає в обов’язковому урахуванні впливу соціально-психологічного контексту на процес формування продукту маніпулювання.

Отже, сучасна теорія маніпулювання правовою свідомістю за допомогою інформаційної системи має ґрунтуватися з урахуванням соціально-психологічного чинника і зміни правової свідомості під його впливом. Становлення правової свідомості конфліктного типу відбувається через відчуження, озлоблення, деградацію та криміналізацію правової свідомості. Вона є зручним об’єктом для маніпуляційної дії інформаційної системи. Правова свідомість загрозливого типу утворюється унаслідок взаємодії правової свідомості конфліктного типу з маніпулюючою дією інформаційної системи за умови зміни рівня етичної правової самосвідомості, колапсу життєвих, правових норм і цінностей, ескалації агресії, генерування жорстокості, насильства. Захист правової свідомості від маніпулюючої дії інформаційної системи можливий за допомогою антиманіпуляційної “парасольки”. Практична значущість наукової статті: теоретичні концепції, узагальнення і висновки наукової статті формують істотний внесок у вивчення проблеми маніпулювання правовою свідомістю за допомогою інформаційної правової процесуальної системи як системи правосвідомості. Отримані результати доповнюють і розвивають наукові уявлення про процес маніпулювання правовою свідомістю, механізми і методи її впливу на свідомість людини загалом.

Наукові результати та вироблені на їхній основі рекомендації можуть бути корисними в разі подальшого розв’язання питання про захист правової свідомості від маніпулюючої дії інформаційної системи. Подані у науковій статті положення і висновки можуть послугувати основою для розробки курсів і спецкурсів у соціології права, соціальній правовій психології, що його запропонував автор. Соціально-психологічний підхід до дослідження проблеми маніпулювання правовою свідомістю за допомогою інформаційної системи може бути використаний в інших суміжних з соціологією права науках.

Наукова новизна дослідження полягає у тому, що на ґрунті розглянутих підходів до дослідження природи маніпулювання українською правовою свідомістю засобами інформаційної системи, введенні у науковий обіг нові поняття, такі як: інформаційна база маніпулювання правовою свідомістю – комп'ютерні технології та інфраструктура телекомунікацій; інтелектуальна база маніпулювання – правова свідомість; правова свідомість конфліктного типу – свідомість, зорієнтована на зіткнення з суспільством; правова свідомість загрозливого типу – правова свідомість, що представляє загрозу і що завдає шкоди суспільству; обмежений споживчий інформаційний “кошик” – принцип розумної достатності правової інформації; антиманіпуляційна “парасолька” – сукупності нормативно-правових способів протистояння правової свідомості маніпулятивному тиску з боку інформаційної правової системи. Подальше вивчення зазначених проблем, вважаємо, сприятиме успішному вивченню властивостей української правової свідомості.

1. Кастельс М. Информационная эпоха: экономика, общество и культура. / М. Кастельс – М., 2000. – С.43.
2. Кастельс М., Киселева Э. Россия и сетевое общество: аналитическое исследование. М. Кастельс, Э. Киселева // Мир России. – 2000. – Т.9. – №1. – С. 23–51; Шрадер Х. Глобализация, цивилизация и мораль / Х. Шрадер // Журнал социологии и социальной антропологии. – 1999.
3. Dosi G. The nature of the innovative process. Technical Change and Economic Theory. – London, 1988.
4. Kranzberry 1 №12.-р. 63 2 Kranzberry M. The scientific and technological age // Bulletin of Science and Technological Society. – 1992.
5. Mazlish B. The fourth discontinuity: the so-evolution of Humans and Machines. – New Haven; Yale University press, 1993 Calderon F., Laserna R. Paradoj as de la modernided. Sociedad y cambios on Bolevia, La Paz. – Milenio, 1994
6. Ковтун И.А., Мухин В.И., Набока Ю.И. Виды информационных воздействий / Мухин В.И., Набока Ю.И. // Вопросы защиты информации. – 2001. – №1. – С. 2–5.
7. Milgram S. Obedience to authority. / S.Milgram – New York Harper&Row, 1974.
8. Ganley, Gladys D. Power to the people via electronic media / Gladys D. // Washington Quarterly. – 1991. – Spring : 5–22
9. Negroponte N. Being Digital. / Negroponte N. – New York, 1995.
10. Кастельс М. Информационная эпоха: экономика, общество и культура / М. Кастельс – М., 2000.
11. Доценко Е. Л. Психология манипуляции / Доценко Е. Л. – М. МГУ, 1996.

ПРИРОДА МАНІПУЛІРОВАНИЯ УКРАЇНСКИМ ПРАВОВИМ СОЗНАНИЕМ ЗА ПОМОЩЬЮ ІНФОРМАЦІЙНОЇ СИСТЕМИ

Ю. Дмитриенко

*Київський національний університету імені Тараса Шевченка
ул. Владимирская, 64, 01601 Киев, Украина
e-mail:nayira@starnet.com.ua,nayira@ukr.net,wmnayira61@mail.ru, (0572) 336-65-09*

В статье рассматривается природа манипулирования украинским правовым сознанием с помощью информационной системы.

Ключевые слова: правовое сознание, информационная система.

**NATURE OF UKRAINIAN LEGAL CONSCIENCE
MANIPULATION WITH THE AID OF INFORMATION SYSTEM**

Yu. Dmytrijenko

*Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
tel: (0572) 336-65-09; e-mail: nayira@starnet.com.ua,
nayira@ukr.net, wmnayira61@mail.ru*

The article addresses the nature of Ukrainian legal conscience manipulation with the aid of information system.

Key words: legal conscience, information system.

Стаття надійшла до редколегії: 01.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ІДЕЯ СПРАВЕДЛИВОСТІ У ПРАВОВІЙ ДУМЦІ СТАРОДАВНЬОГО СХОДУ

З. Добош

*Львівський державний університет внутрішніх справ
вул. Городоцька, 26, 79007 Львів, Україна*

У статті проаналізовано історію зародження і становлення уявлень про справедливість у державах Стародавнього Сходу (Єгипту, Шумеру, Вавилону, Асирії, Ірану, Індії, Китаю). Виявлено можливості справедливості як основи світопорядку, раціональної організації життя суспільства, моральної і правової цінності.

Ключові слова: справедливість, порядок, правда, правильна поведінка, міра, обов'язок.

Ідея справедливості має давнє походження. Первинні уявлення про неї пов'язувалися із облаштуванням земного життя людини. Тому не дивно, що вже у перших правових пам'ятках, які стали формою упорядкування суспільних відносин у найдавніших державах, віднаходимо безпосередні посилання на справедливість. Відповідно, щоб простежити формування змісту категорії “справедливість” та виявити можливості її взаємодії із правом, потрібно проаналізувати особливості правової культури держав Стародавнього Сходу.

Правова культура Єгипту ґрунтувалася, по-перше, на розумінні життєвого укладу як встановленого богом світопорядку, і, по-друге, на вірі у загробне життя. При цьому земний порядок залежав від правителя, який, за “Роздумами Іпусера”, уособлював “розум, пізнання і правду” [1, с. 26], і отримав детальну регламентацію в діяльності державного апарату, функцій найближчого помічника фараона і верховного сановника – візира, зокрема у встановленні принципів правосуддя: чіткого посилання на закон замість винесення рішень на власний розсуд, співрозмірності покарання із характером вчиненого правопорушення (відомості про це залишилися у надписах на стінах гробниць). Правосуддя і справедливість уособлювала богиня Маат.

Віра у потойбічне життя була пов'язана з судом Осіріса, верховного божества Нового царства, який оцінював праведність поведінки людини на землі. Зокрема, у “Книзі мертвих” знаходимо звертання до бога, як “володаря Двох істин”, і сорока двох богів, що “перебувають ...на Великому Дворі Двох Істин” і є “Володарями справедливості”. А свою виправдальну промову померлий розпочинає ствердженням: “До вас приходжу зі справедливістю, заради вас відхилив несправедливість”, і вже потім перераховує невчинені гріхи [2, с. 18]. Вже зі змісту звертання померлого виокремлюється найбільша державна, людська і Божа цінність.

Уявлення про справедливість у давніх державах Месопотамії відображені у перших царських надписах, що не були законами чи реформами у традиційному розумінні, а містили відомості про дійсні чи уявні перемоги месопотамських царів, їх благодіяння жителям своєї країни, містам, храмам, богам. Безперечним атрибутом цих апологетичних надписів стає твердження про відновлення справедливості, про захист царем обездолених: бідняків сирит, вдів. До числа таких історичних документів належать так звані “реформи” Уруінгіни, правителя царства Лаваша (2400 рік до н. е.) [3, с. 59].

Згодом на зміну надписам прийшли діючі законодавчі акти, серед яких “Ловчання древньошумерського мудреця Шурупака”, в якому обговорюється

моральна і водночас правомірна поведінка, не сумісна із брехнею, нетерпимістю і заздрістю, тобто нескромними або *несправедливими* претензіями: “Поля при дорозі не обробляй-затопчуть, колодязь посеред поля не викопуй – водою заллють, будинок на вулицю широку не виставляй – нехай у ряді стоїть” [1, с. 43–44]. До таких актів відносять і “Закони царя Урнамуну”, що починалися із передмови, яка містила відомості про добрі діяння царя, що “встановив в країні *справедливість* і вигнав зло та чвари”, і продовжувалася викладом основних законодавчих нововведень, зокрема про встановлення єдиної системи міри і ваги як гарантії нових справедливих порядків: “аби сирота не був відданий у владу багатого, вдова – у владу сильного, людина сікля (бідного) – у владу людини міни (багатого)” [1, с. 46].

За тією ж схемою будувалися й інші закони, які проголошували *справедливість* і великі заслуги правителя, щоб обґрунтувати обов’язковість царських постанов, а отже, і законність самої царської влади.

В особливий спосіб обґрунтовує винятковість своєї влади цар Хаммурапі. Правитель Вавилону посилався на свою богообраність: “Коли Мардук скерував мене справедливо управляти людьми і надати країні благополуччя, тоді я вклав правду і *справедливість* в уста країні і дав благоденство людям” [4, с. 153]. Тема *справедливості* пронизує весь законник, зокрема проявляється у поділі людей на вільних і рабів, нерівноправному становищі самих вільних, залежно від їх становості (авілуми і мушкенуми), законодавчих обіцянках захисту слабких перед сильними і наданні *справедливості* сиротам та вдовам: “Принижена людина, яка має судову справу, нехай підійде до мого, царя *справедливості*, зображення, нехай заставить прочитати мою написану пам’ятку, нехай вона почує мої безцінні слова, а моя пам’ятка нехай покаже їй (її) справу, нехай вона побачить своє рішення, нехай вона заспокоїть своє серце” [1, с. 47].

З уявленнями про *справедливість* були пов’язані у людській свідомості того періоду і судові рішення. Богиню *справедливості* Кітту вважали дочкою всемогутнього бога Сонця Шамаша і їй присвячувалися спеціальні храми. Однак вавилонські судді нерідко зловживали своїм становищем. Свідченням цього є ст. 5 Законника, якою передбачено покарання для судді, що змінив своє рішення після того, як воно було записано у спеціальному документі на глиняній табличці з печаткою. Як дослідили вчені, такий суддя, котрий провинився, повинен був бути піднятий зі свого суддівського крісла і позбавлений права здійснювати правосуддя не царем, а общинними зборами [3, с. 39–40].

Особливістю вавилонської правової системи була практика видання особливих “указів *справедливості*”, за якими, наприклад, прощалися борги вільних общинників, а закладені з безвиході сади, поля, будинки безоплатно поверталися попереднім власникам.

Правові пам’ятки Асирії – “Середньоасирійські закони”, визначальними рисами мали нерівність чоловіка і жінки, а також детальне регулювання злочинів проти державної влади, релігійної покори та жорстокості покарань за них.

Правова думка Древнього Ірану спочатку базувалася на політеїстичних культах, які згодом змінилися єдиним релігійним вченням – зороастризмом. Його засновником став Заратустра (грец. Зороастр), в уявленні якого всі події у світі сприймалися як боротьба двох начал – *справедливості* і зла, між якими людина здатна сама обирати. Як відомо, основною категорією вчення, що збереглася і до сьогодні, є “Вища правда” – Арта, яка передбачає чистоту людських думок і шляхетність, благородство вчинків, правильний спосіб дій, що знайшло своє відображення в “Авесті” – збірнику проповідей Заратустри: “Людину потрібно

вважати щасливішою від інших, яка своїм власним старанням і діяльністю долю безсмертну у вічне процвітання набула, яка будучи компетентна у справах релігії і богів і в позовних вимогах і в судових розслідуваннях, зробила себе невразливою шляхом знання своїх обов'язків, і спосіб мислення свої, мову і вчинки у відповідності із праведністю берегла в чистоті" [1, с. 74].

Переважно усі системи індійської філософії – ведичні і неведичні, теїстичні і атеїстичні, окрім лише чарваки – розвивалися в душі віри у “вічний моральний порядок”, тобто у закон, який встановлює впорядкованість та справедливість. Дія цього закону згідно з філософськими твердженнями поширювалася на богів і все живе та неживе, створене ними. Пророки “Рігведи” назвали цей порядок “Ріта”, вони порівнювали буття людини, її становище із возом, колеса якого завжди змінюють положення.

Ідею такого справедливого порядку згодом знаходить своє обґрунтування в школі міманси, як концепція апурви, тобто закону, що гарантує в подальшому вдоволення від плодів виконуваних зараз ритуалів, у школі ньяя-вайшешики, як теорія адрішти, так званого невидимого начала, що впливало навіть на матеріальні атоми і приводило у відповідність із моральними принципами усі предмети і події, і в загальній концепції карми, яка визнається усіма індійськими системами.

Карма (на санскриті karma – дія, діяння, жертвоприношення, жереб) – своєрідний “природний” закон, який означає вплив суми вчинених особою дій (тілесних, мовних, ментальних) на усе її подальше життя і характер майбутнього народження (тобто клас існування, соціальний статус, благополуччя, здоров'я). Доктрина карми передбачає: 1) моральну оцінку вчинків людини (дхарма, адхарма); 2) утвердження причинно-наслідкового зв'язку між діями особи в минулому, теперішньому і майбутньому; 3) віру в переродження душі, яка приводить до перетворення світу у місце моральної відплати.

Дхарма в самому загальному вигляді означає “порядок”, “норму” існування як космосу, так і суспільства, духовний, соціальний та моральний “закон”, “обов'язок”, а в деяких випадках ми зустрічаємо її безпосереднє отожднення зі “справедливістю” [5, с. 714]. Наприклад, безпосереднє посилення на справедливість спостерігаємо у вимогах, що ставилися, по-перше, до державців, і, по-друге, до усіх добропорядних людей, які намірюються реалізувати своє основне завдання – позбавитися від страждань і досягти нірвани. А саме, один із перших трактатів “Артхашастра” (або “наука управління державою”) вміщував такі критерії ідеального державця: “він повинен бути знатного роду, зі щасливою долею, наділений розумом і позитивними якостями, таким, що прислухається до порад старших і досвідчених людей, справедливим, правдивим, вірним своєму слову, не мати в своєму оточенні осіб негідних і охоче приймати настанови” [2, с. 75]. А в одному із розділів “Тіпітака” – самого авторитетного джерела раннього буддизму – “Джаммапада” визначено: “Добропорядні продовжують свій шлях за будь-яких умов. ... Мудреці, які зазнали чи то горя, чи то щастя, не виявляють ні того, ні того. Ні заради себе, ні заради іншого не забажає він ... ні багатства, ні царства. На незаконній стежі не забажає він собі успіху. Тож хай буде він благородним, мудрим і справедливим” [2, с. 77].

Другій складовій карми – причинно-наслідковому зв'язку в індійській філософії відведене особливе місце. Наприклад, у буддистському вченні обґрунтовано теорію залежного походження (обумовленості існування) речей. Існує спонтанний всезагальний закон причинності, який зумовлює всі явища матеріального і духовного світу. Цей закон (дхарма або дхамма) діє стихійно, без

допомоги свідомого керівництва. Згідно із цим законом, виникнення одного окремого явища (причина) супроводжується іншим окремим явищем (наслідком). Існування всього є обумовленим, і нічого не відбувається випадково. Як пояснював сам Будда, ця теорія мала на меті забезпечити уникнення двох крайностей: з одного боку, етерналізму, згідно із яким існує певна вічна реальність, незалежна від жодних умов, і, з другого боку, нігілізму, який визнає можливість ліквідації всього існуючого. Будда при цьому притримувався проміжної версії, за якою все існуюче залежить від чогось, що, в свою чергу, не може загинути безслідно, безрезультатно. “Хто бачить причинний зв’язок – той бачить Дхамму, хто бачить Дхамму, той бачить причинний зв’язок” [6, с. 118].

Відповідно одним із проявів цієї теорії є вчення про карму, яке розглядає дане людині буття як наслідок її минулого, а її майбутнє ставиться в залежність від нинішнього існування. Але при цьому таке вчення передбачає моральну активність людини, що відрізняє карму від Божого провидіння. Тому неважко простежити, що характер кармічного зв’язку дуже легко пояснюється з позицій справедливості.

Загальною рисою усіх древньокитайських філософських шкіл визнають їх прагнення організувати суспільне життя на “раціональних”, “справедливих” засадах. Як розумілася така “справедливість”, можна простежити проаналізувавши історію становлення древньокитайського права. У його розвитку прийнято виокремлювати три етапи: перший – шань-інський і ранньоджоуський, другий – починаючи з періоду Чжаньго (V–III ст. до н.е.), третій – пов’язаний із утвердженням династії Хань (III ст. до н.е. – III ст. н.е.) [3, с. 87].

Перший період був пов’язаний із домінуванням моралі в системі нормативного регулювання, а його ідеологом став Конфуцій. Основна ідея його філософії – це ідея гармонії як між людьми і природою, так і між самими людьми, поведінка яких повинна відповідати “природному порядку”, тобто моралі і добropорядності. Фундаментальними поняттями його вчення є гуманність (“жень”), яка пропагує повагу і любов до людей, моральні норми – “лі”, засновані на дотриманні “міри” у всьому, що, в свою чергу, повинно бути засобом підтримання *справедливого порядку*. Більш підпорядкована роль відводиться “ї” – почуттю обов’язку, *справедливості*. Свідчення цьому знаходимо у відомому джерелі конфуціанства – трактаті “Лунь Юй”: “Управляти – означає вчиняти правильно. Управляючий за допомогою добropорядності подібний до полярної зірки, яка займає своє місце в оточенні сузір’їв. Якщо благородний муж втратить людинолюбність, то чи можна його вважати благородним? Чи правильно відповідати добром на зло? На зло відповідають *справедливістю*, а на добро добром” [1, с. 45].

Паралельно із конфуціанством виникає даосизм. Проте погляди на справедливість його засновника Лао-цзи істотно не відрізнялися від конфуціанських: “досконало мудрий є *справедливим і не відбирає нічого в іншого*. Він безкорисливий і не шкодить іншим. Він є правдивим і не робить нічого поганого”, – відзначено у “Дао де дзин” – основній праці даосистів [2, с. 36]. Проте вже більш пізні представники даосизму, як-от Чжуан Чжоу, свою майстерність спрямували для нищівних атак на Конфуція та його моральних правил, закидаючи, що коли придумали поняття людинолюбства і справедливості для виправлення моралі, то стали красти виправлену мораль разом із людинолюбством і справедливістю.

На другому етапі роль права зводилася, на думку дослідників, до стабільного комплексу покарань. Це стало наслідком формування інших опозиційних конфуціанству філософських шкіл і, насамперед, легістського вчення про управління

народом і державою, яке відстоює абсолютну владу правителя, який за допомогою чітко встановленого безапеляційного закону визначає все життя підданих. Легісти проповідували ідею безкорисності і неможливості існування людей поза рамками жорстоких покарань, обов'язковості превентивних заходів та колективну відповідальність. Відстоюючи своєрідну рівність перед законом, невідворотність покарань за вчинені злочини, легісти намагалися позбавити знатні верстви і чиновників різних князівств спадкових привілеїв задля забезпечення централізації влади. Підтвердженням цьому є положення одного із найавторитетніших філософсько-політичних трактатів школи фація (“законників”) “Шань цзюнь шу” (“Книга правителів області Шан”): “Той, хто роздумує про вищу добропорядність, не стане узгоджувати своєї думки з усталеними уявленнями, той, хто досягає великого успіху, не повинен радитися із натовпом. Закон – це вираз любові до народу. Держава, яка затримується із наведенням порядку, буде розчленована... Якщо наставляти людей за допомогою *справедливості*, це їх розбестить, а коли люди розбещені, руйнується порядок, а там, де немає порядку, люди страждають від того, що вони ненавидять. Те, що я називаю покараннями, є основою *справедливості*, те, що в нашому столітті називається *справедливістю*, – це шлях до насильства” [2, с. 51–55]. Інший легіст Гуань Джун визначив “*справедливість* як закон” [7, с. 34].

Паралельно із легістами опозицію конфуціанцям починають складати моїсти.

Їх представник Мо-цзи належав до “ші” – прошарку, ближчому до вільних трудових низів, ремісників і торговців. Саме тому його вчення складало ідейну протиположність вченню конфуціанства, яке відстоювало непорушність панування спадкової аристократії. І його уявлення про *справедливість* зводилося до керування державою із врахуванням інтересів різних соціальних груп, але із вирішальним словом “самого добропорядного і мудрого у Піднебесній – сина неба”, оскільки тільки він може створити “єдиний зразок *справедливості* у Піднебесній”, тобто забезпечити панування порядку.

Нарешті боротьба різних філософських шкіл закінчується їх злиттям у нове вчення – ортодоксальне ханське конфуціанство. Домінуючою стає конфуціанська ідея нерівності людей, їх соціальних, станових, рангових відмінностей, а також відмінностей залежно від місця в сім'ї, статі, віку. Непорушністю цих розмежувань повинна була слугувати чітка регламентація поведінки людей в суспільстві, сім'ї за допомогою жорстких моральних норм “лі”. Ортодоксальне конфуціанство не заперечувало закону, жорстоких покарань, передбачаючи взаємодію жорстокості і поблажливості. У цьому постулаті вбачалося співпадіння моралі і права. Мораль задавала стереотип поведінки, а право зі своєю системою покарань забороняло ухилення від неї. Норми пануючої конфуціанської моралі повинні були насаджуватися силою, жорстокою карою закону (“фа”). В цей період праці Сюнь – цзи – стали філософськи переробленими і адаптованими у відповідності з новими соціально-економічними і політичними явищами життя китайського суспільства етико-політичним вченням Конфуція, в яких *справедливість* і мир визнавалися мірилом правління, а компроміс і згода – його правилами.

І, зрештою, як логічне завершення ідеологічного протистояння різних філософських вчень – створення під керівництвом Люй Бу-Вея енциклопедичної пам'ятки Древнього Китаю “Люй – ши чунь цю”: одні частини якої викладені в дусі даосизму, інші – конфуціанства, треті – легізму, четверті – натуралізму [2, с. 68]. Особлива увага в ньому відведена поняттю *справедливості*, оскільки саме вона приносить Піднебесній спокій, а Державець з'являється в результаті здійснення ним *справедливості*.

Справедливість у правовій думці Стародавнього Сходу розуміли як:

- основа встановленого богом світопорядку (оскільки сам правитель уособлювався із “правдою”, що мало місце в Єгипті);
- рушійна сила, що у протистоянні злу, забезпечує розвиток суспільства (Іран);
- втілення ідеї “вічного морального порядку” в Індії;
- запорака раціональної організації суспільного життя (у Древньому Китаї).

На підставі уявлень про справедливість формувалися критерії насамперед мудрого правління та керівництва, що мали на меті забезпечити утвердження “єдиного зразка справедливості” (як це спостерігалось у Китаї), підвалини внутрішньої політики, що проявилось в соціальному захисті обездолених: бідняків сиріт, вдів (в державах Месопотамії). Вплив ідеї справедливості позначився і на принципах правосуддя, що реалізувалось у забороні суддівського угляду, визначенні співрозмірності покарання ступеню правопорушення (у Стародавньому Єгипті), покаранні за зловживання суддею своїм становищем (у Вавилоні). Не менш вагомою з цих позицій є вавилонська практика видання особливих “указів справедливості”, за якими прощалися борги і поверталися застави із урахуванням скрутного становища вільних общинників.

Справедливість пов’язували із:

- “вищою правдою” – Арта, яка визначає належну поведінку людини (Іран);
- із дхармою (рамках теорії карми) як нормою “належної, правильної” поведінки, а деколи і ототожнювалася із нею (Індія);
- категоріями: “гуманність” (жень), “моральні норми” (лі), “міра” у всьому, “обов’язок” (і), що, в свою чергу, оцінювались як засоби підтримання належного порядку (у Китаї);
- умовою переходу особи у потойбічне життя – Нове Царство (в Єгипті).

Тобто справедливість ставала мірилом поведінки як державних інституцій, так і людей.

Дослідження справедливості в рамках теорії карми, яка визнається усіма індійськими філософськими системами, дозволяє виявити її можливості як морального і соціального обґрунтування причинної наслідковості кармічного зв’язку (обумовленості теперішнього та майбутнього людини її минулими вчинками та моральною активністю). Це дозволяє методологічно пов’язати категорію справедливості із теорію “залежного походження” в індійській філософії і з теорії детермінізму взагалі.

Проте сповідування справедливості успішно “уживалося” із жорстокою системою покарань (Китай, Асірія), принципом таліона, кровної помсти, принципом колективної відповідальності (за скоєне однією особою відповідали три покоління родичів у Китаї), фактичною або формальною нерівністю людей перед державою і законом або нерівністю чоловіка і жінки (остання особливо характеризувала право Асірії).

І, нарешті, спекулювання ідеєю справедливості мало місце задля обґрунтування обов’язковості царських постанов, тобто законності самої царської влади особливо в державах Месопотамії, з огляду на те, що саме цар відновив справедливість і виступив її гарантом.

1. Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т.1 Античный мир и Восточные цивилизации. – М. : Мысль, 1999. – 750 с.
2. Правовая мысль: Антология / Автор сост. В.П. Малахов. – М. : Академический проект; Екатеринбург : Деловая книга, 2003. – 1016 с. “Книга мертвых” С. 18

3. История государства и права зарубежных стран. Ч. 1. Учебник для вузов. Под ред. Н.А. Крашенинковой и проф. О.А. Жидкова – М. : Издательская группа ИНФРА М – НОРМА, 1997. – 480с.
4. Законы Хаммурапи. Хрестоматия по истории Древнего Востока: Учебное пособие, в 2-х частях. Ч.1. /Под ред. М.А. Коростовцева, И.С. Кацнельсона, В.И. Кузищина. – М.: Высш.школа, 1980. – 328с.
5. Новая философская энциклопедия: В 4 т./Ин-т философии РАН.- М. :Мисль, 2010. – Т. 1 – 744 с.
6. Чаттерджи С., Датта Д. Индийская философия / Перевод с англ., под ред. В.И.Кальянова. – М.:Академический проект; Альма Матер, 2009. – 365 с.
7. Гуань-цзи. Гл.38. Чистое сердце/ Древнекитайская философия. Собрание текстов в 2-х томах. Т. 2. – М. : “Мысль”, 1973. – 384 с.

ІДЕЯ СПРАВЕДЛИВОСТІ В ПРАВОВОМ МНЕННІ ДРЕВНЬОГО ВОСТОКА

З. Добош

*Львовский государственный университет внутренних дел
ул. Городоцкая, 26, 79007 Львов, Украина*

В статье проанализировано историю зарождения и становления представлений о справедливости в государствах Древнего Востока (Египта, Шумера, Вавилона, Ассирии, Ирана, Индии, Китая). Определены возможности справедливости как основы миропорядка, рациональной организации жизни общества, моральной и правовой ценности.

Ключевые слова: справедливость, порядок, правда, правильное поведение, мера, обязанность.

IDEA OF JUSTICE IN THE ANCIENT EAST LEGAL THOUGHT

Z. Dobosh

*Lviv State University of Internal Affairs
Gorodoc'ka Str. 26, UA – 79007 Lviv, Ukraine*

In the article the origin and development of justice consideration in the Ancient East states (Egypt, Schumer, Babylon, Assyria, Iran, India, China) are analyzed. Possibility of justice as world order basis, rational organization of society life, as well as moral and legal value is revealed.

Key words: justice, order, truth, due behaviour, degree, obligation.

Стаття надійшла до редколегії: 07.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО ЯК ЗАСІБ ВДОСКОНАЛЕННЯ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ УКРАЇНИ

В. Косович

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті розглянуто дискусійні моменти стосовно використання міжнародного, насамперед, європейського права як засобу створення новітнього адаптованого до загальносвітових стандартів права України. На загальнотеоретичному рівні визначено можливі чинники вдосконалення процесу забезпечення відповідності нормативно-правових актів України до норм міжнародного права.

Ключові слова: міжнародний договір, європейське право, нормативно-правовий акт.

Право сучасної України переживає період приведення у відповідність до норм та загальновизнаних принципів міжнародного права. Цей процес розпочався чи не з моменту проголошення Україною “Декларації про державний суверенітет” [1, ст. 429], триває й нині і є об’єктом посиленої уваги науковців і практиків. Кожна політична сила, здобувши владу у державі, декларує прагнення зробити все можливе для забезпечення відповідності українського права до стандартів міжнародного, насамперед європейського права. Це надає запропонованій темі дослідження актуальності і важливості.

Питання відповідності права України до міжнародного права розглядали чи не усі науковці нашої держави. Кількість публікацій з цього питання, видається, випереджає кількісні величини рівня дослідження будь-яких інших державно-правових явищ сучасної правової системи України. Поміж інших звертають на себе увагу дослідження П.М. Рабіновича, Л.А. Луць, М.М. Миківича, С.В. Шевчука. Значний науковий доробок доповнений численними правовими актами, що нормативно закріплюють і окреслюють процес адаптації правової системи України до міжнародних, зокрема європейських, правових стандартів.

У колі цього багатоманіття видається за доцільне виокремити власне ті положення, що стосуються характеристики стандартів та норм міжнародного права як засобів удосконалення чинної та передумови формування майбутньої якісної нормативно-правової бази України.

З цією метою, передусім, спробуємо відшукати в масиві літератури і правових документів елементи нормотворчої техніки і технології, які є визначальними чинниками для створення нормативно-правових актів, які б у повному обсязі відповідали потребам правового регулювання суспільних відносин.

Наше дослідження розпочнемо із короткого аналізу доктринального матеріалу. Напрацювання українських науковців поділимо (звичайно умовно) на чотири групи. Перша – спеціальні дисертаційні дослідження питань адаптації, імплементації, гармонізації українського і міжнародного права [2]. До другої належать збірники наукових матеріалів (статей, тез доповідей тощо) сформованих тематично чи за результатами проведених наукових конференцій [3]. Третя – це різноманітні публікації фахівців, які вивчають питання впливу норм міжнародного права на окремі інститути права чи напрями правового регулювання суспільних відносин в Україні [4]. Нарешті четверта категорія – це праці в яких охарактеризовано всесвітнє та регіональне право і, опосередковано, його впливу на правову систему України [5]. Майже у всіх дослідженнях проаналізовано окремі

проблеми співвідношення права України з міжнародним, зокрема, європейським правом. Важливість теми спричиняє те, що статті науковців й практиків стають надбанням не лише вузького кола спеціалістів (що є не дуже позитивною рисою доктринальних публікацій у сфері права), а й широкої громадськості, оскільки дуже часто публікуються у пресі [6]. Сформована зусиллями науковців доктрина значною мірою відображена у масиві правових актів України.

Базовими нормативно-правовими актами, які мають програмне значення для зближення права України з європейським правом, є Закон України від 18.03.2004 р. №1629-IV “Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу”, Закон України від 26.06.2004 р. №1906-IV “Про міжнародні договори України”, Закон України від 23.02.2006 р. №3477-IV “Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини”.

Ціла низка правових актів, що визначають правила нормотворення у нашій державі, серед основних завдань, встановлених для суб’єктів правотворення, виділяє завдання формування нормативно-правових приписів, які б відповідали вихідним параметрам міжнародного права. Саме ці акти мають містити не загальні (інколи навіть декларативні), а конкретні положення, вказівки щодо правил, порядку, засобів і таке інше реалізації зазначеного завдання.

Щоб побачити і зіставити нормативні приписи, що містяться в різних правових актах (починаючи з актів глави держави і завершуючи відомчими актами) та спрямовані на забезпечення відповідності національного законодавства до міжнародного права, змодельємо таблицю:

№	Назва правового акта	Приписи, що зобов’язують до врахування у протезі нормотворення норм міжнародного права
	Положення про порядок підготовки та внесення проектів актів Президента України //затвержене Указом Президента України від 15.11.2006р. №970/2006	До проектів указів, що за предметом правового регулювання належать до сфер, правовідносини в яких регулюються правом Європейського Союзу, додається експертний висновок Міністерства юстиції України щодо відповідності проекту <i>acquis communautaire</i> . У разі, коли...проект указу не відповідає <i>acquis communautaire</i> , до проекту додається обґрунтування необхідності видання такого акта без урахування <i>acquis communautaire</i> , а в самому проекті має бути чітко визначено строк дії указу (п. 8)
	Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств, інших органів виконавчої влади //затвержене Постановою Кабінету Міністрів України від 28.12.1992 р. №731	Державна реєстрація нормативно-правового акта полягає у проведенні правової експертизи на відповідність його... Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. і протоколів до неї, міжнародним договорам України, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, та <i>acquis communautaire</i> , а також з урахуванням практики Європейського Суду з прав людини... (п. 1)
	Регламент Кабінету Міністрів	Проект постанови Кабінету Міністрів ..., що за предметом правового регулювання належить до

<p>України //затверджені й Постановою Кабінету Міністрів України від 18.07.2007 р. №950</p>	<p>сфер, правовідносини в яких регулюються правом Європейського Союзу, підлягає опрацюванню із урахуванням <i>acquis communautaire</i>.</p> <p>Під час опрацювання проекту акта Кабінету Міністрів України головний розробник визначає:</p> <ul style="list-style-type: none"> – джерела <i>acquis communautaire</i>, що регулюють правові відносини у зазначеній сфері; положення <i>acquis communautaire</i>, що повинні бути враховані в проекті; – обґрунтовує у разі необхідності недоцільність урахування положень <i>acquis communautaire</i> та передбачає в проекті акта строк його дії (ст. 46) <p>Проект постанови Кабінету Міністрів України ..., що зачіпає права та свободи, гарантовані Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, підлягає оприлюдненню з урахуванням положень зазначеної Конвенції та практики Європейського суду з прав людини. При цьому головний розробник визначає: чи містяться у проекті акта положення, що зачіпають права та свободи, гарантовані Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод; яких положень Конвенції стосується проект акта.</p> <p>Головний розробник забезпечує врахування у проекті акта Кабінету Міністрів положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (ст. 47)</p>
<p>Методичні рекомендації щодо розроблення проектів законів та дотримання вимог нормопроектної техніки //схвалені постановою Міністерства юстиції України від 21.11.2000 р. №41</p>	<p>Під час розроблення законопроектів слід врахувати:</p> <ul style="list-style-type: none"> – норми чинних міжнародних договорів України, які стосуються теми законопроекту; – положення Угоди про партнерство та співробітництво між Україною та Європейськими Співтовариствами, зважаючи на її значення для реалізації проголошеного Україною курсу на європейську інтеграцію; <p>основні положення законодавства ЄС, якщо предмет правового регулювання законопроекту віднесено до пріоритетних сфер адаптації законодавства відповідно до Концепції адаптації або рішень Міжвідомчої координаційної ради з адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу. Для цього аналізуються тексти актів законодавства ЄС з питань, що належать до сфери правового регулювання законопроекту, та забезпечується певний ступінь відповідності законопроекту цим нормам.</p>

<p>Методичні рекомендації про порядок підготовки, подання на державну реєстрацію, скасування, обліку та зберігання нормативно-правових актів митних органів України //затверджені Наказом Державної митної служби України від 08.07.2003 р. №441</p>	<p>У довідці про відповідність проекту основним положенням законодавства ЄС зазначаються відомості щодо:</p> <p>а) належності акта за предметом правового регулювання до пріоритетних сфер адаптації законодавства;</p> <p>б) оцінка ступеня відповідності положень акта тим основним правовим нормам ЄС, до яких Україна взяла на себе зобов'язання наблизити національне законодавство ... (п. 8.4)</p>
<p>Методичні рекомендації з підготовки та оформлення проектів законів України, нормативно-правових актів Президента України, Кабінету Міністрів України, МНС та дотримання правил нормопроєктної техніки //затверджені Наказом МНС від 10.12.2007 р. №851</p>	<p>Проект постанови Кабінету Міністрів ..., що за предметом правового регулювання належать до сфер, правовідносини в яких регулюються правом Європейського Союзу, підлягає опрацюванню з урахуванням <i>acquis communautaire</i>.</p> <p>Проект постанови Кабінету Міністрів України ..., що зачіпає права та свободи, гарантовані Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, підлягає оприлюдненню з урахуванням положень зазначеної Конвенції та практики Європейського суду з прав людини</p>

Ознайомившись із наведеними нормативними положеннями можна зауважити низку моментів:

- основними напрямками забезпечення відповідності національного законодавства до норм і принципів міжнародного права є створення нормативно-правових актів України з урахуванням права Європейського Союзу і права Ради Європи (насамперед, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практики Європейського суду з прав людини) [7];
- якщо виконання правил, визначених Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, та прийнятих на її основі Європейським судом з прав людини рішень, є обов'язковим і застереженню не підлягає, то стосовно *acquis communautaire*, у випадку необхідності, суб'єкти нормотворення в Україні можуть відступати. Причиною цього є напевно те, що Україна сьогодні член Ради Європи і поки що лише на шляху до Європейського Союзу та до його правових стандартів;
- лише в одному із розглянутих нами правових документів йдеться про необхідність під час розроблення законопроектів враховувати норми чинних міжнародних договорів України, які стосуються теми законопроекту, що спричинює низку міркувань. “Методичні рекомендації щодо розроблення проектів законів та дотримання вимог нормопроєктної техніки” встановлювались постановою Міністерства юстиції України 21.11.2000 р.,

тобто після прийняття Конституції України, відповідно до якої міжнародні договори, ратифіковані парламентом, є частиною українського законодавства. Якщо договори – складова національного законодавства, то немає потреби акцентувати увагу на необхідності їх врахування у процесі законодавчої діяльності. Це те саме, що говорити про врахування при творенні законів норм чинного законодавства. Ще одне: основні положення законодавства ЄС закріплені і договорами – то чи не має тут дублювання із вказівкою про врахування при творенні законодавства міжнародних договорів. Нарешті Україна підписала низку різних міжнародних конвенцій, які розробили ООН [8], а фактично увагу приділено лише європейському праву. Саме тому, видається за необхідне, зосередити основну нашу увагу на дослідженні міжнародного договору загалом та на загальноєвропейських договорах як його складових.

У ст. 9 Конституції України закріплено: “Чинні міжнародні договори, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України”. Конституційна норма стала основою для формування чи не інституту права, норми якого закріплені як у загальному, так і спеціальному законодавстві. Зокрема, Верховна Рада України прийняла 26.06.2004 р. Закон України №1906-IV “Про міжнародні договори України”, 23.02.2006 р. Закон України №3477-IV “Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини”.

Конституційний принцип знайшов своє відображення і у правоінтерпретаційній практиці. Наприклад, відповідно до рішення Конституційного Суду України у справі №12-рп/98 від 9 липня 1998 р. терміном “законодавство”, що вживається у ч. 3 ст. 21 Кодексу законів про працю України, охоплено і чинні міжнародні договори, згода на обов’язковість яких надала Верховна Рада України.

Значну увагу з’ясуванню місця міжнародних договорів в правовій системі України приділено і в різних редакціях проектів Законів України “Про нормативно-правові акти”. Зокрема, у законопроекті, внесеному народним депутатом України Ю. Мірошниченком (реєстр. №7409 від 01.12.2010 р.) про міжнародні договори йдеться у ст. 7 “юридична сила та ієрархія нормативно-правових актів” та ст. 8 “юридична сила міжнародних договорів України”. Відповідно до п. 1 ст. 8 чинні міжнародні договори, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, мають вищу юридичну силу, ніж закони і підзаконні нормативно-правові акти України, прийняті на основі Конституції.

Підсумовуючи наведені положення, логічно зробити наступний крок – віднести міжнародні договори до системи нормативно-правових актів України. Це має бути зроблено також, керуючись вимогами п. 3 ст. 22 Закону України “Про міжнародні договори України” та п. 6, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України N376 від 23 квітня 2001 р. “Порядку ведення Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів та користування ним” про включення міжнародних договорів до Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів України. Однак, у ст. 6 проекту Закону України “Про нормативно-правові акти” серед переліку законів і підзаконних нормативно-правових актів України ні міжнародні договори, ні якісь інші форми міжнародного права не згадуються. На нашу думку, це підставно! Спробуємо пояснити чому. На практиці в Україні, як зазначено у спеціальних дослідженнях, присвячених закону, термін законодавство (саме до нього відносять міжнародні договори, схвалені вищим

законодавчим органом) охоплює як закони, так і підзаконні нормативні акти [9, с. 13]. Про міжнародні договори не йдеться. І, як видається, це слушно саме в світлі засадничих положень теорії права та держави.

Аксіоматичним сьогодні на рівні теорії права є твердження про те, що нормативно-правовий акт і нормативно-правовий договір, різновидом якого є міжнародний договір, є різними джерелами (формами) сучасного права [10]. Основою для розмежування слугують, зокрема, суттєво різні ознаки, властиві цим правовим формам, на яких звернуто увагу в навчальних посібниках з теорії права і держави [11, с. 193], не кажучи уже про спеціальні дослідження. Наявні доктринальні положення дають підстави стверджувати, що міжнародний договір не може бути нормативно-правовим, і насамперед, законодавчим актом – а, відповідно, й частиною законодавства України. Намагання суб'єктів творення та офіційного тлумачення правових норм в Україні максимально закріпити принцип пріоритетності норм міжнародного права над національним, видається, став причиною ігнорування загальноновизнаних правових постулатів. Доцільніше вести мову про міжнародні договори України не як про частину національного законодавства, а як про джерело права України. Саме таке формулювання запропоноване у ст. 17 Закону України “Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини”: “Суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права”. У цьому випадку, на нашу думку, законодавець розглядає “Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод” 1950 р. – міжнародно-правовий договір укладений державами членами Ради Європи (Конвенцію ратифіковано Законом України № 475/97-ВР від 17.07.97 р.) як акт, що має використовуватись у правозастосувальній практиці України як додаткове до законодавства України джерело вирішення спорів, а не нормативно-правовий акт у межах національної правової системи. Наша позиція ґрунтується на переконанні, що суддя в Україні, приймаючи рішення, користуватиметься насамперед національним законом і не мотивуватиме свій висновок лише нормами Конвенції та прецедентами Європейського суду з прав людини.

Порівнюючи цю статтю із ст. 9 Конституції України та 19 Закону України “Про міжнародні договори”, потрібно зазначити таке. Джерела міжнародного права поділять на первинні (насамперед, установчі договори) та вторинні (наприклад, практика міждержавних Судів) [12, с. 120–121], відповідно Конвенція - первинне право, а рішення Європейського суду з прав людини - вторинне. Є думка, що не можна вести сьогодні мову про Конвенцію, не кажучи про практику суду. Багато обов'язків, які впливають із Конвенції, сформульовані саме Судом [13, с. 4]. Отже, у світлі конституційної норми можна вести мову про визнання частини національного законодавства України і Конвенції, і практики Суду. Якщо стосовно Конвенції лише певним чином, то стосовно практики напевно цілковито ні. Рішення Суду не є міжнародними договорами, виконують роль судового прецедента, але ж ніяк не законодавчого акта. Беручи до уваги те, що лівова частина міжнародних договорів України – це договори пов'язані із Європейським Союзом та Радою Європи, точніше визначати їх джерелами права, а не законодавством України.

Визначаючи пріоритет норм міжнародного права і декларуючи намір імплементувати їх в національну правову систему, не можна ототожнювати різні джерела права. Доцільніше вести мову про місце і верховенство міжнародних договорів в ієрархічній системі джерел права України, а не в системі нормативно-

правових актів або системі законодавства. Міжнародний договір не може бути включений до Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів України. Він має бути зареєстрований в спеціальному реєстрі міжнародних договорів України, ратифікованих Верховною Радою, чи загальному реєстрі джерел права України (які ймовірно, будуть у майбутньому створені).

Дотримуючись такого підходу, ч. 1 ст. 9 Конституції України та ст. 19 Закону України “Про міжнародні договори України” доцільно сформулювати у такій редакції: “чинні міжнародні договори України, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, є джерелом права України”.

Частину другу згаданої ст. 19 треба, відповідно, сформулювати так: “якщо міжнародним договором, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному законодавстві України, то норми законодавства України мають приводитись у відповідність до правил визначених міжнародним договором”.

Саме такий механізм сьогодні передбачено правовими актами України, спрямованими на досягнення відповідності між національним правом і стандартами міжнародного права [14]. Зокрема, “прямуючи” до Європейського Союзу правотворчі органи України активно оновлюють українське законодавство, приймають спеціальні нормативно-правові акти, що визначають послідовність дій, спрямованих на правову євроінтеграцію [15].

Коротко нагадаємо основні нормативно-правові акти, що встановили етапи адаптації права України до права ЄС. 14 червня 1994 р. Україна підписала Угоду про партнерство і співробітництво з Європейським Співтовариством та його державами членами. Указом Президента України 11 червня 1998 р. затверджено Стратегію інтеграції України до Європейського Союзу. Верховна Рада України 21 листопада 2002 р. приймає Закон “Про Концепцію Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу”, а 18 березня 2004 р. Закон “Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу”. Не вникаючи у змістовні тонкощі, звернемо увагу на загальнотеоретичні питання, пов’язані із співвідношенням українського і європейського права.

Закон України N 1629-IV від 18 березня 2004 р. “Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу” закріплює поняття правової системи та встановлює перелік актів, що належать до законодавства ЄС. Термін “право ЄС” майже не використовують. Розуміння права ЄС як *системи норм і принципів, що регулюють інтеграційні правовідносини у межах функціонування Євросоюзу* [12, с. 15] може сформуватися лише опосередковано на основі аналізу змісту норм закону. У розділі другого зазначено, що правова система ЄС включає акти законодавства Європейського Союзу (але не обмежується ними), прийняті в рамках Європейського співтовариства, Спільної зовнішньої політики та політики безпеки і Співпраці у сфері юстиції та внутрішніх справ. Як бачимо, Закон ототожнює правову систему ЄС в основному із системою правових актів ЄС. Таке розуміння у світлі наявних загальнотеоретичних підходів до поняття правової системи [16, с. 137] і міждержавної правової системи [17, с. 96] видається неповним.

Джерельною базою права ЄС слугує первинне та вторинне законодавство ЄС. Не розкриваючи зміст терміну законодавство ЄС, законодавець у розділі II дає перелік актів, які належать до первинного та вторинного законодавства. До *первинного* належать: Договір про заснування Європейського економічного

співтовариства 1957 р. (з 1993 р. Договір про заснування Європейського співтовариства), Договір про заснування Європейського співтовариства з атомної енергії 1957 р. (далі установчі договори) з подальшими змінами, внесеними Маастрихтським договором (Договір про утворення Європейського Союзу 1992 р.), Амстердамським 1997 р. та Ніццьким договорами 2001 р., а також актами про приєднання; Договір про Європейський Союз 1992 р., із змінами, внесеними Амстердамським 1997 р. та Ніццьким договорами 2001 р., а також договорами про приєднання; Договір про злиття 1965 р.; акти про приєднання нових держав-членів.

Вторинне законодавство – це: директива; регламент; рішення; рекомендація або висновок; джерело права у формі міжнародної угоди; загальний принцип права Європейського співтовариства; рішення Європейського суду; спільна стратегія у сфері спільної зовнішньої політики та політики безпеки, як це визначено ст. 13 Договору про Європейський Союз; спільні дії в рамках спільної зовнішньої політики та політики безпеки; спільна позиція у сфері спільної зовнішньої політики та політики безпеки; рамкове рішення щодо гармонізації законодавства в контексті положень Договору про Європейський Союз про співробітництво правоохоронних та судових органів у кримінальних справах (ст. 34 Договору про Європейський Союз; спільна позиція в контексті положень Договору про Європейський Союз про співробітництво правоохоронних та судових органів у кримінальних справах (ст. 34 Договору про Європейський Союз); рішення в контексті положень Договору про Європейський Союз про співробітництво правоохоронних та судових органів у кримінальних справах (ст. 34 Договору про Європейський Союз); загальне положення або принцип у сфері спільної зовнішньої політики та політики безпеки [18].

Усі наведені в переліку правові акти іменують законодавством! Таке формулювання звичайно не відповідає усталеному на загальнотеоретичному рівні підходу, згідно з яким під законодавством розуміють систему законів та підзаконних нормативно-правових актів держави (не кажучи уже про те, що на думку деяких науковців поняттям законодавство можуть бути охоплені лише закони і в жодному разі підзаконні нормативно-правові акти).

Як бачимо, до первинного (базового, вихідного) законодавства зачисляють установчі акти нормативного характеру для держав членів ЄС, що видається виправданим лише у контексті норм Закону України “Про міжнародні договори” (і якщо не брати до уваги, що Україна не долучилась до них). До вторинного ж законодавства (що зовсім незрозуміло) відносять правові акти, що мають різну юридичну природу та регулятивне призначення:

- акти нормативно-правового характеру (директиви, регламенти, рішення тощо);
- загальні принципи права Європейського співтовариства;
- акти застосування права (рішення Європейського Суду);
- форми прояву діяльності держав-членів ЄС (спільна стратегія, спільна позиція та спільні дії у сфері зовнішньої політики та політики безпеки).

Отож, Закон України “Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу”, декларуючи намір нашої держави привести національне законодавство у відповідність до законодавства ЄС, реально ж закріплює завдання адаптації законодавства України до правових актів ЄС, а ще точніше частково до правової системи ЄС (оскільки, наприклад, спільні дії держав-членів ЄС у сфері зовнішньої політики та політики безпеки це – більшою мірою діяльнісний, ніж формально матеріалізований чинник правової системи ЄС). Тобто беруться до уваги усі види актів, форм та видів

діяльності, в яких містяться норми існування та функціонування Європейського Союзу, або точніше джерела права ЄС.

Наведені міркування схиляють до висновку про неточність формулювань у Законі України “Про Загальнодержавну програму ...” і необхідність внесення змін, насамперед до назви та розділу другого. Цей Закон України має мати назву “Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до джерел права Європейського Союзу”. У розділі другому і по тексту цього нормативно-правового акта терміни “первинне та вторинне законодавство” замінити термінами “первинні і вторинні джерела права ЄС” [19].

У розділі третьому Закону “Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу” (далі Закон) передбачено, що державна політика України щодо адаптації законодавства формується як складова частина правової реформи в Україні та спрямована на забезпечення єдиних підходів до нормопроектування, обов’язкового врахування вимог законодавства ЄС під час нормопроектування... У наступних розділах визначено основні етапи, послідовність, інституційний механізм адаптації; особливості розгляду законопроектів та проектів інших нормативно-правових актів, що належать за предметом правового регулювання до сфер, праввідносини в яких регулюються правом ЄС. Наведений “план дій” суб’єктів нормотворення в Україні і є оптимальним механізмом приведення законодавства України у відповідність до міжнародних договорів України, схвалених Верховною Радою; а також стандартів і принципів міжнародного права, до яких Україна прагне приєднатися.

Отож, констатуємо, що в Україні сьогодні є загалом достатня юридична база, необхідна для максимального наближення національних нормативно-правових актів до кращих міжнародних правових стандартів. Зауваження викликає хіба що, на наш погляд, загальний характер нормативних приписів, які це передбачають. Візьмемо, наприклад, припис, що міститься у п. 1 “Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств, інших органів виконавчої влади”, в якому зазначено, що державна реєстрація нормативно-правового акта полягає у проведенні правової експертизи на відповідність його... Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. Щодо такої відповідності виникає чимало питань, наприклад, як досягнути адекватності між нормами національного законодавства і нормами Конвенції, в яких використовуються оціночні поняття [20, с. 109–131]. На практиці більша ймовірність забезпечення відповідності, коли йде мова про використання у процесі національного правотворення формально визначених приписів міжнародного права. Коли за еталон беруться формально невизначені приписи, то відповідність має доволі відносний характер. Напевно саме тому є необхідним використання у якості джерельної бази не лише Конвенції, а й практики її використання (що простежується в Україні стосовно Конвенції та практики Європейського суду з прав людини). Це знову ж таки доказ того, що міжнародні договори, схвалені Верховною Радою, не можуть автоматично ставати законодавством України.

Ще один важливий момент, який не надто сьогодні беруть до уваги – те, що міжнародні акти творяться за допомогою певних засобів правотворчої техніки, і що під час формування внутрішньодержавного права їх також варто застосовувати (їх аналіз і можливості використання суб’єктами нормотворення в Україні потребує окремого дослідження).

Визначивши місце міжнародних договорів, схвалених Верховною Радою, в системі правових регуляторів суспільних відносин в Україні, можна вести мову

і про їх ієрархію в системі джерел права України, насамперед, що до нормативно-правових актів України. Найповніше дане питання сьогодні розглядають у проекті Закону України “Про нормативно-правові акти”, зокрема у ст. 7 та 8.

Як було зазначено, ст. 6 цього законопроекту міжнародні договори до системи нормативно-правових актів України не відносить. Водночас у ст. 7 “юридична сила та ієрархія нормативно-правових актів” у підпунктах 2-11 п. 1 йдеться про відповідність законів і підзаконних нормативно-правових актів України міжнародним договорам України. У ст. 8 додатково зацентровано на вищості юридичної сили міжнародних договорів, затверджених уповноваженими органами української держави над нормативно-правовими актами України. Це свідчить про те, що на законодавчому рівні пропонують визнати пріоритетність міжнародного договору поміж інших джерел права України.

Ознайомившись із текстом ст. 7 та 8 проекту закону “Про нормативно-правові акти”, зауважимо, що вони потребують певного уточнення. Відповідно до підпункту 2 п. 1 ст. 7 “закони України повинні відповідати”, а п. 1 ст. 8 “закони України мають меншу юридичну силу від чинних міжнародних договорів України, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України”. У такому випадку редакція підпунктів 3-11 п. 1 ст. 7 суперечить цьому принципу, оскільки передбачає, що підзаконні акти, починаючи з постанов Верховної Ради України і завершуючи рішеннями місцевих рад нормативного характеру “приймаються на основі та на виконання Конституції і законів України, міжнародних договорів України”, тобто у порядку ієрархії Конституції, законам, міжнародним договорам (порушується принцип вищості юридичної сили міжнародного договору, схваленого Верховною Радою, над законом). Щоб усунути цю “неув’язку”, необхідно переставити місцями терміни “закон” й “міжнародний договір” і відповідно викласти підпунктів 3-11 п. 1 ст. 7 у редакції: “на основі та на виконання Конституції України, міжнародних договорів України, законів України”. Водночас виникає питання щодо узгодження ст. 7 та 8 у контексті того, що юридична сила міжнародних договорів, як передбачено ст. 8, залежить від того, який орган їх затверджує – Верховна Рада України, Президент України, Кабінет Міністрів України, міністерства чи інші центральні органи виконавчої влади. Щоб досягти відповідності, у підпункт 3-7 п. 1 ст. 7 доцільно внести корективи і доповнити їх вказівкою на відповідність певній категорії міжнародних договорів. Наприклад, підпункт 4 викласти у редакції: “укази Президента України, постанови Кабінету Міністрів України приймаються (видаються) на основі та на виконання Конституції України, міжнародних договорів України, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, законів України, міжнародних договорів, затвердження чи прийняття яких відбувається у формі указу Президента України чи постанови Кабінету Міністрів України і мають вищу юридичну силу...”. Запропоноване доповнення сприятиме повноті норми, закріпленої ст. 7 і її узгодженості із ст. 8 проекту Закону “Про нормативно-правові акти” та ст. 3 Закону України “Про міжнародні договори України”, однак викликає критику через громіздкість, складність, термінологічну перенасиченість. Одним із варіантів виходу може бути вилучення із тексту підпунктів 2-11 п. 1 ст. 7 вказівки про відповідність законів і підзаконних нормативно-правових актів України міжнародним договорам. Це видається можливим з огляду на низку причин:

– в зазначеній статті йдеться про юридичну силу та ієрархію нормативно-правових актів України, до яких міжнародний договір не належить;

- юридична сила міжнародних договорів України що до нормативно-правових актів України та їх ієрархія визначаються також ст. 8, тобто має місце певна тавтологія між даними статтями;
- якщо у ст. 7 вести мову про міжнародні договори України як джерело (основу) для формування нормативно-правових актів України, то треба також згадувати про рішення всеукраїнського референдуму, що мають нормативний характер, і про інтерпретаційно-правові акти, створювані Конституційним Судом України. Правильніше, на наш погляд, не вести мову у майже кожному із 11 підпунктів п. 1 ст. 7 про міжнародні договори, а ввести новий п. 2, в якому закріпити, що під час визначення ієрархії нормативно-правових актів України враховують міжнародні договори України за їх юридичною силою відповідно до ст. 8.

Задекларований українською державою курс на визнання пріоритетності норм міжнародного права над національним має реалізовуватись через систему нормативно закріплених правил, які: визначають механізм адаптації національного законодавства до стандартів міжнародного права, визнаних Україною; встановлюють можливість і порядок використання міжнародних правових актів як джерел права України; регулюють їх співвідношення з нормативно-правовими актам України.

1. У розділі X “Міжнародні відносини” Декларації про державний суверенітет закріплено, що Українська РСР визнає перевагу загальнолюдських цінностей над класовими, пріоритет загальновизнаних норм міжнародного права перед нормами внутрішньодержавного права //Відомості Верховної Ради України. 1990. – №31. – Ст. 429.
2. Раданович Н.М. Національна імплементація міжнародних договорів щодо прав людини: загальнотеоретичне дослідження (на матеріалах впровадження Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини): //Автореф. дис. на здобуття ... канд. юрид. наук: 12.00.01. – Львів, 2000. – 19с.; Лаба О.В. Право Європейського Союзу та право України: теоретико-правові проблеми співвідношення та гармонізації (1991–2004рр.): //Автореф. дис. на здобуття ... канд. юрид. наук: 12.00.01. – К., 2005. – 21 с.; Сюр Н.В. Правова інтеграція України до Європейського Союзу: теоретико-правове дослідження //Автореф. дис. на здобуття ... канд. юрид. наук: 12.00.01. – К., 2006. – 20 с.
3. Див., наприклад: Проблеми гармонізації законодавства України з міжнародним правом. – К., 1998; Гармонізація законодавства України з правом Європейського Союзу. – Львів, 2003. – 124 с.; Взаємодія міжнародного права з внутрішнім правом України /За ред. В.Н. Денисова. – К., 2006. – 672 с.
4. Див., наприклад: Лозанський В.Р. Гармонізація нормативного регулювання природоохоронної діяльності в Україні з діючим у Європейському Союзі / Проблеми охорони оточуючої природної среды. - Х., 1996. – С.61–75; Шевчук С. Роль центру порівняльного права при міністерстві юстиції України в процесі адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу /Бюл. міністерства юстиції України. – 2001. – №3. – С.44; Баймуратов М., Максименко С. Стратегія інтеграції України до Європейського Союзу: політико-правовий аналіз /Право України. – 2001. – №10. – С.101–104.
5. Див., наприклад: Луць Л.А. Європейські міждержавні правові системи: загальнотеоретична характеристика. – К., 2004. – 256 с.; Микієвич М.М. Міжнародно-правові аспекти співробітництва Європейського Союзу з третіми країнами. – Львів, 2001. – 200 с.

6. Адаптація законодавства до стандартів ЄС: підсумки п'ятирічного шляху //Урядовий кур'єр. -11 грудня 2003., – №234; Куди веде Україну “дорожня карта” євроінтеграції //Дзеркало тижня. – 17 березня 2007., –№10 (639); Юридична освіта і практика Страсбурзького Суду //Юридичний вісник України. – 18-24 квітня 2009., – №16 (720) та інші.
7. Очевидно саме тому Інститут законодавства Верховної Ради України постійно здійснює моніторинг європейського правового поля: Ради Європи та Європейського Союзу. Інститут на постійній основі здійснює щоквартальний випуск видань серії “реферативний огляд європейського права”, в якому здійснює аналітичний огляд нормотворчої діяльності Парламентської асамблеї та Комітету міністрів Ради Європи, Європейського парламенту, Комісії та Ради ЄС, моніторинг новоприйнятого законодавства ЄС, а також рішень, ухвалених Європейським судом з прав людини за скаргами проти України //Інститут, де народжуються законопроекти //Голос України, - 10 листопада 2010., – №211. – С.5.
8. Можемо пишатися нашим законодавством //Голос України, – 22 жовтня 2010р. – с. 1, 3.
9. Дутка Г.І. Закон у системі нормативно-правових актів України: // Автор. дис. на здобуття ... канд. юрид. наук: 12.00.01. – К.,2003. – С.13.
10. Див., наприклад: Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави. – Львів, 2008. – С.126–127.; Марченко Н.М. Источники права. – М., 2005. – 760 с.; Общая теория государства и права. Академический курс в трех томах /отв. ред. М.Н. Марченко. – М., 2007. – С.268.
11. Див., наприклад, навчальний посібник Луць Л.А. Загальна теорія держави і права. – К., 2007. – С.193.
12. Опришко В.Ф., Омельченко А.В., Фастовець А.С. Право Європейського Союзу. – К., 2002. – С.120–121.
13. Бущенко А.П. Практика Європейського Суду по правах человека. – М., 2001. – С. 4.
14. Знову ж таки виникає певна неузгодженість між ст. 9 Конституції і цими правовими актами. Конституція зобов'язує визнавати міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надала Верховна Рада, частиною законодавства України, а правові акти встановлюють обов'язок адаптовувати чинне і новостворюване законодавство до стандартів визначених цими договорами. Також є і відмінність з огляду на те, що конституційний припис стосується міжнародних договорів, ратифікованих парламентом (наприклад, договори на рівні Ради Європи), а правові акти і тих договорів, до укладення яких наша держава прагне (договори, що стосуються Європейського Союзу).
15. Див., наприклад, Закон України “Про Концепцію Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу” від 21 листопада 2002 р.
16. Правова (юридична) система – це система всіх юридичних явищ, які існують у певній державі або у групі держав //Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави. – Львів, 2008. – С. 137.
17. Міждержавно-правова система – це цілісна структурно впорядкована за допомогою міжнародно-правових норм та інших юридичних засобів стійка взаємодія суб'єктів міжнародного права, що забезпечує належний міжнародний правопорядок як необхідну передумову функціонування світової системи загалом та регіональних її систем зокрема //Луць Л.А. Європейські міждержавні правові системи та проблеми інтеграції з ними правової системи України (теоретичні аспекти). – К., 2003. С. 96.
18. Ми навели весь перелік з метою проілюструвати повну невідповідність нормативно закріпленого розуміння законодавства ЄС існуючому, починаючи з римського права і

до кінця XX століття доктринальному розумінню того, що таке закон і відповідно тому, що маже трактуватися як законодавство.

19. Хоча виникає чимало питань щодо їх практичної реалізованості, наприклад, як будуть враховуватись спільні дії, позиції, політика держав членів ЄС (які об'єктивно не можуть бути незмінними) на протязі декількох років і в такій широкій сфері суспільних відносин (від митного до екологічного права)? А якщо ще брати до уваги різні політичні та економічні чинники?
20. Досить об'ємне і дискусивне питання, яке ми пробували висвітлити у спеціальних публікаціях /див. Косович В.М. Оціночні поняття як засіб юридичної техніки. – Львів, 2010. – С. 109–131.

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО КАК СРЕДСТВО СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ НОРМАТИВНО ПРАВОВЫХ АКТОВ УКРАИНЫ

В. Косович

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статье рассматриваются дискуссионные моменты относительно использования международного, прежде всего, европейского права как средства создания новейшего адаптированного к общемировым стандартам права Украины. На общетеоретическом уровне определены возможные факторы усовершенствования процесса обеспечения соответствия нормативно-правовых актов Украины нормам международного права.

Ключевые слова: международный договор; европейское право; нормативно-правовой акт.

INTERNATIONAL LAW AS MEANS OF NORMATIVE-LEGAL ACTS OF UKRAINE IMPROVEMENT

V. Kosovych

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

Issues of international, primarily European law application as a creation means of novel law of Ukraine, adapted to world standards, are regarded. Possible factors of normative-legal acts of Ukraine conformity to international law norms process improvement are defined on the general theoretical level.

Key words: international treaty, European law, normative-legal act.

Стаття надійшла до редколегії: 04.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ПРОБЛЕМАТИКА ПРАВ ЛЮДИНИ В ДОКУМЕНТАХ ВСЕСВІТНЬОЇ РАДИ ЦЕРКОВ

С. Цебенко

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000, Львів, Україна*

Стаття має на меті розкрити позицію Всесвітньої Ради Церков щодо проблематики прав людини, у тому числі на громадянські, економічні, соціальні та культурні права. У статті звернено увагу також і на основні напрями діяльності цієї організації та участь у ній східних помісних православних церков.

Ключові слова: права людини, Всесвітня Рада Церков.

Значущість проблеми прав людини у сучасний період ні в кого не викликає сумнівів. Одним із свідчень цього є, зокрема, те, що сьогодні їй приділяють дедалі більше уваги й основні світові релігії. Цю проблематику не оминула своєю увагою й одна з основних міжнародних релігійних організацій – Всесвітня Рада Церков (далі – ВРЦ), до якої входять 349 різних релігійних об'єднань.

Основні напрями діяльності Всесвітньої Ради Церков та участь помісних православних церков у цій організації. Всесвітня Рада Церков (The World Council of Churches) була створена на базі трьох протестантських рухів 22 серпня–4 вересня 1948 р. на першій Генеральній Асамблеї в Амстердамі (Нідерланди) і є однією з міжхристиянських організацій та керівним центром екуменічного руху. Штаб-квартира ВРЦ розташована у м. Женева (Швейцарія) [1]. До складу цієї міжнародної релігійної організації нині також належать більшість православних церков, велика кількість англіканських, баптистських, лютеранських, методистських і реформатських Церков, а також багато об'єднаних та незалежних Церков, які представляють понад 560 млн християн більш ніж із 110-ти країн світу [2]. Необхідно звернути увагу на те, що Римо-Католицька Церква не є членом ВРЦ, хоча має там своїх представників і бере активну участь в основних заходах цієї організації [3].

У різні роки помісні православні церкви долучались до ВРЦ. Зокрема Константинопольська, Олександрійська, Антіохійська, Єрусалимська, Кіпрська, Грецька православні Церкви фактично від самого початку брали участь у роботі організації; у 1952–1953 рр. до них приєдналася Православна церква в Америці; 1961 р. – Російська, Румунська, Болгарська та Польська православні церкви; 1962 р. – Грузинська православна церква; 1965 р. – Сербська православна церква; 1966 р. – Православна церква Чехословаччини; 1972 р. – Японська автономна православна церква і 1982 р. — автономна Фінляндська православна церква [4, с. 4; 5, с. 58]. Східні православні церкви налічують понад 300 млн віруючих по всьому світу, за винятком Грузії та Болгарії, які вийшли з організації у 1997 і 1998 рр. [6] у зв'язку з тим, що противників екуменізму в православ'ї є набагато більше, ніж прихильників [5, с. 58].

Щодо українського православ'я, то у ВРЦ діє правило, відповідно до якого церкви, що перебувають у незрозумілій канонічній ситуації чи є у розколі з дійсними членами ВРЦ, не можуть бути членами цієї міжхристиянської організації. Тому жодна з гілок українських православних церков, не є членом ВРЦ (хоча час від часу представники з України беруть участь в акціях ВРЦ, але як делегати від Московського чи Константинопольського Патріархатів) [3].

Налагодження живих контактів між церквами, а також сприяння вивченню й обговоренню питань єдності Церкви є основною метою діяльності ВРЦ [1; 4, с. 3]. Основні засади та принципи діяльності цієї міжхристиянської організації сформульовані у Торонтській декларації, ухваленій Генеральною асамблеєю ВРЦ 1950 р. [1]. Для досягнення цієї мети серед основних напрямів діяльності ВРЦ є проведення християнських служб, забезпечення людських потреб, руйнація бар'єрів між людьми з метою справедливості і миру, підтвердження єдності Творця, а також співпраця у місіонерській діяльності [2].

Генеральним секретарем ВРЦ у 2009 р. було обрано пастора Олафа Фюксе Твейта, котрий визначив головні напрями діяльності ВРЦ на найближчий період, серед яких: заохочення солідарності між християнами у всьому світі, розвиток міжрелігійних відносин та ширших екуменічних зв'язків, утвердження справедливості [7].

Крім того, ВРЦ займається дослідженнями актуальних політичних, соціально-економічних, науково-технічних та екологічних проблем, надає допомогу антирасистським організаціям різних країн світу [1]. Частина церков-членів ВРЦ вважає, що екуменічний рух має зайнятися насамперед світом, у тім числі з несправедливим соціальним устроєм, епідеміями, нестатками, мілітаризмом та стражданнями [4, с. 6].

Отже, можна сказати, що ВРЦ також займається і питаннями прав людини. Зокрема, це можна простежити, аналізуючи документи, видані цією міжхристиянською організацією.

Однак, необхідно звернути увагу на те, що ВРЦ не може втручатися в канонічне право, традиції та закони окремих церков, тому ця організація не приймає рішень з цих питань. Представники різних церков працюють разом, обговорюють різні питання задля єдності і на рівні ВРЦ, і на місцевому рівні з метою налагодження діалогу між різними церквами. Проте на своїх асамблеях ВРЦ намагається вирішувати питання і реалізувати рекомендації, які надходять від церков-членів організації, оскільки ВРЦ є організацією, яка створена Церквами і для Церков. ВРЦ з 1998 р. ухвалює рішення не шляхом голосування, а на основі консенсусу [3]. ВРЦ щоразу підкреслює, що двома основними її цілями є проголошення спільної думки Церков щодо важливих аспектів та закликання Церков до поновлення діалогу з питань, які їх роз'єднують [8].

Основні позиції Всесвітньої Ради Церков щодо прав людини. Серед останніх документів, які видані ВРЦ і безпосередньо стосуються прав людини, можна виділити, зокрема, такі: Заява з нагоди 60-ї річниці Загальної декларації прав людини ООН (Statement on the 60th anniversary of the UN Universal Declaration of Human Rights) [9], прийнята 26 вересня 2008 р. в Німеччині на засіданні виконавчого комітету ВРЦ; три заяви-резолюції (щодо тероризму і людських прав, щодо води для життя, щодо відповідальності за захист) Дев'ятої асамблеї ВРЦ, яка відбулася в Бразилії 14–23 лютого 2006 року [10; 11; 12]; а також заява “Віра в права людини” (Faith in Human Rights) [13], яку підписали на Міжнародній міжрелігійній конференції в Гаазі (Нідерланди) 10 грудня 2008 р. 10 релігійних лідерів з різних світових релігій, у тому числі й Самуель Кобія, котрий на той час обіймав посаду Генерального секретаря ВРЦ.

Аналізуючи ці документи ВРЦ, можна виділити такі основні моменти в позиції цієї міжхристиянської організації щодо прав людини.

По-перше. Більшість світових релігій визнають і підтримують права людини та основоположні свободи, які кожна людина може здійснювати як самостійно, так і з іншими людьми. Більше того, релігійні лідери, котрі підписали заяву “Віра в

права людини” мають намір здійснити всі необхідні кроки як в межах своїх спільнот, так і у співпраці з іншими, з метою сприяння і захисту прав людини та основоположних свобод для кожної особи незалежно від її релігії чи віросповідання [13, преамбула].

По-друге. ВРЦ підтримує положення Віденської декларації і Програми дій в галузі прав людини 1993 р., в якій проголошувалося, що всі права людини є універсальними, неподільними, взаємозалежними та взаємопов'язаними, а держави, незалежно від їхніх політичних, економічних і культурних систем, зобов'язані захищати всі права людини та основоположні свободи [13, п. 5].

По-третє. Першим основним загальним міжнародним стандартом прав людини, до якого повинні прагнути всі народи і всі нації, ВРЦ вважає Загальну декларацію прав людини (далі – ЗДПЛ). Більше того, ця міжхристиянська організація брала участь в укладанні цієї Декларації через свою Комісію церков щодо міжнародних справ і зробила свій внесок у ст.18 ЗДПЛ щодо свободи думки, віросповідання і релігії. ВРЦ погоджується з принципами, закріпленими у ЗДПЛ, тому активно сприяє імplementації її норм [9, п. 1,2].

По-четверте. ВРЦ наголошує на тому, що сьогодні, як ніколи, в цілому світі існують расові, економічні та релігійні розбіжності, тому церкви і релігійні організації повинні захищати і проголошувати універсальні принципи гідності, рівності, свободи, справедливості і миру, закріплені у ЗДПЛ [13, п. 3].

По-п'яте. ВРЦ звертає увагу на те, що значна частина роботи у державах ведеться на нормативному рівні, особливо у сфері встановлення стандартів та моніторингу, проте цього є недостатньо, оскільки необхідно створити такі умови, щоб кожна людина могла в повному обсязі реально реалізувати свої права. Обов'язком держави є захист основоположних прав та свобод людини [9, п. 8].

По-шосте. Незважаючи на те, що ЗДПЛ була прийнята 60 років тому, а ми живемо вже у третьому тисячолітті, ВРЦ з сумом констатує те, що через окремі національні, етнічні, расові, ідеологічні інтереси права людини все ще порушуються або відбувається зловживання ними. Тому, на жаль, рівні безкарності, несправедливості й нерівності зростають [9, п. 5].

По-сьоме. Позитивним кроком у боротьбі проти безкарності щодо зростання порушення прав людини є, на думку ВРЦ, покарання винних осіб міжнародними трибуналами та національними судами за злочини проти людства чи за воєнні злочини [9, п. 4].

По-восьме. Важливою частиною діяльності церкви є праця стосовно захисту прав людей, яка є суттєвою і невід'ємною частиною всесвітньої боротьби і прагнення до миру й справедливості [9, п. G].

По-дев'яте. ВРЦ звертається до урядів держав з проханням прийняти, ратифікувати і поважати міжнародні та релігійні інструменти щодо сприяння і захисту прав людини, а також закликає церкви та їхнє керівництво співпрацювати з ООН та іншими урядовими та неурядовими організаціями у цьому напрямку [9, п. C, F].

По-десяте. ВРЦ засуджує акти тероризму, вважаючи, що за його допомогою не можна вирішувати ті чи інші політичні чи соціальні проблеми, а також стверджує, що всі дії по боротьбі з тероризмом мають залишатися в межах міжнародного правопорядку, яке підтверджує і виражає повагу до прав людини та гуманітарного права. Тому законодавство щодо боротьби з тероризмом в жодному разі не повинно спричиняти приниження чи порушення прав людини та її гідності [10, резолюція].

По-одинадцять. Відповідальність за захист населення та прав людини несуть як міжнародні спільноти, так і уряди держав, до яких ВРЦ звертається з проханням

зробити все необхідне для запобігання війні, руйнації та жорстокості. Адже профілактичні заходи є єдиними надійними засобами для раннього виявлення погіршення ситуації на певній території, що потребує постійної уваги тих осіб, котрі користуються довірою і найтісніше працюють з постраждалим населенням. На думку ВРЦ, церкви та інші релігійні громади несуть особливу відповідальність за свій внесок в раннє виявлення умов небезпеки, у тім числі економічні, соціальні і політичні умови [12, резолюція; 13, п. 6, 7]. Тому необхідно зробити весь світ безпечним місцем для життя людей [13, п. 11. 2]. Наприклад, ВРЦ засуджує збройні конфлікти на Близькому Сході між Ізраїлем та Ліваном, наполягаючи на тому, що всі сторони повинні захистити мирне населення цих країн відповідно міжнародного законодавства, і закликаючи припинити насильство, у тім числі руйнування доріг, мостів та аеропортів. Основне – це є досягнення миру і справедливості в цьому регіоні та у всьому світі [14].

По-дванадцяте. З позиції ВРЦ, релігія, церква, релігійні організації повинні захищати мир у світі, наполягати на примиренні та вирішенні конфліктів мирним шляхом, захищати універсальні цінності, працювати у взаємоповазі та дотримуватися прав людини й основоположних свобод [13, п. 10].

По-тринадцяте. Для повнішої імплементації прав людини ВРЦ пропонує детально вивчати Святе Писання, вчення та богословське обґрунтування щодо захисту прав людини; а також шукати шляхи прощення і примирення з метою зміцнення взаємної поваги та взаєморозуміння між різними релігійними спільнотами [13, п. 11].

Позиція ВРЦ щодо фізичних та особистісних (громадянських) прав людини.

1. Право на життя є основним правом людини, без якого всі інші права втрачають будь-який сенс, тому ВРЦ позитивно оцінює введення Генеральною асамблеєю ООН 2007 р. мораторію на смертну кару [9, п. 4].

Невід'ємною частиною права на життя є, на думку ВРЦ, право на воду (the right to water), яке охоплює захист водних ресурсів від надмірного споживання і забруднення; розробку належних систем санітарії; урахування потреб людей з обмеженими можливостями, щоб вони мали доступ до чистої води та санітарних послуг [11, п. А,Е].

2. ВРЦ визнає, що світова спільнота є релігійно і культурно різноманітною, тому необхідно співпрацювати з метою заохочення та захисту прав і гідності всіх людей, погоджуючись зі стандартом, встановленим у ЗДПЛ, котрий визначає гідність людської істоти незалежно від релігійних, расових, статевих чи інших ознак. Прихильники різноманітних релігійних традицій повинні докладати всіх зусиль, щоб захистити людську гідність [13, п. 1, 10].

3. ВРЦ констатує те, що по всьому світу порушуються права людини, що проявляється у використанні тортур чи нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженні, зокрема у нападах на активістів захисту прав людей, у нападах на цивільних збройними групуваннями й урядовими силами, в жорстокості щодо жінок та дітей [9, п. 6].

4. Особливу увагу цієї міжхристиянської організації звернуто на порушення права на свободу світогляду та віросповідання, що проявляється у вбивствах, арештах чи дискримінації людей за їх релігійними переконаннями.

ВРЦ схвалює два основні принципи ЗДПЛ щодо того, що кожна особа має свободу думки, світогляду та релігії і що ніхто не повинен бути дискримінований на основі релігії чи віросповідання [13, п. 1]. Адже свобода мати, зберігати та приймати ту чи іншу релігію і віросповідання за власним вибором, без насильства та спонукання, є незаперечним правом людини. Тому ВРЦ занепокоюють випадки

підбурювання до релігійної ненависті (відкритої чи прихованої) та зростання релігійної нетерпимості [13, п. 8].

ВРЦ також засуджує дискримінаційну політику щодо мігрантів, вважаючи що саме ця категорія людей, а також релігійні меншини та біженці перебувають постійно у вразливій ситуації з огляду на їхню свободу релігії чи переконань [9, п. 6].

ВРЦ звертається до урядів держав з проханням використати всі необхідні засоби з метою гарантування ефективного захисту і сприяння реалізації права на свободу релігії та віросповідання і протидіяти нетерпимості чи дискримінації в суспільстві, яка базується на релігії [9, п. D]. Адже будь-яка жорстокість через політичні чи релігійні переконання, вчинена проти мирного цивільного населення, незалежно від того, хто її вчинив – держави чи недержавні організації, – ніколи не зможе бути виправданою [10, резолюція].

Погляд ВРЦ щодо економічних, соціальних і культурних прав людини.

1. ВРЦ вважає що у сфері економічних і соціальних прав людини найчастіше порушується право на достатній рівень життя (у тім числі на їжу), оскільки є збільшення по всьому світу людей, які живуть в умовах крайньої бідності [9, п. 6]. Такі умови проживання, в яких живе понад мільярд людей по всьому світу, мають бути змінені [13, п. 9].

2. ВРЦ наголошує на тому, що порушується право людини на доступ до медичної допомоги, зокрема звертає особливу увагу на проблеми ВІЛ-інфікованих. Позиція цієї міжхристиянської організації щодо означеної проблеми полягає в такому: мінімізувати можливість зараження ВІЛ-інфекцією іншими особами (у тім числі другим членом подружжя чи членами їхньої сім'ї); забезпечити сприятливі умови праці для осіб, які живуть з ВІЛ/СНІД; забезпечити доступ до піклування, підтримки та лікування таких осіб і членів їхніх сімей; ВІЛ-інфіковані жінки мають додаткові особливі потреби [15, п. 2, 5]. Зокрема, можна сказати про те, що в Україні, у зв'язку з поширенням цієї інфекції, є необхідність у створенні окремих пологових відділень (якщо не цілих лікарень) для таких жінок, оскільки на сьогодні жодних умов для убезпечення здорових жінок (крім кількадечної стерилізації палати та операційної зали) немає. Усе це охоплює право на отримання медичної допомоги як здоровими, так і ВІЛ-інфікованими людьми.

У світі нині досить поширеними є дослідження стовбурних клітин, які мають потенціал людських істот. З цього питання варто звернути увагу на думку представника грецької православної церкви, доцента Богословського факультету Салонікського Університету Арістотеля, Васілейоса Каллітакманіса, висловлену у листопаді 2009 р. на організованій ВРЦ і Волоською Академією богословських наук конференції у Греції на тему "Дослідження стовбурових клітин на служінні людському життю? Етичні та богословські роздуми". Він вважає, що Церква з повагою ставиться до медичної науки та досліджень, у тому числі і досліджень стовбурних клітин, які мають великий потенціал і вселяють надію багатьом людям на можливість лікування тяжких захворювань; щоправда, завжди повинні бути межі таких досліджень, які мають враховувати з надзвичайною обережністю і моральні аспекти [16].

3. Серед культурних прав, на думку ВРЦ, найчастіше порушується право на освіту [9, п. 6, 7]. Саме через освіту та інформаційні заходи необхідно допомогти всім людям знати свої права і розуміти, що кожна людина має обов'язки перед суспільством загалом, в межах якого можливий вільний і всебічний розвиток її особистості [13, п. 1].

Хотілося б сподіватися, що наведений вище україномовний реферативний виклад декількох новітніх документів Всесвітньої Ради Церков стосовно проблематики прав людини може бути використаний у сучасних дослідженнях

офіційного ставлення християнських організацій до проблем основоположних прав і свобод людини.

1. Крижановська О.О. Всесвітня Рада Церков. – Режим доступу: http://www.history.org.ua/?l=EHU&verbvar=Vsesvitnia_rada.
2. What is the World Council of Churches? – Режим доступу: <http://www.oikoumene.org/en>
3. Порада Україні від Всесвітньої Ради Церков. // Патріархат. – 2007. – № 2 (399). – Режим доступу: <http://www.patriyarkhat.org.ua/ukr/archive/article;358;399/>.
4. Єленський В. За мир світу, благоустрій Церков і поєднання всіх... // Людина і світ. – 1998. – № 8. – С. 2-8.;
5. Марчишак А. Православ'я та екуменічні перспективи сучасності. // Релігія та соціум. – 2008. – № 2. – С. 58. (С. 57-62.)
6. Orthodox churches (Eastern). – Режим доступу: <http://www.oikoumene.org/en/member-churches/church-families/orthodox-churches-eastern.html>.
7. Новий керівник Всесвітньої Ради Церков представив бачення подальшої роботи організації, 29.08.2009. – Режим доступу: <http://www.ecumenicalstudies.org.ua>
8. Представник з Всесвітньої Ради Церков в УКУ, 19.12.2006 р. – Режим доступу: <http://ucu.edu.ua/news/1554/>.
9. Statement on the 60th anniversary of the UN Universal Declaration of Human Rights, 26.09.2008 р. – Режим доступу: <http://www.oikoumene.org/en/resources/documents.html>.
10. WCC 9th Assembly, Porto Alegre, Brazil, 14-23 February, 2006. (the Statement on Terrorism, Counter-Terrorism and Human Rights). – Режим доступу: <http://www.oikoumene.org/en/resources/documents.html>.
11. WCC 9th Assembly, Porto Alegre, Brazil, 14-23 February, 2006. (the Statement on Water for Life). – Режим доступу: <http://www.oikoumene.org/en/resources/documents.html>.
12. Statement of the WCC 9th Assembly, Porto Alegre, Brazil, 14-23 February, 2006. (the Statement on the Responsibility to Protect) – Режим доступу: <http://www.oikoumene.org>
13. On the signing of the 2008 Faith in Human Rights Statement, 10.12.2008. – Режим доступу: <http://www.oikoumene.org/resources/documents/general-secretary/statements/faith-in-human-rights.html>.
14. Чернявська М. Всесвітня Рада Церков засудила військові дії в Лівані. – Режим доступу: <http://ru.christiantoday.com/article/1278.htm>.
15. Towards a policy on HIV/AIDS, 01.01.2006. – Режим доступу: <http://www.oikoumene.org>
16. Богослови обговорюють проблеми біоетики, 13.11.2009. – Режим доступу: <http://uaoc.net/2009/11/13/problemy-bioetyky/>.

ПРОБЛЕМАТИКА ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В ДОКУМЕНТАХ ВСЕМИРНОГО СОВЕТА ЦЕРКВЕЙ

С. Цебенко

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000, Львов, Украина*

Статья имеет целью раскрыть позицию Всемирного Совета Церквей относительно проблематики прав человека, в том числе на гражданские, экономические, социальные и культурные права. В статье обращено внимание также и на основные направления деятельности этой организации то участие в ней восточных поместных православных церквей.

Ключевые слова: права человека, Всемирный Совет Церквей.

**HUMAN RIGHTS ISSUES
IN THE DOCUMENTS OF CHURCHES' WORLD COUNCIL**

S. Tsebenko

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

The article is aimed at highlighting Churches' World Council position on human rights issues, including civil, economic, social and cultural rights. Specific attention is paid to the main ways of this organization activity and participation of eastern manorial orthodox churches in it.

Key words: human rights, Churches' World Council.

Стаття надійшла до редколегії: 14.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

СТАРУХИ: ТРИ ПОКОЛІННЯ ПРЕДСТАВНИКІВ УКРАЇНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ ДУМКИ В ГАЛИЧИНІ

Т. Андрусяк

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетськ, 1, 79000, м. Львів, Україна*

У статті висвітлено внесок в розвиток української правової думки в Галичині представників трьох поколінь родини Старухів: Михайла, депутата Галицького крайового сейму (1861–1866), його синів – Антіна, депутата Галицького крайового сейму (1901–1914), повітового комісара ЗУНР Ліського повіту, Тимотея, депутата австрійського парламенту (1907–1918), Галицького крайового сейму (1908–1914), повітового комісара ЗУНР Бережанського повіту Ярослава, сина Тимотея, студента юридичного факультету Львівського університету, одного з провідних ідеологів українського національно-визвольного руху 40-50-х років.

Ключові слова: українська правова думка, Галичина, крайовий сейм, парламент, ЗУНР, юридичний факультет Львівського університету, національно-визвольний рух українського народу 40-50-х років.

Українська правова думка в Галичині у своєму розвитку пройшла ряд етапів, кожен з яких визначається певною специфікою і особливістю. Єдине, що є характерним і стрижневим – це ідея права українського народу залишатися самим собою, вільно жити і працювати на своїй землі. А це якраз і не сприймалося всіма його ворогами, які намагалися не тільки поневолити український народ, але й доказати, що немає ніякого українського народу. Проте, зникли імперії та системи, які прагнули знищити, асимілювати український народ, а український народ є, і буде. Очевидно, що ця багатовікова боротьба за право бути самим собою вимагала надлюдських зусиль і колосальних жертв.

Покоління українського народу змінювали одне одного. І представники кожного наступного продовжували розпочату попередниками справу вже в нових, змінених умовах. Про три покоління представників однієї родини, кожне з яких внесло свій вклад в розвиток української правової думки в Галичині буде йти мова у цій статті. Це Михайло (1806–1876), Антін (1856–1938), Тимотея (1860–1923) та Ярослав Старухи (1910–1947). Батько, сини, внук.

Життя, громадська і політична діяльність, правові погляди та внесок кожного з них у розвиток української правової думки вимагає окремого ґрунтовного дослідження, що виходить далеко поза межі однієї статті. Наше завдання, на прикладі цієї родини, показати тяглість та неперервність боротьби українського народу за свої права, поступальний розвиток української правової думки.

Михайло Старух – посол до Галицького крайового сейму першого скликання (1861–1866) від 4 курії. “Вибори в четвертій, сільській, курії були двоступеневими: на 500 правиборців звичайно вибирався один, який мав право голосувати за того чи іншого кандидата в депутати. /.../ До четвертої виборчої курії входили селяни, які платили безпосередні податки не нижче 8 крон. Решта виборчого права не мали. /.../ По цій курії в переважній більшості обиралися представники шляхти, рідше – сільського духовенства та інтелігенції і дуже рідко – самі селяни” [1, с. 7]. Власне

Михайло Старух був одним із тих селян, які дуже рідко попадали до сейму. Він був обраний по виборчому округу сільських громад Ліско – Балигород – Лютовисько (нині на території Республіки Польща). По цьому округу було 196 виборців, з них взяло участь в голосуванні – 174, за Михайла Старуха проголосувало 144 [2, арк. 1]. На засіданні 19 квітня було визнано його депутатські повноваження, а 24 – відбулась “доволі горяча дебата в справі полагодження ґрунтових служебностей (сервітутів)” [3, с. 80] в якій взяв участь також Михайло Старух. Не вдаючись в детальний аналіз земельного питання, яке тоді стояло дуже гостро, наведемо оцінку Костя Левицького, ситуації, що склалася: “Виступили два світогляди; дві провідні думки соціально-політичні. З одного боку польська шляхта, що тратить під ногами свій головний привілей: панщину, та думає про інші способи, новіщі, щоб вдержатися при пануванні над нашим народом, – а з другого боку стають обі верстви нашого українського народу: одна верхна на свободі вишколена, значить інтелігентна, і вона боїться порушення свободи та рівноправности українського народу з боку польської шляхти, і друга нижня, що ледви вийшла з неволі на свободу, та вона тривожиться, чи не прийдуть знову часи економічного поневолення народу хліборобського. І треба признати, що ці обі наші верстви суспільні почали відчувати те, що готується і тому зійшлись вони разом в одну нерозлучну цілість демократичного національного організму, щоб /.../ боротися за своє визволення” [3, с. 80–81].

Вже перша каденція крайового сейму продемонструвала солідарність всіх українських депутатів, злагоженість їх дій при відстоюванні інтересів українського народу. Активну участь в роботі Сейму приймає і Михайло Старух. Він виступає при обговоренні питання пропінатії [4, с. 2], громадського закону [5, с. 3] та ін. За його пропозицією було відновлено порядок відшкодування лікарям та комісіям, які залучалися до боротьби з епідеміями та епізоотіями, з крайових фондів, а не за рахунок потерпілих громад [3, арк. 3].

Попри те, що Михайло Старух, як і інші українські депутати селяни, не мали за собою ґрунтовної фахової підготовки чи політичної традиції, їм була притаманна висока моральність, порядність та почуття відповідальності перед виборцями. Яскравою ілюстрацією цього є поява в часописі “Слово” повідомлення “В обороні посла Михайла Старуха”. В ній йдеться про те, що у виборчому окрузі Михайла Старуха поширилася чутка, ніби він під час розгляду в Сеймі питання про підвищення розміру грошового утримання депутатів, був одним з перших, хто підтримав цю пропозицію. Тому четверо інших депутатів від 4 курії, які підписали цю інформацію, звертаються до жителів цього виборчого округу, і стверджують, що ця чутка є неправдою та поширена з метою підриву авторитету і довіри до Михайла Старуха. Він не тільки не підтримав і не голосував за цю пропозицію, але й рішуче виступив проти неї, “щоб на наш бідний край більшого тягара через підвищення винагороди для послів не накладати. Якщо б комусь таке явне свідчення для спростування цих неправдивих відомостей не було б достатнім, то відсилаємо такого до стенографічних справоздань Галицького Сойму, в котрому кожне слово, виголошене будь-яким крайовим галицьким послом вірно запечатане находиться. Микола Лавринович, посол з Надвірні, Михайло Грицак, посол з Тисмениці, Ясько Лапичак, посол з Сяноку, Семеон Трохановський, посол з Нового Сончу”. [6, с. 4].

В літературі [7, с. 259; 8, с. 183] зустрічається твердження про те, що Михайло Старух був депутатом парламенту (Райхсрату) в 1861–1866 рр., проте в тогочасних довідкових виданнях він не фігурує в числі депутатів парламенту [9, с. 180; 10, с. 182; 11, с. 185; 12, с. 183].

Свідченням авторитету та впливу серед селян Михайла Старуха є той факт що він тривалий час був начальником громади (війтом) у своєму рідному селі Бережниця Вижня, депутатом повітової ради. Після його смерті громада обрала війтом його сина Антіна Старуха [8, с. 183].

Про Антіна Старуха маємо не багато інформації. “Енциклопедія Українознавства” обмежується такою короткою довідкою: “селянин, гром.-політ. діяч, брат Тимотея; посол до гал. сойму від Нац.-Дем. Партії (1901–14); 1918–19 чл. Укр. Нац. Ради ЗУНР і комісар Ліського пов.” [13, с.3034]. Проте Микола Чубатий у поіменному списку членів Української національної ради [14, с. 13–16] Антіна Старуха не називає. Немає його і в списку поміщеному в 5-ти томному виданні “Західно-Українська Народна Республіка 1918–1923. Документи і матеріали” [15, с. 677–681]. Проте, як видається, він таки був членом Ради.

Значно більш відомим за свого брата був Тимотей Старух, який, за оцінкою Костя Левицького, “був у нас визначним типом селянського трибуна свого часу – посла голосного та діяльного у національному освідомленні нашого селянства” [16, с. 88]. Народився 27.02.1860 р. Громадсько-політичну діяльність розпочав після виходу на пенсію (служив у жандармерії) за станом здоров’я, оселившись в селі Золота Слобода коло Бережан. За три роки заснував біля десяти читалень, не пропускав жодного віча, жодних зборів. Рішуче та безкомпромісно висловлюючи свої погляди на проблеми селян [17, арк. 5]. Перший раз балотувався в 1900 р. до парламенту, пізніше до крайового сейму, проте вибори, через зловживання місцевих органів державної влади програв. До парламенту його обрано від української національно-демократичної партії в 1907 р., коли на зміну куріальній системі, було запроваджено загальне, пряме та рівне виборче право при таємному голосуванні. Депутатом крайового сейму він став у 1908 р. На всіх подальших виборах він залишав за собою обидва ці мандати, аж до припинення існування цих репрезентативних інституцій, крайового сейму в 1914 р, австрійського парламенту в 1918 р. Брав активну участь у парламентських та сеймових дебатах [3, с. 528, 533, 535, 604, 609]. “У своїх соймових промовах /.../ вживав дуже високого тону свого голосу (майже кричав) і гострими словами п’ятував польську шляхту та урядовців державних і автономічних” [16, с. 88], – згадував про нього колега по парламенту і сейму Кость Левицький.

Як свого часу його батько, Тимотей Старух у своїх виступах, депутатських зверненнях боровся, в першу чергу, з порушенням прав українського населення, головно селянства, з боку адміністративних властей, як державних, так і крайових. Під цим оглядом діяльність перших двох поколінь Старухів можна охарактеризувати терміном, що його запровадив Рудольф Ієрінг “боротьба за право”. І шляхта, в переважній своїй більшості неукраїнська, а тому і національно, а не тільки соціально, ворожа, і, контролювана, здебільшого, цією ж шляхтою, місцева адміністрація, чи то в особі автономних, місцевих органів, чи в особі місцевих органів державної влади постійно нехтували правами українського населення. Вони або порушували ці права, або заперечували їх. Тому, характеризуючи розвиток української правової думки в Галичині, слід пам’ятати, що цей розвиток завжди базувався на правових, більше того, законних (легітимних) засадах. Для українського народу було важливим використати повною мірою ті права, реалізувати ті можливості, що їх надавало чинне законодавство. Бо, якщо в умовах Російської імперії заперечувалося право українського народу не те, що на самостійне існування, а на існування загалом, то в Галичині антиукраїнські сили прагнули не дати можливості українському народові скористатися правами передбаченими конституцією та законодавством. Власне приклад Михайла та Антіна і Тимотея Старухів наочно демонструє неможливість

застосувати до вивчення історії розвитку правової думки, схеми розвитку національного руху, з його “добою священників”, “професорською” та “адвокатською добою”. Тобто, коли були найменші можливості парламентських форм боротьби, український народ, його репрезентанти, використовували майже виключно ці форми боротьби. Це дуже важливо пам’ятати, бо інакше важко, або й не можливо, зрозуміти чому в третьому поколінні представник родини Старухів змушений був вдаватися до інших форм і методів відстоювання прав рідного народу.

В 1915 р. російська окупаційна влада заарештувала Тимотея Старуха та заслала його, як і багатьох інших представників української інтелігенції Галичини, в Сибір. Повернувшись зі заслання він зміг тільки після упадку Російської імперії.

Після здобуття українським народом власної держави та проголошення ЗУНР Тимотей Старух бере активну участь у державотворчих процесах. Він член Української національної ради, повітовий комісар Бережанського повіту. З цього приводу міністр внутрішніх справ, згодом, міністр закордонних справ ЗУНР Льонгин Цегельський писав, що майже всі “повітові комісари української держави” були однолітками, це були ті, хто проходив школу політичного виховання та правової освіти, як депутати парламенту чи сейму, помічники депутатів, активісти “Просвіти”, інших українських організацій. “Хотілося б їх усіх назвати, золотими буквами їх імена записати – тих предтеч і тих будівників української держави. Півстоліття праці двох поколінь не пішло марне” [18, с. 201].

Здобувши омріяну державу на рідних землях український народ Галичини прагнув до втілення ще однієї ідеї, яка завжди була базовою для українського національного руху – ідеї соборності України, об’єднання всіх українських земель в єдину Українську Державу. Зреалізована ця ідея була Актом Злуки. Активним учасником цих процесів також був Тимотей Старух. Про це пише в своїй праці й Михайло Лозинський: “після проголошення з’єднання Дирекорією, делегація Української національної ради взяла участь в Трудовім Конгресі як представництво Західно-Української народної Республіки.

На першому засіданні Трудового Конгресу, 23 січня 1919, після відкриття Конгресу і вибору президії, до якої з делегації Української Національної ради ввійшли Семен Вітик (соц.-дем.) і Тимотей Старух (нац.-дем.), – д-р Степан Витвицький від імені делегації Української національної ради прочитав ухвалу Ради про з’єднання, а секретар Конгресу Золочанський універсал Директорії про з’єднання. Оба акти Трудовий Конгрес прийняв одногосно” [19, с. 69]. В силу різних обставин, на яких тут не будемо детальніше зупинятися український народ втратив свою державність в цей період. Проти активних учасників державотворчих процесів розпочалися репресії. Не уникнув їх і Тимотей Старух. Після окупації Галичини Польщею він, як написано в посмертній згадці, “разом з галицькою армією подався за Збруч, де в містечку Ориніні біля Кам’янця попав у руки польського війська, яке його арештувало і відіслало до Львова, де його замкнуло в тюрмі. По кількох місяцях випущено його вправді на волю. Але здоров’я його так вже підірвалося, що дістав вибухи крові, набрався грудної недуги і по році зійшов передчасно до сирій могили” [20, с. 164].

Соціальні, політичні, правові умови в яких довелося жити і боротися Ярославу Старуху, настільки відрізняються від тих умов в яких довелося жити і працювати його дідові та батькові, наскільки XIX ст. відрізняється від XX ст., особливо від закінчення Першої світової війни і до краху світової соціалістичної системи. Тоталітарні та авторитарні системи, які приходять на зміну імперіям, продемонстрували, що політика порушення та заперечення прав українського

народу, це далеко не найстрашніше, що чекає на народ позбавлений власної держави. Етноцид, геноцид, лінгвоцид – це те з чим довелося боротися українському народові в ХХ ст. І в ХІХ, і в попередні століття, були намагання полонізувати, русифікувати український народ, доказуючи, що українців придумали для того, щоб послабити чи то росіян, чи то поляків. Але тільки в ХХ ст. знищення українців стало частиною державної ідеології держав, під владою яких опинилася та чи інша частина українських земель. В цьому поясненні того факту, що українські депутати польського, румунського, угорського, чехословацького парламентів є значно менш відомі, ніж їх попередники в австрійському парламенті. Говорити ж про впливовість і значимість представницьких органів у тоталітарних системах, чи то радянській, чи то нацистській, чи то контрольованих СРСР системах Східної Європи, не доводиться. Тому, на відміну від Михайла, Тимотея, Антіна, Ярослав Старух був, в першу чергу, борцем, революціонером. Проте він, водночас, був теоретиком, мислителем, творцем політичних та правових ідей.

Щоб зрозуміти суть його ідей, необхідно коротко проаналізувати його життя та діяльність. Отже, Ярослав Старух (Ярлан, Синій, Стояр, Стяг) народився 17 листопада 1910 року. Освіту здобув у гімназії в Бережанах, яку закінчив 26.05.1928 р. та на юридичному факультеті Львівського університету. На факультеті він навчався з 11.12.1928 р. [21, с. 449]. 23.12. 1934 арештований, як студент 3 року права, за звинуваченням у приналежності до ОУН [22, с. 1].

З гімназійних років бере активну участь в політичній боротьбі та громадській діяльності. На початку 30-х років виступив ініціатором та організатором освітніх курсів молоді при читальнях “Просвіти”, які швидко поширилися на всіх західноукраїнських землях і стали однією з найважливіших ділянок праці читалень “Просвіти” [23, с. 329]. Ярослав був активним діячем студентського руху та талановитим публіцистом. Він публікувався в різних періодичних виданнях того часу, зокрема, “Студентський Шлях”, “Наш Клич”, “Вісті”, “Голос Нації”, “Голос”, був редактором тижневика “Нове Село” [24, с. 88], що виходив у Львові з 1929 по 1939 рр. і був органом Спілки агрономів, а згодом, Українського селянського союзу.

П. Мірчук стверджує, що на початку 1935 р. Ярослав Старух стає членом Крайової Екзекютиви ОУН на ЗУЗ (західноукраїнських землях), референтом ремісництва, пізніше організаційним референтом [23, с. 438]. Проте, як видно з кримінальної справи, яка знаходиться у Державному архіві Львівської області, з 23.12.1934 по 11.02.1936 він знаходився під слідством у Львівській кримінально-слідчій тюрмі [22, с. 9]. Зі створенням в травні 1935 окремої Крайової Екзекютиви ОУН на ПЗУЗ (північно-західних українських землях – Волинь, Полісся, Підляшшя та Холмщина) входить до її складу як заступник Крайового провідника і політичний референт [23, с. 454]. За звинуваченням в приналежності до УВО (Української Військової Організації) вперше був заарештований 16 квітня 1929 р. [23, с. 147]. Член ОУН (Організації українських націоналістів) з 1929 р. [25, с. 107]. З липня по грудень 1934 – ув’язнений в концентраційному таборі Береза Каргузька [23, с. 434]. У травні 1939 р. засуджений на процесі ОУН в Рівному на 13 років ув’язнення [13, с. 3035; 26, с. 824].

В 1939 р. стає секретарем Українського комітету в Кракові, який до створення Українського центрального комітету виконував завдання центрального органу для українських комітетів у інших містах і після створення останнього був перетворений в Український допомоговий комітет [27, с. 414–415]. У 1940 р. став співзасновником Революційного проводу ОУН, делегат II Надзвичайного збору ОУН у Кракові [26, с. 824], референт пропаганди проводу ОУН С. Бандери [13,

с. 3035]. Після проголошення 30 червня 1941 р. Акту відновлення Української Держави входить до складу Українського Державного Правління як “Заступник по справах Пропаганди” [28, с. 241]. Після арештів частини членів Правління, переходить на нелегальне становище і стає, по суті, одним з ідеологів національно-визвольного руху, організатором і керівником пропагандистської роботи, автором відозв, звернень та інших документів українського підпільного руху Опору [29, с. 594–595]. В грудні 1942 р. у Львові був заарештований гестапо, декілька місяців перебував у відомій львівській тюрмі “на Лонського” (в якій в період нацистської окупації знаходилася слідча тюрма гестапо) звідки йому, одному з небагатьох за увесь час її існування, вдалося втекти.

Організатор та керівник радіостанції УПА “Самостійна Україна” (“Вільна Україна”, кодова назва – “Афродіта”), яка діяла від осені 1943 р. та розміщувалася біля с. Ямельниця Сколівського району. Завданням радіостанції було ознайомити західний світ з національно-визвольною боротьбою українського народу. Передачі велися українською, російською, французькою та англійською мовами. Двома останніми мовами говорив молодий бельгійський економіст Альберт Газенбрук, який під час поїздки по Україні попав до УПА і захопився ідеями української боротьби проти німців і російських більшовиків. У 1945 році Газенбрук попав у руки НКВС і був ув’язнений на десять років у радянських в’язницях і концентраційних таборах. Радіостанція була розгромлена радянськими каральними органами 7 квітня 1945 року. В цей же період Старух був співредактором сатиричного журналу “Український перець”.

З 1945 фактичний керівник національно-визвольної боротьби українського народу на Закерзоння (Лемківщини, Надсяння, Підляшшя). В цей період повною мірою проявляється талант Ярослава Старуха не тільки як теоретика, але й як практика боротьби з тоталітаризмом. Він досягає домовленості з польським протикомуністичним підпіллям в справі координації спільної боротьби проти комуністичної Москви та її ставлеників у Польщі. Спільними українськими та польськими силами було навіть здійснено напад на Грубешів 27 травня 1946 р. [30, с. 32–33].

Загинув 17.10.1947 р. біля Любачева. Смерть Ярослава Старуха була описана керівником частини польської комуністичної армії, учасником та очевидцем цієї події “Я дав “Стягові” 10 хвилин до надуми, або піддається, виходячи з бункера з піднятими руками, або ми приступаємо до цілковитої їх ліквідації. Одначе “Стяг”, не зважаючи на наші постійні заклики піддатися, не виходив. Тому ми встрілили до середини бункера через отвір і видихову руру кільканадцять ракет і кілька кісток тротилу. Бункер запалився. Спочатку бандити намагалися гасити вогонь землею, але це не вдалося. Коли полум'я захопило більшу частину бункера, з нутра долетів до нас спів. То “Стяг” зі своєю особистою охороною відспівали свій український гімн. Чути також було крики, що гинуть за “самостійну Україну”, після чого наступили тихі вибухи. Було це 17 жовтня 1947 р. коло години 19.30.” [31, с. 94].

Серед праць Ярослава Старуха особливий інтерес викликають дві. Це “Тисяча років життя й боротьби Українського Народу. (Короткий нарис історії України)”, що була написана після початку Другої світової війни, і побачила світ у 1941 р., та менша за обсягом, але набагато важливіша концептуально, праця під назвою “Фашистське страшидло”, більш відома з видання польською мовою “Упир фашизму”.

Завданням першої з названих праць є, “збудувати в серцях тих, що її візьмуть до своїх рук, могутній образ тисячолітньої боротьби українського народу за своє існування і скріпити силу до нових змагань” [32, с. 2]. Перша частина праці

охоплює період від найдавніших часів до початку Першої світової війни. Друга частина, з огляду на несприятливі для наукової праці обставини, в яких з початком радянсько-німецької війни, очевидно так і не була написана.

Праця “Упир фашизму” була написана в 1945 р. В ній, чи не вперше в світовій політичній науці, на основі ґрунтовного порівняльного аналізу російського більшовизму та німецького гітлеризму, було зроблено висновок про повну тотожність цих тоталітарних систем, та виділено тринадцять базових ознак тоталітарної системи. Серед них: тотальна диктатура і повна відсутність будь-яких конституційних, громадянських прав і свобод; повне ігнорування людської особистості та перетворення людини на гвинтик і раба держави; система всеохоплюючого державного централізму, яка охоплює все до найменших деталей; тотальний поліцейський контроль та поліцейський терор; роздута, монополізована державна пропаганда; глорифікація (обожнення) особи диктатора; мегаломанія, дуже сильна схильність до манії величності; монополія єдиної партії; повернення до середньовіччя, пов’язування своєї ідеології з середньовічною історією, пошук у середньовіччі взірців для наслідування; мілітаризація всього життя, посилена розбудова військової промисловості, формування у відповідному напрямку громадської думки; загарбницький імперіалізм; ідея вищості свого народу над іншими народами; повне ігнорування будь-яких моральних засад і цінностей [33, с. 180–202].

Обсяг статті не дозволив ґрунтовно проаналізувати всі аспекти правових поглядів, громадської, політичної, організаційної діяльності названих представників трьох поколінь родини Старухів. Сеймові та парламентські виступи, публікації в пресі, партійні матеріали, все це вимагало б детального аналізу, якщо б нашим завданням був всебічний розгляд кожного з названих діячів. Проте наше завдання було дещо іншим. На прикладі їх діяльності, вкладу в розвиток правової думки, можна наочно продемонструвати особливості її розвитку, ті завдання та проблеми, які стояли в центрі уваги її представників. Якщо для 60-х років XIX ст. головним і визначальним є, забезпечення вирішення реальних проблем, протистояння намаганням шляхти повернути, в тій чи іншій формі, втрачені зі скасуванням панщини привілеї, то перше десятиліття XX ст. наочно демонструє усвідомлення потреби і необхідності піднесення рівня правової культури і свідомості кожного представника українського народу, безпосередній зв’язок перспективи, економічної, культурної, державотворчої, з рівнем усвідомлення своїх прав і свобод. Звідси боротьба за виборчу реформу, як форма боротьби за власну державність. Тридцять роки формують уявлення про авторитарні форми організації боротьби за права людини і спільноти в умовах тоталітарного оточення. І, що особливо цікаво, переосмислення досвіду тоталітарних систем, з якими довелося боротися українському народові, від кінця тридцятих до початку п’ятдесятих, приводить до утвердження ідей верховенства права, свободи індивіда і спільноти, демократії, як безальтернативної, з огляду на дальшу перспективу, форми організації державної влади.

1. Кульчицький В.С. Галицький крайовий сейм – знаряддя соціального і національного пригнічення трудящих (1861-1914) // Питання теорії і практики радянського права. Вип. 4. – Львів : Вид-во. Львів. ун-ту, 1958. – С. 5–19.
2. Відділ рукописів Національної наукової бібліотеки НАН України ім. В. Стефаніка. Ф. 167, од. зб. 2989, арк. 1.
3. Левицький Кость. Історія політичної думки галицьких українців. 1848–1914. 3 ілюстраціями. На підставі споминів і документів. Перша і друга частина. – Львів, 1926. – 736, IX с.

4. Слово. – 1866. Ч. 18. – С. 2;
5. Слово. – 1866. Ч. 27. – С. 3;
6. Слово. – 1866. Ч. 5. – С. 4.
7. Чорновол І. Українська фракція Галицького крайового сейму 1861-1901 рр. (нарис з історії українського парламентаризму. – Львів : Інститут українознавства ім. І. Крип'якевича НАН України, 2002. – С. 288.
8. Чорновол І. 199 депутатів Галицького сейму. – Львів : Тріада плюс, 2010. – 224 с.
9. Handbuch des Statthalterei-Gebietes in Galizien für das Jahr 1863. – Lemberg : Aus der k. k. galiz. Aerarial – Staats – Druckerei, 1863. – 622 s.
10. Handbuch des Statthalterei-Gebietes in Galizien für das Jahr 1864. – Lemberg : Aus der k. k. galiz. Aerarial – Staats – Druckerei, 1864. – 645 s.
11. Handbuch des Statthalterei-Gebietes in Galizien für das Jahr 1865. – Lemberg : Aus der k. k. galiz. Aerarial – Staats – Druckerei, 1865. – 663 s.
12. Handbuch des Statthalterei-Gebietes in Galizien für das Jahr 1866. – Lemberg : Aus der k. k. galiz. Aerarial – Staats – Druckerei, 1866. – 679 s.
13. Енциклопедія Українознавства. Словникова частина. Том 8. Перевидання в Україні. – Львів : Наукове товариство ім. Шевченка у Львові, 2000. – 4016 с.
14. Чубатий М. Державний лад на Західній Области Української Народньої Республіки // У пошуках історичної правди. Збірник на пошану Миколи Чубатого. 1889 – 1975. Ред. Г. Лужницький і Я. Падох. Записки Наукового товариства ім. Шевченка. Т. 205. Історично-філософічна секція. Правнича комісія. Ч. 2. – Нью-Йорк-Париж-Сідней-Торонто, 1987. – 548 с.
15. Список Членів Української національної ради / Західно-Українська Народна Республіка 1918-1923. Документи і матеріали. Т. 2. Державотворчі й адміністративно-організаційні процеси. Укладачі О. Карпенко, К. Мицан. – Івано-Франківськ : Лілея НВ, 2001. – 712 с.
16. Левицький К. Українські послы. Сильвети наших давніх послів і політичних діячів. 1907-1914 рр. Друга частина. Львів : Видавнича спілка “Діло”, 1937. – 109 с.
17. Відділ рукописів Національної наук. б-ки ім. Василя Стефаника. Ф. 167, оп. II, од.зб. 2990. Арк. 5.
18. Ковалюк Р. Український студентський рух на західних землях. ХІХ-ХХ ст. – Львів : Інститут українознавства ім. І. Крип'якевича НАН України, 2001. – 420 с.
19. Лозинський М. Галичина в рр. 1918-1920. – Нью-Йорк : Червона Калина, 1970. – 228 с.
20. Народний ілюстрований календар товариства “Просвіти” на 1924 рік. – Львів : Коштом т-ва “Просвіта” у Львові, 1923. – СІV, 168 с.
21. Львівський обласний державний архів. Ф 26. Опис 15. Спр. 227.
22. Львівський обласний державний архів. Ф.255. Опис 1. Од. зб. 1515.
23. Мірчук Петро. Нарис історії Організації Українських Націоналістів. Перший том. 1920-1939. – Мюнхен – Лондон – Нью-Йорк, 1968. – 639 с.
24. Прокоп Мирослав. Хто такий Я. Старух? // Сучасність, 1969, № 9 (105). – С. 88-91.
25. Мірчук Петро. Революційний змаг за УССД. Хто такі “бандерівці”, “мельниківці”, “двійкарі”. Т.2. – Нью-Йорк – Торонто – Лондон, 1987. – 280 с.
26. Довідник з історії України (А-Я). – К. : Генеза, 2001. – 1136 с.
27. Кубійович Володимир. Українці в Генеральній Губернії. 1939-1941. – Чикаго : Видавництво Миколи Денисюка, 1975. – 664 с.
28. Сергійчук Володимир. ОУН-УПА в роки війни. Нові документи і матеріали. – К. : Дніпро, 1996. – 496 с.
29. Косик Володимир. Україна і Німеччина у Другій світовій війні. – Париж – Нью-Йорк – Львів : Наукове товариство ім. Шевченка у Львові, 1993. – 660 с.

30. Старух Богдан. Ярослав Старух. Його жести, характер, боротьба // Авангард. 1987, № 1-2 (188-189). – С. 30–33.
31. Світа Ян. Ліквідація провідника // “Пшегльонд войск льондових” журнал Міністерство народної оборони, Варшава, жовтень 1968; український переклад: Сучасність, 1969, № 9 (105). – С. 92–94.
32. Старух Ярослав. Тисяча років життя й боротьби Українського Народу (Короткий нарис історії України). – Ляйпціг, 1941. – 232 с.
33. Jarlan (Jaroslaw Starukh). Upiór faszyzmu. – Українська Головна Визвольна Рад. Документи, офіційні публікації, матеріали. Книга перша, 1944-1945. Літопис Української Повстанської Армії. Том 8. – Торонто : Вид-во Літопис УПА, 1980. – С. 180–202.

СТАРУХИ: ТРИ ПОКОЛЕННЯ ПРЕДСТАВИТЕЛЕЙ УКРАїнСКОЇ ПРАВОВОЇ МЫСЛІ В ГАЛИЧИНЕ

Т. Андрусяк

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000, г. Львов, Украина*

В статье анализируется вклад в развитие украинской правовой мысли в Галичине представителей трех поколений семьи Старухов: Михайла, депутата Галицкого краевого сейма (1861–1866), його синовей – Антина, депутата Галицкого краевого сейма (1901–1914), повитового комисара ЗУНР Лиского повита, Тымотея, депутата австрийского парламента (1907–1918), Галицкого краевого сейма (1908–1914), повитового комисара ЗУНР Бережанского повита, Ярослава, сына Тымотея, студента юридического факультета Львовского университета, одного с ведущих идеологов украинского национально-освободительного движения 40-50-х годов.

Ключевые слова: украинская правовая мысль, Галичина, краевой сейм, парламент, ЗУНР, юридический факультет Львовского университета, национально-освободительное движение украинского народа 40-50-х годов.

THE STARUHIES: THREE GENERATIONS OF UKRAINIAN LEGAL THOUGHT REPRESENTATIVES IN GALYCHYNA

T. Andrusiak

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

In the article the contribution of three generations of the Staruhy kin into the development of Ukrainian legal thought in Galychyna is highlighted: Myhailo, Deputy of Krajovy Seim of Galychyna (1861–1866), his sons – Antin, Deputy of Krajovy Seim of Galychyna (1901–1914), Povitovy Commissar of WUNR Liskyi povit, Tymotei, Deputy of Austrian parliament (1907–1918), Yaroslav, Povitovy Commissar of WUNR Berezhans'kyi povit, as well as Tymotei's son, a student of Lviv University Law faculty, one of the prominent ideologists of Ukrainian national-liberation movement (1940-1950).

Key words: Ukrainian legal thought, Galychyna, Krajovy Seim, parliament, WUNR, Lviv University Law faculty, Ukrainian national-liberation movement (1940-1950).

Стаття надійшла до редколегії: 07.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

СИСТЕМА УКРАЇНСЬКОГО ЗВИЧАЄВОГО ПРАВА: ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

М. Бедрій

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
e-mail: bmarjan@bigmir.net*

Розглянуто дискусійні аспекти наявності у звичаєвому праві системності. Досліджено елементи системи українського звичаєвого права. Проаналізовано історичні типи, інститути та норми українського звичаєвого права.

Ключові слова: система, звичаєве право, історичний тип, інститут, норма.

Якісний розвиток права у сучасних умовах залежить від численних факторів, проте його основою є національні особливості правового світогляду народу. Під впливом інтеграційних і глобалізаційних процесів ХХІ ст. Українська держава ризикує деформувати цей світогляд, тому є необхідність запобігти цим негативним наслідкам, ефективно поєднавши національні особливості зі світовим досвідом. З огляду на представлені міркування важливим завданням історико-правової науки є вивчення історії українського звичаєвого права.

Право споріднене з порядком, тоді як безправ'я – з безладом. Одним із завдань права є впорядкування суспільних відносин. Відтак право не може існувати без свого внутрішнього порядку, який є запорукою його дієвості. Тому норми права об'єднуються в інститути, інститути – в галузі, а галузі – в системи. Отже, право навіть за відсутності зовнішньо вираженої системи (наприклад, акти систематизації) обов'язково містить систему внутрішню. Тому внутрішня система властива праву в будь-якій державі, у будь-який період, в будь-яких його проявах.

Отож є всі підстави погодитися із професором П. Рабіновичем у тій думці, що системність є закономірною, неодмінною властивістю об'єктивного юридичного права, а відтак деформація, руйнування цієї властивості – аномалія, яка може звести нанівець його регулятивні властивості, перешкодити досягненню очікуваного правотворцем результату [1, с. 143].

Чи діяло це правило в українському звичаєвому праві?

Однією з проблем звичаєвого права відомий правознавець Т. Андрусак називає те, що воно “не приведенне до стрункої системи” [2, с. 104]. Такої ж позиції дотримується авторитетний колектив авторів під керівництвом професора І. Усенка [3, с. 53]. Ця думка є слушною в тому сенсі, що звичаєве право, будучи, як правило, неписаним не має чіткої зовнішньої системи. Кожна спроба надати звичаєвому праву вигляду зовнішньої системи призводила до створення нормативно-правових актів (у Польському Королівстві – Ельблонзька книга, у Київській Русі – “Руська правда” тощо). Тому набуття звичаєвим правом зовнішньої системи зумовлює те, що це право змінює свій статус із звичаєвого у законодавство. Водночас звичаєве право, як і кожен вид об'єктивного права, не може бути цілковито позбавленим системності, що проявляється в його внутрішній системі.

Безперечно, коли звичаї є побутовими їм система швидше не властива, ніж властива. Це відображене у народній приказці “що не село, то звичай” [4, с. 496]. Проте якщо звичай набував юридичної сили, він посідав певне місце в системі правового регулювання суспільних відносин. Не може бути сумнівів у тому, що

цей процес не мав ідеальної чіткості. Російський та український професор О. Єфіменко зазначала: “Звісно ми не можемо чекати від селянського права тієї логічної стрункості, завершеності, точності, всієї тієї маси формальних переваг, яким володіє право вищих класів, свідомо культивоване багатьма поколіннями, відшліфоване та доведене до ступеня яскравого шедевра” [5, с. 138]. Між правовими звичаями могли виникати колізії та конкуренції, однак це притаманно навіть сучасним законодавчим актам. Це нормальний прояв правового розвитку в державі. Проте системність у звичаєвому праві була присутня. Можливо, не в настільки яскраво вираженому вигляді, як вона міститься в законодавстві, однак системність необхідна праву, у тому числі звичаєвому.

І це цілком логічно, оскільки в сучасності зовнішній вираз система права знаходить у системі законодавства. Таким чином, відзначаючи наявність системності звичаєвого права, необхідно мати на увазі його внутрішню будову, відобразити яку складно з певних причин. По перше, звичаєве право в сучасних умовах має вузьку сферу застосування. По друге, звичаєве право часто було неписаним, а отже на сьогодні маловідомим. По третє, звичаєве право має здатність модифікуватись залежно від регіону. По четверте, звичаєве право в процесі еволюції набуло на українських землях різних історичних типів і видів, кожному з яких характерна своя особлива система. Не зважаючи на ці труднощі, зазначена проблема повинна бути належно дослідженою, оскільки її вирішення здатне відкрити нові можливості як перед історико-правовою наукою, так і перед юридичною наукою загалом.

Звичаєвим правом вважають систему прав і обов'язків соціальних суб'єктів, що формувалися у процесі спільної життєдіяльності, закріплених у свідомості як правові норми, обов'язковість дотримання яких ґрунтувалася на загальному переконанні у їх правильності та забезпечувалась впливом зовнішнього авторитету [3, с. 32]. Керуючись наведеним визначенням звичаєвого права, можна стверджувати, що воно становило систему прав і обов'язків, які, своєю чергою, закріплювались у правових нормах.

Отже, низовою ланкою та основоположною одиницею звичаєвого права в Україні була норма права. Кожна із норм українського звичаєвого права формувалася природним шляхом, виходячи із потреб суспільних відносин, будучи суспільним правилом, що пройшло тривалу апробацію соціальними суб'єктами.

Сучасний професор Л. Луць визначила норму права як загальнообов'язкове правило поведінки, встановлене (санкціоноване) та забезпечене державою (державами) з метою регулювання, охорони та захисту суспільних відносин [6, с. 156]. Керуючись наведеним визначенням норми права, *нормою звичаєвого права (у спеціальноююридичному значенні) доцільно вважати загальнообов'язкове правило поведінки, сформоване суспільною практикою та санкціоноване чи забезпечене державою з метою регулювання, охорони і захисту суспільних відносин.*

Як відомо, разом із спеціальносоціальним правом існує загальносоціальне право, яке професор П. Рабінович вважає певними можливостями учасників суспільного життя, що необхідні для задоволення їх біологічно та соціально обґрунтованих в конкретно-історичних умовах потреб існування та розвитку, об'єктивно зумовлені досягнутим рівнем розвитку суспільства і забезпечені відповідними обов'язками інших суб'єктів. Воно виникає та існує незалежно від держави, від її волевиявлень, має загальносоціальну природу, а отже, є загальносоціальним феноменом [1, с. 16–17].

Під ознаки такого підпадають норми звичаєвого права, що діяли до становлення держави на українських землях, а також норми, що не

санкціонувались і не забезпечувались державою, але реально діяли в умовах існування держави та забезпечувались суспільством на рівні аналогічному, а подекуди навіть вищому, як норми спеціально-юридичного права. Зокрема, у Галичині XIX ст. в окремих селах реально існував і діяв правовий звичай “ходіння під дерном”, якого чинна на той час австрійська влада не забезпечувала, не санкціонувала і взагалі про нього не знала. Суть цього правового звичаю полягала в тому, що сторони земельного спору про межу між земельними ділянками вдавалися до особливого виду ордалій. Той, хто зголосився провести цю процесуальну дію, викопував скибу землі (“дерн”) із межі ділянки. Він клав скибану скибу землі собі на голову, ставав на коліна, складав присягу “нехай свята земля мене покарає, якщо я не туди йду, куди межа йде” та повз навколішки по лінії, яку вважав справедливою межею. У той час його асистент вставляв дерев’яні палички услід за ним, позначаючи межу між ділянками. Встановлена таким способом межа визнавалась суспільством чинною та справедливою. Вважалося, що людина, яка провела цю ордалію недобросовісно, помирала на протязі року [7, с. 400].

На думку українського правознавця Є. Трубецького, правовий звичай, якщо він реально діє в суспільстві, наділяється юридичною силою від держави навіть без відсутності його спеціального санкціонування в законі. Натомість, якщо державна влада прямо висловила у законодавстві проти такого правового звичаю, то його юридична сила втрачається [8, с. 82].

Видатний вчений Є. Ерліх, досліджуючи співвідношення австрійського права і справжній стан правовідносин у Буковині XIX ст. заявив: “Юрист традиційного спрямування став би стверджувати, що всі народи мали одне-єдине, діюче в усій Австрії австрійське право. Але вже при поверхневому спостереженні видно, що кожна народність у всіх правових відносинах щоденного життя дотримується зовсім інших правових правил” [9, с. 268–269]. Під цими “іншими правовими правилами” очевидно відомий правознавець мав на увазі норми звичаєвого права.

Тому є всі підстави погодитися із М. Чубатим в тому, що “звичаєве право є то збір юридичних норм, котрі повстають і розвиваються незалежно від закону і набирають сили в життю народа без санкції законодавчої влади лише внаслідок загального переконання підчинитися йому” [10, с. 71]. Отже, *норма звичаєвого права (в загальносоціальному значенні) – це загальнообов’язкове правило поведінки, яке виникає і розвивається незалежно від згоди і санкції держави, набирає чинності в суспільному житті внаслідок переконання народу в його необхідності та справедливості*. Відповідно дотримання таких норм забезпечувалося суспільним авторитетом на рівні з іншими правовими нормами.

З’ясувавши поняття норми звичаєвого права, необхідно звернути увагу на її властивості. Тому українські звичаєво-правові норми: визнавались загальнообов’язковими, при чому ця обов’язковість ґрунтувалась як на внутрішніх факторах (загальному переконанні суб’єктів у їх правильності), так і на зовнішніх (зовнішній авторитет); мали загальний характер, який полягав у тому, що ці вимоги діяли постійно за всіх однорідних умов, вимагаючи дотримання визначених обов’язків, вони передбачали і надання визначених прав; вирізнялися стабільністю в силу свого консерватизму, що надавало їм авторитетності серед українського народу [3, с. 32].

Форма звичаєвого права була усною. Набуття звичаєвим правом письмового вигляду, як правило, зумовлювало його трансформацію в закон. Письмова фіксація норм звичаєвого права без перетворення у норми законодавства відбувалась у

рішеннях судів. Так, 4 травня 1631 р. відбулося засідання копного суду в с. Кореневі Юрковщизні, що на Берестейщині, у справі про обкрадення Гермогена Непокойчицького. На це засідання “ведлуг звичаю копного... урядник Петра Потія... Петр Жарновський з підданими пана свого прибув і того Лукаша Козловича... на розсуд копний... видав” [11, с. 53]. Також у 1663 р. Тереховлянський гродський суд вирішив справу “wedlug dawnego zwyczaju” [12, арк. 312] (“згідно давнього звичаю” – М. Б.).

Однак, як було зазначено, найбільш притаманною для звичаєво-правових норм була усна форма. Як же ці правила поведінки зуміли проіснувати в усній формі протягом декількох століть і поширювати свою чинність на настільки велику територію, яку охоплювали українські землі? Наприклад, учасники копного судочинства доволі рідко посилалися під час судових промов на статті законодавчих актів, а значно частіше опиралися на норми українського звичаєвого права. Оскільки ці норми не мали письмової форми, тому їх запам’ятовуванню сприяло те, що вони набували зручного та яскравого звучання. Внаслідок цього вони ставали усталеними й узгодженими словесними юридичними формулюваннями (народними приказками), які знали більшість населення українських земель та мали змогу їх безперешкодно застосувати, захищаючи свої права на засіданнях копних судів. [13, с. 234–235] До таких формулювань належали: “невихід завжди платить шкоду”, “винного двома батогами не б’ють”, “краще один свідок, який бачив, ніж два, які чули”, “за ґрунтом і право іде” та ін. Отже, норми українського звичаєвого права могли набувати форми народних приказок, які легко зберігалися у пам’яті поколінь і поширювалися на значній за обсягом території.

Недослідженим питанням в історико-правовій науці залишається структура норми українського звичаєвого права. Можна лише припустити, що вона була відображена класичною схемою: гіпотеза, диспозиція, санкція.

Українські звичаєво-правові норми не перебували в хаотичних зв’язках між собою, а взаємно узгоджувалися суспільною практикою. Відтак вони мали властивість об’єднуватись у правові інститути. Наприклад, запорізькі козаки до 1775 р. володіли значною територією на лівому та правому берегах Дніпра. Володільцями цієї землі вони вважалися на підставі першого займу. На думку сучасного дослідника І. Грозовського, займанщина – це норми звичаєвого права, що дозволяли на підставі першого займу володіти, користуватися і навіть розпоряджатися землею [14, с. 164]. Так, 19 липня 1706 р. гетьман І. Мазепа своїм універсалом надав Київському магістрату право стягнення куничного з козаків за зайняті ними земельні ділянки [15, арк. 3]. Отже, згадані норми об’єднувались у звичаєво-правовий інститут займанщини.

Займанщина не була єдиним звичаєво-правовим інститутом. Кількість таких інститутів, як і кількість норм українського звичаєвого права, встановити неможливо. Їх значна частина походила із додержавної епохи та еволюціонувала у нових історичних умовах. Так, український вчений О. Левицький, аналізуючи правовий інститут поволання, зазначав: “се має бути пережиток звичаєвого права дуже давньої доби, коли публічне оголошення ймення вбивці над трупом забитого мало силу громадського присуду, що обрікав злочинця на жертву родинної помсти” [16, с. 105]. У наступних історичних епохах поволання змінило свій характер, трансформувавшись із своєрідного оголошення вироку обцинного суду в звичаєву процесуальну дію копного судочинства, що застосовувалася на стадії попереднього розслідування кримінальної справи.

Визначивши норму та інститут права як складові елементи системи українського звичаєвого права, постає необхідність виділити третій рівень цієї складної конструкції. У класичному варіанті права вищим рівнем його системи є галузь. Та чи можна говорити про існування галузей в українському звичаєвому праві в епоху Середньовіччя?

Класифікація норм звичаєвого права дає підстави виділити групи норм у залежності від предмета регламентованих ними відносин: норми, які регулюють відносини влади, сімейні, майнові відносини, процесуальні норми, а також норми, що визначають конкретні діяння як правопорушення [3, с. 26–27]. Тому можна виділити цивільне звичаєве право чи кримінальне звичаєве право, проте цей поділ був би швидше умовністю, аніж реальним відображенням правового минулого, оскільки важко визначити, коли відбулося становлення тієї чи іншої галузі права. Ще важче це зробити у звичаєвому праві. Що ж тоді займало вищий рівень у системі українського звичаєвого права?

Сучасний дослідник М. Ходаківський вважає, що у своїй сукупності норми звичаєвого права – це одна з відносно автономних систем права, яка складається з безлічі підсистем і елементів [3, с. 26]. Тому інститути українського звичаєвого права об'єднувались у підсистеми. Український правознавець С. Дністрянський назвав основою права суспільні зв'язки. На його думку, найбільш чітко це проявляється у звичаєвому праві [17, с. 23]. Отже, *суспільний розвиток, який полягав у зміні суспільних відносин і зв'язків між їхніми учасниками зумовив еволюцію українського звичаєвого права, а відтак формування його окремих історичних типів*. Точну кількість таких підсистем (видів або історичних типів) українського звичаєвого права неможливо визначити, проте деякі з них особливо чітко вирізняються: додержавне право, вервне право, копне право, козацьке право, карпатське право тощо.

Вони не завжди діяли одночасно, інколи змінювали одне одного (вервне право у XIV ст. трансформувалось у копне) чи навіть конкурували одне з одним. Зокрема, у Гетьманщині козацьке право взаємодіяло з копним правом і конкурувало з ним. А. Пашук був переконаний, що у Гетьманщині існувала конкуренція між копними та козацькими сільськими судами, яка завершилася перемогою останніх, про що свідчить факт фіксації норм про сільські суди в українському кодексі 1743 р. “Права, за якими судиться малоросійський народ” та відсутності у ньому відповідних норм про копні суди [18, с. 44].

У 1662 р. Литовський трибунал, з'ясовуючи мотиви державної зради, вчиненої пінським маршалком Р. Єльським, встановив, що за кілька років перед початком україно-польської війни цей чиновник незаконно захопив острів Спасів, який вважався частиною с. Котчища Мозирського повіту, що було власністю шляхтича Лео Яна Погірського та його дружини. Тоді зібралися селяни та козаки, котрі проживали в цій місцевості, на копний суд і засудили дії Р. Єльського, підтвердивши своїм декретом (рішенням) право власності подружжя Погірських на цю землю. Як не дивно, але впливовий шляхтич і пінський маршалок був змушений змиритися з цим рішенням, що доводить тогочасний авторитет копних судів. Образ Р. Єльського на місцевих жителів спонукнула його перейти на бік Б. Хмельницького та допомогти йому в завоюванні Мозирського повіту [19, с. 429–430].

Наведена вище судова справа становить особливий інтерес для дослідження організації та діяльності копних судів у Гетьманщині, оскільки демонструє унікальний приклад перехрещення та протистояння двох видів українського звичаєвого права: козацького та копного. Перший ґрунтувався на бунтівній і

волелюбній стороні українського національного менталітету, а другий – на його спокійній і виваженій стороні, яка захищала правопорядок незалежно від політичних умов. Як бачимо, ця боротьба є актуальною і в сьогоденні.

Кожен із видів українського звичаєвого права становив його підсистему та складався з окремих інститутів. Наприклад, додержавне право включало до свого складу правові інститути кровної помсти, колективної власності, общинного суду та ін.

Отже, вищою ланкою в системі українського звичаєвого права були його підсистеми (види, історичні типи), до складу яких входили інститути, а в склад інститутів – звичаєво-правові норми. Це дає підстави стверджувати про наявність в українському звичаєвому праві певної системності. Особливий інтерес цього суспільного феномену полягає в тому, що його творив безпосередньо український народ, захищаючи та розвиваючи навіть в умовах колонізації іноземними державами.

1. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави / П. М. Рабінович. – Львів: Край, 2008. – 224 с.
2. Андрусак Т. Г. Теорія держави і права / Т. Г. Андрусак. – Львів, 1997. – 198 с.
3. Правовий звичай як джерело українського права IX–XIX ст. / за ред. І.Б. Усенка. – К.: Наукова думка, 2006. – 280 с.
4. Кондратюк О. В. Значення спорідненості при звичаєво-правових поділах майна для українського селянина у XIX ст. / О.В. Кондратюк // Наукові записки Вінницького національного університету імені Михайла Коцюбинського. Серія історія. – Вип.12. – Вінниця, 2007. – С. 492-499.
5. Ефименко А. Я. Исследования народной жизни. Обычное право / А.Я. Ефименко. – М.: ЛИБРОКОМ, 2010. – 400 с.
6. Луць Л. А. Загальна теорія держави та права / Л. А. Луць. – К.: Атіка, 2008. – 412 с.
7. Охримович В. Знадоби до пізнання народніх звичаїв та поглядів правних / В. Охримович // Житє і слово. – Том 3. – Львів, 1895. – С. 296-307, 387-401.
8. Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права / Е. Н. Тубецкой. – Москва, 1909. – 172 с.
9. Никифорак М. В. Буковина в державно-правовій системі Австрії (1774-1918 рр.) / М.В. Никифорак. – Чернівці: Рута, 2004. – 384 с.
10. Чубатий М. Українське право / М. Чубатий. – Львів, 1921. – 95 с.
11. Черкаський І. Громадський (копний) суд на Україні-Русі XVI-XVIII ст. / Іринарх Черкаський // Праці комісії для виучування історії західноруського та вкраїнського права. – Вип. 4, 5. – Київ, 1928. – 714 с.
12. Центральний державний історичний архів у м. Львові. – Ф. 17 (Теребовлянський городський суд). – Оп. 1. – Спр. 336.
13. Яковлів А. Українське право // Українська культура. Лекції за ред. Д. Антоновича / упор. С. В. Ульяновська. – К.: Либідь, 1993. – С. 222-236.
14. Грозовський І.М. Особливості землекористування у Запорозькій Січі / І.М. Грозовський // Земля і земельні відносини в історії права, держави і юридичної думки. Матеріали XX Міжнародної історико-правової конференції 25-28 вересня 2008 р., м. Судак. – Сімферополь: ДДАЙП, 2009. – С. 163-169.
15. Центральний державний історичний архів у м. Києві. – Ф. 51 (Генеральна військова канцелярія). – Оп. 1. – Спр. 6.
16. Черкаський І. Поволання над трупом забитого / Іринарх Черкаський // Праці комісії для виучування історії західноруського та вкраїнського права. – Київ, 1925. – Вип.1. – С. 90–107.

17. Дністрянський С. Звичаєве право – а соціальні зв'язки / Др. Станіслав Дністрянський // Часопись правнича і економічна. – Том IV. – Львів, 1902. – 42 с.
18. Пашук А.Й. Суд і судочинство на Лівобережній Україні в XVII-XVIII ст. (1648-1782) / А.Й. Пашук. – Львів, 1967. – 180 с.
19. Акты издаваемые Виленскою археографическою комиссією / Предсѣдатель Ю.О. Крачковскій. – Томъ XVIII. Акты о копныхъ судахъ. – Вильна, 1891. – 577 с.

**СИСТЕМА УКРАИНСКОГО ОБЫЧНОГО ПРАВА:
ИСТОРИКО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ**

М. Бедрий

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
вул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина
e-mail: bmarjan@bigmir.net*

В данной статье рассмотрены дискуссионные аспекты наличия в обычном праве системности. Исследованы элементы системы украинского обычного права. Анализируются исторические типы, институты и нормы украинского обычного права.

Ключевые слова: система, обычное право, исторический тип, институт, норма.

**SYSTEM OF UKRAINIAN CUSTOM LAW:
HISTORICO-LEGAL ASPECT**

M. Bedriy

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

The article deals with the issues of custom law system feature. Ukrainian custom law system elements are researched. Historical types, institutes and norms of Ukrainian custom law are analyzed.

Key words: system, custom law, historical type, institute, norm.

Стаття надійшла до редколегії: 26.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОСНОВНИХ ПРАВ ГРОМАДЯН ЗА АВСТРІЙСЬКОЮ КОНСТИТУЦІЄЮ 1867 Р.

Н. Гриб

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
e-mail: nina_p@ukr.net*

У статті розглянуто особливості прийняття та впровадження у дію Основного державного закону про загальні права громадян, який був складовою частиною австрійської конституції 1867 р. Досліджено державний механізм його реалізації. З'ясовано його вплив на правове та соціальне становище українського населення Галичини.

Ключові слова: конституціоналізм, конституція, Австро-Угорщина, Галичина.

Історія українського конституціоналізму є складною та багатоманітною характер. Історичний процес формування сучасної правової системи України зумовлений впливом різних держав та різних правових систем. На сучасному етапі в Україні продовжують тривати складні політичні процеси, пов'язані з реформуванням конституційного законодавства. За таких умов надзвичайно актуальним є вивчення історичного правового досвіду, аналізу позитивних та негативних змін, запроваджених конституційними реформами, які реалізовувались іноземними державами.

Особливо цікавою для історико-правової науки є конституційна реформа, що відбулася в Австрійській імперії у 1867 р. та стала основою для її перетворення на Австро-Угорщину. Прийнята цього року конституція була на той час необхідним і прогресивним документом, що закріплював основи конституційного ладу та забезпечував захист прав громадян. Однак застосування цього документа у Галичині, що перебувала у складі Австро-Угорської імперії, мало свої особливості.

Досліджували зміст та правові наслідки цієї конституції українські та іноземні вчені. Серед них варто згадати українських вчених В. Кульчицького, Б. Тищика, М. Никифорака, іноземних вчених А. Дзядзьо, Б. Хайдера, Ф. Лехне та ін. Водночас, залишилося багато малодосліджених питань, які потребують ретельнішого вивчення та аналізу.

Прийняттю австрійської конституції 1867 р. передувала низка подій, що суттєво вплинули на політичну ситуацію у Галичині та у цілій Австрійській монархії. У 1848–1849 рр. в Австрії відбулася буржуазно-демократична революція, яка дала значний поштовх для розвитку австрійського конституціоналізму. Панівна верхівка Австрійської імперії проголосила 25 квітня 1848 р. парламентську конституцію для всієї імперії у формі Конституційної грамоти Австрійського цесарства. Перша австрійська Конституція 1848 р. перетворила Австрію на цивілізовану європейську державу. Проголошені нею конституційні порядки, основні демократичні права і свободи громадян давали певні можливості для забезпечення як прав людини, так і прав окремих народів Австрії. Англійський дослідник А.-Дж.-П. Тейлор вважав, що цю Конституцію було поквально написано за бельгійським зразком. А це не влаштовувало віденських радикалів, які хотіли створити власну конституцію. Після численних маніфестацій уже 16 травня квітнева конституція втратила чинність [1, с. 24].

Згодом в Австрії прийнято нову “октройовану” (даровану) конституцію від 4 березня 1849 р., особливість якої полягала в тому, що її підготував і прийняв не представницький орган, а уряд [2, с. 53]. Цим документом частково обмежували

владу імператор, проголошували деякі демократичні свободи, декларували децентралізацію імперії. У 1849 р. Буковина відділилася від Галичини в окремий коронний край. З демократичних прав 1849 р. уряд залишив принцип рівності всіх громадян перед законом, свободу всіх офіційно визнаних віросповідань. Проте гласність суду, свобода преси, суди присяжних було скасовано. Тодішня австрійська правова наука оцінювала цю конституцію як “наскрізь пронизану духом ліберальності”. По суті ж, вона створювала централізовану державу, в якій вся повнота влади зосереджувалась у руках цісаря і його уряду, обмежуючи на їх користь права громадян і повноваження парламенту [3, с. 108].

Конституційні надбання 1849 р. були скасовані цісарським указом від 10 січня 1852 р. У ньому, зокрема, говорилось: “Оскільки підсумки... нарад (в уряді і державній раді – М.Н.) показали, що означені конституційні акти не відповідають у своїх основних відношеннях австрійській імперії і нездійсними в сукупності поміщених у них постанов, томи... бачимо себе вимушеними цим оголосити немаючим сили і законної дії... конституційний акт від 4 березня 1849 року”. В одному з наступних указів були скасовані й основні права, даровані октройованою конституцією землям. Загалом це означало утвердження в Австрії неоабсолютизму (ÄraNeoabsolutismus), повернення до абсолютних форм управління в усіх землях.

Програна війна 1859 р. в Італії, важкий фінансовий стан держави зумовили повернення до конституційної форми правління. Особливе значення на цьому шляху мали цісарський диплом від 20 жовтня 1860 р. та цісарський патент від 26 лютого 1861 р. [4, с. 24–25].

Буржуазно-демократична революція 1848–1849 рр. й невдалі для Австрії війни з сусідами довели неспроможність одноосібного панування австрійців у багатонаціональній державі. У 1867 р. австрійський уряд уклав політичну угоду з угорськими магнатами, за якою Австрійська імперія була трансформована у дуалістичну конституційну Австро-Угорську монархію. Згідно з новими політично-правовими засадами, в Австрії та Угорщині потрібно було перебудувати старі або створити нові державні органи влади і управління. В Австрії було прийнято (грудень 1867 р.) нову конституцію, а в Угорщині – відновлено в чинності угорську квітневу конституцію 1848 р. Обидві конституції встановлювали двопалатний парламент: в Угорщині – сейм, в Австрії – Державна Рада (рейхсрат).

Конституція Австрії від 21 грудня 1867 р. складалася з п’яти основних законів: 1) Закон про зміни закону від 26 лютого 1861 р. про імперське представництво; 2) Основний державний закон про загальні права громадян для королівств і земель представлених у рейхсраті; 3) Основний державний закон про створення імперського суду; 4) Основний державний закон про судову владу; 5) Основний закон про здійснення урядової і виконавчої влади [5, с. 389–402].

Головним серед низки конституційних законів був Закон про загальні права громадян, ухвалений 21 грудня 1867 р. Проект цього закону був підготований Едуардом Стурмом, адвокатом з Берна, наймолодшим з членів Конституційної комісії австрійського парламенту (він мав лише 37 років). Опрацьований ним об’єм громадянських прав був передусім компіляцією прав і свобод закріплених у конституціях 1849 р., хоча він досліджував також інші європейські конституції (зокрема, нідерландську 1848 р., ганноверську 1840 р. та пруську 1850 р.). Лише 5 з 25 статей проекту відрізнялися від змісту цісарського патенту від 4 березня 1849 р. про “гарантовані конституційною формою урядування політичні права” [6]. Таке використання октройованої (дарованої) монархом березневої конституції повинно

було, на думку лібералів, зменшити опір Франца Йосифа I щодо затвердження законів підготованих Конституційною комісією.

Конституційна комісія 21 вересня 1867 р. провела дискусію щодо запропонованого переліку загальних (основних) прав, в якій взяло участь чимало австрійських парламентарів. Зокрема, І. Куранта (пізніше президент Єврейської ради у Відні) запропонував поправку до статті, що закріплювала рівний доступ громадян до управління державою. Його зауваження стосувались положення конституції, за яким ця гарантія повинна застосуватися до людей, здатних здійснювати таке управління. Він стверджував, що такий зміст статті міг спричинити зловживання з метою обмеження публічних прав євреїв. Як наслідок, Конституційна комісія скасувала дане положення проекту. За пропозицією В. Вольфрума включено у текст закону нову статтю, котра гарантувала кожному громадянину вільний вибір місця і виду роботи.

Найбільше сумнівів викликала редакція двох статей: перша стосувалась гарантування свободи віровизнання та свободи совісті (ст. 14), друга – рівноправності усіх народів монархії (ст. 19). Узгодження цієї останньої статті зустрілося з особливими труднощами, що спричинило необхідність її викладення у новій редакції. Погоджено її лише 25 вересня 1867 р. на черговому засіданні відділення. До статті, що гарантувала свободу віровизнання К. Рехбауер пропонував додати положення, що “ніхто не може бути зобов’язаний виявляти своє віровизнання”. Однак, це положення не було погоджене з огляду на застереження міністра Е. Таафе, котрий зазначив, що припис зробить неможливим для священників ведення парафіяльних книг. Стаття про права релігій, не визнаних державою, передбачала умову, що вони не повинні суперечити праву та звичаям. Прийняття Конституційною комісією положень про свободу віровизнання і свободу віросповідання призвело до повного занепаду принципів конкордату. Його заборони вимагали громадяни у численних петиціях до парламенту з урахуванням створення нового конституційного порядку.

Стаття, що закріплювала права народів, містила твердження, пов’язані з положеннями березневої конституції, що усі люди в державі є рівноправними і кожен з них має непорушне право берегти і піклуватися про свою національну ідентичність і свою мову. Депутат Л. Томан визнав таке визначення прав народів недостатнім і вимагав уточнити цю статтю приписом, згідно з яким держава повинна усім гарантувати непорушне право берегти і піклуватися про свою національну ідентичність і свою мову у школах, уряді і публічному житті [7, s. 51]. Представник від польського населення Австро-Угорщини М. Зублікевич під час виступу зробив висновок, що принцип рівноправності народів повинно закріплювати та забезпечувати крайове, а не державне законодавство. Саме у відповідності до крайових законів, на його думку, повинні видаватися приписи, що торкаються мови навчання, урядування та судочинства [8, s. 790].

Конституційна комісія затвердила лише поправку Л. Томана, запровадивши принцип гарантування державою рівноправності усіх крайових мов у школах, уряді та публічному житті. Це був максимальний обсяг поступок, які зробили ліберали на користь прав народів. Закріплення цього принципу визначало певні стандарти в політиці щодо народів. Його не хотіла сприйняти влада Угорщини. Однак цей принцип захищав в своєму судочинстві Державний Трибунал (спеціальний судовий орган, який був створений пізніше з метою захисту прав громадян), завдяки якому ця норма застосовувалась на практиці [9, s. 254].

Під час дебатів у Палаті Представників австрійського парламенту розглядалася також проблема гарантування краям мовної автономії. Усі запропоновані шляхи розв'язання цієї проблеми визнано недосконалими. У дискусії домінували польські депутати: М. Зублікевич та Ф. Земялковський – віцепрезидент палати. Перший закинув парламентарям німецької більшості, що її лібералізм закінчується там, де починаються права і вольності народів Австрії. Він доводив, що лібералізм повинен знаходити свій прояв не лише в гарантуванні свободи певної територіальної одиниці, але також у наданні свободи народам монархії [8, s. 787 793]. А. Земялковський зазначав, що запропоновані шляхи розв'язання могли б влаштувати, якщо б Австрійська монархія не була багатонаціональною державою. Ідею багатонаціональної монархії він висвітлював через обіцяне цісарем розширення автономії відповідних країв. Однак ці дебати не призвели до внесення змін у ст. 19. Внесено лише певні стилістичні поправки. Натомість у Палаті Панів австрійського парламенту негативно сприйняли положення, згідно з яким держава гарантує рівноправність усіх крайових мов. З огляду на можливу складність його виконання це положення замінено виразом, що держава визнає принцип рівноправності мов [10, s. 125]. Ці зміни спричинили до того, що охорону цієї сфери правовідносин забезпечували не закони держави, а рішення Державного Трибуналу.

Основний закон про загальні права громадян отримав погодження цісаря 21 грудня 1867 р. Основні права, передбачені у цій конституції були пізніше закріплені в ст. 149 республіканської конституції Австрії від 1920 р. і досі є основою її конституційного ладу. До цих прав належать:

- рівність перед законом;
- рівний доступ до управління;
- свобода переселення особи та переміщення майна;
- свобода еміграції;
- право власності;
- особиста свобода;
- право на суд;
- право недоторканості житла;
- таємниця кореспонденції;
- свобода слова і преси;
- свобода об'єднань та зборів;
- свобода віровизнання і совісті та релігійного культу;
- свобода науки і навчання;
- свобода вибору професії;
- забезпечення та гарантування національності та мови.

Загальні права мали подвійне значення. Вони виступали як принципи і дороговкази, котрим мали керуватися органи держави під час виконання своїх адміністративних функцій. Громадянські права також становили категорію публічних основних прав, а їх реалізацію забезпечували не лише закони, але й спеціальний інститут судового контролю за їх виконанням – Державний Трибунал [7, s. 53].

Фактична можливість реалізації зазначених прав безпосередньо залежала від діяльності Державного Трибуналу. У зв'язку із цим австрійський уряд розпочав роботу над проектом закону про його організацію і діяльність. Роботу над проектом закону покладено на Міністерство юстиції, яке очолював Е. Гербс. У серпні 1867 р. він створив спеціальну комісію, яку очолив Ю. Васера. Однак

доповідачем в Палаті Представників по проекту цього закону (попередньо обговореного комісією і погодженого з цісарем) був сам Е. Гербс. Завдяки його особистій зацікавленості вдалося захистити урядову концепцію щодо надання вирокам Державного Трибуналу у справах про захист громадянських прав винятково декларативного характеру. Урядовий проект обмежував повноваження Трибуналу виданням рішень, у яких вирішувалося питання стосовно того чи було порушення визначених конституцією громадянських прав. Отже, рішення Державного Трибуналу не мало касаційного характеру. Таким чином уряд обмежив конституційні можливості Державного Трибуналу. Як припускають, це було зроблено на вимогу цісаря [7, s. 60]. Ця обставина безспірно вказує на те, що створення Державного Трибуналу мало формальний характер, адже судовий орган не мав реальних засобів для реалізації своїх рішень. Як наслідок, багато положень конституції так і не було реалізовано.

Державний Трибунал, що був розміщений у Відні, складався з президента і його заступника, яких цісар призначав пожиттєво. До складу трибуналу входило 12 членів і 4 заступника, що також пожиттєво призначалися цісарем, але з числа кандидатів (по три фахові особи на кожне місце), обраних в однаковій кількості кожною з палат Державної Ради (рейхсрату). Порядок формування складу Державного Трибуналу відрізнявся від загальноприйнятого у монархії принципу призначення на судові посади. Підставою для надання парламенту права впливати на формування особового складу Трибуналу була та обставина, що до його повноважень не входило виконання звичайних судових функцій, оскільки він займався виключно справами політичного характеру. Можливість участі у його формуванні як законодавчої так і виконавчої влади, а також пожиттєве обіймання посад його членами розглядалися у той час як гарантії незалежності та безсторонності суду у розгляді справ про громадянські права [11].

Посада у Державному Трибуналі вважалася почесною. Президент, постійні референти та заступники зобов'язувались проживати у Відні. Інші члени отримували добові та відшкодування вартості подорожі. Лише референтам Трибуналу виплачувалась щорічна винагорода у розмірі 300 гульденів. Вони обирались як постійні члени на три роки. Перед призначенням на посаду члени Трибуналу приймали присягу. Президент приймав таку присягу безпосередньо перед цісарем [12, s. 689].

Зазвичай сесії Державного Трибуналу відбувались раз на три місяці, а про їх початок повідомлялось в урядових часописах. У разі потреби за пропозицією президента скликались позачергові сесії. Трибунал, як правило, працював у складі президента та дванадцяти членів, хоча для того, щоб рішення вважалось правомочним потрібною була присутність хоча б восьми членів (не враховуючи президента). Президент брав участь у прийнятті рішення лише у тому випадку, коли голоси розділились порівну. Віце-президент Трибуналу мав право участі у кожному засіданні, але без права голосу [13].

Державний Трибунал порушував провадження у справі лише за поданням зацікавленої особи. Скаржник повинен був долучити до скарги адміністративне рішення, яким, на його думку, порушено громадянські права. Скарга повинна була містити детальний опис посадової особи, організації чи органу держави, яким допущено порушення. Трибунал приймав скаргу до розгляду у разі дотримання наступних умов: 1) справа повинна була провадитись у відповідності до визначеної законом адміністративної процедури; 2) строк подання скарги становив 14 днів від отримання адміністративного рішення останньої інстанції. Тому подання також

повинно було містити докази дотримання зазначених вимог. Скарга підписувалась адвокатом. Подання скарги до трибуналу не зупиняло дію оскаржуваного адміністративного рішення.

Державний Трибунал розглядав лише ті справи, які стосувались порушень політичних прав, допущених органами виконавчої влади або місцевого самоврядування. Трибунал відхиляв скарги на рішення та дії законодавчих органів, суду або приватних осіб [7, s. 66]. Як наслідок законодавчі акти, що приймалися крайовими сеймами (у тому числі й Галицьким) могли обмежувати визначені у конституції загальні права, а Державний Трибунал не мав достатньо компетенції, щоб усунути такі обмеження.

Кожна скарга, навіть така, що не відповідала формальним вимогам, скеровувалась на розгляд референту Трибуналу. Референт міг вимагати від скаржника уточнити чи доопрацювати скаргу. Основним завданням референта була підготовка скарги до розгляду на засідання Державного Трибуналу. Він мав право опитати представників сторін, свідків чи експертів, вимагати подання документів чи інших засобів доказування, якщо це було необхідним для розгляду справи. Відповідні листи референта підписував президент Трибуналу. Якщо референт вважав, що справа готова до розгляду він інформував про це президента, який визначав день і час розгляду справи.

Розгляд справи Трибуналом здійснювався усно на відкритих засіданнях. В окремих випадках проводився закритий розгляд справи, але тоді кожна із сторін могла вимагати допущення до розгляду справи трьох довірених осіб. Сторони могли захищати свої права особисто або за допомогою адвоката. Якщо скаржник не з'являвся на засідання та не пояснював причини неявки, вважалось, що він відмовився від своїх вимог.

Розгляд справи розпочинали з доповіді референта. Керував засіданням президент Державного Трибуналу. Його обов'язком було ретельне дослідження обставин справи. З цією метою він міг потребувати виклику свідків або експертів. Члени Державного Трибуналу мали право ставити запитання сторонам, свідкам та експертам. Таке ж право мали і сторони.

Завершивши дослідження матеріалів справи, Державний Трибунал закривав засідання та проводив нараду щодо прийняття рішення по справі. Нарада та голосування не були відкритими. У прийнятті рішення брали участь лише ті члени Трибуналу, які були безперервно присутні на слуханні справи. Рішення приймалися простою більшістю. Під час його прийняття члени Трибуналу керувались насамперед особистими переконаннями.

Рішення оголошувалось іменем цісаря. У ньому мали зазначати прізвища усіх членів трибуналу, котрі брали участь у справі та підписувались головою та секретарем засідання.

Головними рисами судового процесу, що його провадив Державний Трибунал у справах про порушення політичних прав були такі:

- порушення справи винятково на підставі скарги;
- 14-денний термін подання скарги;
- відкритий та усний судовий розгляд;
- принцип безпосередності;
- принцип вільної оцінки доказів;
- прийняття рішення у складі 12-ти осіб [7, s. 66–68].

Хоча згідно з Основним законом про загальні права громадян носієм політичних прав був громадянин, тобто фізична особа, члени Державного

Трибуналу вирішили, що суб'єктом подання скарги може бути не лише громадянин, але також і група громадян чи територіальна громада (як юридична особа) [14, с. 68].

Незважаючи на прийняття у 1867 р. нового конституційного закону, який закріплював основні права громадян та створення спеціального судового органу – Державного Трибуналу, права українського населення у Галичині і надалі порушувались.

З огляду на це показовими та надзвичайно інформативними є праці Івана Франка. Характеризуючи австрійську конституцію 1867 р., І. Франко називав її “клочком паперу”, що проголошував для усіх громадян свободу слова і друку, зборів, об'єднань, особистості. Проте положення більшості австрійських законів знецінювали конституційні свободи. “Основний закон, – говорив І. Франко на загальноміських зборах мешканців Львова, – обіцяє рівність всіх громадян перед законом. Але цей же закон, перед яким вони повинні бути рівні, сам встановлює нерівність. Чинне австрійське цивільне і частково кримінальне право сформоване на соціальному ладі, який особисте значення людини збільшує пропорційно наявності у нього капіталу. Звідси, якщо людина заможніша, тим більше вона означає, а людина без капіталу є нуль” [15, с. 6].

І. Франко наголошував, що свободи, задекларовані австрійською конституцією, для бідних людей не існують, оскільки голод змушує їх найматися до поміщика та фабриканта. Він пояснював, що таке становище збережеться доти, поки приватний капітал не буде переданий у загальнонародне користування. І. Франко закликав трудящих до революційної боротьби проти основного зла, яке породжує всяку неправду і несправедливість. Він писав, що формальна рівність усіх перед законом, проголошена в австрійській конституції, виглядає так: голодну людину запевняють в тому, що вона має право бути ситою, проте хліба їй не дають. “Що ж нам від того, – гнівно заявляв Франко, – що на папері обіцяно рівність перед законом, якщо в житті на кожному кроці ми бачимо, що це – брехня, що для заможного немає рівного права, що бідний не може поскаржитися на несправедливість і що за однаковий проступок бідного карають вдвоє сильніше, ніж багатого” [16, с. 12].

Конституція 1867 р. не припинила ані соціального, ані національного гніту у Галичині. Гарантоване конституцією 1867 р. право національності та мови насправді було важко реалізувати. Незважаючи на значні зусилля українського населення, за кожен найменший крок у цій сфері потрібно було боротися роками. Так, за законом від 22 червня 1867 р. відкриття середньої школи в Галичині залежало від рішення Галицького сейму, який намагався у всякий спосіб полонізувати західноукраїнські землі і не дбав про збільшення кількості українських шкіл. У 1910 р. в краю існувало 67 державних гімназій, але до 1887 р. існувала лише одна українська гімназія (у Львові). Згодом на території Східної Галичини було відкрито ще чотири українські гімназії (у Перемишлі, Коломиї, Тернополі і Станіславі). Отже, до Першої світової війни у Галичині існувало всього п'ять гімназій з українською мовою навчання. Один з українських депутатів зазначав: “Десять років боротьби в середньому коштує нам здобуття однієї середньої школи на нашій землі під крилами австрійської конституції”.

Всупереч 19-й статті австрійської конституції, яка формально визнавала рівноправність усіх мов у школі, управлінні і в суспільному житті, українська мова була грубо обмежена. Крайовий закон від 9 квітня 1907 р., прийнятий Галицьким сеймом, у ст 7 встановлював: “Мову, якою начальник вотчинної діляниці здійснює

свою владу і якою веде листування з властями і сторонами, визначає власник поміщицького маєтку” [17].

Нерідко органи державної влади, які повинні були здійснювати нагляд за дотриманням законів імперії, самі ж порушували ці закони. Так, всупереч “Органічному закону про прокуратуру” від 10 липня 1850 р. (який діяв ще до прийняття конституції) та закону від 10 червня 1869 р. про обов’язкове володіння працівниками органів прокуратури в Галичині українською мовою та ведення нею переписки, всі акти та документи цих відомств складали лише німецькою та польською мовою [18, с. 109].

Водночас, необхідно зазначити, що українці Австро-Угорщини володіли таким обсягом прав, про який українці Російської імперії могли лише мріяти.

Наведені обставини свідчать про те, що австрійська конституція 1867 р. мала значною мірою декларативний характер. Закріплюючи загальні права громадян на папері, вона не передбачала дієвих механізмів їхнього захисту. Конституція не припинила соціального та національного гніту в Галичині. Хоча за своїм змістом це був прогресивний документ, однак він діяв недостатньо ефективно. Зокрема, створений відповідно до конституції Державний Трибунал не мав достатньо повноважень для захисту політичних прав багатонаціональної імперії, а бідне і часто неписьменне населення краю не мало жодних реальних можливостей для свого захисту.

Відсутність належного правового регулювання, яке б деталізувало положення конституції, ще більше ускладнювало її застосування. Зокрема положення про рівноправність народів та їхніх мов не отримало подальшого роз’яснення в законодавстві, тому в різних краях його трактували по-різному залежно від впливу тих чи інших політичних сил.

1. Кульчицький В.С. Апарат управління Галичиною в складі Австро-Угорщини / В.С. Кульчицький, І.Й. Бойко, І.Ю. Настасяк, О.І. Мікула. – Львів, 2002.
2. Пристер Е. Краткая история Австрии / Е. Пристер. – Москва, 1952.
3. Кульчицький В.С. Австрійська конституція 1849 року і крайова конституція для Галичини 1850 року / В. С. Кульчицький // Вісн. Львів. державного у-ту ім. І. Франка. Сер. юрид. – Вип. 1. – 1965.
4. Никифорак М. До питання про джерела державного права на Буковині у 1775–1918 рр. / М. Никифорак // Науковий вісник Чернівецького університету. Правознавство. – Вип. 75. – 2000.
5. Хрестоматія з історії держави і права України: У 2-х т. : Навч. посібн. Для студ. юрид. спец. вищ. закл. освіти / За ред. В.Д. Гончаренка. – вид. 2-ге, переробл. і доп. Т. 1: З найдавніших часів до початку ХХ ст. / Уклад. В.Д. Гончаренко, А.Й. Рогожин, О.Д. Святоцький. – К.: Видавничий Дім “Ін Юре”, 2000.
6. Brauner W. Die Gesetzgebungsgeschichte der österreichischen Grundrechte / W. Brauner // 70 Jahre Republik. Grund – und Menschenrechte in Österreich. Grundlagen, Entwicklung und internationale Verbindungen. – Kehl am Rhein, 1991.
7. Dziadzio A. Monarchia konstytucyjna w Austrii (1867–1914). Władza-Obywatel-Prawo / Andrzej Dziadzio. – Kraków : Księgarnia Akademicka, 2001.
8. Die Protokolle des österreichischen Ministerrates (1848–1867). I–VI Abteilungen. – Wien, 1970–73.
9. Stourzh G. Die österreichische Dezemberverfassung von 1867 / G. Stourzh // Wege zur Grundrechtsdemokratie. Studien zur Begriffs – und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaates. – Wien, 1985.

10. Haider B. Die Protokolle des Verfassungsausschusses des Reichsrates vom Jahre 1867 / B. Haider. – Wien, 1997.
11. Hye von Glunek A. Sammlung der nach gepflogener öffentlicher Verhandlung geschöpften Erkenntnisse des k.k. österreichischen Reichsgerichtes. T.1 / A. Hye von Glunek. – Wien, 1874. – nr 1.
12. Lehne F. Rechtsschutz im öffentlichen Rechts : Staatsgerichtshof, Reichsgericht, Verwaltungsgerichtshof / F. Lehne // Die Habsburgermonarchie 1848-1918. – Wien, 1975. – Т. II.
13. Österreichisches Biographisches Lexikon 1815-1950. – Graz-Köln, 1959.
14. Stourzh G. Die Gleichberechtigung der Nationalitäten in der Verfassung und Verwaltung Österreichs 1848-1918 / G. Stourzh. – Wien, 1985.
15. Народ. – 1891. – № 4.
16. Франко І. Твори. – Київ, 1956. – Т. 19.
17. Мікула О. Антинародна сутність Галицького крайового сейму // Право України. – 2003. – № 1.
18. Панич Н. Становлення та розвиток інституту прокуратури в Галичині у складі Австрії і Австро-Угорщини (1849–1918 рр.) / Н. Панич // Вісн. Львів. у-ту. Сер. юрид. – 2007. – Вип. 44.

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОСНОВНЫХ ПРАВ ГРАЖДАН ЗА АВСТРИЙСКОЙ КОНСТИТУЦИЕЙ 1867 Г.

Н. Гриб

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина
e-mail: nina_p@ukr.net*

В данной статье рассмотрено особенности принятия и та внедрения в жизнь Основного государственного закона о державного закон о общих правах граждан, который был составной частью австрийской конституции 1867 г. Исследовано государственный механизм его реализации. Выяснено его влияние на правовое и социальное положение украинского населения Галичины.

Ключові слова: конституціоналізм, конституція, Австро-Венгрія, Галичина.

BASIC CITIZENS' RIGHTS LEGAL REGULATION UNDER THE 1867 AUSTRIAN CONSTITUTION

N. Gryb

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

In the article the adoption and application peculiarities of the Basic state law on general citizens' rights as part of the 1867 Austrian Constitution, are regarded. State mechanism of its realization is researched. Its influence on Ukrainian population of Galychyna legal and social state is revealed.

Key words: constitutionalism, constitution, Austro-Hungary, Galychyna.

Стаття надійшла до редколегії: 20.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ОРГАНІЗАЦІЯ МІСЬКОГО САМОВРЯДУВАННЯ ЗА ХЕЛМІНСЬКИМ ПРАВОМ

Ю. Дмитришин

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті досліджено питання організації міського самоврядування за хелмінським правом. Показано особливості функціонування міської ради, лавничих судів, солтиса, бургомістрів у місті Хелмно.

Ключові слова: хелмінське право, лавничий суд, міська рада, бургомістр, вількери, ортілі.

Надання хелмінського права містам Хелмно і Торуня розпочалося виданням привілею Гофмейстром Тевтонського Ордену Германом фон Зельца і Пруського ландмейстра Германа фон Балка 1233 р., яке після пожежі у Хелмно 1250 р. було видано знову 1 листопада 1251 р. у двох примірниках для Хелмно і Торуня.

Окрім старого міста Торуня відбулася забудова нового міста. Локація нового міста Торуня розпочалася виданням привілею пруського ландмейстра Людвіга Балдергейма 3 серпня 1264 р., підтверженого у березні 1266 р. та 1303 р. [1, с. 25]. На основі цього привілею нове місто Торунь отримало такі самі права, як і старе місто. Положення привілею стосувалися рибальства, пивоваріння, продажу і купівлі м'яса тощо. У новому місті Торуні населення було ремісниками, а старого – купцями [2, с. 15]. Привілей для нового міста Торуня стосувався організації міського самоврядування. Наявність на одній території двох міст з аналогічною назвою спричиняло непорозуміння між їх органами міського самоврядування. Більшість населення Торуня становили німці. Окрім німців тут також проживали поляки та євреї. У локаційному привілеї містові було надано земельні ділянки, які становили 325 ланів. Землі, що належали місту охоплювали також села Корут і Любянка. Майно міста розширювалося за рахунок податків, доходів з виробництва і продажу алкогольних виробів, ярмарків, млинів, міських ваг. Видатки міського бюджету йшли на утримання органів міського самоврядування, будівництва і утримання міських мурів, будівель та доріг. Місто Торунь відіграло важливу роль у міжнародній торгівлі між країнами Західної, Центрально-Східної Європи та Сходу. В українські землі торунські купці експортували сукно, оселедці, полотно, шкіру, вироби з металу, а імпортували віск, зерно, хутро та ін. торунські купці мали тісні економічні та політичні зв'язки із містами Галицько-Волинської держави. Ці зв'язки були пов'язані із дружніми відносинами між Тевтонським Орденом та Галицько-Волинською державою. Зокрема, у 1320 р. Галицько-Волинський князь надав торунським купцям право вільної торгівлі на своїй території [3, с. 281–283]. Ще тісніші зв'язки торунські купці мали з польськими містами. Зокрема, у 1345 р. польський король Казимир Великий надав торунським купцям привілей, за яким вони могли продавати без обмежень будь-які товари. Ці торгівельні відносини були призупинені під час військових конфліктів між Польським королівством і Тевтонським Орденом у 1410–1435 рр. У березні 1403 р. гофмейстер Тевтонського Ордену Конрад фон Юнгінген надав місту Торуню право складу, а 18 квітня того ж року – привілей про монополію торунських купців та торгівлю англійським сукном. В часи правління короля Владислава Ягайла значення Торуня у торгівлі з Польщею та українськими містами дещо зменшується

після надання права складу місту Кракову. Лише у 1425 р. торунські купці знову отримали право торгувати у містах Сілезії, Кракові, Львові та Володимир–Волинському [1, с. 35].

Важливе значення у формуванні економіки Торуня мала приналежність міста від 1289 р. до союзу міст Ганзи, а з початку XIV ст. до 1370 р. був головним містом Пруссії. На межі XIV–XV ст. ці функції перейшли до Гданська (Данцінга). У ганзейському союзі місто Торунь перебувало до 1669 року. Під час війни 1410 р. Торунь відкрив ворота польським військам Владислава Ягайла, за що Тевтонський Орден розпустив міську раду [4, с. 22]. Тісні зв'язки з органами влади Польського королівства міська рада Торуня підтримувала і надалі. Зокрема, у 1440 р. після створення пруського союзу міст, який підтримував тісні зв'язки з Польським королівством, від імені міста Торуня його підписали Йоган Ніхер, Герман Ренсоп і Ніколас Гзенмаркт. У лютому 1453 р. було створено раду пруського союзу міст за участі представників Хелмно і Торуня. Того ж самого місяця було об'єднано старе і нове місто Торунь в єдине місто Торунь. Інкорпорація міста Торунь разом з хелмінською землею до Польщі відбулася 6 березня 1454 р. Представники Торуня разом зі шляхтою хелмінської землі склали присягу королю Казимиру Ягеллончику.

Посада радників у містах Пруссії вперше була запропонована у хелмінській грамоті в редакції 1233 та 1251 рр. [5, с. 163]. Своєю чергою міська рада Магдебурга була створена лише у 1244 р. Це свідчить про утворення міської ради у містах Хелмно і Торуня незалежно від утворення міської ради Магдебурга. Насамперед на створення міських рад у містах Хелмно і Торунь вплинув досвід міста Любека де міська рада функціонувала ще з 1226 р. на основі привілею імператора Фрідріха II. Своєю чергою між імператором Фрідріхом II та великим гофмейстером Тевтонського Ордену Германом фон Зельца (1209–1239) були дружні відносини [3, с. 29]. З наявних на сьогодні джерел відомо, що міські ради у Торуні та Хелмно були створені у період між 1233–1244 рр. Згодом міські ради були створені у менших так званих філійних містах, де враховували також досвід функціонування міської ради Магдебурга.

Міська рада у Торуні як колегія радників діяла з середини XIII ст., а лише з XIV ст. з'являються щорічні списки радників. Радників щорічно 22 лютого обирали дорослі чоловіки – мешканці міста, що володіли хелмінським правом. Радниками ставали, як правило, особи, які мали обов'язки лавника. До складу урядуючих радників (*sitzender ratk*) входило вісім, а з початку XIV ст. – дванадцять радників (*ratmannem*) [1, с. 29]. Серед радників одну третину становили новообрані радники, одну третину – радники, які вже відбули свою каденцію протягом одного року, одну третину становили радники – так звані сеньйори, що виконували свої повноваження більше одного року [6, с. 17]. Сеньйори вибирали зі свого складу раду старійшин, котра мала виконувати у колегій радників консультативні функції. Більшість радників, незважаючи на щорічне переобрання виконували свої функції пожиттєво. Щоб зайняти посаду радника потрібно було володіти міським громадянством, мати у місті нерухоме майно, дотримуватися міських вількерів та інші вчинені радником правопорушення призводило до усунення його із займаной посади. Спочатку радники не отримували зарплати і ними могли бути лише заможні особи. Поступово радники стали отримувати низку пільг і привілеїв, до яких належали звільнення від оплати чиншу (орендної плати), першочергового права купівлі риби, радників також звільняли від служби на міських мурах та ін. Цими пільгами користувалися і діти радників. Очоловав міську раду бургомістр

(burgermeister) [7, с. 270]. До 1300 р. міську раду очолював солтис. Спочатку бургомістр був один, згодом два, а з половини XV ст. – чотири. Зі свого складу бургомістри обирали старшого, якого називали президентом.

До компетенції міської ради за хелмінським правом як і за магдебурзьким правом належали адміністративні і судові функції. Міська рада видавала міські статuti – вількери, що регулювали різні сторони міського життя та були загальнообов'язковими. До адміністративних функцій міської ради належали забезпечення господарської та фінансової системи міст. Міська рада репрезентувала місто перед органами державної влади та іншими містами. Зокрема, у Торуні знаходилась Таємна Рада як керівний орган Пруського Союзу міст. До судових функцій міської ради під головуванням президента зачисляли спочатку справи, що стосувалися виконання міських вількерів, а згодом цивільні та кримінальні справи, котрі міська рада вважала важливими для інтересів міста. Згідно з міською ухвалою 1480 р. міська рада розглядала судові справи щосереді. Важливі кримінальні і цивільні справи міська рада розглядала як суд першої інстанції. Щодо міських лавничих судів міська рада виступала як суд другої інстанції [8, с. 93–94]. Свої засідання міська рада проводила у ратуші.

Виконавчим органом міської ради був так званий уряд раденький, до складу якого входили міські службовці і допоміжні міські служби. Центральною серед міських службовців та допоміжних міських служб була канцелярія міської ради, яку очолював писар міської ради. До повноважень писарів, окрім ведення протоколів засідання міської ради, належали також посвідчення важливих угод, участь у засіданнях міської ради, внесення до міських книг міських статутів – вількерів та ведення міської кореспонденції. Міська кореспонденція стосувалася переписки з органами державної влади, церквою та іншими містами. Перші письмові документи, що свідчили про діяльність у Торуні писаря, стосувалася 1385 р. У цей період писар міської ради водночас виконував функції писаря лавничого суду. Розмежування посад писаря міської ради та писаря лавничого суду відбулося лише наприкінці XV ст. [2, с. 22]. Міського писаря обирала міська рада. Свої функції міський писар виконував по життєво. Перед тим як обійняти посаду, писар складав присягу, в якій був зобов'язаний захищати інтереси міста та виконувати вказівки радників, бургомістрів та зберігати міські таємниці [3, с. 100–101]. Писар брав участь у кожному засіданні міської ради із правом дорадчого голосу. Окрім канцелярських функцій, він виконував окремі виконавчо-представницькі повноваження. Міський писар вів протоколи засідань міської ради, вів міські книги, публічно оголошував вількери. Міський писар очолював канцелярію, яка до кінця XIV ст. знаходилася в будинку міського писаря або бургомистра. Згодом місцем знаходження канцелярії стала міська ратуша. У міській раді Торуня документацію головню вели німецькою мовою. Використовували також латинську мову. Протоколи міської ради регулярно вели з 1345 р., а книги міської лави – з 1363 р. [9, с. 59]. Серед нормативних актів, які видавали органи міської влади найважливішим були вількери. Перший вількер для старого міста Торуня було прийнято близько 1309 р. і стосувався він питань адміністративного устрою міста, господарських та торговельних питань. У вількері 1309 р. міську раду згадують як вищий орган міського самоврядування. У 1385 та 1420 рр. було прийнято вількер для старого міста Торуня, а 1414 – для нового міста Торуня [1, с. 39].

Діяльність лавничих судів врегульовували ординації 1444 та 1613 рр. важливу роль серед джерел права Торуня відігравали ортилі з Магдебурга, що їх направляли для Торуня на прохання органів міської влади або сторін процесу. Вищі суди міста Торуня і Хелмно видавали правові роз'яснення вейстумери (weisthümer). Правову основу для ортитів і вейстумерів становили норми Саксонського Зеркала, хелмінського та магдебурзького права. Отримувати ортилі з Магдебурга могли не усі міста, а лише ті, в яких знаходилися вищі апеляційні суди. Такий суд був у Хелмно, його функції виконувала міська рада міста Хелмно [4, с. 115]. В окремих випадках Торунь також міг отримувати ортилі з Магдебурга без посередництва міської ради Хелмно. Дані ортилі стосувалися головно спорів між міською радою та мешканцями міста щодо нерухомого майна на території міста. Ортилі, що були направлені з Магдебурга зазвичай у формі єдиного документа або збірника ортилів. Збірники ортилів використовували у судовій практиці та були джерелами права. Збірники ортилів формувалися у хронологічному порядку по мірі їх надходження з Магдебурга або систематичному за предметом. У систематичному порядку ортилі поділяли на частини і розділи. Ортилі з Магдебургу для Торуня були видані в єдиній книзі, де частину ортилів було скорочено, а інші, що не мали практичного застосування не увійшли до цієї книги. Частина ортитів з Торуня увійшли до міської книги міста Познаня “Познанський кодекс”, автором якого був міщанин Бернард. Окрім того ортилі для Торуня увійшли до іншого кодексу “Магдебурзьких питань”. Їх використовувались у Пруссії, Сілезії та Саксонії [1, с. 42]. Дві лавничі книги нового і старого міста Торуня було надруковано у Польщі, інші книги залишились неопублікованими. У лавничих книгах містяться матеріали цивільних і кримінальних справ, що розглядали міські суди, угоди, заповіти, інформацію про організацію шкіл, забудову, типографію міста та ін. Тут також було вказано на склад лавничого суду, міської ради та інших органів міського самоврядування. Під час тридцятирічної війни місто Торунь увійшло до складу Пруського об'єднання міст, а у Торуні був координаційний орган цього об'єднання Таємна Рада. У тридцятирічній війні місто Торунь несло значні матеріальні витрати [4, с. 81]. Ці витрати формувалися на основі стягнення нових податків. Високі податки спричинили заворушення та повстання. Зокрема такі заворушення проти міської ради відбувалися у 1455 та 1456 рр. У 1457 р. польський король Казимир Ягеллончик видав місту Торуню привілей, за яким зрівняв його з Краковом та іншими містами Польського королівства. Зокрема місто Торунь отримало право складу, право випуску власної монети та було звільнено від сплати окремих податків і зборів. Ці рішення сприяли підвищенню добробуту міщан та економічного статусу міста у XVI–XVII ст. Під час шведсько-польської війни у 1655–1658 рр. місто Торунь було захоплене шведськими містами. Великі економічні втрати міста відбулися протягом Північної війни зі Швецією у 1708–1710 рр. Під час першого поділу Речі Посполитої 1772 р. пруські власті обклали місто великими податками, що призвело до значних економічних витрат та до майже повної руїни. Внаслідок цього у місті було організовано групу міщан, які виступали за союз із Пруссією та включення Торуня до складу Пруссії. Після другого поділу Речі Посполитої місто Торунь увійшло до складу Пруссії [1, с. 47].

Територія міста за рахунок навколишніх сіл була розширена у XV ст. за часів правління короля Казимира Ягеллончика. До них відносились села Любіч, Гдебосін, Рогово, Папово, Люльково, Горск, Чарново, Гребоцін, Смогурськ та ін. Низка сіл

були надані місту Торуню королем Сигізмундом I Старим у 1520 р. – Лазун, Радзево, Смольно, Грочово, мале Рогово та ін. [1, с. 44]. Внаслідок королівських подань та договорів купівлі – продажу місто володіло значними земельними ділянками та іншим майном (*territorium civitatis*), яке становило 35 фільварків та сіл, що становило понад 35 тисяч гектарів землі [11, с. 123]. Після першого поділу Речі Посполитої усі землі Торуня, за винятком самого міста, увійшли до складу Пруссії. Окрім заняття землеробством, значну частину прибутків міста становили набуті від торгівлі і промислу. Першими мешканцями міста, як було згадувано, були німці, які протягом XVI–XVII ст. були повноправними громадянами міста. У 1586 р. у навчальних закладах було заборонено вивчати польську мову, щоб не допустити до колонізації міста. Поляками у місті головно були дрібні купці, ремісники та селяни, що проживали у міських селах. У XVIII ст. населення міста становило близько 12 тис. мешканців. Німецьке населення міста зазвичай сповідувало протестантизм, а поляки – католицизм. Після включення міста Торуня, так як і інших міст королівської Пруссії, до складу Польщі відбулися перші зміни у структурі органів міського самоврядування. До 1523 р. міська рада самостійно здійснювала управління містом, до створення так званого Третього Ординку. Вона спільно з Третім Ординком ухвалювала вількери та інші нормативно-правові акти. Третій Ординок у місті Львові отримав назву “колегія сорока мужів”. До повноважень Третього Ординку належав також контроль за фінансами та господарською діяльністю органів міського самоврядування [1, с. 45]. До складу міської ради входили чотири бургомістри та дванадцять радників. Було заборонено одночасне перебування у складі бургомістрів і радників батька і сина, братів, інших близьких родичів. Не було обмежень щодо кількості разів зайняття посад радників та бургомістрів. Так, на основі вількери 1623 р. радником могла бути особа, яка відповідала певним моральним принципам та працювати на посадах лавника чи помічника радника. У разі зайняття посади радника потребували також складення присяги на вірність місту.

Процедура проведення виборів радників більш чіткіше відображена в ординації 1601 р. Вибори відбувалися щороку в четверту неділю Великого посту. Вибори були таємними. Проводили вибори під головуванням бургомістра-президента, який оголошував кандидатів на зайняття посади радника. При цьому президент не брав участі у голосуванні. Результати виборів урочисто оголошували наступного дня у залі засідань міської ради, яка знаходилась у міській ратуші, за участі мешканців міста. Список новообраних радників оголошував секретар міської ради. Завершувались вибори складанням присяги на вірність королю та місту [12, с. 47].

Міська рада була вищим колегіальним органом у міському самоврядуванні міста Торуня. До компетенції міської ради у публічно-правовій сфері належало прийняття та отримання прав та привілеїв, які надавались місту. Ці привілеї стосувалися управління містом, міської господарки та ін. міська рада також обирала своїх представників на сейми і сеймики. Міська рада, як вже згадувалось, спільно з Третім Ординком приймала міські та сільські вількери, що були загальнообов'язковими. Міська рада приймала й інші нормативно-правові акти, артикули і ординації, які врегульовували різні сторони життя у місті. Найбільш значними повноваженнями міської ради стали адміністративні, до яких належало управління містом та його фінансами. Розширення території міста та його населення зумовлювало до збільшення кількості міських службовців. У 1458 р. було утворено мостовий уряд, 1475 – уряд міських фінансів міського майна [12, с. 48]. Окрім того, було утворено будівельний уряд, до повноважень якого

відносився контроль за будівництвом у місті. До складу, якого входили: керівник (*magister structurae*), двоє міщан та пахолки. До повноважень кватирного уряду зачисляло контроль за станом будівель, міських колодязів, опіка над сиротами та їхнім майном. Серед службовців кватирного уряду зустрічалися радник та кватирмістри [12, с. 48].

Хелмінське право було різновидом магдебурзького права і діяло в Прусії, Польщі, Литві та на українських землях. До складу ортілів міського самоврядування за хелмінським правом входила міська рада, міські лавничі суди, міські службовці та допоміжні міські служби. Головну роль у міському самоврядуванні і на основі хелмінського права належало міській раді, яка виконувала адміністративні та окремі судові функції.

1. Prawo starochełmińskie 1584 (1394) / pod red. Witolda Maisla i Zbigniewa Zdrójkowskiego; przekł. Andrzej Bzdęga i Alicja Gaca ; Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Urząd miasta Chełmna. – Toruń : Uniwersytet Mikołaja Kopernika, 1985. – 176 s.
2. Semrau A. Die Organe der Stadtgemeinde nach Kulmischem Rechte im 13. Jh. / A. Semrau // MCV. – 1921. – Jg. 29. – S. 1–27.
3. Roepell R. Über die Verbreitung des Magdeburger Stadtrechts im Gebiete des alten Polnischen Reichs ostwärts der Weichsel / R. Roepell // Abhandlungen der Hist. Phil. Gesellschaft in Breslau. – Breslau : Trewendt, 1857. – S. 241–301.
4. I. Janosz-Biskupowa, Rola Torunia
5. Кобилецький М.М. Магдебурзьке право в Україні / Львів – 2008
6. Hener R. Siebenhundert Jahre Thorn (1231–1931). – Danzing, 1931.
7. E. Rozenkranz, Początki i ustrój miast Pomorza Gdańskiego do schyłku XIV stulecia, GTN 1962
8. K. Kamińska, Sądownictwo miasta Torunia do połowy XVII w. na tle ustroju sądów niektórych miast Niemiec i Polski, Warszawa – Poznań – Toruń 1980.
9. H. Piskorska, Zbiory kartograficzne Archiwum Miasta Torunia, Wydawnictwa Archiwum Miasta Torunia, Toruń 1938
10. Kisch G. Die Kulmer Handfeste. Rechtshistorische und textkritische Untersuchungen nebst Texten / Guido Kisch. – Stuttgart : Kohlhammer. – VIII
11. Dzieje Torunia. Praca zbiorowa z okazji 700-lecia Miasta pod red. K. Tymienieckiego, Toruń; 1933
12. Kamińska K Prawo chełmińskie w Toruniu (1233–1793) / K. Kamińska // Studia culmensia historico-juridica czyli księga pamiątkowa 750-lecia prawa chełmińskiego / Pod red. Z. Zdrójkowskiego. – Toruń, 1988. – T. 2.

ОРГАНИЗАЦИЯ ГОРОДСКОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ ЗА ХЕЛМИНСКИМ ПРАВОМ

Ю. Дмитришин

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статье исследовано вопрос организации городского самоуправления за хелмінським правом. Показаны особенности функционирования городского совета, лавничих судов, солтиса, бургомистров в городе Хелмно.

Ключевые слова: хелмінське право, лавничий суд, городской совет, бургомистр, вількери, ортілі.

**LOCAL SELF-GOVERNMENT ORGANIZATION
UNDER KHELMNO LAW**

Yu. Dmytryshyn

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

The article deals with the research of issues on local self-government organization under Khelmno law. Functioning peculiarities of city council, lavnychy court, soltys, as well as burgomisters in the city of Helmno, are presented.

Key words: Khelmno law, lavnychy court, city council, burgomister, vil'kery, ortyli.

Стаття надійшла до редколегії: 08.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

МАЙНОВІ ПОКАРАННЯ У ОСНОВАХ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА СОЮЗУ РСР ТА СОЮЗНИХ РЕСПУБЛІК 1958 Р.

К Марисюк

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000, Львів, Україна
e-mail: markos1976@mail.ru*

У статті досліджуються питання майнових покарань, передбачених у Основах кримінального законодавства Союзу РСР та союзних республік 1958 р. Вивчено їх характерні ознаки та особливості застосування. Особливу увагу звернено на питання їх співвідношення між собою та з іншими видами покарань.

Ключові слова: покарання, штраф, конфіскація майна.

В умовах побудови демократичної, соціальної та правової держави, на перший план виходить обов'язок додаткового вивчення, а деколи й докорінного переосмислення багатьох періодів вітчизняної історії загалом, а також історії права зокрема. Цей процес є двобічно важливим: з однієї сторони, аналізуючи помилки минулого, можна запобігти їх повторенню; з іншої сторони виникає реальна можливість запозичити найбільш позитивний досвід минулого для вирішення проблем, які можуть виникнути у майбутньому. Якщо розглядати ситуацію з позиції історії права, то первинним є вивчення тих нормативно-правових актів, які відіграли центральну роль у вітчизноному державо- та правотворенні. Аналізу одного з найбільш знакових актів у сфера кримінального права, а саме Основ кримінального законодавства Союзу РСР та союзних республік 1958 р. у частині закріплення у ньому кримінальних покарань, й буде присвячене наше дослідження.

Питанням Основ 1958 р. присвячували свої праці багато знаних науковців, проте їх публікації стосувались або загального аналізу цього нормативно-правового акту (наприклад, М. Ковальов, П. Кудрявцев, А. Літинські, М. Шнайдер), або ж аналізу кримінальних покарань, закріплених у Основах 1958 р., виключно у їх історичній ретроспективі (З. Тадевосян, А. Курц, Х. Гаджієв). Питанням же системи покарань, передбачених у досліджуваному нормативно-правовому акті, серйозних наукових розробок уже протягом значного часу не здійснювалось.

Усвідомлюючи те, що в межах однієї статті повною мірою дослідити всі спірні питання неможливо, зосередимо нашу увагу на питаннях майнових покарань, передбачених у Основах кримінального законодавства Союзу РСР та союзних республік 1958 р.

Законом СРСР від 25 грудня 1958 р. було прийнято Основи кримінального законодавства Союзу РСР та союзних республік, які відіграли надзвичайно важливу роль у кодифікації не лише кримінального, а й всього радянського законодавства. [1, с. 177] Ще вище значення досліджуваного нормативно-правового акту визначає П. Кудрявцев, який взагалі звертає увагу на їх центральне політичне і державне значення. [2, с. 12]

Необхідність у прийнятті цього нормативно-правового акту виникла у зв'язку з тим, що значна частина норм Основних засад кримінального законодавства Союзу РСР і союзних республік 1924 р., а також інших загальносоюзних законів і КК союзних республік застаріли і не відображали нових умов і нових потреб розвитку держави. [3, с. 6] Загалом Основи кримінального законодавства 1958 р.

значною мірою вдосконалювали тогочасне радянське кримінальне право, приводили його у відповідність з суспільно-політичною обстановкою в державі та інтересами захисту суспільства від злочинних посягань. [3, с. 21; 4, с. 43]

Основи кримінального законодавства Союзу РСР та союзних республік 1958 р. являли собою загальносоюзний кримінальний закон, діючий на всій території СРСР і обов'язковий для всіх союзних республік. [3, с. 7]

Ст. 21 Основ встановлювала перелік кримінальних покарань. Їх перелік не носив вичерпного характеру; законодавством союзних республік могли встановлюватись й інші види покарань. [5, с. 129]

Основи зберігали поділ покарань на основні та додаткові (ст. 21 [6, с. 33]), дещо змінюючи перелік видів основних покарань, та спеціально обумовлюючи, що законодавством союзних республік у відповідності з загальними принципами Основ могли встановлюватись інші види покарань, крім перерахованих у ст. 21. [3, с. 16]

Види покарань у ст. 21 Основ розташовувались у певній системі, а саме: послідовно перераховувались види покарань від найбільш до найменш тяжкого. [5, с. 129; 7, с. 102] З аналізу змісту згаданої статті можна дійти до висновку, що законодавець віддавав перевагу покаранням, спрямованим проти особи (наприклад, позбавленню волі, висланню, засланням і т. д.), хоча й майнові покарання мали місце, які, щоправда, відігравали додаткову, допоміжну роль.

Штраф.

Відповідно до ч. 1 ст. 27 Основ, під штрафом розумілось грошове стягнення, яке накладається судом у випадках і межах, встановлених законом. [6, с. 35] Варто погодитись з З. Тадевосяном, що у цьому положенні Основи фактично сприйняли та відтворили приписи попередніх законодавчих актів. [8, с. 28]

Штраф міг бути призначений не лише у виді основного (як це стверджує І. Голубов [9, с. 21]), а і у виді додаткового покарання.

На відміну від КК 1927 р., відповідно до якого штраф як основна міра покарання міг призначатись лише у межах, встановлених окремими статтями Особливої частини КК, а як додаткове покарання на розсуд суду, ст. 27 Основ встановлювала правило, згідно якого і в якості основного, і в якості додаткового покарання штраф міг призначатись лише у випадках і межах, встановлених законом. Таким чином, суд не міг призначати штраф у виді додаткової міри покарання на власний розсуд. [5, с. 150; 10, с. 73]

Основи кримінального законодавства не встановлювали мінімальної та максимальної суми штрафу, яку суд міг призначити у якості основного або додаткового покарання. Вирішення цього питання було віднесено до відання законодавства союзних республік. [5, с. 150; 11, с. 43] Основи також не містили постанов про злочини, при вчиненні яких суд міг призначити у виді основного або додаткового покарання штраф, оскільки й це питання мало бути врегульоване у КК союзних республік. [5, с. 151]

Основи не містили приписів відносно заміни штрафу іншими видами покарань у випадку ухилення від його сплати. [5, с. 151] У них містилась лише заборона замінювати штраф позбавленням волі і позбавлення волі штрафом [6, с. 35], що можна було вважати “доброю традицією і приписом закону, який уже витримав випробування часом”. [8, с. 29] На цей факт звертали особливу увагу й А. Герцензон та А. Літинські. [4, с. 50; 1, с. 188] За вірним твердженням І. Гальперіна та Ю. Мельнікової, це правило потрібно вважати таким, що стосується і штрафу як додаткового покарання. [11, с. 43]

Відносно інших покарань, то, на думку М. Ковальова, Є. Фролова та М. Єфімова, вони могли слугувати заміною штрафу у разі ухилення засудженого від його сплати. Оскільки союзне законодавство того часу з зазначеного приводу не містило жодних вказівок, то до введення в дію КК 1960 р. щодо правил заміни штрафу іншими видами покарань продовжували діяти приписи КК 1927 р. [5, с. 151]

Для сплати штрафу з засудженого могло бути стягнуто належне йому особисто майно вартістю у межах суми штрафу. При цьому не вилучались предмети, які не підлягали конфіскації. [5, с. 151]

Призначаючи штраф у якості основного або додаткового покарання, суд зобов'язаний був враховувати як тяжкість вчиненого злочину, так і майнове становище засудженого: розмір заробітку, наявність утриманців, наявність і характер домашнього господарства та ін. [6, с. 35; 4, с. 50; 1, с. 188]

У випадку, якщо при стягненні штрафу виявлялось, що засуджений був не в стані сплати згадане покарання, то його сплату могло бути відстрочено або розстрочено на строк до шести місяців. Призначати розстрочку або розстрочку чи ні, мав вирішувати суд, який постановив обвинувальний вирок. [5, с. 151]

З серйозних недоліків досліджуваного нормативно-правового акту можна назвати відсутність правової регламентації ситуації, коли засудженого до штрафу до моменту повного виконання зазначеного покарання було визнано непрацездатним. [12, с. 12]

Конфіскація майна.

Відповідно до ч. 1 ст. 30 Основ, конфіскація майна полягала у примусовому безкоштовному вилученні у власність держави всього або частини майна, яке є особистою власністю засудженого. [6, с. 35]

З цитованого вище положення, як вірно зазначає Л. Орловская, можна зробити висновок, що конфісковане майно зверталось виключно у власність держави і не могло бути присуджене на користь будь-якої організації або особи, а конфіскація не зверталась на користь інших осіб, в тому числі й членів сім'ї засудженого, які володіли сумісно з засудженим якимось майном на праві сумісної власності. [13, с. 276]

Варто особливо відмітити, що згаданий нормативно-правовий акт вперше закріплював положення щодо можливості скерування стягнення виключно на майно, яке є особистою власністю засудженого. [14, с. 47]

Відповідно до ст. 21 Основ, згаданий вид покарання міг застосовуватись лише у ролі додаткового покарання.

Важливим можна вважати припис, який дозволяв застосовувати конфіскацію лише у випадках, спеціально передбачених у законі [3, с. 16], не даючи судові можливості на власний розсуд вирішувати питання застосування останньої. [4, с. 50]

Сфера дії конфіскації майна була обмеженою [15, с. 20], оскільки остання могла призначатись лише за державні та тяжкі корисливі злочини. [6, с. 35; 4, с. 50; 1, с. 188]

На відміну від штрафу, який міг стягуватись лише у грошовій формі, конфіскація являла собою безоплатне вилучення майна винного. [5, с. 154]

Не допускалась заміна конфіскації майна будь-яким іншим видом покарання. Також не допускалась заміна конфіскації сплатою вартості майна, яке підлягало конфіскації або заміна його іншим, навіть рівноцінним, майном. [5, с. 154–155]

Відповідно до ст. 38 Основ конфіскація майна не могла застосовуватись при умовному засудженні, що допускалось раніше чинними Основними засадами кримінального законодавства Союзу РСР і союзних республік.

Порядок застосування конфіскації, перелік предметів, які не підлягали конфіскації, та інші питання, передбачені у ст. 30 Основ, мали вирішуватись у відповідності до приписів, які містились у чинних кодексах союзних республік. [6, с. 35]

Основи кримінального законодавства Союзу РСР і союзних республік передбачали, відповідно до ч. 1 ст. 30, два види конфіскації майна: 1) повну та 2) часткову. [6, с. 35; 1, с. 188]

Повна конфіскація майна полягала у безоплатному вилученні всього майна, належного винному, за винятком предметів, які не підлягали конфіскації. [5, с. 156]

Часткова конфіскація передбачала безоплатне відчуження частини майна засудженого. Частина майна, яка підлягала конфіскації, мала бути точно визначеною у вирокі; при цьому мало бути наведено вичерпний перелік предметів, які підлягали конфіскації, або чітко визначена частина майна, яка підлягала конфіскації (наприклад, третина, половина і т.д.). [5, с. 157]

Підсумовуючи викладене вище, можна констатувати, що Основи кримінального законодавства Союзу РСР та союзних республік 1958 р. у частині майнових покарань зробили значний поступальний крок, закріпивши велику частину нових і надзвичайно прогресивних для свого часу положень, які з часом стали традиційними для вітчизняного законодавства.

1. Lityński A. O Podstawach ustawodawstwa karnego ZSRR z 1958 r. oraz o Kodeksie karnym RSFR z 1960 r. // *Miscellanea Historico-Iuridica*. – Białystok: Uniwersytet w Białymstoku. – 2009. – Tom VII. – s. 175 – 193.
2. Кудрявцев П.И. Важный этап в развитии советского законодательства и в укреплении социалистической законности. // *Советское государство и право*. – 1959. – № 2. – с. 12 – 19.
3. Шнейдер М.А. Основы уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик: лекция для студентов ВЮЗИ. – М.: Всесоюзный юридический заочный институт, 1959. – 34 с.
4. Герцензон А. Об Основах уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик. – М.: Государственное издательство юридической литературы, 1959. – 96 с.
5. Ковалев М.И., Фролов Е.А., Ефимов М.А. Основы уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик. Практический комментарий. – Свердловск: Свердловский юридический институт имени А.Я. Вышинского, 1960. – 282 с.
6. Основы уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1958 г. / Уголовное законодательство Союза ССР и союзных республик: в двух томах. – Т. 1. – М.: Государственное издательство юридической литературы, 1963. – 656 с.
7. Болдырев В.А. О кодификации республиканского уголовного и уголовно-процессуального законодательства. // *Советское государство и право*. – 1958. – № 7. – с. 90 – 104.
8. Тадевосян З.А. Штраф как мера наказания. – Ереван: Издательство АН Армянской ССР, 1978. – 98 с.
9. Голубов И.И. Конфискация имущества как вид уголовного наказания. / Дисс. на соиск. учен. степени канд. юрид. наук. – М.: Юридический институт МВД России, 1999. – 181 с.
10. Курц А.В. Штраф как вид уголовного наказания по законодательству России и зарубежных стран. / Дисс. на соиск. учен. степени канд. юрид. наук. – Йошкар-Ола: Марийский государственный университет, 2001. – 203 с.
11. Гальперин И.М., Мельникова Ю.Б. Дополнительные наказания. – М.: Юридическая литература, 1981. – 120 с.
12. Гаджиев Х.И. Штраф как вид наказания по советскому уголовному праву. / Автореф. дисс. на соиск. учен. степени канд. юрид. наук. – М.: Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова, 1983. – 16 с.

13. Орловская Л.Г. История становления конфискации имущества как вида наказания в уголовном законодательстве Беларуси. // Проблемы укрепления законности и правопорядка: наука, практика, тенденции: сборник научных трудов. – Выпуск 2. – Минск: Научно-практический центр проблем укрепления законности и правопорядка Генеральной прокуратуры Республики Беларусь, 2009. – с. 274–282.
14. Шаблинская Д.В. Конфискация имущества в уголовном праве: совершенствование законодательства и практики применения. / Дисс. на соиск. учен. степени канд. юрид. наук. – Минск: Академия Министерства внутренних дел Республики Беларусь, 2010. – 197 с.
15. Пропостин А.А. Конфискация имущества как мера борьбы с преступностью: прошлое, настоящее, будущее. / Дисс. на соиск. учен. степени канд. юрид. наук. – Томск: Государственное образовательное учреждение высшего профессионального образования “Томский государственный университет”, 2010. – 240 с.

**ИМУЩЕСТВЕННЫЕ НАКАЗАНИЯ В ОСНОВАХ
УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА СОЮЗА ССР
И СОЮЗНЫХ РЕСПУБЛИК 1958 Г.**

К. Марисюк

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000, Львов, Украина
e-mail: markos1976@mail.ru*

В статье исследуются вопросы имущественных наказаний, предусмотренных в Основах уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1958 г. Изучены их характерные признаки и особенности применения. Особенное внимание обращено на вопрос их соотношения между собой и с другими видами наказаний.

Ключевые слова: наказание, штраф, конфискация имущества.

**PROPERTY PENALTIES FORESEEN BY THE 1958
FUNDAMENTALS OF THE USSR AND UNION REPUBLICS
CRIMINAL LEGISLATION**

К. Marysyuk

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
e-mail: markos1976@mail.ru*

The article deals with the research of issues on property penalties foreseen by the 1958 Fundamentals of the USSR and Union Republics criminal legislation. Their attributing features and peculiarities of application are elucidated. Specific attention is paid to their own correlation as well as to the correlation with other kinds of punishments.

Key words: punishment, fine, seizure of property.

Стаття надійшла до редколегії: 04.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

КРАЙОВА ШКІЛЬНА РАДА У ГАЛИЧИНІ: ПОВНОВАЖЕННЯ, СТРУКТУРА І ВПЛИВ НА РОЗВИТОК ШКІЛЬНИЦТВА У 1867–1918 РР.

Х. Моряк-Протопопова

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
e-mail: protopopov@bigmir.net*

У статті розглядаються основні питання створення в 1867 р. Крайової шкільної ради для Галичини та її діяльності. Подано передумови утворення ради, склад, структуру та компетенцію. Особлива увага приділяється діяльності шкільної ради з огляду на її автономне становище у порівнянні з іншими органами крайової влади в Галичині та аналогічними шкільними радами інших австрійських провінцій.

Ключові слова: шкільна рада, Галичина.

Одним з пріоритетних напрямків діяльності сучасних держав є підняття загального рівня освіченості населення країни. Для виконання поставленого завдання створюються спеціальні центральні і місцеві органи влади. Від їх ефективності залежить якість загальнодоступної початкової, середньої та вищої освіти. Прорахунки в цій сфері призводять до довго триваючих негативних наслідків. Через деякий час знижується науковий потенціал країни, відчувається брак кваліфікованих кадрів, що може мати наслідком економічну стагнацію чи занепад держави. Крайову шкільну раду у Галичині можна вважати прикладом невмілого адміністрування у сфері освіти. Дослідження її діяльності на протязі 1867–1918 рр., з'ясування допущених недоліків у роботі та спричинених ними конфліктних ситуацій дозволять нам розробити такі моделі управління освітою, які будуть сприяти її розвитку та зведуть до мінімуму міжнаціональні конфлікти на цьому ґрунті.

Науково-теоретичною основою дослідження стали праці В. Кульчицького, Б. Тищика, Н. Кошелевої, Т. Окуневського, К. Брухнальського, В. Вінярського та ін. Крім того у роботі були використані архівні джерела та нормативні акти, що регулювали діяльність шкільної ради. Вважаємо, що стан розробки поставленого питання з точки зору історичної науки є досить добрим, але деякі його правові аспекти сьогодні потребують більш детального висвітлення, доопрацювання чи переоцінки.

Ще 12 лютого 1851 р. Міністерство віровизнань і освіти прийняло розпорядження про встановлення окремої Тимчасової крайової шкільної ради для Галичини. [1, с. 271] § 2 розпорядження визначалось, що Крайова шкільна рада була підрозділом намісництва, і її намісник очолював безпосередньо. Та в цілому її діяльність підпорядковувалась вказаному міністерству і мало чим відрізнялась від діяльності крайових шкільних рад решти коронних країв Австрійської імперії.

У 1866 р. починається австро-пруська війна, неуспішна для Австрії. Вже 20 липня пруські війська підійшли майже до Відня. Мирний договір для Австрії був вкрай некорисним. Вона втратила своє значення на міжнародній арені. [2, с. 373] Австрійський імператор Франц Йосиф вже й до війни був готовий до перетворення імперії в дуалістичну монархію. Імператорський рескрипт, що містив загальні умови про створення дуалістичної монархії був підписаний у жовтні 1866 р. та завізований 17 листопада 1866 р. міністром закордонних справ Фрідріхом Фердинандом фон

Бейстом. [3, с. 25] Австрійський та угорський закони про спільні справи та порядок їх вирішення, якими було закріплено перетворення Австрійської імперії в дуалістичну Австро-Угорську монархію були прийняті 21 грудня 1867 р. З того часу починається масштабна перебудова державного апарату обох частин імперії.

Скориставшись напруженою ситуацією польські політики Галичини зуміли отримати від імператора неформальну згоду на так звану автономію Галичини. Вони через Галицький крайовий сейм неодноразово пробували провести "резолюцію", яка б юридично оформила надання Галичині широкої автономії у складі Австро-Угорщини (у 1868, 1872 рр.) [4, с. 100]. Та зважаючи на нестабільність в інших регіонах Австро-Угорщини це було неможливе тому вони стають на шлях поступового розширення автономії Галичини. І в першу чергу це стосувалось освіти.

Цісарсько королівська Крайова шкільна рада для Галичини розпочала свою діяльність 28 червня 1867 р. [5]. Головою шкільної ради і далі був намісник чи його заступник. 18 квітня 1890 р. був прийнятий закон яким запроваджено окрему посаду заступника намісника у крайових шкільних радах Відня, Праги і Львова [6, с. 119]. Як правило керував шкільною радою віцепрезидент ради, яким найчастіше був котрийсь з професорів Львівського університету [7, с. 338]. Його призначав монарх за поданням Міністра віровизнань і освіти.

Членами ради були: референт намісництва у шкільних справах, дві особи духовного сану запрошені намісником, один представник Крайового віділу (виконавчого органу Галицького крайового сейму – М.-П. Х.), два представники міст Львова і Кракова, обрані міськими радами та два відомі науковці, кандидатури яких подавав Крайовий віділ і затверджував намісник [8, с. 89]. Щоразу на засідання намісник запрошував двох шкільних інспекторів [9, с. 10].

Дещо змінився персональний склад ради після прийняття крайового закону "Про Крайову шкільну раду" у 1905 та внесення змін до нього у 1907 р. Рада і надалі очолювалась намісником чи віцепрезидентом, складалась з референтів справ шкільних адміністративних та економічних, з крайових шкільних інспекторів, з трьох делегатів крайового віділу (серед них один мав бути українцем), з представників духовенства (трьох католицького віросповідання – латинського, грецького та вірменського обрядів, одного представника євангелістів і одного представника іудаїзму, що призначався імператором за поданням міністра освіти і релігії, який опирався на пропозицію намісника), шести професійних освітян (з них троє мали бути вчителями вищих шкіл, з одного вчителя середньої школи, одного з народної школи або учительської семінарії і ще один зі школи торгівлі чи промислу; двоє з цих професійних освітян мали бути українцями, які призначались імператором за поданням міністра освіти і релігії, який опирався на пропозицію Крайового віділу представлену намісником, а також до складу ради входило сім представників міст, при чому двох з них обирали міські ради Львова і Кракова [10, с. 43–44]. Щодо національного складу ради то зрозуміло, що переважна більшість її членів були поляками. Проф. В. Кульчицький наводив таку статистику: у 1910 р. з тридцяти трьох членів ради лише п'ять були українцями, а в 1913 р. їх кількість зменшилась до трьох [11, с. 6].

Загальне керівництво галицькою Крайовою шкільною радою здійснювалось Міністерством віровизнань та освіти, та по суті воно не втручалось у її діяльність.

1 Австрійський імператор носив два титули – імператор Австрії і король Угорщини, однак цісарсько (імператорсько) – королівськими (ц.к.) з 1867 р. називались тільки ті державні установи, які були спільними для обох частин монархії чи були суто австрійськими, а угорські установи називались просто королівськими.

Крайова шкільна рада складалась з трьох секцій: 1-ша секція опікувалась народними школами і семінаріями; 2-га секція керувала гімназіями і реальними школами; 3-тя секція займалась торгово-промисловими школами [12, с. 34].

3 листопада 1908 р. президія Крайової шкільної ради поділила першу секцію на три відділи:

- до відділу а/ Секції I належали справи персональні справи учителів народних шкіл діючих (постійних чи тимчасових) і тих, що перебувають на пенсії, присвоєння кваліфікації, призначення помічників, підвищення, переміщення, відпустки, справи дисциплінарні, переміщення у тимчасовий і постійний стан спочинку, підвищення зарплати, відрахування з зарплати, допомоги, нагороди за наднормову працю, за викладання релігії, і ін. Відділ складався з шести посадовців і очолив його Станіслав Окіцький;
- до відділу b / Секції I належали справи організації та реорганізації шкіл і всі правові питання з цим пов'язані (стипендії, право презентації, мова навчання), систематизація посад вчителів релігії і інших предметів, будівництво шкіл, а також друк шкільних книжок у видавництві намісництва. Відділ з трьох чоловік очолив Юліан Шумлянський;
- до відділу c/ Секції I належали справи учительських семінарій, стипендій, інтернатів, шкільних окружних і місцевих рад, інспекторів окружних шкіл, конференцій, курсів, екзаменів учителів і учнів, звільнення від складання екзамену на атестат зрілості з метою допуску до кваліфікаційного іспиту, усі справи, що торкаються науки і її джерел, відвідування і шкільного примусу, справи що стосуються шкільної статистики, звіт про стан науки і виховання, кошторис і закриття рахунків шкільних крайових фондів, нагляд за школам, учительськими семінаріями. Керівництво відділом з трьох чоловік було доручене старості Бронісаву Чорному [13, с. 17].

Станом на 1914 р. крайова шкільна рада складалась вже з шести відділів [14, с. 239].

Під керівництвом Крайової шкільної ради були шкільні ради округів, що діяли на рівні повітів і очолювались старостами та шкільні ради гмін, які очолювались керівництвом гміни. Однак повітові шкільні ради не створювались у кожному повіті. Так у 1890 р. 45 окружних рад обіймало керівництво 74 повітами Галичини [15, с. 70]. Усі вони, як і окружна шкільна рада міського округу Львова мали спеціальний регламент, за яким здійснювали свою діяльність [16, с. 16]. Місцевих (гмінних) шкільних рад теж було менше ніж самих гмін в Галичині – 2719 [17, с. 273] (на понад три тисячі гмін).

Станом на 1914 р. в Галичині кількість повітових шкільних рад зменшилась до двадцяти. При радах діяло 10 крайових та 86 повітових шкільних інспекторів [18, с. 17]. Справи, що вирішувались крайовими шкільними інспекторами контролювались і схвалювались віце-президентом ц. к. Крайової шкільної ради [12, с. 34–35], а справи повітових інспекторів схвалювались керівниками повітових шкільних рад.

Шкільна рада була вищим наглядовим і виконавчим органом у справах шкільництва. Шкільна рада краю керувала усім шкільництвом за винятком університетів, що були підпорядковані Міністерству віровизнань та освіти у Відні [7, с. 338]. Контролював діяльність Крайової шкільної ради Галицький крайовий

¹ З середини XIX ст. отримання початкової шкільної освіти в Австрії було обов'язковим для усіх дітей шкільного віку.

сейм. Повітові (окружні) шкільні ради наглядали за приватними та державними школами староства, а гмінні ради наглядали за школами на території гміни.

На думку польського історика д-ра Б. Вінярського у Крайовій шкільній раді Галичини, були дуже широкі повноваження, на відміну від шкільних рад інших коронних країв Австрії, а тому її можна вважати органом автономії краю у справах шкільництва [14, с. 239]. Ми цілком погоджуємось з цим твердженням. Повноваження надані їй центральними органами влади, спосіб прийняття нею рішень та відсутність належного звітування перед Міністерством освіти (хоча формально вона йому підпорядковувалась), за рішення прийняті в межах своєї компетенції дають підстави називати Крайову шкільну раду органом крайової автономії. При тому помилковим було б вважати, що місцеві органи влади мали повністю розв'язані руки у питаннях шкільництва. Усі крайові закони, що регулювали діяльність Крайової шкільної ради у Галичині і надалі вимагали санкції імператора [19, с. 16].

Найгіршим, з нашої точки зору було те, що Крайова шкільна рада була не стільки освітнім органом, скільки політичним бо переймалась невластивим для неї завданнями. Наприклад, замість зменшити кількість неписьменних, яких у Галичині було чи не найбільше у порівнянні з іншими австрійськими краями, Крайова рада переймалась проблемою збільшення шкіл з польською мовою навчання за рахунок шкіл з українською мовою навчання. У польськомовній пресі ("Gazeta Narodowa") Крайовій шкільній раді в обов'язок ставилось виховувати молодь у патріотичному дусі (у дусі власне польського патріотизму – М.П. Х.) [20, с. 1].

Як наслідок такої роботи загальна кількість учнів зменшувалась Траплялись випадки, коли батьки відмовлялась водити дітей до польськомовних навчальних закладів.

Показовим є приклад наведений Н. Кошелевою у статті "Діяльність галицької Крайової шкільної ради стосовно української народної освіти". У селі Миклашеві Львівського повіту Крайова шкільна рада в 1912 р. заснувала всупереч волі громади польську школу і розпорядилась перевести до неї з української школи всіх дітей латинського обряду та євреїв. Цей факт викликав безліч письмових протестів, петицій, депутатів до шкільної ради і навіть до Міністерства віросповідань і освіти у Відні. Батьки казали: "Не будемо посилати дітей до польської школи, навіть якщо будемо за це платити [21, с. 8–9 – посилення наше – М.-П. Х.М.]." І виконуючи батьківську волю, діти п'ять місяців не навчались, бо до української школи їх не пускали. У 1913 р. батькам все ж дозволили обирати школу і польська залишилась не укомплектованою [17, с. 272]. Цей приклад є швидше винятком ніж правилом бо зазвичай влада не прислухалась до місцевих українських громад. Їй вдавалось домогтись виконання своїх рішень.

У вказаній статті робляться описи численних зловживань місцевих шкільних рад. Укомплектовані переважно поляками вони надто ревно оберігали права польських шкіл у Східній Галичині і зовсім не брали до уваги інтереси українського населення в Західній частині краю, та його потреби у відкритті шкіл українських. Таким чином проводилась цілеспрямована полонізація Галичини.

Галицька Крайова шкільна рада (як і інші крайові органи влади) не виконувала закони та урядові розпорядження про рівноправність мов в Галичині. Йосиф Кобилянський у своїй праці "Поляки і Русини" зауважував, що відновлення рівноправності руської мови у школах та державних організаціях є безумовною вимогою українського населення Галичини. Він звертав увагу на те, що існуючі

школи з руською мовою викладання є спольщеними по своїй суті бо усі вчительські семінарії є польськими і трапляються випадки, коли вчителі таких шкіл руською мовою не володіють. З-поміж середніх та вищих шкіл на цілий край припадає лише одна гімназія з руською мовою викладання. Що стосується права звернення у державні органи руською мовою, то на думку автора, це є чистою іронією бо від урядовців ніхто не вимагав вміння читати і писати нею [22, с. 10].

З 1883 р у якому написана вказана вище праця до 1894 р ситуація в шкільництві не змінилася на краще. Так газета “Kurjer Lwowski” наводить наступну шкільну статистику: з 258 середніх шкіл та гімназій австрійської частини імперії в 98 гімназіях та 57 школах реальних мовою викладання була німецька, у 41 гімназії і 14 школах – чеська, у 24 гімназіях і 4 школах – польська, вчотирьох гімназіях і 3 школах – італійська у 3 гімназіях і 1 школі – сербо-хорватська, у 8 гімназіях – було по дві мови викладання і на усю цю кількість припадала лише 1 гімназія з українською мовою викладання [23, с. 1]. У той час як за чисельністю українці в Австрії становили *щонайменше* (курсив наш – М.-П. Х.) 12 % всього населення монархії, і були четвертими після німців, чехів і поляків [24, с. 256].

Відомим є випадок, коли українські сеймові послы в 1903 р. у відповідь на відмову відкрити українську гімназію в Станіславові (зараз – Івано-Франківськ) склали свої мандати. Український посол д-р Т. Окуневський [25, с. 25] у своїй промові в сеймі 1899 р. зазначав, що на протязі тридцяти років Крайова шкільна рада використовувала науку у політичних цілях і нема іншого способу покращення освіти українського населення у Галичині ніж розділити раду на дві частини: “...одну для рускої, другу для польської народності, щоб і мы своєю наукою и своєю культурою сами завьдували, а не чужи опькувались нами руки” [26, с. 51]. Така пропозиція викликала різку критику з боку поляків. Галичина розглядалась ними як майбутня основа для відродження польської національної держави, тому будь-які дії чи навіть наміри поділити Галичину на Західну польську і Східну українську чи поділити повноваження деяких органів управління на національній основі безпосередньо загрожували реалізації цього плану.

Діяльність намісництва у сфері освіти викликала справедливі нарікання не тільки з боку українського населення краю. К. Брухнальський учитель з багаторічним стажем та польський шкільний інспектор у 1920 р. видав книжечку присвячену стану освіти в Галичині у 1909 – 1914 рр. Своє дослідження він проводив у 12 повітах центральної частини Галичини (або на 1/6 території краю), він відвідав 884 школи, з них 463 з польською і 421 з руською мовами викладання [27, с. 2]. За свідченнями автора умови навчання були жахливі. Залишалися школи, які знаходилися у темних тісних хатах і навіть без підлоги. У них на площі 16 – 18 м. кв. вчилися 30 – 40 дітей, а висота приміщення заледве сягала 1 м. 85 см. До шостого класу доходило 3 – 10% дітей, а у перший ішло заледве 55 %. Нормальний навчальний рік тривав тільки на протязі 5 зимових місяців із запланованих 10. Автор робив висновок, що “...політичні органи краю, яким австрійський уряд дозволив, на очевидну шкоду, – цілком опанувати народне шкільництво... не змогли чи теж не схотіли на протязі 50 років виконати постанову про обов’язкове шестирічне навчання у школі” [27, с. 3–5].

Діяльність крайової шкільної ради у 1909 р. визнав не фаховою навіть Галицький крайовий сейм, мотивуючи це тим, що 15% місцевих громад на той час не мали своїх шкіл [17, с. 274].

Отож, позбавлена можливості самостійно вирішувати найбільш важливі політичні питання та обмежена у засобах впливу на економічну ситуацію в краї

польська галицька верхівка (вищі урядовці краю, депутати від Галичини у австрійському парламенті, депутати галицького Крайового сейму, великі землевласники і промисловці, церковне керівництво та інтелігенція) зосередила свої зусилля на вирішенні різноманітних гуманітарних та освітянських питань. Крайовий сейм отримали унікальну можливість самостійно керувати крайовою початковою та середньою освітою.

Крайова шкільна рада для Галичини діяла на підставі загальнодержавних законів і розпоряджень про її створення, структуру та повноваження, крайових законів, виданих в межах компетенції галицького Крайового сейму. Вона очолювалася намісником та була підконтрольна Крайовому сейму. Зважаючи на значну автономію Галичини у справах шкільництва, вона не відчувала гострої проблеми в кадрах чи ресурсах, та попри те не виконувала покладених на неї завдань, а саме ліквідацію безграмотності, підвищення якості навчання у початкових та середніх навчальних закладах, покращення їх матеріально-технічної бази. В результаті цього напередодні Першої світової війни рівень освіти в Галичині був чи не найнижчим у порівнянні з іншими австрійськими провінціями.

Діяльність Крайової шкільної ради у Галичині з 1867 по 1918 рр. яскравий приклад недоцільності використання органів управління освітою для вирішення конкретних політичних завдань.

1. № 87. Rozporządzenie ministerstwa wyznań i oświecenia z dnia 12. Lutego 1851, o ustanowieniu tymczasowej krajowej władzy szkolnej dla kraju koronnego Galicyi i Lodomeryi z Księstwami Oświęcimskiem i Zatorskiem i Wielkiem Księstwem Krakowskiem / Powszechny Dziennik praw krajowych i rządowych dla kraju koronnego Galicyi i Lodomeryi z Księstwami Oświęcimskiem i Zatorskiem i Wielkiem Księstwem Krakowskiem. Rok 1851. Oddział piérwszy, obejmujący sześci I – XXIV od Nru. 1 – 169. – Lwów: Z ces. król. drukarni nadwornej i rządowej, 1855. – 1 – 666 s.
2. Historia najnowsza (wiek XIX i XX) / [pod red. H. Mościckiego, J. Cynarskiego]. – Warszawa: Kultura i Wiedza, 1933. T II Druga połowa XIX stulecia. Parlamentaryzm. Kapitalizm. Imperjalizm. – 1933. – 666 s.
3. Wereszycki H. Historia polityczna Polski. 1864 – 1918 / Henryk Wereszycki. – [wydanie drugie poprawione i rozszerzone]. – Paris: Libella, 1979. – 336 s.
4. Ястребовъ Н. Галиція накануне Великой Войны 1914 года: Вопросы Великой Войны 1914 года. Съ картой Галиціи Буковины съ Угорской Русью / Н.В. Ястребовъ – Петроградъ: Типографія А. Э. Коллинсъ, 1915. – 148 с.
5. Саме у цей день було видане відповідне найвище розпорядження, а статут, що регулював її діяльність був виданий 6 липня 1867 р. Див.: Statut organizacyjny tyczący się ustanowienia Rady szkolnej krajowej w Królestwie Galicji i Lodomerji z Wielkiem Księstwem Krakowskiem. Ustawy Krajowe dla Królestw Galicji i Lodomerji z W. Ks. Krakowskiem. N III. – Lwów: Drukarnia Winiarza, 1867. – 154 s. – С. 2.
6. Ustawa z dnia 18. Kwietnia 1890, o zastępowaniu namiestnika w radach szkolnych krajowych w Wiedniu, Pradze i Lwowie / Dziennik ustaw państwa dla królestw i krajów w radzie państwa reprezentowanych. Rok 1890. – Wiedeń: Z cesarsko-królewskiej. drukarni nadwornej i rządowej, 1890. – 1-511 s.
7. Historia ustroju i prawa polskiego / [Juliusz Bardach, Bogusław Leśnodorski, Michał Pietrzak]. – Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis, 2005. – 668 s.
8. Art. 4. Organisations-Regulativ, betreffend die Einsetzung eines Landesschulrathes im Königreiche Galicien und Lodomerien sammt dem Grossherzogthume Krakau. // Sammlung der auf die Konstitution des Östereichischen Staates und des Königreichs Galizien und

- Lodomerien dann des Grossherzogtllums Krakau bezug Nehmenden Dokumenten. – Lwów: Z drukarni Zakł. narod. im. Ossolińskich, 1868. – 145 s.
9. Szematyzm Królestwa Galicyi i Lodomeryi z Wielkiem Księstwem Krakowskiem na rok 1873.- Lwów: Drukarnia Władysława Łozińskiego, 1873. –792 s.
 10. Nusbaum-Hilarowicz T. Zarys austriackiego prawa administracyjnego. Jako repetytorium do rządowego egzaminu politycznego. / Tadeusz Nusbaum-Hilarowicz – Lwow: 1912, - 80 s.
 11. Кульчицький В. До питання про Крайову шкільну раду в Галичині (1867 – 1918 рр.) / В. Кульчицький // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали VII регіональної науково-практичної конференції. 13 – 14 лютого 2001 р. – Львів: Юридичний факультет Львівського університету імені Івана Франка, 2001. – 227 с. – 6 – 7 с.
 12. ЦДДА ЛО. – Ф. 146. – Оп. 4. – Сп. 5206. – С. 34-35.
 13. ЦДДА ЛО. – Ф. 146. – Оп. 4. – Сп. 3438. – С. 17.
 14. Winiarski B. Ustrój polityczny ziem Polskich w XIX wieku /Bohdan Winiarski. – Poznań: Fiszer i Majewski, 1923. – 286 s.
 15. Детальніше див.: Ustawa szkolna krajowa z dnia 26 czerwca 1899. Nr 84. o Radach szkolnych okręgowych. // Jakimowski M. Zbiór najważniejszych ustaw i rozporządzeń w zakresie szkół ludowych w Galicyi z krótkim poglądem na rozwój krajowego ustawodawstwa szkolnego / Maryan Jakimowski – Stanisławów: Z drukarni S. Chowańca w Stanislawowie, 1912 – 143 s.
 16. Regulamin czynności c. k. Rady szkolnej okręgowej miejskiego okręgu szkolnego we Lwowie. – Lwów: Drukarnia Szczęsnego Bednarskiego, 1896. – 16 s.
 17. Кошелєва Н. Діяльність галицької Крайової шкільної ради стосовно української народної освіти в 1873 – 1914 рр. / Наталя Кошелєва. // Вісник Львівського університету. Серія історична. – 1999. – Вип. 34. – 269 – 277 с.
 18. Краткія свѣдѣнія о государственномъ устройствѣ и управленіи Австро-Венгрии и земель Австрійской короны. – Ставка Верховнаго Главкомаандующаго, 1914. – 70 с.
 19. Weiner S. Nowa ustawa o Radzie szkolnej krajowej. (Geneza i rozbiór krytyczny). Rzecz czytana dnia 24. marca 1906 r. na Zebraniu Koła Krakowskiego Towarzystwa nauczycieli szkół wyższych // Dr. Stanisław Weiner. – Kraków: Drukarnia i stereotypia A. Kozińskiego w Krakowie, 1906. – 30 s. – С. 16.
 20. Zadania Rady szkolnej. /Przedruk z Gazety Narodowej./ - Lwow: Drukarnia Konela Pillera, 1867. – 30 s.
 21. 3 травня 1873 р. було прийнято закон "Про створення та утримання народних шкіл і обов'язкове навчання в них дітей" в якому було передбачено накладення грошових штрафів на батьків, діти яких не ходять до школи.Ustawa od 3 Maja 1873 r. o zakładaniu i utrzymaniu publicznych szkół ludowych i obowiązku posyłania do nich dzieci // Ustawy i rozporządzenia Krajowe wydane do końca roku 1880 które dla królestwa Galicyi i Lodomeryi wraz z w. ks. krakowskiem są ważne, a z którymi żandarmerya stosownie do §. 24 instr. służbowej obeznać się powinna. – Lwow: Nakładem i dukiem Karola Budweisera, 1881. – 116 s.
 22. J. Kóbylański. Polacy i Rusini. Słowo z Okazyi wyborów. – Lwow: Z drukarni Towarystwa imienia Szewcenki, 1883. – 16 s.
 23. "Kurjer Lwowski". – Nr. 8 od 7 Stucznia 1894 r. – 1 с.
 24. Тейлор А. Габсбурзька монархія 1809 – 1918. Історія Австрійської імперії та Австро-Угорщини / А. Дж. П. Тейлор – Львів: ВНТЛ – Класика, 2002. – 268 с.
 25. Т. Окуневський – відомий український юрист, адвокат, багаторазово обирався депутатом до австрійського парламенту та галицького сейму. Свого часу був захисником М. Січинського перед Найвищим Судом у Відні. Кульчицький В. Українська юриспруденція в персоналіях / Кульчицький В.С., Вівчаренко О.А., Бойко І.Й. – Івано-Франківськ: Коломийська друкарня ім. Шухевича, 1995. – 40 с.

26. Окуневський Т. Якъ дбає ц. к. Рада школьна красава о руську народну школу. Промова выголошена въ Соймъ дня 4 марта 1899. – Львовъ: Зъ друкарнъ Института Ставропігійского, 1899. – 51 с.
27. Bruchnalski K. Obraz szkolnictwa ludowego w dwunastu powiatach Galicji w okresie pieciolecia 1909 – 1914 / K. Bruchnalski. – Lwów: Towarzystwo wydawnicze, 1920. – 168 s.
28. Тищик Б. Історія держави і права Австрії та Австро-Угорщини (X ст. – 1918 р.) / Тищик Б.Й. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2003. – 80 с. – (Навчальний посібник).

**КРАЕВОЙ ШКОЛЬНЫЙ СОВЕТ В ГАЛИЧИНЕ:
ПОЛНОМОЧИЯ, СТРУКТУРА И ВЛИЯНИЕ
НА РАЗВИТИЕ ШКОЛЬНОГО ОБРАЗОВАНИЯ В 1867–1918 РР.**

Х. Моряк-Протопопова

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина
e-mail: protopopov@bigmir.net*

В статье рассматриваются главные вопросы создания в 1867 г. Краевого школьного совета для Галичины и его деятельностью. Подано предпосылки образования совета, состав, структуру и компетенцию. Особое внимание уделяется деятельности совета, учитывая его автономный статус по сравнению с другими органами краевой власти в Галичине и аналогичными школьными советами других австрийских провинций.

Ключевые слова: школьный совет, Галичина.

**KRAJOVA SCHOOL COUNCIL IN GALYCHYNA:
POWERS, STRUCTURE AND INFLUENCE
ON SCHOOLING DEVELOPMENT (1867 – 1918)**

H. Moriak-Protoptopova

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
E-mail: protopopov@bigmir.net*

The article elucidates the key issues of the 1867 Krajova school council establishment and its activity in Galychyna. Specific attention is paid to school council activity with a view on its autonomy position in comparison with other krajovi authority bodies in Galychyna and analogical school councils of other Austrian provinces.

Key words: school council, Galychyna.

Стаття надійшла до редколегії: 20.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

США: ВИЗНАЧЕННЯ МІСЦЯ ПРОЖИВАННЯ ДИТИНИ ПІСЛЯ РОЗІРВАННЯ ШЛЮБУ ЇЇ БАТЬКІВ (ІСТОРІЯ РОЗВИТКУ ПРОБЛЕМИ)

О. Ригіна

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, України
e-mail: elena_rygina@ukr.net*

У статті досліджується проблема становлення та розвитку в США інституту визначення місця проживання дитини після розірвання шлюбу її батьків, у тому числі різні підходи до розуміння проблеми, діючі впродовж XIX – XX століть. З'ясовано різні чинники політичного, економічного та правового характеру, які впливали на інтерпретацію питання.

Ключові слова: дитина, батьки, інтереси, місце проживання, суди, штати, доктрини, перевага.

Актуальність досліджена зумовлена підвищеною увагою до забезпечення якнайповнішого кола прав та інтересів дитини, батьки якої розлучилися й яка, очевидно, зростатиме в неповній сім'ї. Щоправда, виникає й інший аспект проблеми, пов'язаний з рівною участю обох батьків в утриманні та вихованні дитини, здійсненні ними всього обсягу батьківських прав і обов'язків. Здебільшого, після припинення шлюбу, колишнє подружжя проживає окремо. Отже, важливим завданням суду є правильне визначення місця проживання дитини з одним із батьків, прийняття рішення, яке би найбільше відповідало її інтересам. Зауважимо також, що той з батьків, котрий проживатиме з дитиною, матиме можливість щоденно бачити як вона розвивається, який стан її здоров'я, який стан шкільної успішності. Відповідна особа відіграватиме основну роль, не зважаючи на обов'язок спільної участі обох батьків у вихованні дитини, в її освітньому розвитку, навіть більше, у формуванні правової свідомості та правової культури.

Особливий інтерес викликають особливості регулювання відповідної проблеми у США. В цій країні достатньо розвинутий механізм захисту прав дитини, у тому числі від зловживань з боку батьків, незважаючи, що Конвенція про права дитини від 20 листопада 1989 р., прийнята Генеральною Асамблеєю ООН, поки що не стала частиною національного законодавства США, оскільки її не ратифікував Сенат Конгресу. Варто зауважити, що у сучасній українській історико-правовій науці відсутні дослідження щодо цього питання, залишаються численні прогалини, які вимагають заповнення і, тим самим, збагачення знань про історію становлення та розвитку вказаного інституту.

Отже, на сучасному етапі відповідна проблема є недосліджена в Україні, але стосовно напрацювань у США необхідно відзначити праці авторитетних американських науковців, у яких частково досліджується становлення та розвиток відповідного інституту (професори Вільям Бернхем (*Wayne State University Law School in Detroit, Michigan*), Джон Де Вітт Грегорі (*Hofstra University*), Пітер Н. Свішер (*University of Richmond*), Шеріл Л. Вольф (*University of New Mexico*), Роберт І. Оліфант (*William Mitchell College of Law*), Сейнфорд Н. Катз (*Boston College Law School*), асистент професора Ненсі Вер Стіг (*William Mitchell College of Law*) тощо). Однак, ми спробуємо показати по-новому характерні риси інституту визначення місця проживання дитини, батьки якої розлучилися у США,

встановити історико-правові закономірності його розвитку, в тому числі, з огляду на особливості вітчизняного світобачення права й особливості сучасного правового регулювання проблеми у нашій державі.

Зазначимо, що у випадку з'ясування найбільш прогресивного досвіду правового регулювання проблеми у США, ми можемо оцінити можливість його запозичення в процесі правотворчої діяльності в Україні. Звичайно, якщо такий не суперечитиме Конституції України 1996 р., законам, нашій правовій традиції та сприятиме забезпечення якнайповнішого кола прав та інтересів дитини, батьки якої розлучилися та проживають окремо. Разом з тим, здійснюючи відповідне дослідження, створюється можливість встановлення якнайповнішого кола недоліків правового регулювання проблеми і запобігання подібних у випадку законодавчого регулювання цього питання в Україні та формування відповідної судової практики.

Наголосимо, що інтерес до вивчення проблеми пов'язаний з еволюцією різних правових поглядів щодо визначення місця проживання дитини, батьки якої розлучилися і проживають окремо, які домінували в певні часи впродовж ХІХ–ХХ століть у США. Таким чином, формувалася судова практика вирішення відповідних справ, яка в різні часи мала свої особливості.

Варто вказати також, що проблема визначення місця проживання дитини у США породжується не лише у випадку розірвання шлюбу її батьків, а й у разі встановлення за рішенням суду режиму окремого проживання подружжя (*legal separation*), яке визнається в більшості американських штатів. До слова, інститут сепарації був відомий ще з часів Стародавнього Риму, а на сучасному етапі передбачений українським законодавством (статті 119–120 Сімейного кодексу України від 10 січня 2002 р. з наступними змінами і доповненнями [1]), але є досить малорозвинутим у нас.

Іншим важливим моментом є те, що питання сімейного права у США вирішуються переважно нормами статутного права, тобто права того штату, на території якого виникло, змінилося чи припинилося правовідношення. Разом з тим, у непоодиноких випадках рішення судів одних штатів, стосовно цих питань, можуть не виконуватися на території інших. Останнє допускається внаслідок застосування правового принципу “виключення дії залежності”, оскільки існують певні питання, які не мають федерального значення, і можуть врегульовувати нормами права конкретного штату на розсуд органів влади відповідного, тільки з тим обмеженням, що вони не повинні суперечити федеральному законодавству. Отже, певне питання на території одного штату могло врегульовуватися інакше, аніж на території іншого. Найбільш повніше принцип “виключення дії залежності” застосовувався у штатах Монтана, Нью-Гемпшир, Нью-Мексико та Нью-Йорк.

Отже, зважаючи на вказане, виникає запитання, яким чином мав здійснювати права та обов'язки щодо своєї дитини один з батьків, з яким вона не проживала, якщо інший переїхав на постійне місце проживання до іншого штату, який існує механізм забезпечення гарантій його прав? Якраз для вирішення цього проблемного питання та деяких інших, які стосуються інтересів дитини, 1968 р. Комісією США з уніфікації права було розроблено Уніфікований (Типовий) Юрисдикційний Акт визначення опіки над дитиною (*The Uniform Custody Jurisdiction Act of 1968; UCCJA*). На підставі цього Акта законодавчі збори (парламенти штатів) мали прийняти закони, які би діяли на їхніх територіях.

¹ Custody - англ.: 1) опіка, піклування; охорона, збереження; 2) затримання; ув'язнення [11, с.135].

Необхідно зазначити, що вітчизняне розуміння правової категорії “визначення місця проживання дитини” охоплюється у США терміном “*custody*” (опіка). Однак, в Україні та США різне тлумачення поняття “опіка”. Так, відповідно до ст. 243 Сімейного кодексу України від 10 січня 2002 р., опіка, піклування встановлюється над дітьми-сиротами і дітьми, позбавленими батьківського піклування [1]. І, отже, метою опіки та піклування є виховання неповнолітніх, які внаслідок смерті батьків, позбавлення батьків прав стосовно дітей, хвороби батьків чи з інших причин залишилися без батьківського піклування, а також захист особистих і майнових інтересів цих дітей [2, с. 60]. У США термін “*custody*”, як і в Україні, також стосується забезпечення прав та інтересів дитини, однак, не обов’язково, щоб її батьки були позбавлені батьківських прав щодо неї, йшлося про дитину-сироту або дитину, батьки якої через свою хворобу не можуть піклуватися про неї. Отже, термін “*custody*” охоплює собою сукупність усіх дій, спрямованих на фізичну охорону дитини, збереження її життя та здоров’я.

Підкреслимо, що вказаний Типовий Юрисдикційний Акт визначення опіки над дитиною було розроблено тільки 1968 р., але й до цього часу поставали і вимагали правового регулювання проблеми, пов’язані з визначенням місця проживання дитини, батьки якої розлучилися. Так, впродовж XIX–XX століть існувала неоднакова практика вирішення цього питання. Зокрема, в XIX ст. у США дитина після розірвання шлюбу її батьків, як правило, на підставі рішення суду залишалася проживати з батьком [3, с. 825]. Очевидно, пояснювалося відповідне тим, що батько мав можливість краще, у матеріальному плані, забезпечити дитину. Це стосувалося умов її життя, утримання, а також здобуття освіти.

Можна зауважимо, що великий вплив якраз на відповідне розуміння проблеми мали норми англійського права. Однак, ще цьому впливові передувала рецепція норм римського приватного права. Наприклад, норми римського приватного права визначали однаковість правового становища дітей, народжених у шлюбі “*cum manu*” (повна влада чоловіка над дружиною) і “*sine manu*” (обмежена влада чоловіка над дружиною). В обох випадках діти завжди перебували під владою батька (*in patria potestate*) [4, с. 52]. До слова, для римської сім’ї була характерна практично безмежна батьківська влада над дітьми, жодна правова культура не знала такого неприхованого володарювання. Інститут батьківського владарювання став прерогативою римських громадян: “Навряд чи є інші люди, які мали би таку владу над своїми дітьми, що маємо ми, римські громадяни” (Гай D.1.1. 55) [5, с. 294].

У США “перевага” надання опіки над дитиною батькові (термін “опіка” тут вживається як “проживання разом з батьком”) випливала ще з того, що жінка не могла займати окремих посад чи виконувати певної роботи, які би могли забезпечити їй та її дитині чи дітям належне існування. Для прикладу, не зупиняючись на обмеженому правовому становищі жінки (також матеріальному та соціальному) щодо чоловіка, зазначимо, що в 1872 р. у рішенні в справі “Бредвел проти Іллінойсу” Верховний Суд США вказав, що жінка не може здійснювати адвокатської діяльності, оскільки це “не відповідає її природі” [6, с. 230], що на сучасному етапі повністю суперечить конституційному принципу рівності громадян.

Однак, у США згодом стало зрозумілим, що батько, зайнятий на роботі, не мав часу виховувати дитину. На нашу думку, в цьому випадку ще не йшлося про повне впровадження принципу рівності у всі сфери суспільного та державного життя. Батько, з об’єктивних підстав, не мав можливості приділити дитині або дітям належної уваги. Внаслідок цього в першій половині XX ст. розвинулася і була

підтримана, у тому числі й чоловіками, доктрина “юних років” (*“tender year” doctrine*), яка перетворилася у спростовну правову презумпцію. Відповідно до ідей доктрини передбачалося, що про малолітніх дітей краще подбає мати.

Щоправда, як зазначалося, доктрина “юних років” являла собою спростовну правову презумпцію і не мала беззаперечного характеру. Так, для заперечення презумпції батько мав довести, що мати належним чином не здатна піклуватися про дитину або набагато гірше, аніж він. На сучасному етапі доктрина “юних років”, а отже, обов’язкової “переваги матері” вже втратила настільки беззаперечне значення, оскільки збільшилася кількість працюючих матерів та кількість батьків, які можуть належним чином піклуватися про дітей, забезпечувати їм нормальний розвиток.

Крім цього, виникло питання щодо відповідності принципу “переваги матері” проживати з дитиною федеральній Конституції США 1787 р. Так, суди окремих штатів вирішили, що доктрина “юних років” неконституційна, оскільки суперечить XIV поправці про “рівний захист законів”. Про це свідчать рішення Верховного Суду штату Алабама у справі “*Ex Parte Devine*” 1981 р. та Верховного Суду штату Юта в справі “*Pusey v. Pusey*” 1986 р. Вирішуючи подібні питання, суди американських штатів передусім керуються положеннями конституцій штатів про рівність прав чоловіків і жінок [3, с. 824 – 825].

Впливає, що на сучасному етапі принцип “переваги матері” та доктрина “юних років” уже втратили своє беззаперечне значення. Так, у законах багатьох штатів указується, що суди, вирішуючи подібні питання, мають “притримуватися нейтралітету” щодо статевої приналежності батьків дитини. Наприклад, у Законі штату Арканзас 1987 р. зазначено, що суди цього штату, визначаючи місце проживання дитини, після розлучення батьків, повинні керуватися виключно її “інтересами”. В 1990 р. Апеляційний Суд штату Арканзас (рішення у справі “*Фокс проти Фокс*”) повністю заперечив існуюче до цього часу правове положення, що малолітні дівчата після розірвання шлюбу їхній батьків неодмінно мають залишатися проживати з матерями.

Щоправда, в Законі штату Індіана 2001 р. зазначено, що суди цього штату зобов’язані враховувати “вік і стать дитини”, (а також стать того з батьків, з ким дитина проживатиме). Однак, відповідна судова практика в цьому штаті існувала ще й до ухвалення вказаного Закону. Так, Апеляційний Суд Індіани у справі “*Ворнер проти Ворнер*” 1989 р. визначив місце проживання чотирьохлітнього хлопчика з його батьком. Суд врахував думку запрошеного у справі психолога, який зауважив, що батько зможе надати синові належне виховання, як і мати, але доцільніше, щоб виховання здійснювалося особою тієї ж статі, що й дитина [7, с. 453–454].

На сучасному етапі, як зауважив професор Мічиганського державного університету ім. Вейна В. Бернам, суди всіх штатів схилиються до того, щоб у будь-якому випадку прийняти рішення, яке би найбільше відповідало інтересам дитини [3, с. 826]. Однак, з огляду на це, на нашу думку, не цілком об’єктивним було рішення Верховного Суду штату Мен у справі “*Osier v. Osier*” 1980 р. Верховний Суд Мену вказав, що суд першої інстанції у рішенні в справі допустився помилки, визначивши місце проживання дітей разом з батьком, порушивши права щодо них матері. На думку Верховного Суду штату Мен, низовий суд у цій справі перебільшив значення факту, що мати цих дітей, будучи членом певної релігійної організації та керуючись релігійними переконаннями, відмовилася дати згоду на переливання крові дитині. У цьому рішенні Верховний Суд штату Мен врахував підвищену увагу суспільства й держави до прав,

гарантованих I-ю поправкою до Конституції США, тобто свободи віросповідання [3, с. 826]. Проте, виникає питання, чи в найкращих інтересах цих дітей було проживання з їхньою матір'ю і чи безперешкодне здійснення свободи віросповідання має перевагу, коли йдеться про можливість урятувати життя?

Отже, на зміну доктрині “переваги прав батька”, діючої в XIX ст. та “юних років”, переважаючої в першій половині XX ст., приходять доктрина “найкращого забезпечення інтересів дитини” (“Best Interest of Child”). Як вдало зауважив професор С.Н. Катз, тривалий час не існувало єдиного визначення відповідного словосполучення внаслідок неоднакового тлумачення “найкращих інтересів дитини” в різних категоріях судових справ. Зокрема, це стосувалося й того, хто повинен нести тягар доказування, (а отже, й доводити “найкращі інтереси дитини” – О.Р.) в справах про позбавлення батьківських прав, усиновлення, визнання договорів недійсними, в яких зачіпаються права дитини. Особливості доказування мали місце в залежності від того, хто виступав позивачем у справі та в якому зв'язку він перебував з дитиною. Проте, очевидно, не можна вважати порушенням XIV поправки до Конституції США про “рівний захист законів” або невинуватим застосуванням принципу (доктрини) “юних років” та дискримінацією прав батька, коли немовля залишається проживати з матір'ю, оскільки це відповідає “найкращим інтересам дитини”.

У 70-х роках XX ст. парламенти штатів почали обговорювати питання про доцільність розроблення федерального типового закону, в якому, принаймні, в загальних рисах визначалося, які головні положення охоплюють правову категорію “найкращі інтереси дитини”, що внесло би точність і ясність у розуміння проблеми. На підставі його положень вони мали намір прийняти власні закони, діючи на територіях відповідних штатів. Так, 1979 р. Комісією США з уніфікації права було розроблено Типовий закон про шлюб і його розірвання (Uniform Marriage and Divorce Act), у положеннях якого визначалося, що необхідно вважати “найкращими інтересами” дитини. При цьому наголошувалося на необхідності з'ясування її побажань, характеру відносин з іншими особами, але, разом з тим, не заперечувалося доктрина “юних років”. Тобто, було запропоновано лінію формування судової практики щодо вирішення цієї категорії справ. До того ж, зазначалося, що доктрина “юних років” років, без урахування “найкращих інтересів”, заперечує рівну можливість обох батьків доводити доцільність проживання дитини з одним із них.

Отже, відповідно до ст. 402. Типового закону про шлюб і його розірвання 1979 р. поняття “найкращі інтереси дитини” охоплює сукупність усіх вказаних чинників, зокрема: 1) докази здатності кожного з батьків особисто піклуватися про дитину; 2) характер взаємовідносин дитини з кожним із батьків; 3) бажання кожного з батьків проживати з дитиною; 4) збереження умов життя дитини, які склалися (місце проживання, школа, друзі); 5) побажання самої дитини; 6) психічне та фізичне здоров'я всіх зацікавлених осіб [8, с. 102–103].

Зауважимо, що будь-який із вказаних чинників може стати предметом окремого вітчизняного дослідження, оскільки кожен з них охоплює коло проблемних питань, які можуть мати різну інтерпретацію. З огляду на вказане, для прикладу, можна зупинитися на окремому аспекті такого чинника, як побажання самої дитини проживати з батьком чи матір'ю.

Як вказали відомі американські науковці Дж. Де В. Грегорі, П.Н. Свішер, Ш.Л. Вольф, встановлюючи побажання дитини стосовно цього питання, суд першої інстанції повинен спочатку визначити, чи є дитина достатньо зрілою, щоб

суд правильно “надав перевагу одному з батьків”. Зокрема, Суд штату Род-Айленд, вирішуючи це питання в справі “Goldstein v. Goldstein” 1975 р. щодо дівчинки, яка мала 9,5 років, зітнувся з труднощами з’ясування її думки, оскільки в судовому засіданні їй було важко відповісти на це питання. Згодом, спілкуючись з дитиною вже в кабінеті, суддя встановив, що дитина хотіла би за краще проживати з батьком, але цього вона не змогла сказати в присутності матері. Вищий суд штату Род-Айленд, переглядаючи рішення в цій справі, зазначив, що суд першої інстанції не допустив помилки, врахувавши думку малолітньої дитини. Ця дівчинка була дуже розумною, з огляду на її вік, й відступив від існуючої практики, коли можна враховувати думку лише тієї дитини, яка досягла 14-річного віку. Верховний Суд цього штату прийшов до висновку, що кожною стороною у справі були наведені належні докази щодо можливості ними виконувати батьківські обов’язки, турбуватися про дитину, але у цьому випадку мало значення врахування побажання самої дитини.

У рішенні в іншій справі Верховний Суд штату Вайомінг (“Yates v. Yates” 1985 р.) вказав, що чим дитина старша, тим більшого значення варта її думка при вирішенні питання, з ким із батьків вона повинна проживати, якщо обоє з них мають рівні можливості забезпечити їй належні умови проживання [7, с. 455].

Американські дослідники Р.І. Оліфант і Н.В. Стіг зазначили, що на сучасному етапі інститут визначення місця проживання дитини після розірвання шлюбу її батьків є достатньо врегульованим. Його основним завданням є захист інтересів дітей та сприяння батькам у налагодженні відносин з дітьми. В процесі розвитку цього інституту суди та законодавчі органи влади прагнули досягти вказаної мети, зважаючи на зміни в суспільних відносинах. Отже, правове регулювання відповідної проблеми значно змінилося за останнє століття. На практиці, сьогодні тільки невеликий відсоток спорів щодо визначення місця проживання дитини вирішуються шляхом судового розгляду в змагальному процесі, а у більшості випадків – за допомогою таких процесів, як посередництво та спільні переговори. Ці процеси призначені для запобігання ще більшого “загострення” відносин між сторонами, оскільки “швидше, мета полягає в розширенні можливостей батьків створювати свої власні механізми виховання, спеціально розроблені для задоволення потреб дитини або дітей” [9, с. 83].

Здійснюючи підсумкові висновки щодо відповідної проблеми, варто зазначити, що нами була здійснена спроба уточнити розуміння поняття “опіка” в Україні та США, оскільки термін “*custody*” у США має зовсім інше смислове навантаження, передусім, стосуючись забезпечення прав та інтересів дитини батьки якої є живими, не позбавленими батьківських прав, мають належний стан здоров’я, який дозволяє їм здійснювати батьківські права та обов’язки. Крім цього, термін “*custody*” охоплює весь комплекс батьківських прав і обов’язків щодо забезпечення фізичної охорони дитини, таких умов її життя, які би найбільше відповідали її інтересам, сприяли нормальному фізіологічному та психологічному розвитку.

Отже, в XIX ст. у США у випадку розлучення батьків діти переважно, відповідно до рішень судів, залишалися проживати разом з батьком і відповідна практика обґрунтовувалася виключно матеріальними чинниками. На таке розуміння проблеми істотно вплинули норми англійського права, а на нього – римського приватного права. У першій половині XX ст. правове регулювання цієї проблеми змінилося (доктрина “юних років”), оскільки було усвідомлено вплив і значення материнського виховання, її турботи, щоденного спілкування з дитиною.

У цьому випадку тягар матеріального забезпечення дитини ніс батько, але також зобов'язувався брати участь у її вихованні. З другої половини ХХ ст. поширюється практика, що доктрина “юних років”, а отже “перевага прав матері” проживати з дитиною, є неконституційними, оскільки вона суперечить XIV поправці про “рівний захист законів”.

Щоправда, варто зауважити, що якраз з 50-х років ХХ ст. у США розгортається боротьба за впровадження принципу рівності (афроамериканців, жінок) у всіх сферах життя суспільства і держави. Це стосувалося, зокрема, й соціальних, економічних, політичних прав. Щодо жінок, наголошувалося на необхідності визнання за ними рівних прав з чоловіками навчатися у вищих навчальних закладах і отримувати заробітну плату таку ж, як і чоловіки. Отже, змінюється розуміння суспільного становища жінки, яка вже не мала бути тільки матір'ю та охоронницею домашнього вогнища, а чоловік, на рівні із жінкою, міг належно турбуватися про дитину.

Разом з тим, на нашу думку, принцип “найкращого забезпеченням інтересів дитини”, розвинутий у другій половині ХХ ст., становив собою певне правове пристосування до XIV поправки про “рівний захист законів”, але не заперечував доктрини “юних років”.

Усвідомлюючи цінність дитини та необхідність всебічного забезпечення її прав, розуміємо, що без допомоги дорослого більшість з них дитина не зможе реалізувати. У цьому контексті, не віддаючи переваги батькові чи матері, необхідно вказати, що основним для дитини є забезпечення її нормального фізіологічного та психологічного розвитку. Разом з тим, проходження цього процесу немислиме без тісного психоемоціонального зв'язку дитини з особою, якою вона проживатиме. Навіть, проживання дитини із менш забезпеченим із батьків, у випадку вказаного належного зв'язку, компенсується добровільною чи примусовою (за судовим рішенням) виплатою аліментів іншим з батьків.

Щодо можливості запозичення правового досвіду США стосовно правового регулювання проблеми визначення місця проживання дитини в Україні, зазначимо, що ми повинні враховувати особливості вітчизняного правового регулювання сімейних відносин й відхилення нашою державою та суспільством (в силу моральних і релігійних переконань) окремих інститутів, вкорінених у США (одностатеві шлюби, можливість виховувати у них дітей). Однак, дійсно заслуговує досвід США щодо усестороннього вивчення особи батька чи матері, що претендує проживати разом з дитиною, а також розвинутого механізму захисту прав дитини, створеного самостійно державою без істотного впливу норм міжнародного права.

1. Сімейний кодекс України 10 січня 2002 року // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2002, № 21 – 22, ст.135 № 2947 – III
2. Цивільний кодекс України: Коментар / за заг. ред Є.О. Харитонова, О.М. Калітенко. – Одеса: Юридична література, 2003. – 1080 с.
3. Бернам У. Правовая система США / Пер. с англ. А.В. Александрова, В.А. Власихина, А.Л. Коновалова, А.А. Мишина, Е.Д. Провоторовой, Д.С. Таратухиной, О.А. Шварца, А.Н. Русова] – 3-й вып. – М.: Новая юстиция, 2006. – 1216 с.
4. Борисова В.І. Основи римського приватного права: Підручник / В.І.Борисова, Л.М. Баранова, М.В. Домашенко та ін.; За заг. Ред. В.І. Борисової та Л.М. Баранової. – Харків: Право, 2008. – 224 с.
5. Підопригора О.А. Римське право / О.А. Підопригора, Є.О. Харитонов: Підручник. – 2-ге вид. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – 528 с.

6. Філософія права / За ред. Дж. Фейнберга, Дж. Коулмена; [Пер. с англ. П. Тарашук] – К.: Вид. Соломії Павличко “Основи”, 2007. – 1256 с.
7. Gregory J. De W. Understanding family law. / J. De W. Gregory, P.N. Swisher, S.L. Wolf– 2nd ed. – Danvers, Mass.: LexisNexis, 2001. – 487 p. +Table of case.
8. Katz S.N. Family Law in America / Sanford N. Katz. – 1 ed. – New York: Oxford University Press Inc., 2003. – 268 p.
9. Oliphant R.E. Family law / Robert E. Oliphant, Nancy Ver Steegh – 2-ed – Aspen, New York: Aspen Publishers, 2007 – 499 p.
10. The Constitution of the United States and the Declaration of Independence // Commission on the Bicentennial of the Constitution – N.Y. Washington, D.C., 2006. – 46 p.
11. Загнітко А.П. Великий сучасний словник англо-український, українсько-англійський словник (200000 слів) / Анатолій Панасович Загнітко, Ілля Григорович Данилюк. – Донецьк: ТОВ ВКФ “Бао”, 2008. – 1008 с.

США: ОПРЕДЕЛЕНИЕ МЕСТА ЖИТЕЛЬСТВА РЕБЕНКА ПОСЛЕ РАСТОРЖЕНИЯ БРАКА ЕГО РОДИТЕЛЕЙ (ИСТОРИЯ РАЗВИТИЯ ПРОБЛЕМЫ)

Е. Ригина

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина
e-mail: elena_rygina@ukr.net*

В статье исследуется проблема становления и развития в США института определения места жительства ребенка после расторжения брака его родителей, в том числе различные подходы к пониманию проблемы, действующие в XIX–XX веках. Выявлено различные факторы политического, экономического и правового характера, влияющие на понимание вопроса.

Ключевые слова: ребенок, родители, интересы, место жительства, суды, штаты, доктрины, преимущество.

USA: CHILD’S DWELLING PLACE DETERMINATION AFTER HIS/HER PARENTS’ MARRIAGE DISSOLUTION: HISTORICAL ASPECTS

O. Rygina

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

In the article origin and development of the institute of child’s dwelling place determination after his/her parents’ dissolution in the USA, as well as different views on this issue recognition in XIX–XX centuries are researched. Different factors of political, economic and legal character, that influenced this issue interpretation are singled out.

Key words: child, parents, interests, dwelling place, courts, states, doctrines, preference.

Стаття надійшла до редколегії: 15.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ДЖЕРЕЛА ТА ОСНОВНІ РИСИ ПРИВАТНОГО ПРАВА У ЄВРОПІ ПЕРІОДУ СЕРЕДНЬОВІЧЧЯ

Г. Федущак-Паславська

*Львівський національний університет імені Івана Франка
Україна, м. Львів, вул. Університетська, 1*

У статті, на базі аналізу основних джерел приватного права епохи середньовіччя, виявлено риси приватного права, місце римського права в історії європейського права, охарактеризовано особливості розвитку приватного права у країнах Європи, виділено етапи розвитку приватного права в період середньовіччя.

Ключові слова: приватне право, рецепція римського права, звичаєве право, архаїчне право, *ius commune*.

Євроінтеграційні процеси, які проходять в Україні, безсумнівно зачіпають і сферу права. Тому дослідження історії європейського права, чинників, які його формували, виявлення його типових ознак, викликає науковий інтерес. Більше того, дослідження історії права, і зокрема історії приватного права, дає змогу побачити, що європейська правова єдність вже існувала.

Відтак, метою цього дослідження є виявлення характерних ознак приватного права, яке сформувалося у країнах Європи в період середньовіччя. Для досягнення мети належить вирішити такі завдання:

- виявити основні джерела права періоду середньовіччя, які містили норми приватного права;
- виявити характерні риси приватного права країн Європи періоду середньовіччя;
- виділити етапи розвитку приватного права в досліджуваній період;
- виявити міру впливу римського права та інших універсальних правових систем на процес формування приватного права держав Європи.

Першими законодавчими актами періоду середньовіччя у Західній Європі були у Вестготській державі *Statut legum* (475 р.), який мав ще назву Кодекс Ейрика (*Codex Euricianus*) і містив норми звичаєвого права, законодавство королів V ст. та римські закони і Бrevіарій (Скорочений закон) Аларика II, датований 506 роком¹.

Норми приватного права Кодексу Ейрика містять положення про заборону пред'являти позови по справах, які мають давність більшу як 30 років; про рівність чоловіків і жінок при спадкуванні. У сфері приватного права помітною є спроба відмовитися від притаманного варварському праву формалізму в розумінні зобов'язань, що зокрема відбилося в нормі, про недійсність дарування, зробленого із застосуванням сили чи погроз.

Зазначені норми також свідчать про запозичення з римського права. Пізніше, з VI ст. вплив норм римського права стає ще помітнішим. Навіть норми *Lex Visigothorum* для германців включає значні частини із Бrevіарія, з новел і звичаєвого права римського походження, яке застосовувалося судами, не зважаючи на вже проведену на той час офіційну кодифікацію (*Breviarium Alarici*).

Приблизно в 500 р. для римського і германського населення Остготської держави Теодориком Великим створений *Edictum Theodorici*. А в Бургундській державі близько того ж 500 р. за короля Гундобада складений *Lex Romana*

¹ Бrevіарій мав ще назви “*Lex Romana Visigothorum*” та “*Breviarium Alarici*”. Остання назва закріпилася за збірником у XVI ст.

Burgundiorum (або *Parian*), який мав, так би мовити, місцеве значення (тільки для римлян Бургундії). *Edictum Theodorici*, *Lex Romana Visigothorum* та *Lex Romana Burgundiorum* – офіційні збірники, видані германськими королями, дія яких поширювалася на колишніх підданих римської держави та їх нащадків.

Специфікою їхніх правових систем було те, що завойоване римське населення підпадало під дію римського права, кодифікацією якого і були названі вище збірники. Тобто, ще до появи Кодифікації Юстиніана, у Західній Європі з'являється *Leges Romanae* – збірник римського права. Український дослідник римського права О. Баранів підкреслював те, що кодифікації римського права майже одночасно відбулися в обох частинах колишньої Римської імперії, оскільки цього вимагав час і суперечність між упорядкованим змістом та невпорядкованими формами права [1, с. 46].

Поряд з *Leges Romanae* існували і збірники народного германського права (*Lex Burgundionum*, *Lex Visigothorum*, *Lex Salica*, *Lex Ribuaria*, *Lex Alamannorum*, *Lex Baiuvarum*, *Lex Frisionum* і ін.), які в історії права названі *Leges Barbarorum*. І якщо перший зобов'язував римське населення, то решта – германське. Це було, фактично, закріпленням існуючого на той час принципу персоналізму права, що утруднювало обіг у випадках, коли сторонами правовідносин були представники різних народів. Додаткові ускладнення зумовлювалися також відсутністю у германців єдиного права. Крім того, звичаєве право як регулятор, саме по собі характеризується невизначеністю. Однак, певний час цивільний оборот перебував ще на низькому рівні і задовольнявся існуючими збірниками права.

На відміну від *Leges Barbarorum*, королівські капітуляри, будучи результатом законодавчої діяльності королів, зобов'язували всіх, хто проживав на території держави.

Помітно, що навіть до всеохоплюючого зацікавлення римським правом у Європі (XI ст.) дія його у формі *Leges Romanae* поширювалася на території сучасних Італії, Франції, Іспанії, Швейцарії, південно-західної частини Німеччини. Однак, у практичній діяльності "Дигести", на жаль, не застосовувалися.

Якщо порівняти три *Leges Romanae* (*Edictum Theodorici*, *Lex Romana Visigothorum*, *Lex Romana Burgundiorum*), то найдосконалішим вважають Бrevіарій (*Lex Romanae Visigothorum*), укладаючи який король Аларик II мав на меті замінити всі попередні джерела римського права і створити єдине джерело права для римського населення, що проживало у Вестготському королівстві. Бrevіарій Аларика, поряд з Кодифікацією Юстиніана, обидва представляючи кодифіковане римське право, охопили його дією Західну і Південно-Східну Європу. Тобто, починаючи з VI ст. ці частини Європи жили під дією кодифікованого римського права: на заході – у формі *Lex Romanae* Аларика II (Бrevіарія) – германця; на сході – у формі кодифікації Юстиніана – слов'янина. Як писав, О. Баранів: "в дальшій історії Європа мала вибирати між ними, і вибір стався на користь Юстиніана"[1, с. 47].

Бrevіарій, як і Кодифікація Юстиніана, складається із трьох основних частин: 1) інституції; 2) загальне право (*ius*); 3) законодавство (*leges*). Правда, Інституції тут вже не містили вчення про джерела права, поділів права на *ius civile* і *ius gentium*, трактату про позови. Але найбільше постраждав через свою надмірну "вченість" такий збірник як Дигести. З міркувань спрощення у Бrevіарій були включені лише короткі витяги із творів Павла та Папініана, сентенції Павла та Інституції Гая були перероблені з міркувань практичної користі. Текст Бrevіарія супроводжувався тлумаченнями, які і сприяли його спрощенню. Такі численні

спрощення, переробки для потреб практичного використання є свідомством і характерною ознакою архаїчного права, синонімами якого є вульгарне, примітивне, варварське, а також народне, звичаєве право.

Про значне зниження рівня правової культури свідчить також і переробка, з точки зору тих самих практичних потреб, і також шляхом інтерпретації (тлумачення), тієї частини Кодифікації Юстиніана, яка містила імператорські конституції. Маючи своїми джерелами приватні кодифікації Грегоріана, Гермогеніана та Кодекс Феодосія, цей збірник вже тим самим був приречений стати одним із проявів "варварської" традиції римського права, яка опанувала правові системи Європи раннього Середньовіччя.

Згідно з Бrevіарієм Аларика, шлюб визначався як союз чоловіка і жінки, який укладався як угода купівлі-продажу. На чолі патріархальної сім'ї був батько, під владу якого підпадали всі члени сім'ї і все майно, а його дружина перебувала на статусі дочки. Сімейні (особисті та майнові) відносини включали можливість надання приданого, дарування, спадкування. Так як і в римському праві, усиновлення поділялося на усиновлення неповнолітніх та усиновлення повноправних осіб.

Спадкування за Бrevіарієм відбувалося на підставі закону чи на підставі заповіту. Гарантовану обов'язкову частку у спадщині у вигляді $\frac{1}{4}$ від спадкового майна мали необхідні спадкоємці. Форми заповіту були різноманітними, як і в римському приватному праві.

Як і за римським правом, зобов'язання могли виникати з договорів та з деліктів. Були відомі види вини: умисел та необережність (груба і легка). Цікаво, що за невиконання чи неналежне виконання зобов'язання боржник відповідав особисто, а не своїм майном. Загалом, залежно від походження, учасники правовідносин підлягали звичаєвому або кодифікованому праву.

Бrevіарій був тим джерелом, за яким Європа пізнавала, а точніше, користувалася, римським правом до XI ст., коли почався процес його вивчення в Болонській школі.

Однак, слід зазначити, що не всі германські племена сприйняли римське право. Лонгобарди, наприклад, прийшовши на землі римської держави як завойовники, створили збірник – Едикт Ротара (643 р.) – написаний вульгарною латиною, в суто германському стилі, без римських запозичень [2, s. 45]. Він відрізнявся від інших тогочасних пам'яток германського права своїм систематизованим викладом нормативного матеріалу.

Що ж до *Leges Barbarorum* – збірників народного (звичаєвого) права германців, складених протягом кінця V – VI століть за ініціативою народу або на пропозицію королів і схвалені на зборах вільних осіб, то російський дослідник Г. Шершеневич у "Курсі цивільного права" причинами, які зумовили їх появу називає: 1) зміну побутових умов у зв'язку з переселенням; 2) потребу зберегти звичаї предків від втрати самобутності через запозичення з римського права; 3) появу кодифікацій римських законів, що також було поштовхом для кодифікації германського права [3, с. 34].

У зв'язку підвищеною потребою того часу підтримання миру і безпеки, збірники *Leges Barbarorum* не багато уваги присвячують приватному праву. Такою є Салічна правда¹ (510 р.) – запис давніх звичаїв приморських франків у вигляді

¹ Латиною збірник називали *Lex Salica* (Салічний закон) і *Pactus Legibus Sulicae* (Салічний законний пакт).

конкретних судових рішень, які в результаті тривалого практичного застосування, стали судовими звичаями. Вона складалася із Прологу, 65 титулів та Епілогу, написаних латинською мовою. Впродовж VI-IX ст.ст. об'єм збірника збільшився.

Матеріал у Салічній правді викладений в казуїстичній формі за відсутності узагальнюючих абстрактних понять. Тут, в основному, врегульовані питання кримінального права. Зі сфери приватного права регулюється порядок повернення викрадених чи втрачених (загублених) речей; способи примусити боржника виконати існуюче зобов'язання перед кредитором; обчислення нарахувань за невиконання зобов'язання (сума боргу і штраф). Спосіб укладення шлюбу, зафіксований у Салічній правді, поєднує її із нормами інших первісних народів, і в тому числі з римським соemptio. Тобто салічним франкам ще не був відомий такий спосіб укладення шлюбу як консенсуальний договір – договір за згодою сторін. Вони для цього використовували судову процедуру з деякими елементами договору купівлі-продажу.

Незважаючи на спротив романізації у Франкській імперії, і тут у варварське право проникають римські поняття. Хоч такі пам'ятки права як Салічна і Рипуарська правди, базуються на германських принципах, проте через церковний вплив, римське право потрапило також у Баварську правду і капітуляри королів та імператорів династії Каролінгів. У зв'язку з прогалинами особливо сильним був його вплив у сфері цивільних угод.

Загалом, римський вплив найбільше помітний у питаннях європейського зобов'язального права. Натомість, германська традиція відбилася на земельному і спадковому праві. Ще одним елементом, який разом з попередніми двома, формував приватне право Європи, було, як відомо, християнство, під впливом якого склалися норми, що врегульовували шлюбно-сімейні відносини [2, s. 53].

Джерелом волевстановлених норм у державі франків були капітуляри – закони королів, які мали право видавати розпорядження і заборони. У правовій літературі капітуляри поділяють на види за сферою регулювання: світські, церковні, мішані; а з точки зору меж, у яких зобов'язували: капітуляри, які доповнювали окремі списки звичаєвого права (*capitularia legibus addenda*), капітуляри, які були самостійним виразом правотворчої діяльності влади (*capitularia per se scribenda*), що зобов'язували на всій території держави або на визначеній території. Капітуляри, які додавалися до *leges*, були важливим інструментом модифікації племінних прав у напрямку їх пристосування до нових потреб. Часто вони вносили істотні доповнення та зміни до давніх списків, уніфікували правову практику.

Із розпадом імперії Карла Великого починається самостійний розвиток сучасних європейських країн. Так само окремо розвивається і їх право.

Особливістю правового розвитку Франції того часу є те, що будучи поділеною на південну і північну, вона довгий час мала (фактично до видання Цивільного кодексу 1804 р.) і дві різні правові системи. Південь, де переважав романський елемент населення і свою дію зберегло римське право, називали країною писаного права, північна частина, де переважав германський елемент і застосовувались германські народні звичаї, називалася країною звичаєвого права. У цій частині Франції однак не було єдиного звичаєвого права. Відносини регулювалися різноманітними місцевими звичаями. Ще однією особливістю, порівняно, зокрема, з Німеччиною, є посилення, починаючи з XIII ст., королівської влади, яка звертає свою увагу на питання узагальнення звичаїв. На шляху до об'єднання права впроваджується єдність в судовій організації. Згодом, королівська влада, відібравши цю роботу у приватних осіб, бере на себе повноваження збирання і

уяснення місцевих звичаїв. Починаючи з XV ст. королі видають накази про збирання і запис звичаїв, які належало подавати королю на розгляд і схвалення.

Вже у XVI ст. було уніфіковано кілька більших систем звичаєвого права (паризьке, орлеанське, нормандське та ін.). Особливою була роль *Coutume de Paris*, зокрема їх друга редакція (1580 р.). Паризькі кутюми, які використовували як допоміжні джерела, на їх основі інтерпретували інші кутюми, заповнюючи існуючі в них прогалини, спричинилися до поступової уніфікації звичаєвого права.

Джерелами волевстановленого права у Франції були ордонанси. Але вони регулювали, переважно, публічно-правові питання. Сфери виміру справедливості (приватне право і кримінальне право) були залишені в юрисдикції кутюмів. Але, так звані, “великі ордонанси” дещо змінили і у сфері приватного права. Так поступово були затверджені Ордонанс про цивільний процес (1667), Ордонанс про кримінальний процес (1670), Торговий Ордонанс (1673), Морський ордонанс (1681), далі з’являються Ордонанс про дарування (1731), Ордонанс про заповіти (1735), Ордонанс про фідейкомісарні субституції (1747), які були використані при підготовці цивільного кодексу 1804 р. Завдяки ролі, яку відіграла королівська влада у Франції, ордонанси, що вона видавала, впливали на об’єднання французького права, розділеного місцевими звичаями. Значний вплив на процес об’єднання здійснила також рецепція римського права. Хоч у Франції римське право не мало такого величезного значення, як в Німеччині, однак, починаючи з XVI ст., використання римського права в судовій практиці сприяло певному ігноруванню звичаїв та заміні їх загальними засадами римського права.

Коли у Франції XII ст. щойно виникає зацікавлення римським правом у формі його вивчення, то римське право вивчають не за Бreviарієм Аларика, а за глосованим італійськими професорами, римським правом. Відродження науки римського права у Франції не привело, однак, до визнання за ним сили офіційно зобов’язуючого при встановленні справедливості. Захищаючись від універсалістських посягань імперії, французькі легісти сформулювали тезу “король є імператором у своєму королівстві” і жодне право чужих володарів не має на території Франції зобов’язуючої сили. Тому римське право визнавалося тут не законом, а “писаним розумом” (*ratio scripta*). Церква, вважаючи римське право поганським, також протестувала проти нього.

Ці обставини і зумовили відповідне ставлення до римського права. Якщо італійські коментатори чи німецькі вчені пристосовували римське право до потреб практики, у Франції склався чисто науковий підхід до нього. Розквіт цих досліджень припав на XVI ст.

В Італії, коли вкінці XI ст. тут виникла потреба регулювання зростаючого господарського обороту, відповідних норм в існуючому (лонгобардському) праві не було. Натомість римське право могло задовольнити ці потреби. Першими вченими, завдяки яким відбулося зацікавлення римським правом, були глосатори, які досліджували римське право за Дигестами. Школа глосаторів мала міжнародне значення, оскільки у Болонії навчалися студенти з багатьох країн Європи.

Після перерви, з другої половини XIV ст., відновлюється вивчення римського права, і в італійських університетах виникає новий напрямок, представлений коментаторами (постглосаторами), які творчо пристосовували римське право до сучасних потреб. Коментатори, пов’язавши різні тогочасні правові течії (партикулярне звичаєве право, статутне право, канонічне право, законодавство німецьких імператорів та ін.), у детальних коментарях до римського права зуміли поєднати чисто теоретичні і абстрактні роздуми над правом з потребами практики,

модернізувати норми римського права згідно з вимогами часу. Завдяки їх творчості було закладено основи торгового права, міжнародного приватного права. Римське право, в інтерпретації коментаторів, як право загальне (*ius commune*) почало проникати до правових систем багатьох країн Європи.

У Німеччині аж до XIII ст. право залишається звичаєвим і неписаним. Воно проявляється у рішеннях суду, у роботі якого бере участь народний елемент (шефени). З кінця IX ст. у Німеччині з'являються ознаки поступової заміни принципу персоналізму в праві принципом територіальності, право племінне стає земським правом. Це посилює відмінності в звичаях, утруднює регулювання відносин. Крім того, міста, які мали імунітет – право незалежного суду – шляхом судових рішень, створювали міське право, яке було окремим для кожного іншого міста (магдебурзьке право).

В умовах слабкої верховної влади перевага звичаєвого права зберігалася довго, а законодавча діяльність верховної влади у всеохоплюючому масштабі була слабкою. Лише з XVI ст. з'являються певні уніфікаційні тенденції у сфері права, а також поживляється законодавча діяльність в загальнодержавному масштабі, виразом чого було видання кримінального кодексу – Кароліни. У сфері приватного права інтегруючим чинником у Німеччині також була рецепція римського права. З другої половини XV ст. рецепція римського права відбувалася у вигляді офіційного визнання його загальнообов'язковим і таким, що застосовувалося в практиці виміру справедливості.

Хоча ще починаючи з XIII ст. римське право впливало на формування правової системи Німеччини як універсальна система. Воно проникало різними шляхами: через церковні суди, які мали юрисдикцію, в тому числі, і в деяких світських справах; одержавши освіту в університетах, де вивчалось як римське, так і канонічне право, судді духовних судів стали провідниками так званої “теоретичної рецепції” (“ранньої рецепції”).

Як і в інших країнах, матеріальними причинами рецепції римського права у Німеччині було зростання обороту, потреба регулювання нових відносин, для чого в римському праві були уже готові форми. Однак, тут, крім інших завдань, римське право покликане було об'єднати і доповнити партикулярні звичаєві системи.

Римське право на території Німеччини впроваджувалося кількома шляхами. Створений 1495 р. Загальноімперський суд, який розглядав цивільні справи, виносив рішення базуючись на законах країни, а також на так званому “загальному праві”, тобто на римському праві. Так само і суди окремих територій спиралися на римське право. Ще одним каналом проникнення римського права до рішень по справах були юридичні факультети, куди через суд зверталися в особливо складних випадках. Вчені-юристи, які засідали в університетах, видавали свої рішення (*communis opinio doctorum*), базуючись на нормах римського права, яке було однією із основ юридичної освіти в університетах всієї Європи.

Особливістю рецепції римського права у Німеччині було запозичення з Дигестів. Запозиченню підлягали не так конкретні інститути, як система понять, вироблених римською юриспруденцією, абстрактні правові конструкції, які можна було використовувати в практиці феодальної Німеччини.

В результаті, так як італійські інтерпретатори шляхом адаптації римських понять створили *ius commune*, так само і німецька правова доктрина, адаптуючи римські поняття до актуальних потреб, відшукувала в його нормах обґрунтування існуючих інститутів. Це перероблене, модифіковане римське право, діючи як право загальне, маючи допоміжне значення відносно партикулярного звичаєвого права, з

XVII ст. стало, створеною доктриною системою, яка в науці дістала назву *usus modernus pandectarum*.

Відсутність в Німеччині сильної центральної влади довгий час не давала змоги зібрати і об'єднати звичаєве право, а рецепція римського права надовго затримала розвиток німецького національного права. Так само і у Франції правове об'єднання не було можливим, але в силу інших причин.

Отже, джерелами приватного права середньовічної Європи є звичай та волевстановлене право, які містилися у *Leges Romanæ*, *Leges Barbarorum* та капітулярах королів.

Особливості волевстановленого права у цей період є діяльність законодавця в напрямку глумачення звичаю.

У період середньовіччя в країнах Європи ще відсутня структурована правова система. Однією із її характерних ознак є персоналізм права. Згодом і до XIII-XV ст.. ст.. право характеризується партикуляризмом. Принцип територіальності права довгий час ще залишається недосяжним.

Складені протягом V-IX ст.ст. варварські правди (*Lex barbarorum* – записи звичаєвого права), німецькі дослідники відносять до народного права. Запис народного права розпочався, за прикладом римського і канонічного права, з *Codex Euricianus* (475 р.) і за змістом був зібранням норм звичаєвого права та норм, що містилися в актах законодавства. Цей процес завершився заміною народного права капітулярами (802 р.), а з початку X ст. до 1250 р. на зміну їм приходять земське право, що також перебуває під впливом римського і канонічного права.

До всеохоплюючого зацікавлення римським правом, що відбувається з XI ст., норми римського приватного права формі, передовсім *Leges Romanae* діють на території сучасних Італії, Франції, Іспанії, Швейцарії, південно-західної частини Німеччини, але у спрощеному, варваризованому, вигляді.

Спрощення для потреб практики, - вульгаризація права - у східній частині Римської імперії завершилася Кодифікацією Юстиніана, тоді як на Заході – процес примітивізації права тривав і далі, та привів до подальшої вульгаризації права.

Через акцентування на питаннях забезпечення безпеки, виділення та розвиток інститутів приватного права у середньовічній Європі відбувається з деяким відставанням, порівняно з нормами публічного права.

Саме в період середньовіччя на території Італії, яка була колыскою як нових інститутів, так і цілих напрямів розвитку західноєвропейського приватного права, виникають два основні напрями права універсального характеру: відроджене римське право та канонічне право, які впливали на формування правових систем Європи протягом тривалого часу.

Відаючи належне римському приватному праву, яке у формі *ius commune* в період середньовіччя вже об'єднувало Європу, сьогодні знову говорять про універсалізацію римського права, про новий етап його рецепції вже на новому рівні – для створення основ загальноєвропейського цивільного права (*ius Europeum*).

1. Баранів О. Римське право : Вступ до науки римського права : ч. 1 / О. Баранів. – Мюнхен, 1947.
2. Sojka-Zielinska K. Historia prawa / K. Sojka-Zielinska. – Warszawa : Panstwowe Wydawnictwo Naukowe, 1986.
3. Шершеневич Г. Ф. Курс германского права / Г. Ф. Шершеневич. – Тула : Автограф, 2001.

4. Берман Г. Западная традиция права : эпоха формирования / пер. с англ. – М. : Изд. группа ИНФРА; М-НОРМА, 1998.
5. Берман Г. Право і революція. Формування західної традиції права. – К. : IRIS, 2001.
6. Аннерс З. История европейского права. – М. : Наука, 1996.

ИСТОЧНИКИ И ОСНОВНЫЕ ЧЕРТЫ ЧАСТНОГО ПРАВА В ЕВРОПЕ ПЕРИОДА СРЕДНЕВЕКОВЬЯ

Г. Федущак-Паславская

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
Украина, г. Львов, ул. Университетская, 1*

В статье, на основании анализа основных источников частного права эпохи средневековья, установлены признаки частного права, место римского права в истории европейского права, дана характеристика особенностей развития частного права в странах Европы, выделены этапы развития частного права в период средневековья.

Ключевые слова: частное право, рецепция римского права, обычное право, архаическое право, *ius commune*.

SOURCES AND MAIN FEATURES OF PRIVATE LAW IN MEDIEVAL EUROPE

G. Feduschak-Paslavs'ka

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

On the basis of medieval private law main sources analysis, features of private law, as well as Roman law place in the European law history, are elucidated. Peculiarities of private law development in European countries are characterized. Stages of medieval private law development are defined.

Key words: private law, Roman law reception, common law, archaic law, *ius commune*.

Стаття надійшла до редколегії: 07.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА АВСТРІЙСЬКОГО ДІЛОВОДСТВА В АДМІНІСТРАТИВНИХ УСТАНОВАХ ГАЛИЧИНИ (1772–1918 РР.)

Н. Худоба

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

Досліджено відомості про структуру адміністративних установ, постановку діловодства в них, особливості відкладання документальних матеріалів в австрійському діловодстві, фіксування кримінальних справ у цих установах та характеристику Реєстратури намісництва, алфавітних покажчиків – індексів та еленів.

Ключові слова: діловодство, адміністративні установи, подавчі протоколи, Галичина, Австрія, Австро-Угорщина.

Робота над упорядкуванням документальних матеріалів і над їх науковим дослідження потребує знання постановки і організації діловодства адміністративних установ, внаслідок діяльності яких сформовано чималу документальну базу Центрального державного історичного архіву України у м. Львові (ЦДАІ України). Особливо не досліджене питання постановки австрійського діловодства в адміністративних установах Галичини (1772–1918 рр.). Таке знання необхідне в разі упорядкування документальних матеріалів різних фондів, при користуванні документальними матеріалами, що мають свій, складений в процесі діловодства, довідковий апарат. Воно потрібне також історикам та правникам, що досліджують історію західноукраїнських земель.

Немає, на жаль, в історико-правовій літературі дослідження, в якому можна було б відшукати належне висвітлення цього питання.

Такі відомості, доводиться головно знаходити в архівних документальних джерелах. В архівних фондах відображено всю організацію і постановку діловодства адміністративних установ. Певну картину австрійського діловодства віддзеркалює довідковий апарат документальних матеріалів, – так звані подавчі протоколи, індекси і еленхи, що збереглися до наших днів.

Наукова стаття ґрунтується головно на підставі документальних матеріалів Центрального державного історичного архіву України у м. Львові (ЦДАІ України).

Завданням наукової статті є дослідити відомості про структуру адміністративних установ, постановку діловодства в них, особливості відкладання документальних матеріалів в австрійському діловодстві, характеристику Реєстратури намісництва, фіксування кримінальних справ у цих установах.

У 1772 р. внаслідок поділу Польської Речі Посполитої західноукраїнські землі загарбала Австрія і утворила Королівство Галичини і Володимерії (Konigreich Galizien und Lodomerien). Одразу після загарбання Галичини австрійська влада почала здійснювати реорганізацію органів державної влади й управління і тим самим ввела нову систему діловодства, яке в Галичині було організоване за таким самим принципом, що і в усіх установах Австрії [2, с. 10].

Незважаючи на те, що існувала справді низка установ старопольського періоду, які вели своє діловодство за старими принципами. Зазначимо, що сюди належали передусім суди та міські й сільські управління. У цій науковій статті ми торкатимемося лише проблеми організації діловодства в державних адміністративних установах, організованих на території Галичини австрійською владою.

Верховним органом влади в Галичині було Галицьке губернаторство, – організоване 1772 р. у місті Львові [14, с. 346]. Його офіційна назва Крайове губернаторство Королівства Галичини і Володимирії (Landes Gubernium in Konigreichen Galizien und Lodomerien). Його очолював губернатор (Gouverneur), призначуваний австрійським імператором. Після революції 1848 р. воно було перейменоване імператорським патентом від 16 квітня 1854 р. на Намісництво у м. Львові (Statthaltereie in Lemberg) [14, с. 346]. Відтоді губернатору надано титул намісника (Statthalter).

Крайове губернаторство, з 1854 р. – намісництво, було організоване як основний орган влади, що має провадити австрійську поміщицько-буржуазну політику в Галичині. За своєю структурою Губернаторство, згодом Намісництво, складалося із Президії та низки департаментів, з часом їх кількість зросла до 24 [3, с. 243].

Унаслідок діяльності державних адміністративних установ, що існували на західноукраїнських землях в період австро-угорського панування, відклалася величезна документальна база, що віддзеркалює історію українського народу з 1772 по 1921 р.

Зазначимо, що порядок і спосіб ведення діловодства в адміністративних установах Галичини був один. Найтиповішою і найхарактернішою адміністративною установою було Галицьке губернаторство, згодом Намісництво. Діловодство в Губернаторстві було організовано за таким самим принципом, що й у всіх державних установах Австрії [1, с. 3].

Згідно з Інструкцією 1773 р. діловодство в Губернаторстві вела канцелярія, яка була ділена на чотири секції:

- Бюро реєстрації, по-іншому подавчий протокол (Protocollum exhibitorum).
- Бюро референтів (Modus referendi).
- Експедиція (Modus expediendi).
- Реєстратура, тобто архів (Registratur) [5].

В Бюро реєстрації надходила вся вхідна кореспонденція, і в тому числі та, яка носила кримінально-правовий характер. Цю документацію фіксували в журналах реєстрації вхідної документації у так званих подавчих протоколах.

Отже, подавчий протокол складався з журналів реєстрації вихідної документації, який мав назву журнал реєстрації експедиторів (Protocollum expeditionum) та журналів реєстрації вхідної документації або журнал реєстрації ексгібіторів (Protokollum exhibitorum) [4].

До журналу реєстрації експедиторів в хронологічному порядку записували зміст всіх розпоряджень, в тому числі тих, які торкалися питань кримінального законодавства, притягнення осіб до кримінальної відповідальності, що їх видавало Губернаторство за період з 1772 р. по грудень 1783 р.

Від часу введення нової маніпуляції 1 січня 1784 р. почали вестися журнали реєстрації вхідної документації, тобто журнали реєстрації ексгібіторів. У цих журналах фіксували: реєстраційний номер вхідного документа, дату його складання, зміст, дату розгляду справи та номер фасцикулу Реєстратури, куди цей документ відкладено для зберігання [6].

Крім того, варто зазначити, що порядок реєстрації вхідної документації у всіх адміністративних установах був один.

Щодня до Бюро реєстрації надходила значна кількість кореспонденції, яку канцеляристи класифікували за змістом і реєстрували у відповідні журнали. З цією метою вели декілька журналів.

До першого типу журналів варто зачислити журнали, в яких реєстрували звичайні президійні акти несекретного змісту. Вони віддзеркалюють найрізноманітніші питання. Щодо їх змісту можна так диференціювати питання:

- 1.) Суспільно-політичні питання.
- 2.) Воєнно-поліцейські заходи і питання внутрішньополітичного режиму:
 - питання законодавства;
 - питання кримінальних злочинів;
 - питання притягнення до кримінальної відповідальності осіб;
 - питання функціонування в'язниць;
 - питання прикордонних інцидентів та їх розслідування.
- 1) Стан і розвиток промисловості, будівництва, сільського господарства, транспорту.
- 2) Фінансові питання.
- 3) Торгівля і ремесло.
- 4) Майнові питання.
- 5) Освіта, культура, охорона здоров'я.
- 6) Церква і релігія.
- 7) Адміністративно-господарські справи.
- 8) Персональні питання службовців.
- 9) Вшанування імператора і губернатора [7].

Документи цієї групи відклали унаслідок діяльності Президії. Варто зазначити, що вони ставлять лише частину президійних актів. Їх хронологічні рамки охоплюють період з 1792 р. по 1921 р.

На кожному вхідному документі цієї групи, під час внесення його в журнали реєстрації вхідної кореспонденції було зазначено вгорі посередині (на титульній стороні документа) порядковий реєстраційний номер, який мав назву сигнатури. Поруч з сигнатурою писали шифр Pr (Prasidium – Президія). Водночас цей самий номер канцелярист фіксував у першій графі журналу. В другій графі фіксували дату виготовлення вхідного документа і дату надходження до Бюро Реєстрації. У третій графі писали зміст документа. Після цього вхідний документ спрямовували в Бюро референтів для розгляду цього питання. Коли справу було вирішено, документи надходили в Експедицію для відправлення відповіді. Якщо така відповідь була готова, то в четвертій графі журналу записували її короткий зміст, у п'ятій графі – дату відправлення відповіді. Після цього документ спрямовували в Реєстратуру, де він зберігався [7].

Отже, ми можемо зробити висновок, що всі операції пов'язані з веденням журналів реєстрації вхідної документації надходили до Бюро реєстрації.

До другого типу журналів потрібно зачислити журнали, в яких реєстрували вхідну кореспонденцію таємного змісту. Це були різноманітні документи, а саме:

- скарги, які мали кримінально-правовий характер;
- розслідування кримінальних справ;
- судові розслідування політичної діяльності службовців;
- в'язниці.

Перелічені вище питання є найхарактернішими для цього типу документальних матеріалів. Цей тип документів охоплює період з 1806 р. по 1921 р.

Усю вхідну кореспонденцію секретного змісту реєстрували за такими правилами несекретного змісту. Однак під час її реєстрації були характерні дві

риси. Першою рисою було те, що на всіх вихідних документах поряд з сигнатурою канцеляристи зазначали шифр G (Geheim – таємно). Другою рисою було те, що в четвертій графі журналу детальніше і точніше викладали результат розгляду документа і вказували на адресата. Значимо, що журнали реєстрації вхідної секретної документації канцеляристи вели з особливою точністю і акуратністю [6].

До третього типу журналів належать журнали, в яких фіксували документальні матеріали особливо секретні. За своїм змістом вони були дуже близькі до групи секретних документів із шифром G (Geheim). Цей тип документальних матеріалів відображає діяльність трьох губернаторів – барона Франца Гауера (1815–1822), графа Людвіка Таафе (1823–1826) і князя Августа Лобковіца (1826–1832).

До четвертого типу журналів, як свідчать архівні матеріали, належать журнали реєстрації президентських актів, на котрих під час реєстрації, крім сигнатури канцеляристи писали шифр G.G.G. (Galizische General Gouvernement – Галицьке генерал-губернаторство). Цей тип документальних матеріалів відклася за період урядування генерального губернатора Галичини ерцгерцога Фердинанда д'Есте, тобто з 1832 р. Вона віддзеркалює різноманітні питання, найхарактерніші з них такі:

- 10) Директивні матеріали центральних відомств з кримінальних справ у Відні.
- 11) Поліцейська служба і забезпечення буржуазного права приватної власності.
- 12) Прикордонні та митні справи. [8].

Проаналізувавши архівні матеріали ЦДІАЛ України, визначено, що спосіб реєстрації вхідних документів групи G.G.G. був такий самий, як в інших попередньо згаданих груп.

До п'ятого типу журналів потрібно зачислити журнали, в яких реєстрували особисті акти губернаторів, що одержали назву президентські акти (Besondere Präsidiakten). Ця група документальних матеріалів віддзеркалює діяльність галицьких губернаторів і окремих управлінь за період 1772. по 1867 р.

У складі цієї групи документів увійшли ті, що були виготовлені в канцелярії губернатора та вхідні документи.

До шостого типу журналів можна зачислити журнали реєстрації документальних матеріалів, що були сформовані у ході діяльності не Президії, а департаментів. Процес реєстрації цієї документації відбувався так само, як документальних груп Президії. Характерною рисою реєстрації цього типу документальних матеріалів було те, що на кожному вхідному документі канцеляристи писали номер департаменту, до якого цей документ належав. Варто зазначити, що такий порядок реєстрації вхідної кореспонденції, що стосувався компетенції та діяльності департаментів, існував аж до введення нового закону в 1908 р. [9].

Подавчі протоколи вели за відповідною загальноприйнятою формою. Кожна адміністративна установа мала такий щорічний журнал. Їхня кількість залежала від функцій, компетенції і структури даної установи. Наприклад, окружні управління за кожен рік вели лише по одному журналу реєстрації вхідної документації. Натомість Галицьке намісництво мало декілька таких щорічників [8].

За зовнішньою ознакою подавчі протоколи – це великі товсті книги, завдовжки приблизно 46–50 см, завширшки 28–30 см, оправлені в тверді та міські обкладинки. На верхній обкладинці зазвичай було зазначено назву установи, до якої належав журнал. Внутрішня структура подавчих документів головно залишалася без змін. Варто зазначити, що в подавчих протоколах реєстрували вся вхідну та вихідну документацію установи.

Зазвичай, всю вхідну документацію реєстрували в Бюро реєстрації, для налагодження спрямовувалася в Бюро референтів і відсилалася для розгляду відповідним референтам чи департаментам, а для відправлення відповіді її направляли в Експедицію і вона надходила до Регістратури. Тут усі документи відкладалися відповідно до вхідних реєстраційних номерів та дати надходження у так звані стоси, тобто стопи документів. Відкладання документальних матеріалів у стоси є специфікою австрійської канцелярії. Відкладені документи за один рік “ув’язувалися” у “в’язки”, що одержали назву фасцикули.

Фасцикули формувалися з президійних актів і документальних матеріалів, сформованих унаслідок діяльності окремих департаментів чи комісій, що існували при Губернаторстві, згодом Намісництві. Кожний фасцикул був обгорнутий в тверді та міцні обкладинки відповідним шифром групи документів, рік та номер документів [9].

Отож, фасцикули містили документальні матеріали, що їх відклали в процесі діловодства установи чи її структурної частини в порядку вхідних реєстраційних номерів і дати надходження. Відкладання документальних матеріалів у фасцикули є однією із особливостей австрійського діловодства.

Другою такою особливістю є відкладання документальних матеріалів відповідно до питань у так звані ректифікати. Незалежно від того, що в процесі діловодства документи відкладали в хронологічному порядку, їх складали теж і за предметно-тематичною ознакою. Документальні матеріали, що торкалися однієї теми, відкладалися разом і творили таким шляхом ректифікати. Вони містили в собі документальні матеріали, відібрані і відкладені в ході діловодства установи чи її структурної частини за тематикою.

Третьою особливістю австрійського законодавства є відкладення документальних матеріалів в так звані конволюти. Під оглядом зовнішньої форми конволюти – це звії документальних матеріалів, які є додатками до документів, що зберігаються у фасцикулах або в ректифікатах, однак з огляду на великий формат, не могли бути приєднані до цих актів.

Усі документальні матеріали, що їх відкладали унаслідок діяльності Губернаторства, згодом Намісництва, залишали без будь-яких змін від часу її організації аж до введення з 1 січня 1909 р. нового діловодства.

З огляду на зміст документальних матеріалів Реєстратура була поділена на чотири відділи:

- 13) Адміністративні і фінансові справи.
- 14) справи збору контрибуцій.
- 15) Торгові справи.
- 16) Воєнні справи.

Кожний із цих чотирьох відділів містив різні види документальних матеріалів. Документи кожної групи позначені порядковими номерами, шифрами і відкладені в хронологічному порядку. Ці матеріали становлять окремі групи фасцикулів (Materienfascikel)

Незалежно від поділу Реєстратури на відділи, її ділили ще на десять департаментів (Registraturs Departamente) [6].

До першого відділу належав саме департамент Судових справ (Judicialia et Criminalia).

Для того, щоб можна було швидко знайти потрібний документ, в процесі діловодства складали алфавітні покажчики, які називали індексами. Вони являли

собою журнали, в яких документи реєструвалися не в хронологічному порядку, тобто за датою надходження, а в алфавітному порядку. Показники складали за кожний рік окремо. Індеси були такого самого розміру, як і подавчі протоколи, оправлені в тверді обкладинки.

На підставі подавчого протоколу можна знайти потрібний документ лише в тому випадку, коли нам відомий діловодний реєстраційний номер, тобто сигнатура вхідного документа, а за індексом ми можемо знайти потрібний документ і в тому випадку, якщо нам відомі прізвище особи чи географічна назва місцевості. Отож, ці журнали, тобто подавчий протокол і індекс взаємно доповнюються.

Варто зазначити і про так звані еленхи. Президійні акти з років 1772 по 1859 р. проходили експертизу історичної цінності. Експертизу проводили в такий самий спосіб, що на всі акти, призначені для виділення в макулатуру. Канцеляристи складали анотації. Анотування документів називали *elenchieren*, а їх анотації еленхи – *elenchen*. Еленхи є книгами, в яких реєстрували анотації документальних матеріалів, виділених в макулатуру. Еленхи містять анотації документальних матеріалів за період 1772–1818 рр. [11].

Врешті, досліджуючи проблему австрійського діловодства в адміністративних органах, зазначимо і про мовні особливості офіційних документів. Подавчі протоколи, так само і вся документація, що її відкладали у ході діяльності установ, які діяли на західноукраїнських землях в період австрійського панування, складені, головню, німецькою мовою [1, с. 23].

За період з 1772 по 1787 р. діловодство у всіх адміністративних установах Галичини велося латинською та німецькою мовами. В 1787 р. було юридично введено німецьку урядову мову у всіх державних установах Галичини.

З 1869 р. одночасно з німецькою урядовою мовою було допущено теж польську і українську мови. Одначе, як свідчать архівні матеріали, майже весь адміністративний апарат знаходився в руках польської шляхти і буржуазії, яка не допускала української мови в державних установах. Хоча, незважаючи на це, у м. Львові видавали “Вістник законів і розпоряженій краєвих для королевства Галіції разом с великим княжеством Краківским” одночасно українською мовою, хоча не періодично.

Також певний час з 1811 р. виходила у м. Львові українською мовою урядова газета “Народна часопись” з 1890 по 1914 р. [10], “Lemberger Zeitung” німецькою мовою в 1813–1866 р. [11] і “Gazeta Lwowska” польською мовою з 1811 по 1918 р. [12].

Варто звернути увагу на те, що за весь період австрійського панування представники українського народу вели завзяту боротьбу за введення української мови як урядової у всі державні установи Галичини. Цю боротьбу яскраво віддзеркалюють архівні матеріали [13].

Документальні джерела відображають специфіку офіційно-ділової мови досліджуваного періоду. У діловій, офіційній мові “усталилися” специфічні слова і звороти, що є характерним для актової мови того часу. У прийнятті офіційних документів канцеляристи для висловлювання часто повторюваних думок використовували стандартні та типові формули – канцеляризми.

У процесі діловодства виготовляли стандартні ділові акти, як, наприклад:

- постанови;
- рішення;
- дипломи;
- директиви;
- ноти;
- патенти;

- рескрипти;
- звершення;
- циркуляри.

Стандартні та типові формули створювали не тільки під час ухвалення офіційно-ділових актів, але також і в процесі формування довідкового апарату. Прикладом можуть також бути усталені слова: подавчий протокол, експібіт, експедит, сигнатура, індекс, ректифікат, фасцикул та багато інших слів.

Отже, ми можемо зробити ґрунтовний висновок про те, що архівні матеріали Центрального державного історичного архіву України, м. Львова є цінною базою для досліджень. Саме тому дослідження австрійського діловодства в адміністративних органах Галичини (1772–1918 рр.) є актуальним для історико-правової науки, а також сприятиме роботі законодавців та правознавців у напрямі вдосконалення сучасної правотворчої та правозастосовчої діяльності.

1. Захарчишин П.І. Особливості австрійського діловодства в адміністративних установах Галичини (1772-1918) // Науковий Інформаційний Бюлетень Архівного Управління МВС УРСР. – 1963. – № 1. – С. 15-24.
2. Кульчицький В.С., Бойко І.Й., Мікула О.І., Настасяк І.Ю. Апарат управління Галичиною у складі Австро-Угорщини. – Львів: Тріада плюс, 2002. – 88 с.
3. Кульчицький В.С., Тищик Б.Й. Історія держави і права України: Підруч. для студ. вищ. навч. закл. – К.: Видавничий Дім “Ін Юре”, 2007. – 624 с.
4. Центральний державний історичний архів України у м. Львові (далі – ЦДІАЛ). Ф. 146 (Галицьке намісництво, м. Львів). Оп. 4. Спр.1216-1217.
5. ЦДІАЛ. Ф. 146. Оп. 1. Спр.42.
6. ЦДІАЛ. Ф. 146. Оп. 4. Спр.3392-3395.
7. ЦДІАЛ. Ф. 146. Оп. 4. Спр.3389-3391
8. ЦДІАЛ. Ф. 146. Оп. 4. Спр.634-635.
9. ЦДІАЛ. Ф. 146. Оп. 6. Спр.83.
10. ЦДІАЛ. Ф. 146. Оп. 4. Спр.2988-3021.
11. ЦДІАЛ. Ф. 146. Оп. 4. Спр.1177.
12. ЦДІАЛ. Ф. 146. Оп. 4. Спр.2988-3039.
13. ЦДІАЛ. Ф. 146. Оп. 4. Спр.1238.
14. Balzer O. Historia ustroju Austrii w zatyisie. – Lwow, 1908. – 521 s.

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ДЕЛОПРОИЗВОДСТВА В АДМИНИСТРАТИВНЫХ УЧРЕЖДЕНИЯХ ГАЛИЧИНЫ (1772–1918 ГГ.)

Н.Худоба

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина
e-mail: Natalia.Volodumirivna@gmail.com*

В статье исследовано сведения о структуре административных учреждений, постановку делопроизводитель, особенности отложения документальных материалов в австрийском делопроизводстве, фиксирование уголовных дел в этих учреждениях и характеристику регистратуры наместничества, алфавитных указателей – индексов и еленжив.

Ключевые слова: делопроизводство, административные учреждения подавчи протоколы, Галичина, Австрия, Австро-Венгрия.

**GENERAL CHARACTERISTICS OF AUSTRIAN CLERICAL
WORK IN GALYCHYNA ADMINISTRATIVE
INSTITUTIONS (1772–1918)**

N. Hudoba

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
email: Natalia.Volodumirivna@gmail.com*

Knowledge on administrative institutions' structure, their clerical work organization, peculiarities of documentary materials reservation in Austrian clerical work are researched. Criminal cases fixation in these institutions, as well as Vicegarency Record Department characteristics and alphabet indicators – indices and elenhs are elucidated.

Key words: clerical work, administrative institutions, bearer protocols, Galychyna, Austria, Austro-Hungary.

Стаття надійшла до редколегії: 22.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

**ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ
ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН У СЕЛАХ
ВОЛОСЬКОГО ПРАВА ГАЛИЧИНИ (XIV-XVIII СТ.)**

Р. Шандра

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
e-mail: shandrroman@gmail.com*

У даній статті розглянуто особливості правового регулювання цивільно-правових відносин у селах волоського права Галичини. Досліджено компетенцію сільських судів волоського права у розгляді та вирішенні цивільних справ. Проаналізовано окремі правові звичаї мешканців “волоських сіл” у сфері укладення цивільних договорів, спадкування, врегулювання сімейних відносин.

Ключові слова: волоське право, правовий звичай, кнез, крайник, громада.

Важливе значення для розвитку та вдосконалення правової системи України має дослідження історичного правового досвіду українського народу та національної правової традиції. Особливо актуальним є дослідження цивільно-правових відносин як однієї з найбільших груп правовідносин у світі. З огляду на це, слід звернути увагу на особливості правового регулювання цивільно-правових відносин у селах волоського права Галичини, оскільки правовий досвід мешканців зазначених сіл є дуже багатим (що відображено у великій кількості архівних матеріалів) і корисним для сучасної історико-правової науки.

Віддаленість гірських сіл волоського права від великих адміністративних та політичних центрів, феодалних фільварків та латифундій, а також їхнє розташування у прикордонних гірських районах сприяли зменшенню впливу феодалного права на цивільно-правові відносини і, як наслідок, збереженню та еволюції давніх правових звичаїв.

Завдяки дослідженню цивільно-правових відносин, що існували у західноукраїнських селах волоського права, можна виокремити основні тенденції та особливості розвитку української правової системи, а також вивчити вплив правових, економічних, політичних, соціальних факторів на правосвідомість сільського населення.

Окремі аспекти даної проблеми досліджувались українськими та іноземними вченими. Особливої уваги заслуговують праці українських дослідників М. Грушевського, І. Франка, Ю. Гошка, В. Інкіна, а також польських дослідників – Г. Явора, М. Бернгаута, С. Щотки та ін.

Історичний процес поширення та розвитку волоського права у гірських селах Галичини розпочався наприкінці XIII ст. та зумовив еволюцію та вдосконалення існуючих у сільському суспільстві правових звичаїв. Найдовше цей процес тривав у Галичині, що призвело до виокремлення волоського права в окремий самостійний вид українського звичаєвого права.

Розуміння сутності волоського звичаєвого права можливе завдяки визначенню поняття правового звичаю, який є його складовою частиною. Як зазначає авторитетний український вчений П. Рабінович, “правовий звичай – це санкціоноване (забезпечуване) державою звичаєве правило поведінки загального характеру” [1, с. 107]. Тобто, звичаєве правило поведінки (звичай) стає правовим у

тому разі, коли воно визнається, санкціонується та забезпечується державою. Існує кілька способів санкціонування державою правових звичаїв:

- держава допускає, з тих чи інших причин, застосування норм звичаєвого права, в тому числі заходів соціального примусу, у громадах та інших соціальних спільнотах, не визнаючи, в разі зіткнення з державним правом, його правового значення;
- держава визнає правове значення звичаєвого права, його норм, процедур та результатів їх застосування самими громадами, однак не втручається у застосування його норм, зокрема силами державного примусу;
- держава забезпечує застосування норм звичаєвого права всією своєю організаційною, виховною та примусовою діяльністю.

Усі ці три ступені санкціонування норм звичаєвого права державою можуть одночасно співіснувати в межах однієї конкретно-історичної правової системи [2, с. 168]. При цьому, важливе значення має відношення держави до того чи іншого різновиду звичаєвого права, які існували та застосовувались на її території. Саме позиція держави була визначальним чинником, який впливав на зміст правових звичаїв, а також визначав обсяг цивільних правовідносин, що могли врегульовуватись звичаєвим правом.

Період найбільшого поширення та розвитку волоського права припадає на тривалий відрізок часу, протягом якого Галичина перебувала у складі Польського Королівства (1349–1569 рр.) та Речі Посполитої (1569–1772 рр.). Як свідчать архівні матеріали та інші писемні джерела, волоське звичаєве право визнавалось та навіть забезпечувалось королівською владою Польського Королівства та Речі Посполитої. Не зважаючи на таку державну політику, воно не лише не заважало, але й навпаки – допомагало існуванню та розвитку правових звичаїв притаманних населенню українських гірських пастуших сіл. Як наслідок, села волоського права набули значного поширення і в багатьох гірських регіонах цілком витіснили давні села руського права. Мешканці сіл руського права залишали свої домівки і створювали нові села, вже на волоському праві або ж переводили на це право існуючі села [3, с. 4].

Санкціонування норм волоського звичаєвого права відбувалося різними способами. Спочатку села волоського права формувалися на звичаєво-правовій основі з виборними головами сільських громад – кнезами. Саме такі села отримали найбільшого поширення на території Східної Галичини починаючи з середини XIV ст. В цей період вплив держави на звичаєве право був найслабшим, що надало можливість для існування найбільш архаїчних правових звичаїв. Цей вплив обмежувався переважно особливим, характерним виключно для сіл волоського права оподаткуванням (йдеться про податки продуктами тваринництва – вівцями, волоським сиром тощо) та військовою службою [4, с. 27, 123; 5, с. 359; 6, с. 85]. Що стосується цивільних правовідносин, то вони продовжували існувати у своєму первинному вигляді.

У пізніший період королівська влада не тільки допускала існування волоського права, обмежуючись лише встановленням особливих податків та повинностей, вона визнавала і забезпечувала його існування за допомогою привілеїв на заснування села, у яких сільському населенню дозволялось керуватися своїм власним *“давнім правом і звичаєм волоським”*. Перші такі привілейовані села волоського права були засновані на території Галичини наприкінці XIV ст. угорським намісником – Володиславом Опольським (правив Галичиною у 1372-1379 рр. та 1385–1387 рр.) [7, с. 22; 8, с. 69, 74, 89] та литовським князем Ягайлом,

(який у 1386 році прийняв хрещення та став королем Польщі) [9, с. 127; 10, с. 110]. Такі привілеї регламентували переважно питання сільського самоврядування, судочинства, оподаткування та сплати повинностей. Цивільні правовідносини населення в межах привілею регулювались згідно з місцевими руськими (тобто, українськими) правовими звичаями, які під назвою волоського права продовжували існувати, застосовуватись та еволюціонувати відповідно до нових соціальних, економічних та політичних умов.

Значний обсяг інформації можна отримати завдяки аналізу практики судів волоського права, адже саме у судових рішеннях фіксуються цивільно-правові звичаї сільського населення та відображаються характерні риси правосвідомості селян.

Організація судів волоського права виглядала наступним чином. Найнижчою ланкою був сільський суд. Склад такого суду залежав від складності цивільної справи. Найдрібніші справи розглядались кнезом одноосібно, а у великих справах кнез здійснював судочинство за участю присяжних (від трьох до семи) та усіх повноправних членів сільської громади.

Наступною ланкою були окружні суди волоського права. Такі сільські суди проводилися на територіях, де волоські села об'єднувались у великі групи та утворювали сільські округи (так звані “країни”). Громади сіл волоського права, що входили до складу одного сільського округу, збиралися разом на окружні суди, так звані “збори”, один або два рази на рік. Склад зборового суду кожного з судових округів міг мати певні відмінності. Судді обиралися перед початком судового засідання. До складу суду могли входити крайник, кнези та інші повноважні особи [12, с. 64].

Ще однією судовою інстанцією був суд окружного сільського адміністратора (крайника). Судові повноваження таких адміністраторів були досить широкими. Вони мали право здійснювати судочинство в усіх майнових та побутових справах [11, с. 49]. На початку XVIII ст. суд окружного сільського адміністратора виконував повноваження апеляційної інстанції по відношенню до зборових (громадських) судів [3, с. 215]. Крайники здійснювали судочинство в період між сесіями зборових судів.

Усі ці суди, без виключення, мали право приймати участь у здійсненні цивільного судочинства та врегулюванні цивільно-правових відносин. Як свідчать матеріали сільських судових книг, цивільні справи становили основний масив рішень судів волоського права. Категорії цивільних справ, які розглядалися судами були надзвичайно різноманітними. Такі суди здійснювали не лише судочинство. Вони виконували факто-фіксуючу функцію, посвідчуючи різноманітні цивільні правочини. Як свідчить середньовічна документація, посвідчення правочинів здійснювали як сільські, так і зборові суди.

Правочини могли бути односторонні, двосторонні та багатосторонні. Одну із сторін (наприклад, продавця) могли представляти кілька осіб (брати, сім'я тощо). Основну частину правочинів, які укладались мешканцями сіл волоського права становили правочини, що стосувались передачі прав на нерухомість. Це були договори купівлі-продажу, договори застави, заповіти тощо. Найчастіше вони укладались щодо земельних ділянок та розміщених на них будівель і споруд.

За часів Галицько-Волинської держави переважною формою селянського володіння було громадське володіння землею, яке отримало назву “дворище” [13, с. 80]. Лише невелика частина землі, на котрій знаходився будинок і господарські будівлі (разом з подвір'ям та городом) були власністю конкретної родини. Решта землі

була власністю усієї сільської громади [14, s. 95]. Після розпаду Галицько-Волинської держави та окупації її земель Польщею і Литвою становище селян значно погіршилося. Особливо це стало помітно в період розвитку фільваркового господарства у Речі Посполитій, коли право селян на землю тлумачилось у дуже не вигідній для них формі. При визначенні статусу земельних наділів більшості селян у XVI-XVIII ст. найдоцільніше застосовувати термін “користування”. Однак селяни ставились до земельних наділів як до своєї власності. Це було пов’язано з можливістю передавати їх у спадок та укладати щодо них різноманітні договори. Зазвичай, такі договори укладалися за згодою феодала або його урядовця і вписувалися до сільських судових книг. Це дозволяло селянам вважати себе власниками землі, хоча вже у XVI ст. феодал мав право відібрати її в селянина [15, s. 201–202].

Фіксація договорів купівлі-продажу у судових книгах сільських та зборових судів, яка відбувалася за участю представників уряду (кнезів, крайників, старост та ін.), надавала такому договору юридичну силу. Часом зустрічаються випадки звернення селян безпосередньо до короля за дозволом на відчуження земельної ділянки [16, оп. 1, спр. 180, арк. 1–4]. В королівських селах Самбірської економії така згода могла надаватись адміністрацією Самбірського замку. Відсутність згоди могла бути підставою для розірвання договору у судовому порядку [17, спр. 516/III, арк. 23].

Досить часто селяни та сільські громади гірських сіл вільно розпоряджались належними їм земельними ділянками. При цьому, замкова адміністрація відмовлялася від безпосереднього втручання у земельні відносини селян. Розрахунок полягав у тому, що неплатоспроможний селянин сам забезпечить під контролем громади наступника, здатного вести господарство, сплачувати податки та виконувати повинності [3, с. 159].

Для укладення даного виду договорів необхідні були свідки і відповідний запис у судовій книзі. Часто селяни купували та продавали землю при свідках. Лише згодом вони оформлювали купівлю-продаж документально та публічно повідомляли громаду про наявність нового власника. Це вказує на переживаючу дію звичаєвих норм, згідно з якими процедура посвідчення правочинів була повністю усною. Лише після запровадження польською владою судових книг, правочини почали укладатись у письмовій формі. Разом з цим, залишалися ознаки усної форми укладення договорів купівлі-продажу: наявність свідків під час укладення договору та можливість його внесення у судові книги згодом, на підставі їхніх показань [12, с. 202, 203].

Письмова фіксація правочинів відбувалась, як правило, під час проведення зборових судів. Вони оголошувались сторонами в присутності громад (“*людей добрих та віри гідних*”) і членів суду та вносились в актові книги. На початку відповідного запису вказувалась назва села, сторони правочину та його вид (наприклад, “*recognitio debiti*” - розписка про визнання боргу, “*przedaza*” - договір купівлі-продажу, “*zastawa*” - застава) [17, спр. 518/III, арк. 200, 204]. Однак ця форма дотримувалась не в усіх актових книгах. Часом вид правочину вказувався безпосередньо у змісті документу (наприклад: “*Іван Перчиків продав Іванові Поповичу...*”) [17, спр. 520/III, арк. 122].

Правочини, укладені мешканцями села посвідчувались не лише зборовими, але й сільськими судами волоського права (“*урядом та громадою*”) і вносились до сільської судової книги. Формула запису стосовно більшості правочинів була однаковою. В записі, що вписувався до актові книги, обов’язково вказувалися сторони правочину та підтверджувалася дієздатність продавця майна. Якщо продавалась земельна ділянка, то в договорі визначались її межі. Також зазначалося, що договір укладено особою добровільно і без примусу.

У договорах купівлі-продажу часто зустрічається положення, згідно з яким продавець відповідальний за продане ним майно. У разі виникнення претензій з боку кредиторів продавця, його родичів тощо, він зобов'язувався захищати інтереси покупця своїми власними коштами [7, спр.570/III, арк. 95, 96]. Отже, договорами купівлі-продажу передбачалось, що відповідальність за борговими зобов'язаннями повинен нести не покупець, а продавець майна. Виникнення даного правового звичаю було пов'язане із тим, що іноді траплялися випадки, коли продавалася земля обтяжена боргами. Вказаний звичай мав на меті захистити права добросовісного покупця від обов'язку сплати таких боргів.

В тексті договорів купівлі-продажу часто зазначалось, що продавець “*продав, дарував*” майно [18, оп. 1, спр. 2, с. 88–89]. На те, що в даному випадку було укладено саме договір купівлі-продажі вказує згадка, що майно “*продано, даровано*” за певну грошову суму. Подібним чином це зазначено і в актових книгах Самбірської економії [17, спр. 518, арк. 203]. В кінці тексту договору сторони ставили свої підписи. Однак часто зазначалось, що сторони є неграмотними і у зв'язку з цим “*підписуються хрестом*”. Обов'язково вказувалось, що угода укладена в присутності свідків (“*багатьох людей віри гідних і тому запрошених*”) [18, оп. 1, спр. 2, арк. 88–89].

Якщо розрахунки за договором купівлі-продажу відбувалися не відразу, а згодом, то факт здійснення оплати фіксувався сільським або окружним судом волоського права. Він міг бути посвідчений листом, який видавав кнез або крайник [17, спр. 520, арк. 330–331].

Аналізуючи практику укладення договорів купівлі-продажу за посередництвом сільського суду села Одрехова (яка була характерною і для інших сіл волоського права), М. Грушевський вважав, що у даному випадку зустрічається поєднання принципів польського державного права, яке не визнавало за селянами права власності на землю, з принципами права Київської Русі, яке визнавало за свобідними і економічно самостійними селянами таке право (у архаїчному обсязі цього поняття). На думку вченого, юридична практика робила поступку руському звичаєвому праву, яке було вкорінене у свідомості мешканців сіл волоського права. За селянами інколи залишалась можливість повного розпорядження своєю землею, яка часом межувала з правом власності. Разом з цим, такі права селян ніколи не визнавались офіційно і не закріплювались у нормативно-правових актах [19, с. 5–6].

Окрім договорів купівлі-продажу мешканці гірських сіл волоського права укладали також й інші договори. Зокрема, значного поширення набули договори позики. Згідно зі звичаєм, який був пізніше санкціонований державою, позичальник для гарантування повернення позики зобов'язаний передати в заставу землю або певні цінності. Позика могла відбуватись без застави землі, якщо позичальник виставляв поручителя, який гарантував повернення боргу. А у випадку, коли боржник своєчасно не повертав гроші, кредитор звертався з вимогою щодо виконання зобов'язання до поручителя. Передана у заставу земля використовувалась позикодавцем для отримання доходу. Ця традиція упродовж Середньовіччя побутувала в Українських Карпатах і збереглась аж до початку ХХ ст. [12, с. 213]. Так, у актових книгах с. Одрехова згадується, що селяни “*записували гроші на ріллі*” (позичали гроші під заставу землі) та віддавали свій земельний наділ у користування кредиторів аж до повернення “*записаної*” (позиченої) суми. Практикувались також наступна застава вже заставленої землі [20, с. 16].

Предметом застави могло бути привілейоване господарство. Часто у заставу передався кнезат разом з усіма належними до нього майновими та немайновими

правами. Так, кнез з с. Вовче у 1662 р. позичив 650 злотих під заставу частини свого кнезату. У заставу передавався будинок, господарські споруди, земля і нерухоме майно. Згідно з договором, заставадержатель отримав право вимагати виконання повинностей від підпорядкованих селян [17, спр. 514/III, арк.32].

Найпоширенішими були позики під заставу землі. Предмет застави міг передаватись у тимчасове користування кредитора. Отримавши гроші, боржник віддавав поле, яке кредитор використовував для компенсації процентів, отримуючи з нього прибуток. У більшості випадків кредитор користувався полем до того часу, доки боржник не повертав йому позичених грошей. Поле передане у заставу не могло переходити у власність кредитора [12, с. 204, 212].

Договором позики могло бути передбачене розстрочення повернення боргу. Так, згідно з актами с. Одрехова (запис датовано груднем 1584) селянин Тимко Пилипів позичив у Сенька Пітушка гроші під заставу ріллі. Договором передбачалось, що частина суми боргу буде сплачуватись щорічно дружиною або дітьми позичальника. У випадку смерті Тимка, обов'язок повернення боргу покладався на його дітей, які повинні були сплатити його за рахунок спадку (*"отчизни своєї"*). При внесенні даного запису до актової книги були присутні кнез с. Одрехова (в документах він згадується як *"осадник"*) Грицько, троє присяжних (Ванець Хамилчатий, Дмитро Лицевят, Гриць Хилко) та *"інших немало добрих людей віри гідних"* [18, оп. 1, спр. 1, арк. 20–20зв.].

Якщо позичальник помирав, то обов'язок повернення боргу покладався на дітей та родичів, які спадкували заставлену землю. Повернувши борг, вони отримували право забрати заставлену земельну ділянку. Предметом застави, як правило, був майновий комплекс, до складу якого входило як майно (земля, житловий будинок, господарські споруди), так і майнові права (право на отримання доходів, інколи право на певні пільги в оподаткуванні тощо) [12, с. 213]. Факт повернення позичених грошей міг фіксуватися в актовій книзі. При цьому зазначалось, що позикодавець гроші отримав і претензій до позичальника і громади не має [17, спр. 528/III, арк. 90].

Значну частину справ, які розглядали зборові суди становили спори, що виникали між громадами та кнезами сіл волоського права. Привілейовані голови сільських громад часто зловживали своїм становищем. В писемних джерелах зафіксовані випадки, коли вони намагались відібрати громадські землі. Інколи вони вдавались до фальсифікації документів, шахрайства, насильства тощо.

Так, кнези с. Головецьке Гвоздецької країни вирішили понад привілей заснувати ще одну корчму. Оскільки власної землі їм для цього не вистачило, вони вирішили використати для будівництва корчми громадські землі. Громада подала скаргу на дії кнезів. Суд вирішив спір на користь громади, заборонивши будівництво корчми. У разі невиконання рішення суду, кнези зобов'язувались сплатити на користь замку штраф у розмірі 50 грн. [17, спр. 570/III, арк. 97].

В іншому випадку крайницьким судом Либохорської країни розглядалась справа між громадою с. Яворів та кнезом цього ж села щодо земельної ділянки. Кнез вважав земельну ділянку своєю та вимагав у громади оплату за її використання. Як виявилось, під час розгляду справи, громада не мала жодних документів, які б підтверджували її право на землю. Однак уся громада присягнула, що земля є громадською, а не кнезською.

Кнез пред'явив крайникові декрет від 29 травня 1762 р., виданий паном Костянтином Чорненським *"земським ланьовським поручником"*, у якому, підтверджуючи його право на цю землю, згадується про якусь давню грамоту (яку

кнез показати не зміг). Крайник розглянув декрет досить скептично. Він звернув увагу на те, що документ видано не урядом (громадським, земським тощо), а “якимсь невідомим поручником” та “невідомо яким чином підписано”. Враховуючи зазначене, крайник взяв до уваги присягу громади та вирішив залишити за нею землю. У рішенні він вказав, що громада не повинна платити за використання цього ґрунту. Кнезу заборонено знову розпочинати спір по даній справі під загрозою штрафу [17, спр. 573/VI, арк.9–9зв.].

Рішення зборових судів у майнових справах вказують, що у разі відсутності селянина, повноваження стосовно його майна здійснював старший син. Він мав право приймати будь-які рішення щодо розпорядження майном, у тому числі – укладати різні договори [12, с. 204].

Частину внесених до актових книг документів становлять судові рішення та договори, пов’язані з укладенням шлюбу та вирішенням сімейних конфліктів. У сімейних справах сільські суди волоського права керувались правовими звичаями, початок формування яких можна віднести до X ст., а може й більш ранніх часів.

Оскільки контроль за дотриманням громадського порядку у селах волоського права відносився до компетенції громади, то усі сімейні справи розглядалися, як правило, сільськими судами (за головуванням кнеза) або зборовими судами країн волоського права. Вони розглядали усі спірні питання, що виникли у сфері сімейних правовідносин. Предметом судового розгляду могли бути сімейно-побутові відносини, майнові стосунки між членами сім’ї, спадкові справи, відповідальність глави сім’ї за поведінку її членів, матеріальне забезпечення дітей тощо [21, с. 398].

Рішення щодо укладення шлюбу відносились, переважно, до компетенції голови родини. Батько вибирав пару як для дочки, так і для сина, однак заручини відбувалися лише за їхньої згоди [22, с. 494]. В архівних документах не згадується шлюбний вік молодят. Можна припустити, що селяни “волоських” сіл в даному випадку керувались нормами руського звичаєвого права: 12–13 років для нареченої та 14–15 років для нареченого [13, с. 46].

Одруженню передували заручини. Якщо жінка під час заручин дала слово вийти заміж, то вона була зобов’язана його дотримуватись. В іншому випадку, вона могла бути покарана судом. Факт заручин міг фіксуватися у актових книгах. При цьому, відразу обумовлювався розмір посагу. За своєю правовою природою такі правочини були подібними до сучасних шлюбних контрактів. Звичаєва практика сіл волоського права передбачала, що сторонами “шлюбних контрактів” виступали виключно чоловіки: батько нареченої та нареченого. Вирішення усіх майнових питань щодо шлюбу належало до їхньої виключної компетенції [12, с. 167, с. 250]. Лише у тому випадку, якщо наречений був сиротою, він мав право особисто виступати стороною договору.

Предметом контракту могло бути рухоме та нерухоме майно, гроші та інші цінності, які надавались тестем у якості посагу [12, с. 246]. Часом, згідно зі шлюбним договором, передавалось у володіння майно, що перебувало у заставі. Після викупу з застави воно переходило у власність подружжя [17, спр. 520/III, арк. 332].

Головою родини згідно з волоським звичаєвим правом вважався батько. Він мав повну владу у своїй родині, визначав усім членам сім’ї роботу, стежив за її виконанням, а сам міг робити усе, що вважав за доцільне. Батько представляв родину на сільських зборах та перед службовими особами, лише він мав право голосу у громаді [22, с. 491, 494]. На нього покладалась відповідальність за поведінку кожного її члена [21, с. 399]. Виходячи з цих засад, у судовій практиці

зборових судів, як і судів магдебурзького права, за провини членів сім'ї був відповідальним її голова. Інколи сільські та зборові суди приймали рішення, згідно з якими чоловік повинен був покарати членів сім'ї, що вчинили якийсь проступок [17, спр. 555/III, арк. 40]. Голова сім'ї був головним розпорядником сімейного майна [21, с. 399]. Лише він мав право укладати договори купівлі-продажу, позики та ін. Усі рішення він приймав самостійно, ні з ким не рядячись і ні перед ким не звітуючи [22, с. 491]. У разі порушення даного правового звичаю, діти могли бути притягнуті до відповідальності у судовому порядку [17, спр. 514/III, арк. 136].

Хоча голова родини і був наділений майже повною патріархальною владою над усіма її членами, однак існували виняткові обставини, за яких ця влада могла бути обмеженою. Такі межі батьківської влади впливали із його обов'язків перед членами сім'ї. Голова родини був зобов'язаний дбати про добробут сім'ї, вести господарство, забезпечувати сім'ю одягом, взуттям, харчуванням. Якщо він не міг виконувати ці обов'язки через недбалість, зловживання алкоголем, марнотратність, то, за згодою матері та старшого сина, він позбавлявся патріаршого становища і за статусом прирівнювався до так званої "челяді" (прислуги). Тоді усю владу в сім'ї отримувала його дружина, яку він зобов'язаний був слухатись як й усі інші члени родини [22, с. 491].

Сільські суди волоського права негативно ставились до розлучень. Серед архівних справ найчастіше зустрічаються матеріали про втечі одружених чоловіків та жінок через страх бути покараними. У випадках насильства в сім'ї або поганого характеру чоловіка чи дружини, представники простого сільського населення не розлучалися, а залишали дім і йшли з села назавжди. В актових книгах дуже рідко зустрічаються випадки, коли громадські суди давали право на розлучення [12, с. 259–260].

Спадкування у селах волоського права мало багато спільних рис із спадковим правом Київської Русі. Однаковими були категорії осіб, які мали право на спадок, процедура спадкування тощо. Спадкове право Київської Русі передбачало, що майно смерда могли успадковувати виключно сини. Якщо у нього не було синів, то воно вважалося виморочним і переходило до феодала [13, с. 46]. Смердами у Київській Русі переважно називались феодално-залежні селяни. Рідше під цим терміном позначалось усе сільське населення певної місцевості, в тому числі селяни-общинники [23, с. 75]. Виняток передбачався стосовно спадщини бояр і дружинників – за відсутності синів вона могла переходити і до дочок. Пізніше це положення ст.91 поширеної редакції Руської Правди почало застосовуватись і стосовно вільних селян-общинників [24, с. 79].

Подібні правові звичаї застосовувались і у селах волоського права. У разі смерті селянина, його майно спадкували як сини, так і дочки. Коли у сім'ї були сини, то дочки більшої частини майна не одержували. Спадкоємці зобов'язані були видати їх заміж і забезпечити посагом. Якщо ж синів не було, то майно розподілялося між дочками. Дружина після смерті чоловіка одержувала лише те, що набула в шлюбі спільно з чоловіком. При розподілі спадку бралось до уваги майно, що підлягало спадкуванню. Жіночі речі успадковували дочки, чоловічі – сини. Інші речі ділились порівну між синами та дочками [12, с. 293]. На відміну від цих звичаєвих норм, право Київської Русі передбачало, що за наявності синів дочки нічого взагалі не отримували. На спадкоємців-синів покладався лише обов'язок видати сестер заміж, виділивши їм посаг [13, с. 46].

У спадкуванні землі та іншої нерухомості діяв принцип мінорату (зазначені об'єкти нерухомості спадкував у повному обсязі молодший син). До досягнення молодшим сином шлюбного віку батько – голова родини намагався влаштувати

самостійне життя старших синів. Він міг домовитись про склад посагу для майбутньої дружини, виділити окреме господарство на належній йому землі, скерувати сина на навчання певної професії (теслі, гончара, різьбяра тощо), яка дала б змогу йому забезпечувати власну сім'ю. Траплялися випадки, коли один або кілька синів, одружившись, приводили дружин в сім'ю, не виділяючись у окреме господарство. Але навіть у такому випадку господарство спадкував молодший син. Це було пов'язано із бажанням зберегти господарство у ціліності, оскільки його поділ міг суттєво вплинути на його господарську цінність [21, с. 399–400]. В даному випадку діяв правовий звичай, згідно з яким саме молодший син повинен був утримувати батьків на старості, а за це він успадковував їхню хату та землю [25, с. 414].

Іноколи зустрічалися випадки, коли господарство спадкував старший або інший син. Переважно це траплялось у разі передчасної смерті голови родини, коли з господарських причин на одного із старших синів покладалась відповідальність за добробут і життєдіяльність сім'ї. Основний спадкоємець зобов'язувався забезпечувати функціонування господарства, а також влаштувати самостійне життя молодших братів та сестер [21, с. 399–400]. Якщо старший брат не виконував цього обов'язку, то молодші дорослі сини могли звертатися до сільських судів за захистом. Відомі випадки, коли зборові суди зобов'язували старших братів виділити молодшим окреме господарство. За цим процесом спостерігали сільські присяжні, які посвідчували справедливість та правомірність поділу успадкованого майна [17, спр. 519/III, арк.45–46].

До повноліття спадкоємців спадщиною могла розпоряджатися їхня мати. Вдова отримувала частину майна, яким вона могла користуватися на свій власний розсуд. Заповісти його вона могла лише своїм дітям. Якщо вдова вдруге виходила заміж, то призначався опікун з найближчих родичів. Передавання майна опікуну відбувалося при свідках [26, с. 79]. Якщо голова родини призначав опікуна, то майном розпоряджався опікун, а не вдова [22, с. 494]. У випадку смерті голови сім'ї, при відсутності у нього дітей, усе його майно поверталось батькам. Якщо батьків вже не було, то майно поверталось братам і сестрам померлого з врахуванням їхнього матеріального становища та сімейного стану. Сестри померлого, які у перебували у шлюбі та вже отримали у свій час посаг, отримували найменшу частину спадщини або взагалі втрачали на неї право. Бездітна вдова отримувала лише те майно, яке було передане до шлюбу як посаг. Отримати частку майна, набутого під час шлюбу вона могла лише у разі наявності відповідної згадки у заповіті, складеному чоловіком [21, с. 401]. Наведені правові звичаї були характерні для сіл як волоського, так і руського звичаєвого права.

У селах волоського права практикувалось спадкування за законом та за заповітом. Процес писання заповітів та запис їх у судові книги на території Галичини розпочався у XV ст. переважно у містах. Згодом їхнє письмове оформлення було запроваджене й у селах. Якщо член сім'ї не складав заповіту, то спадкоємці ділили майно у присутності громади або передавали справу на розгляд суду [12, с. 292]. Більшість сільського населення складало заповіт (*testament*) при свідках і лише пізніше вносили їх до сільських книг [17, спр. 520/III, арк. 335–336].

Цікавим є застосування судами волоського права терміну “тестамент”. Дана обставина свідчить про рецепцію норм римського приватного права. Скоріш за все, рецепція відбулася опосередковано через Литовський статут 1588 року, у 8 розділі якого врегульовувались правовідносини у сфері спадкування. Зазначений розділ називався “Про тестаменти”. Аналогічно називалась п'ята частина Дигестів Юстиніана – *De testamentis* [27, с. 101].

Підсумовуючи наведене вище, слід зазначити, що лише аналіз судової практики може надати найточніші відомості щодо правової природи волоського права. Саме завдяки дослідженню практики застосування правових звичаїв судами волоського права розкривається сутність правових норм та принципів, на яких ґрунтувалося волоське право, з'являється можливість встановити його значення для формування та розвитку правової системи України.

Привілеї на заснування кнезату не врегульовували правові відносини, що виникали усередині сільської громади; кодифікованих джерел волоського права ніколи не існувало. Тому місцеве населення могло керуватися виключно відомими йому правовими звичаями. За таких умов не викликає сумнівів те, що українське населення сіл волоського права повинно було керуватися саме руськими (українськими) правовими звичаями. Ці положення беззаперечно підтверджуються практикою діяльності судів волоського права. Вказані суди, як і суди руського права, могли посвідчувати різні цивільні правочини, громада приймала активну участь у судочинстві та слідкувала за підтриманням правопорядку у селі. Сільські та зборові суди волоського права мали багато спільного із сільськими та копними судами руського звичаєвого права.

Наведені у цьому розділі дані вказують на те, що суди волоського права поступово починають переймати судову практику, характерну для інших правових систем. Зокрема, у XVI ст. змінюється офіційна термінологія та запроваджуються латинські терміни (наприклад, термін “тестамент”), відповідно до соціальних, економічних та політичних умов життя сільського суспільства з'являються нові види договорів, відбуваються зміни у спадковому праві тощо. Цілком ймовірно, що більшість змін, які відбулися у звичаєвому праві “волоських” сіл були опосередковано запозичені саме через німецьке (магдебурзьке) право, яке здобуло значне поширення серед українського сільського населення.

Окрім цього, на зміну усному цивільному процесу приходять письмовий. Правові звичаї фіксують на папері, укладаючи договори та приймаючи рішення щодо різноманітних справ; зміст розглянутих справ та укладених договорів записують у сільські громадські книги або ж у книги зборових та гродських судів.

Таким чином, волоське право не лише сприяло збереженню руського (українського) звичаєвого права, але й надало можливість для його розвитку і вдосконалення. В свою чергу, застосування руських правових звичаїв, які передбачали широкі повноваження сільської громади у сфері судочинства та обов'язкову активну участь кожного її члена у громадському житті, надало можливість для формування у свідомості сільського населення поваги до звичаєвого права та рішень сільських і зборових судів.

1. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави. Навч. посібник / П. М. Рабінович. – Львів : Край, 2007. – 192 с.
2. Лобода Ю. П. Правова традиція українського народу (Феномен та об'єкт загальнотеоретичного дискурсу) / Ю. П. Лобода. – Львів : Світ, 2009. – 280 с.
3. Інкін В. Сільське суспільство Галицького Прикарпаття у XVI – XVIII століттях : історичні нариси / Василь Інкін ; упоряд. та наук. ред. Миколи Крикуна. – Львів : Добра Справа, 2004. – I-XX+1-420+XXI-СІІ с.
4. Жерела до історії України - Руси. Описи королівщин в землях руських XVI віку Т. II : Люстрація земель Перемиської та Сяноцької / під ред. М. Грушевського. – Львів : Комісія Археографічна Наукового Товариства імени Шевченка, 1897. – VI+36+310 с.

5. Szczołka S. Studia z dziejów prawa wołoskiego w Polsce / S. Szczołka // *Czasopismo Prawno-Historyczne*. – Poznań, 1949. – Т. II. – S.355–418.
6. Інкін В. Ф. Розвиток феодальної ренти в Самбірській економії у другій половині XVI-на початку XVII століття / Василь Інкін // *Вісник Львівського університету*. Сер. історична. – 1967. – Вип. 4. – С. 79–91.
7. Akta grodzkie i ziemskie z czasów Rzeczypospolitej Polskiej z archiwum tak zwanego Bernardyńskiego we Lwowie / Wyd. O. Pietruskie i X. Liske. – Tom 7 : *Diplomatariusz*. – Lwów, 1878. – XXVI+325 s.
8. Brejter E. Władysław książę Opolski pan na Wieluniu, Dobrzyniu i Kujawach pałatyn Węgierski i wielkorządca Polski i Rusi (Zarys Biograficzny) / Ernest Brejter. – Lwów : Nakładem Autora. Zarządca Walenty Hodak, 1889. – 239 s.
9. Контлер Л. История Венгрии. Тысячелетие в центре Европы / Ласло Контлер ; пер. с англ. В. Т. Олейника. – Москва : Издательство “Весь Мир”, 2002. – 656 с. : ил. – (Национальная история).
10. Інкін В. Ф. Архів Самбірської економії / Василь Інкін // *Записки наукового товариства імені Шевченка*. – 1996. – Т. CCXXXI : *Праці комісії спеціальних (допоміжних) дисциплін*. – С.109–146.
11. Гошко Ю. Г. Населення українських Карпат XV – XVIII ст. : Заселення. Міграції. Побут / Ю. Г. Гошко. – К. : Наукова Думка, 1976. – 205 с.
12. Гошко Ю. Звичаєве право населення Українських Карпат та Прикарпаття XIV – XIX ст. / Юрій Гошко. – Львів : Інститут народознавства НАН України, 1999. – 336 с.
13. Кульчицький В. Галицько-Волинська держава (1199-1349) : монографія / Володимир Кульчицький, Борис Тищик, Ігор Бойко. – Львів : Біблос, 2005. – 280 с.
14. Kadlec K. O prawie prywatnem zachodnich Slowian przed X wiekiem / Karol Kadlec // *Encyclopedya Polska*, Tom IV, Część 2 / Pracowali : Aleksander Brückner, Lubor Niederle, Karol Kadlec. – Kraków : Wydawnictwo Akademii Umiejętności, 1912. – Dział V : Początki kultury słowiańskiej. – S. 90–113.
15. Bardach J. Historia ustroju i prawa polskiego / Juliusz Bardach, Bogusław Leśnodorski, Michał Pietrak. – Warszawa : Wydawnictwo Prawnicze “LexisNexis”, 2005. – 667 s.
16. ЦДІА України у Львові, Ф. № 856 : “Самбірська економія”.
17. Відділ рукописних, стародрукованих та рідкісних книг імені Ф.П. Максименка ЛНБ ЛНУ імені І. Франка: Архів Самбірської економії.
18. ЦДІА України у Львові, Ф. № 37 : “Громадський уряд села Одрехови”.
19. Грушевський М. Два селянські контракти купна-продажі з початку XVI в. / Михайло Грушевський // *Розвідки й матеріали до історії України-Руси : Відбитки з Записок Наук. Товариства ім. Шевченка р. 1901-4 і Жерел до історії України-Руси*, т. VII. – Львів : Друкарня Наукового Товариства ім. Шевченка, 1905. – С.1-6.
20. Акти села Одрехова / упоряд. І.М. Керницький, О.А. Купчинський. – Київ : Видавництво “Наукова думка”, 1970. – 260 с.
21. Макарчук С. Звичаєве право / Степан Макарчук // *Етногенез та етнічна історія населення Українських Карпат : в 4-х томах*. Том II : *Етнологія та мистецтвознавство*. – Львів : Афіша, 2006. – С.385-408.
22. Франко І. “Громада” і “задруга” серед українського народу в Галичині і на Буковині / Іван Франко // Іван Франко. *Зібрання творів : у 50-ти томах / редкол. Є. Кирилюк (голова) [та ін.]*. – Київ : Видавництво “Наукова Думка”, 1976. – Т. 44, кн. 2. – 1985. – С.487-495.
23. Губарев В. К. Історія України : Універсальний ілюстрований довідник / В.К. Губарев. – Донецьк : ТОВ ВКФ “БАО”, 2007. – 576 с.

24. Паньків Н. Історія заселення та господарського освоєння гірських районів Львівщини / Наталія Паньків // Історія української географії. Всеукраїнський науково-теоретичний часопис. – Тернопіль : Підручники і посібники, 2000. – Вип. 2. – С.85-87.
25. Горинь Г. Громада. Громадський побут / Ганна Горинь // Етногенез та етнічна історія населення Українських Карпат : в 4-х томах. Том II : Етнологія та мистецтвознавство. – Львів : Афіша, 2006. – С.409-432.
26. Історія держави і права України : підручник. – У 2-х т. / За ред. В.Я.Тация, А.Й.Рогожина, В.Д. Гончаренка. – Том. 1. – Кол. Авторів : В.Д.Гончаренко, А.Й.Рогожин, О. Д. Святоцький та ін. – К. : Концерн “Видавничий Дім “Ін Юре”, 2003. – 656 с.
27. Єфремова Н. Рецепція римського права в Статуте Великого Княжества Литовского 1588 г. / Наталія Єфремова // Римське право та правова культура Європи. – Люблін : Видавництво Люблінського католицького університету, 2008. – С.100-110.

**ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ
ГРАЖДАНСКИХ ПРАВООТНОШЕНИЙ В СЕЛАХ
ВАЛАШСКОГО ПРАВА ГАЛИЧИНЫ (XIV–XVIII В.)**

Р. Шандра

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина
e-mail: shandrroman@gmail.com*

В данной статье рассмотрено особенности правового регулирования гражданских правоотношений в селах валашского права Галичины. Исследовано компетенцию сельских судов валашского права по рассмотрению и разрешению гражданских дел. Проанализировано отдельные правовые обычаи населения “валашских сел” в сфере заключения гражданских договоров, наследования, регулирования семейных отношений.

Ключевые слова: валашское право, правовой обычай, кнез, крайник, община.

**LEGAL REGULATION OF CIVIL RELATIONS
IN GALYCHYNA VILLAGES UNDER WALLACHIAN LAW
(XIV-XVIII CENT.)**

R. Shandra

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
e-mail: shandrroman@gmail.com*

The article addresses the peculiarities of civil relations legal regulation in Galychyna villages under Wallachian law. Jurisdiction of village courts in civil cases hearing and resolution is researched. Some legal customs of Wallachian villages dwellers in the scope of civil contracts conclusion, inheritance, as well as family relations regulation are analyzed.

Key words: Wallachian law, legal custom, knez, krainyk, community.

Стаття надійшла до редколегії: 18.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ВИНИКНЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ЮСТИЦІЇ В НІМЕЧЧИНІ

О. Якимець

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 м. Львів, Україна*

Досліджено історію виникнення адміністративного судочинства в Німеччині та передумови його формування. Проаналізовано структуру адміністративних судових органів німецьких земель XIX ст.

Ключові слова: адміністративний суд, виникнення, державне управління, адміністрація, Німеччина.

Необхідною умовою вирішення завдання побудови правової держави є дотримання законності діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування. Зміцнення законності та правопорядку, покращення роботи державного апарату набуває особливого значення в сучасний період – період реалізації правової реформи. Серед державних органів, що борються з правопорушеннями в діяльності державного апарату, органів місцевого самоврядування, важливе значення відіграють адміністративні суди. На сьогодні становлення системи адміністративної юстиції в Україні не завершено, а тому врахування досвіду іноземних країн є корисним для українського законодавства і правозастосовної практики.

Найкраще еволюцію адміністративної юстиції можна проаналізувати, спираючись на німецький досвід. Виникнення адміністративної юстиції в Німеччині пов'язано з другою половиною XIX ст., тоді, коли в більшості європейських країн почали відбуватися демократичні зміни. Вплив ідеології Французької революції та розвиток німецької філософії права зумовили виникнення і розповсюдження в Німеччині концепцій правової держави, яка протиставлялася поліцейській. Не парламентські інститути, а саме судовий контроль і обмеження управлінської діяльності правом були основними елементами системи правової держави. З огляду на те, що основний акцент німецької правової теорії був зроблений саме на створенні правових гарантій законності управління та їх забезпеченні системою ефективного судового контролю адміністрації, ідея адміністративної юстиції посідала в концепції правової держави центральне місце. Однак перші спроби її практичного здійснення закінчилися невдачею.

Ще на початку XIX ст., в епоху “великих реформ” Г. Штейна і К. Гарденберга, уряд Пруссії дозволив фізичним особам “звертатися до судового захисту проти явно незаконних поліцейських приписів”. Однак внаслідок зміни політичної ситуації “на практиці ці закони не застосовувалися, а в 1844 році були скасовані і формально” [3, с. 22]. У 1848 р. передача функцій охорони прав людини загальним судам і ліквідація участі адміністрації у вирішенні правових питань були проголошені Франкфуртською імперською конституцією. Однак наступними роками реалізація цих ідей не застосовувалася. Німецькі держави, що отримали форму конституційної монархії, залишалися поліцейськими за своєю природою. “Зміна державного ладу не покращила відносин громадянина до адміністрації”, “бо хто був хранителем нового державного права, його індивідуалістичних принципів і основних прав? Не хто інший, як та ж сама адміністрація, проти прагнення якої до

розширення та утвердження своєї влади і проголошувалися ці принципи і були даровані ці основні права” [1, с. 93–94]. Адміністрація, користуючись повноваженнями інтерпретації законів, зберегла і посилила свої можливості обмежувати права фізичних осіб на господарську діяльність, свободу друку та зборів. На думку Гергарда Аншютца, режим 1850-х років був “правлінням старої поліцейської держави, існування якої не могло бути припинено “аркушем паперу”, конституційною хартією. Ця епоха свідчить про те, що і після введення конституції, яка встановлює основи правової держави, і не звертаючи на неї, може довго ще існувати поліцейська держава, існувати доти, поки не спробують захистити відповідними охоронними установами основний принцип правової держави: додержання законності у сфері управління” [1, с. 95].

Отже, конституційні принципи не могли гарантувати дотримання законності управління та захисту прав фізичних осіб. На думку одного з перших теоретиків доктрини правової держави Отто Бера, єдиним шляхом встановлення правового режиму було підпорядкування держави праву нарівні з приватними особами. Так само, як цивільне право регулює відносини між приватними особами, публічне право має встановлювати взаємні права і зобов’язання держави та громадян. Оскільки цивільні спори підлягають вирішенню загальними судами, немає підстав звільняти державу від судової відповідальності. Однак, вимагаючи поширення судової охорони на публічні права приватних осіб, Отто Бер не наполягав на передачі цих справ загальним цивільним судам. Розгляд адміністративних спорів може здійснюватися спеціальними адміністративними судами. Об’єднання цивільної та адміністративної юстиції не було для Отто Бера принциповим питанням. Головне, на його думку, полягало в тому, що суди адміністративної юстиції повинні бути так само незалежні від адміністрації, як і загальні. Крім того, більші гарантії незалежності створювало б залучення виборних представників для участі в їх діяльності [5, с. 107].

Незважаючи на те, що концепція Отто Бера мала численних прихильників, теоретичною основою реформи адміністративної юстиції в Німеччині стали ідеї Рудольфа Гнейста, що був по суті автором і ідеологом перетворень. Один з основних недоліків політико-правової системи Німеччини того часу, на думку Рудольфа Гнейста, полягав у тому, що внаслідок падіння абсолютизму і введення представництва чиновництво стало заручником політичних партій. Адміністративне управління здійснювалося формально, в законних межах, “але в інтересах партії сенс закону застосовувався одному в вигоду, іншому на шкоду”. Отже, необхідно створити таку систему контролю за адміністрацією, яка забезпечувала б не лише законність, а й ефективність управління. Загальні суди не в змозі оцінити доцільність застосування або незастосування закону, тому що для цього необхідно знання не тільки юриспруденції, але й проблем управлінського характеру. Отже, адміністративно-судовий контроль управління “може бути доручено тільки адміністративній колегії з незалежними членами та формальною процедурою” [2, с. 205]. Якщо для ефективного управління необхідні скорочення інстанцій, бюрократична організація і суворе ієрархічне підпорядкування, то для адміністративної юстиції потрібні колегіальність та незалежність. Незалежність членів адміністративних судів має бути гарантована їх виборністю, а неупередженість – судовим порядком вирішення справ.

Рудольф Гнейст обґрунтовує, що гарантії свободи громадянина мають бути встановлені не ззовні, а в самій адміністрації, а такими гарантіями є два пов’язані між собою принципи: самоуправління та адміністративна юстиція, тобто

допущення участі громадян у здійсненні функцій адміністрації та надання саме її органам, а не зовнішнім судам, вирішення правових спорів, що виникають в адміністративній діяльності.

Зокрема у цей період існувала конфедерація незалежних німецьких держав – Німецький союз, до складу якого входили: одна імперія (Австрія), п'ять королівств (Прусія, Саксонія, Баварія, Ганновер, Вюртемберг), герцогства і князівства, а також чотири міста – республіки (Франкфурт, Гамбург, Бремен та Любек).

Кожна з об'єднаних в союзі держав володіла суверенітетом та власною системою управління, процвітав абсолютизм, феодалні порядки, у тому числі діяли феодалні суди.

Уперше адміністративні суди з'явилися в Бадені 1863 р. Лише в 70-х роках XIX ст. цей досвід запозичили й інші держави: в 1872 р. створюється Пруська адміністративна юстиція, в 1875 р. – Австрійська, далі адміністративні суди починають діяти в 1876 р. у Вюртемберзі, в 1878 р. в Баварії, а найпізніше – у Саксонії.

Особливість новоствореної німецької адміністративної юстиції полягала у тому, що нижня інстанція адміністративних судів була з'єднана і тісно переплетена з органами самоуправління, і лише верхні інстанції відособилися в самостійні органи з судовим характером.

Цьому сприяло і вироблене німецькою доктриною положення, згідно з яким адміністративна юстиція була лише специфічною діяльністю адміністрації, відособленою від іншого державного управління тим, що в ній застосовувались засади судочинства, або, інакше кажучи, застосування спеціальним органом у вирішенні правового спору адміністративного права змагальності та інших принципів судочинства.

В усіх німецьких державах (за винятком герцогства Саксен-Кобург-Гот, яке мало лише одну інстанцію) діяли декілька інстанцій адміністративних судів: в Прусії і в Баварії – три, в інших – дві інстанції, причому нижня завжди була і органом активного управління, що було на думку деяких вчених недоліком цієї системи.

В Бадені, згідно із Законом від 3 жовтня 1863 р., для організації внутрішнього управління були створені перші сучасні види адміністративних судів [11, s. 363]. Нижньою інстанцією двоступеневої адміністративної юстиції була окружна рада (Bezirksräte), що діяла і як колегіальний орган для державного управління, і для здійснення адміністративного судочинства. Окружну раду очолював окружний начальник (Bezirksbeamte), склад ради (6–9 членів) обирали повітові збори (Kreisversammlung) та затверджував міністр внутрішніх справ. Як найвища інстанція, відокремлений від адміністрації, діяв власне Вищий адміністративний суд (Verwaltungsgerichtshof).

Судочинство здійснювалося за принципами цивільного судового процесу. Ця модель була дещо формалізованою, публічний процес гарантував правове слухання, а також незалежність судової влади у прийнятті рішення.

Однак Закон про адміністративне правосуддя не містив жодних деталей регулювання проведення судового слідства. Параграф 32 Закону від 12 липня 1864 р. передбачав, що суд, як адміністративний орган, для прийняття рішення досліджує всі важливі факти, а також визначає коло необхідних доказів, які потрібно зібрати. “Для більш детального встановлення факту” суд може ставити запитання. Подання нових доказів під час проведення слухань дозволяли лише на розсуд суду. Загальним обов'язком здійснення судочинства визначали встановлення істини у справі [9, s. 47].

Закон від 14 червня 1884 р. значно розширив каталог підсудності та містив конкретні механізми здійснення судових процедур. Компетенція адміністративних судів поширювалася на усі сфери адміністративного права, у тому числі й позови стосовно поліцейських постанов.

Параграф 5 зазначеного закону визначав, що адміністративний суд “стосовно дослідження для прийняття обґрунтованого рішення та зібрання доказів, не зв’язаний лише проханням певної сторони”. Процес проголошували усним та відкритим для кращого з’ясування обставин справи, не обмеженим лише поясненням сторін в процесі [8, s. 87].

Наступною державою, в якій виникли адміністративні суди, була Прусія [4, с. 219–301]. Закон від 13 грудня 1872 р. запроваджував пруський повітовий (Kreisordnung) та окружний комітет (Kreisausschuss), які здійснювали як функцію активного управління, так і розглядали адміністративні справи у першій інстанції.

Комітети складали під головуванням урядового президента (Regierungspräsident), з двох членів, які призначав король пожиттєво (один з них повинен був відповідати умовам, необхідним для суддівських посад, інший – вищих адміністративних), і чотирьох членів, що вибирались провінційною управою (Provinzialausschuss) серед місцевих жителів на шість років.

Другою інстанцією була створена незадовго до того “депутація допомоги бідним” (Deputation für das Naimatswesen), перейменована в адміністративний суд (Verwaltungsgericht). Однак, Закон від 3 червня 1875 р. перетворив ці установи в “окружні адміністративні суди” (Bezirksverwaltungsgerichte), по одному на кожний округ (Bezirk). Крім того, була створена одна загальна третя інстанція “Верховний адміністративний суд” (Oberverwaltungsgericht).

Система 1875 р. відрізнялася від попередньої тим, що проводила для другої і третьої інстанції певну межу між управлінням і адміністративною юстицією, що було суттєвим кроком уперед.

Тим не менше, 30 липня 1883 р. було видано новий закон, згідно з яким друга самостійна інстанція ліквідовувалася (через надмірну складність створеного порядку вирішення судами адміністративних прав) і функції адміністративної юстиції були передані разом з функціями активного управління окружним комітетам (Bezirksausschuss) подібно до системи нижніх органів – повітових управ [6, с. 436].

Верховний адміністративний суд складався з президента, президентів сенатів (відділень) і членів, яких призначав король пожиттєво. Потрібно зазначити, що за своєю суттю Верховний адміністративний суд був не лише касаційною інстанцією, а й наділявся певними ревізійними повноваженнями. Предметом його провадження могло бути лише питання законності адміністративного акта, а не його доцільність; по-друге, Верховний адміністративний суд був і апеляційною інстанцією для оскарження рішень окружної управи (Bezirksausschuss); а по-третє, у певних категоріях справи (наприклад, при скаргах на дії та рішення урядових органів чи президента, порушення ними законної компетенції), розглядав справи як суд першої інстанції. Також Верховний адміністративний суд був дисциплінарним судом для всіх органів та державних службовців самоуправління або нижчих адміністративних судів.

Компетенція пруських адміністративних судів обмежувалася питаннями управління, але серед останнього підвідомчі їм справи могли стосуватися як питань публічних суб’єктивних прав громадян, так і об’єктивного права і навіть

простих інтересів громадян (наприклад, у справах певних концесій (gewerbliche Konzessionen)).

У пруському адміністративному процесі відображені принципи цивільного судочинства: гласність, усність, змагальність. Лише у випадку розгляду адміністративного позову, в якому однією із сторін був орган місцевого самоврядування, існував інший порядок, при якому усність замінена письмовим провадженням.

Проте, незважаючи на деклароване відокремлення від діяльності адміністрації, адміністративні суди входили до відомства Міністерства внутрішніх справ, а не юстиції. Отже, члени, що брали участь у роботі місцевих адміністративних судів, за призначенням були посадовими особами державної служби, на яких не поширювалася гарантія незмінності, якою володіли судді загальних судів. Отож, адміністративна юстиція на місцевому рівні все ж залишалася пов'язаною із самою адміністрацією, а її незалежність була відносною. Вищий адміністративний суд володів значно більшою автономією і не залежав від виконавчої влади. Його членів наділяли гарантії суддівської незмінності.

Адміністративні суди Вюртемберга були утворені 16 грудня 1876 р. Створена за зразком судової системи Бадена, система адміністративного судочинства Вюртемберга становила певне еволюційне оновлення, а не революційне перетворення системи адміністративних судів [10, s. 916]. Першою інстанцією були окружні управи (Kreisregierung), що склалися з трьох членів – чиновників. Апеляційний перегляд рішень окружних управ здійснював Вищий адміністративний суд (Verwaltungsgerichtshof), який часто діяв і як суд першої інстанції. Вюртемберзький закон про здійснення адміністративного судочинства містив необмежену загальну клаузулу, згідно з якою юрисдикція адміністративного суду поширювалася на “скарги на рішення або розпорядження адміністративних органів, у разі ствердження, що рішення або розпорядження, видані на підставі публічного права, не мотивовані правом, порушують його або створюють незаконний обов'язок” [12, s. 485]. Не приймали скарги на рішення, прийняті на основі повного адміністративного розсуду. Передумовою допустимості було вичерпання засобів адміністративного захисту.

Під час дослідження фактів, необхідних для прийняття рішення і доказів, Вищий адміністративний суд був необмежений заявами сторін. На будь-якій стадії провадження судом на власний розсуд витребувалися докази, про доцільність витребування яких сторона могла і не заявляти. Обґрунтування цих правил ґрунтується на твердженні, що в спорах публічного права “більшою чи меншою мірою порушується публічний інтерес”, тому адміністративному суду надається “вільніше, незалежніше від клопотань сторін становище” [7, с. 567].

У Баварії система адміністративного судочинства не набула значного розвитку. Система Баварських адміністративних судів згідно з Законом про створення Вищого адміністративного суду і провадження в адміністративних справах від 8 серпня 1878 р. була подібна до Пруської, за якою справжньою адміністративною судовою інстанцією слугував Вищий адміністративний суд (Verwaltungsgerichtshof), тоді як нижчими інстанціями були адміністративні органи (Distriktverwaltungsbehörden).

Саксонія найпізніше організувала в себе систему адміністративних судів. Закон від 19 липня 1900 р. перейняв вюртемберзьку систему. Нижньою інстанцією слугували повітові урядові установи (Kreishauptmannschaften), що функціонували

звичайно у вигляді одноособових органів. Однак, під час розгляду адміністративно-судових справ повітові установи засідали колегіально та складалися з гауптмана (Kreishauptmann) та двох чиновників. Верхню судову інстанцію становив Верховний адміністративний суд (Oberverwaltungsgericht).

Отож, в Саксонії адміністративна юстиція, на відміну від управлінської діяльності, характеризувалася не лише іншим способом провадження, але й такою ознакою, як колегіальний розгляд адміністративних справ, тоді як управління здійснювалося урядовими органами одноособово.

У німецькій державі того часу панувало зрощення в компетенції нижчих органів, адміністрації і адміністративної юстиції. Різниця між ними зроблена винятково на підставі різного способу провадження справ в одних і тих самих установах: більшу самостійність присвоювали адміністративному суду в тих випадках, коли він діяв як суд першої інстанції.

Отже, на початку свого зародження німецька адміністративна юстиція, незважаючи на всю неоднорідність в окремих німецьких державах мала один спільний недолік – зрощення адміністративного управління і адміністративної юстиції на місцевому рівні, що негативно позначалося на інтересах правосуддя, незалежності суддів і захисту прав громадян від сваволі публічної адміністрації.

1. Аншютц Г. Юстиция и администрация.– СПб., 1907.
2. Гнейст Р. Правовое государство и административные суды Германии.– СПб., 1896.
3. Загряцков М. Д. Административная юстиция и право жалобы.– М., 1924.
4. Коркунов Н. М. Административные суды в Пруссии// Сборник статей. 1877– 1897. – СПб., 1898.
5. Коркунов Н. М. Очерк теории административной юстиции// Журнал гражданского и уголовного права.– 1885.– №8.– С. 107–108.
6. Корф С. А. Административная юстиция в России.: Кн. 2–3.– М., 1910.
7. Goes K. Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg.– Germany, 1902.
8. Kaufman M. Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit.– Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.
9. Richter M. Die Untersuchungsmaxime im älteren Verwaltungsprozeß.– Lang, 1999.
10. Rüfner W. Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit.– Stuttgart, 1984.
11. Trostel E. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit von der Gründung bis zum Ausgang des Kaiserreichs// VBlBW, 1988.
12. Vom 16. Dezember 1876, RegBl. 485.

ВОЗНИКНОВЕНИЕ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ЮСТИЦИИ В ГЕРМАНИИ

О. Якимець

*Львовский национальный Университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 г. Львов, Украина*

Исследовано историю возникновения административного судопроизводства в Германии и предпосылки его формирования. Проанализирована структура административных судебных органов германских земель XIX века.

Ключевые слова: административный суд, возникновение, государственное управление, администрация, Германия

ORIGIN OF ADMINISTRATIVE JUSTICE IN GERMANY

O. Yakymets'

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

The article highlights the origin of administrative justice in Germany, and its formation prerequisites. Structure of administrative court bodies of the XIX-th century German lands is analyzed.

Key words: administrative court, origin, state governing, administration, Germany.

Стаття надійшла до редколегії: 08.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

АНАЛІЗ СПІВВІДНОШЕННЯ ЗМІСТУ ТЕРМІНІВ “ЗАСАДА” І “ПРИНЦИП” КРИЗЬ ПРИЗМУ ПРАВОВИХ ПОЗИЦІЙ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

В. Божко

*Полтавський національний технічний університет імені Ю. Кондратюка
Проспект Першотравневий, 24, 36011 Полтава, Україна*

Стаття присвячена аналізу співвідношення змісту термінів “засада” і “принцип” відповідно до правових позицій, сформульованих Конституційним Судом України. Не дивлячись на непослідовну позицію єдиного органу конституційної юрисдикції, зроблено висновок про близькість, але не тотожність досліджуваних термінів, адже перша категорія охоплює значно більше правових явищ.

Ключові слова: засада, принцип, Конституційний Суд України.

Аналіз вітчизняного законодавства не дав нам вичерпної відповіді на питання щодо співвідношення змісту термінів “засада” і “принцип”, але засвідчив, що законодавець прагне розмежувати їх зміст, однак це йому не дуже вдається. Саме тому звернемо свою увагу на дослідження правових позицій Конституційного Суду України (далі – КСУ) як єдиного органу конституційної юрисдикції, діяльність якого спрямована в тому числі й на офіційне тлумачення Конституції та законів України (ст. 150 Конституції України), для того, щоб виявити його розуміння щодо співвідношення змісту названих категорій.

Актуалізує наше дослідження той факт, що в назві багатьох вітчизняних нормативно-правових актів використовується термін “засада”, а не “принцип”. До того ж, актуальність такого аналізу, на нашу думку, зумовлена ще й тим, що відповідно до ч. 1 ст. 92 Конституції України виключно законами визначаються: *засади* регулювання праці й зайнятості (пункт 6); *засади* регулювання демографічних та міграційних процесів (пункт 10); *засади* утворення і діяльності політичних партій, інших об’єднань громадян, засобів масової інформації (пункт 11); *засади* місцевого самоврядування (пункт 15) тощо.

Тобто, скажімо, ухваливши в першому читанні проект Трудового кодексу України, або прийнявши Закон України “Про оплату праці”, вноормувавши механізм правового регулювання оплати праці, встановивши, врешті-решт, розмір мінімальної заробітної плати, – чи не вийшла Верховна Рада України за межі своїх повноважень? Адже відповідно до ч. 1 п. 6 ст. 92 Конституції України вона може визначати виключно *засади* регулювання праці і зайнятості. До того ж, згідно ч. 2 ст. 6 Основного Закону України, органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України. Цьому припису відповідає і диспозиція останнього абзацу ст. 85, згідно з якою Верховна Рада України здійснює й інші повноваження, які відповідно до Конституції України віднесені до її відання. Але ж, у жодній нормі Основного Закону України парламент нібито не наділений повноваженнями вноормувати відносини оплати праці. Можливо, таке повноваження і випливає з п. 6 ч. 1 ст. 92, бо *засади* регулювання праці охоплюють і оплату праці?

Отже, пам'ятаючи тезу О.С. Піголкіна про те, що в мові не може бути двох різних термінів, які б мали однакове значення [1, с. 114], спробуємо виявити позицію Конституційного Суду України щодо цієї, вже не зовсім лінгвістичної, а швидше юридичної ситуації.

Науково-теоретичною основою дослідження стали праці О.С. Піголкіна [1], О.В. Зайчука [30], П.Д. Пилипенка [31].

Виділення невіршених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується дана стаття. Віддаючи належне науковому доробку названих дослідників, співвідношення змісту досліджуваних термінів не було предметом їх спеціального аналізу.

Метою нашого дослідження є пошук відповіді на запитання щодо співвідношення змісту термінів “принцип” і “засада”.

Виявляється, що при використанні досліджуваних термінів і єдиний орган конституційної юрисдикції не є термінологічно бездоганним. Так, лише в одному своєму Рішенні від 2 листопада 2004 року №15-рп/2004 іменник “справедливість” він використовує в таких контекстах: “ідеологія справедливості”, “ідея справедливості”, “вимоги справедливості”, “справедливість – властивість права”, врешті-решт, “справедливість – одна з основних засад права” і “принцип справедливості” [2].

Тобто, на думку КСУ справедливість є водночас не лише ідеєю, ідеологією, але й принципом і засадою права. В цьому ж Рішенні про “верховенство права” КСУ говорить не лише як про принцип демократичного суспільства, але й як про засаду.

В іншому Рішенні КСУ розмірковує про “засади рівності” та “принцип рівності” [3].

І якщо наведені приклади використання досліджуваних термінів єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні породили впевненість щодо синонімічності їх змісту, то аналіз інших правових позицій засвідчив, на нашу думку, його термінологічну легковажність при формулюванні мотивувальної частини своїх рішень. Адже, КСУ використовує не лише такі терміни як “загальні принципи права” [4], “загальнодемократичні принципи” [5], “загальновизнані принципи сучасного права” [6], “загальновизнані правові принципи” [7], “загальновизнані принципи права” [8], але й навіть “загально-правові засади” – в резолютивній частині свого рішення [8]. Хоча, при цьому, навіть не намагається пояснити, наприклад, чим загальновизнані принципи права відрізняються від загально-правових засад.

Ще більше ускладнюють розуміння сутності досліджуваних термінів наступні формулювання КСУ. Так, обґрунтовуючи свою правову позицію в Рішенні від 16 січня 2003 року № 1-рп/2003, єдиний орган конституційної юрисдикції виходить з того, що “засадничими є положення Конституції України” [9], натомість в своєму Рішенні від 10 травня 2000 року № 8-рп/2000 “виходить з Конституції України, яка визначає *принципові* положення” [10].

Згідно ст. 71 Конституції України вибори до органів державної влади та органів місцевого самоврядування є вільними і відбуваються *на основі* загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування, про що нагадує КСУ в аб. 6 п. 3 мотивувальної частини свого Рішення від 19 жовтня 2009 року №26-рп/2009 [11]. Однак, у своєму Рішенні від 24 березня 2005 року № 3-рп/2005 стверджує, що “Конституція України закріпила *засади* виборчого права, встановивши, що вибори до цих органів є вільними і відбуваються *на основі* загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування” [12].

Тут доречно, напевно, нагадати, що відповідно до ст. 1 Закону України “Про вибори Президента України” від 5 березня 1999 року № 474-XIV, яка в редакції Закону

України від 18 березня 2004 року №1630-IV має назву “Основні *засади* виборів Президента України”, Президент України обирається громадянами України *на основі* загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування. Крім того, про те, що законність та заборона незаконного втручання будь-кого у цей процес, публічність, рівність всіх кандидатів тощо є саме *засадами* виборчого процесу вказано і в ч. 2 ст. 11 названого Закону. Хоча в своєму Рішенні від 22 грудня 2004 року №22-рп/2004 КСУ наполягав на “дотриманні *засад* загальних, рівних, вільних і справедливих виборів, законності, прозорості та відкритості виборчого процесу як основних *принципів* виборчого права, встановлених Конституцією України” [13]. Тобто *засади* виборчого права є водночас його основними принципами?

Зверніть також увагу на абзац 1 пункту 3 Окремої думки судді Конституційного Суду України В.М. Шаповала стосовно згаданого Рішення, в якій, розмірковуючи над змістом принципу рівності, він приходить до висновку, що “зазначений *принцип* є ключовою *засадою* у правозастосуванні”.

На нашу думку правова позиція КСУ щодо співвідношення змісту досліджуваних термінів красномовно виявляється також і в його Рішенні від 17 жовтня 2002 року №17-рп/2002, відповідно до якого “Верховна Рада України ... складається із чотириста п'ятдесяти народних депутатів ... обраних *на основі* виборчого права ... функціонує *на засадах* колегіальності ... за демократичним *принципом* прийняття рішень” [14].

Хотілось би привернути увагу і до Рішення від 17 квітня 2003 року №9-рп/2003, в якому КСУ поставив знак рівності між досліджуваними категоріями, сформулювавши наступним чином свою правову позицію: “Конституційний Суд України, вирішуючи порушене в конституційному поданні питання, виходить з того, що у статті 71 Конституції України встановлено *засади (принципи)* виборчого права України” [15].

Про тотожність цих термінів говорить і законодавець. Адже згідно ст. 2 Закону України “Про Центральну виборчу комісію” від 30 червня 2004 року, під назвою “Основні *принципи* діяльності Комісії”, вказано наступне: “Комісія відповідно до своїх повноважень *забезпечує дотримання* передбачених Конституцією України та законами України *принципів і засад* виборчого і референдумного процесів” [16].

Відповідно до ст. 129 Конституції України законність, рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом, забезпечення доведеності вини, змагальність сторін тощо є основними *засадами* судочинства. Тому і в своєму Рішенні від 27 січня 2010 року №3-рп/2010 КСУ теж розмірковує про “основні *засади* судочинства” [17]. Однак, у Рішенні від 30 червня 2009 року №16-рп/2009 говорить, що “судове рішення повинно базуватись *на принципах* неупередженості, незалежності, змагальності сторін та рівності усіх учасників судового процесу” [18], одночасно стверджуючи, що “обов'язковість рішень суду є однією із основних *засад* судочинства, яка гарантує ефективне здійснення правосуддя” [18].

Отже, чи можна вважати доведеним той факт, що “принцип” і “засада” є тотожними термінами і відображають одне і те ж явище? У читача, мабуть, виникне запитання: навіщо далі аналізувати правові позиції КСУ, якщо вони такі термінологічно багатоманітні? Маємо визнати певне підґрунтя для такого висновку, а тому вважаємо, що єдиний орган конституційної юрисдикції повинен більш виважено формулювати свої правові позиції, адже його рішення є загальнообов'язковими до виконання. Окрім того, слід погодитись з тим, що в окремих рішеннях КСУ таки можна відшукати і певне раціональне зерно для розмежування змісту досліджуваних термінів. Так, у Рішенні від 10 червня 2003

року №11-рп/2003 КСУ стверджує наступне: “*Засади* правового регулювання відносин власності та її форми встановлено Конституцією України. Основним Законом України, зокрема, визначено суб’єкти та об’єкти права власності, закріплено рівність суб’єктів права власності перед законом, гарантії права власності й обов’язки власників, положення про те, що сама власність не повинна використовуватися на шкоду людині і суспільству” [19].

Рациональність наведеної правової позиції КСУ вбачаємо в тому, що, на його думку, *засади* правового регулювання відносин власності охоплюють такі явища, як суб’єкти та об’єкти права власності, гарантії права власності й обов’язки власників, тезу про те, що сама власність не повинна використовуватися на шкоду людині й суспільству. Тобто за своїм змістом засади правового регулювання відносин власності охоплюють значно більше правових явищ, аніж принципи правового регулювання цих відносин.

Відповідно до Рішення КСУ від 12 червня 2007 року №2-рп/2007 “Конституцією України передбачено *загальні засади* утворення і діяльності політичних партій” [5]. А в попередньому реченні цього ж рішення він стверджує, що “Конституція України допускає *додаткове* унормування законом *загальних засад* утворення і діяльності політичних партій за умови дотримання загальнодемократичних принципів”. Шкода, що при цьому КСУ не звернув уваги на п. 11 ч. 1 ст. 92 Конституції України, відповідно до якої *виключно законами* України визначаються *засади* утворення і діяльності політичних партій.

Однак, у своєму Рішенні від 3 березня 1998 року №2-рп/98 КСУ стверджує, що “згідно з пунктом 11 частини першої статті 92 Конституції України *засади* утворення і діяльності політичних партій, інших об’єднань громадян визначаються виключно законами України. Це означає, що законами України визначаються основні, вихідні положення, на яких ґрунтуються утворення і діяльність політичних партій та інших об’єднань громадян” [20].

У своєму Рішенні від 16 жовтня 2007 року №9-рп/2007 КСУ також наголошує: “Створення структури партійних організацій політичних партій належить до *основоположних засад* їх діяльності” [21]. Це є свідченням того, що термін “засада” охоплює значно більшу кількість явищ, аніж термін “принцип” та визначає основні, вихідні положення певного явища.

Підтвердження цього можна відшукати і в Рішенні КСУ від 10 червня 2010 року № 15-рп/201, згідно якого “однією із *засад* правової системи України є визнання і дія *принципу* верховенства права” [22]. Тобто, принцип є елементом, складовою засад правової системи України.

У своєму Рішенні від 13 травня 1998 року №6-рп/98 КСУ сформулював правову позицію, відповідно до якої “основоположні *принципи* місцевого самоврядування закріплені в Конституції України (розділ XI)” [23]. Однак згодом, у Рішенні від 18 червня 2002 року №12-рп/2002 він стверджує інше: “У розділі XI “Місцеве самоврядування” Конституції України, зокрема, визначено *засади* організації і діяльності місцевого самоврядування як конституційно-правового інституту” [24]. І далі: “Установивши в статтях 140-145 Конституції України *основні засади* функціонування місцевого самоврядування, його органів, матеріальну і фінансову основу тощо, Конституція України *решило питань* організації місцевого самоврядування, формування, діяльності та відповідальності його органів віднесла до визначення законом” [24].

Проте, по-перше, загальновизнано, що правовий інститут є сукупністю норм права [30, с. 388], а тому, на нашу думку, не коректно говорити про засади організації

та діяльності місцевого самоврядування як конституційно-правового інституту. По-друге, не зовсім зрозуміло, що саме визначено в Розділі XI Конституції України: принципи чи засади функціонування місцевого самоврядування? Виходячи із попередньої правової позиції КСУ, можна вважати, що засади. “Решта питань організації місцевого самоврядування має бути визначена законом”, – вказав КСУ. Але ж, відповідно до п. 15 ч. 1 ст. 92 Конституції України *виключно законами України* визначаються *засади* місцевого самоврядування. Впевнені, що не потрібно нагадувати про те, що сам КСУ не схильний поширювати дію загального терміну “закон” на Конституцію України. Отже, відповідно до Основного Закону України засади місцевого самоврядування мають бути визначені виключно в законі, а згідно правової позиції КСУ – вони вже визначені в Конституції України. То як же вирішити колізію, створену КСУ? Однак, чи не перевищив своїх повноважень парламент, прийнявши Закон України “Про місцеве самоврядування в Україні” від 21 травня 1997 року, яким, відповідно до преамбули, визначив не лише *засади* місцевого самоврядування в Україні, але і його “систему та гарантії, *засади* організації та діяльності, правового статусу і відповідальності органів та посадових осіб місцевого самоврядування” [25]? Цікавим також є той факт, що лише ст. 5 названого закону містить, як впливає з її назви, основні *принципи* місцевого самоврядування. Тобто місцеве самоврядування в Україні здійснюється на таких принципах, як: народовладдя; законність; гласність; судового захисту прав місцевого самоврядування тощо.

Щоправда, відповідно до Рішення КСУ від 27 травня 2008 року №11-рп/2008 “Основний Закон держави визначає *загальні засади* місцевого самоврядування в Україні (розділ XI), на основі та на виконання яких приймаються закони, що *безпосередньо врегульовують* питання організації місцевого самоврядування, формування, діяльності та відповідальності органів місцевого самоврядування” [26]. І далі: “*Засади* організації та діяльності, правового статусу і відповідальності органів та посадових осіб місцевого самоврядування визначено у Законі України “Про місцеве самоврядування в Україні”” [26].

Тобто в Конституції України визначено *загальні засади*, а безпосередньо врегульовують відносини – норми закону (чи визначають просто засади)? А як тоді бути із приписом частини 3 ст. 8 Конституції України, що її норми є нормами прямої дії, що ж вони тоді вноормовують? До того ж у Рішенні від 18 червня 2002 року №12-рп/2002 КСУ стверджував, що в розділі XI Конституції України визначено *засади організації і діяльності* місцевого самоврядування як конституційно-правового інституту, а тепер стверджує, що засади організації місцевого самоврядування, формування, діяльності та відповідальності органів місцевого самоврядування має бути визначено законом.

Разом з тим, стає очевидним, що зміст терміну “засада” є ширшим, аніж терміну “принцип”, хоча зміст першого чітко не визначив ані законодавець, ані КСУ. Крім того, варто згадати, що відповідно до ст.140 Конституції України та частини 1 ст.2 названого Закону місцеве самоврядування – це право територіальної громади самостійно вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції і законів України. А якщо воно ототожнюється із правом територіальної громади, тобто визначає межі можливої поведінки одного із суб’єктів конституційно-правових правовідносин, то, по-перше, чи можуть взагалі існувати принципи, які визначають здійснення будь-якого права? Адже принципи визначають основні напрямки, засади правового регулювання. Тобто існують принципи лише того, що є об’єктом правового регулювання. А чи може право, як елемент правового статусу суб’єкта права, знаходитись в сфері правового впливу,

чи воно є його результатом? По-друге, який зміст може мати принцип “судового захисту прав місцевого самоврядування”, – тобто захист прав права?

У Рішенні від 2 березня 1999 року №2-рп/99 КСУ констатує, що згідно пункту 5 частини першої статті 85 Конституції України до повноважень Верховної Ради України належить визначення *засад* внутрішньої і зовнішньої політики. “Під державною політикою розуміються стратегічні напрями діяльності держави в економічній, соціальній, правовій та інших сферах її внутрішнього життя, а також у сфері відносин з іншими державами. Натомість *засади* внутрішньої і зовнішньої політики – *це відправні ідеї стратегічної лінії діяльності держави у названих сферах. Вони є базою для проведення політики органами виконавчої влади*” [27].

Тобто засади – це те підгрунття, на основі якого здійснюється певна діяльність; це ідеї, які визначають стратегічний напрям діяльності держави в будь-якій сфері життєдіяльності суспільства.

У названому Рішенні КСУ далі стверджує: “Цінова політика ... є однією із складових частин внутрішньої економічної і соціальної політики держави. Конституційне повноваження Верховної Ради України на визначення *засад* цієї політики реалізоване нею, зокрема, у Законі України “Про ціни і ціноутворення”, який сформулював основні *принципи* встановлення, застосування цін і тарифів та організації контролю за їх дотриманням на території України” [27].

Таким чином, реалізація *засад* здійснюється через формування принципів. Тобто *засади* визначають зміст принципів, а останні є похідними від *засад*. Іншими словами, парламент визначає *засади*, формулює принципи правового регулювання оплати праці. А Кабінет Міністрів України, відповідно до пункту 3 ст.116 Конституції України, забезпечує проведення політики у сфері праці й зайнятості населення, соціального захисту, в тому числі й оплати праці.

Відповідно до Рішення КСУ від 10 лютого 2000 року №2-рп/2000 “*засади* цінової політики – *це відправні, вихідні ідеї, які виражають найважливіші підвалини і закономірності політики цін, в той же час – це відносно самостійна, відокремлена від конкретного регулювання цін і тарифів категорія. Головною метою засад цінової політики є спрямування і забезпечення збалансованості усього механізму ціноутворення, єдності в регулюванні відносин у цій сфері*” [28]. І далі: “Невід’ємною частиною *реалізації засад* політики ціноутворення в державі є визначення механізму та конкретних органів, на які покладено обов’язки щодо забезпечення виконання політики в цій сфері” [28].

Отже, *засади* визначають найважливіші підвалини і закономірності певного явища. Їх метою є збалансування, узгодження здійснюваного впливу. При цьому реалізація *засад* здійснюється через визначення механізму та конкретних органів, на які покладено обов’язки щодо реалізації такої політики.

І, нарешті, в Рішенні від 9 липня 1998 року №12-рп/98 КСУ вказує: “Визнаючи важливість права на працю як основи життєдіяльності людини, Конституція України закріплює та гарантує основні трудові права громадян і встановлює, що *засади* регулювання праці й зайнятості визначаються виключно законами України. *Найбільш соціально важлива частина трудових відносин, яка охоплюється конституційним поняттям “засади регулювання праці й зайнятості”, визначається лише законом, решта – іншими нормативно-правовими актами*” [29]. І далі: “Шляхом укладення трудового договору з роботодавцями громадяни реалізують своє конституційне право на працю... Саме тому *основні елементи інституту трудового договору* (порядок укладення трудового договору, його зміст, гарантії працівникам при укладенні, зміні та припиненні трудового договору, підстави

припинення договору тощо) як такі, що мають засадничий характер, повинні врегульовуватись лише законом”, – узагальнює КСУ [29].

Єдиний орган конституційної юрисдикції названою правовою позицією не лише дає найбільш вичерпну відповідь на питання про те, які явища охоплюють засади регулювання праці й зайнятості та як засади співвідносяться із принципами, але й породжує низку додаткових запитань. По-перше, сумнівним є визнання засад елементом, частиною трудових відносин, а не вектором, який визначає напрям їх правового регулювання. Тобто, якщо в своїй правовій позиції, сформульованій в Рішенні від 2 березня 1999 року №2-рп/99, засади визначали ідеї, підгрунття, але не були елементом, частиною відносин ціноутворення, то в Рішенні від 9 липня 1998 року №12-рп/98 засади становлять частину трудових відносин. Натомість загальновизнано, що суспільні відносини, які врегульовані нормами права, складаються із суб’єкта, об’єкта, врешті-решт суб’єктивного права та юридичного обов’язку [30, с. 436]. То до якої із названих складових входять засади регулювання?

По-друге, на думку КСУ основними елементами інституту трудового договору є порядок укладення трудового договору, його зміст, гарантії працівникам при укладенні, зміні та припиненні трудового договору, підстави припинення договору тощо. Однак, загальновизнано, що правові інститути складаються виключно із сукупності правових норм [30, с.388]. А тому сумнівним є віднесення, скажімо, порядку укладення трудового договору, чи його змісту до норми права – загальнообов’язкових правил поведінки.

По-третє, оскільки складовими правового інституту є норми права, однією із властивостей яких є формальна визначеність [30, с. 387], важко уявити як вони (як елемент інституту трудового договору) не лише можуть, але й повинні врегульовуватись законом! Тобто Конституційним Судом України норма права визнається об’єктом правового впливу, хоча на нашу думку, вона є засобом, за допомогою якого здійснюється правове регулювання суспільних відносин. Сумнівною також є можливість визначення змісту трудового договору за допомогою закону, адже, як справедливо стверджує П.Д. Пилипенко, одним із принципів правового регулювання трудових відносин є договірне встановлення умов праці [31, с. 51]. Гарантії працівникам при укладенні, зміні та припиненні трудового договору, підстави припинення договору – чи все це взагалі може бути предметом правового регулювання? До того ж КСУ не навів вичерпного переліку основних елементів інституту трудового договору, які через засадничий характер мають врегульовуватись лише законом.

Таким чином, в результаті дослідження було виявлено, що “засада” і “принцип” є дуже близькими, але не тотожними категоріями, тобто вони не є синонімами. Саме тому і законодавець, і КСУ іноді навіть їх використовують у схожому значенні. Однак, ретельний аналіз засвідчив, що термін “засада” є ширшим за своїм змістом та охоплює також і ті явища, які окреслюються категорією “принцип”. Так, наприклад, засади правового регулювання оплати праці, керуючись правовими позиціями КСУ, охоплюють принципи та функції оплати праці, її правовий режим та механізм правового регулювання; визначають суб’єктів оплати праці, їх правосуб’єктність, гарантії реалізації ними свого правового статусу тощо. Але принципи оплати праці є найважливішою складовою цих засад, адже саме вони зумовлюють зміст всіх інших її компонентів.

Саме тому переконані, що зміст терміну “принцип” можна розкрити через ширшу за своїм змістом категорію “засада”, а не навпаки.

1. Язык закона / Под ред. А.С.Пиголкина. – М.: Юрид. лит.-ра, 1990. – 200 с.
2. Рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004 // Офіційний вісник України. – 2004. – №45. – Ст.2975.
3. Рішення Конституційного Суду України від 6 грудня 2001 року № 17-рп/2001 // Офіційний вісник України. – 2001. – №50. – Ст.2239.
4. Рішення Конституційного Суду України від 24 березня 2005 року № 2-рп/2005 // Офіційний вісник України. – 2005. – №13. – Ст.674.
5. Рішення Конституційного Суду України від 12 червня 2007 року № 2-рп/2007 // Офіційний вісник України. – 2007. – №54. – Ст.2183.
6. Рішення Конституційного Суду України від 13 травня 1997 року № 1-зп // Офіційний вісник України. – 1997. – №20. – С.117.
7. Рішення Конституційного Суду України від 11 липня 1997 року № 3-зп // Офіційний вісник України. – 1997. – №29. – С.85.
8. Рішення Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 року № 18-рп/2004 // Офіційний вісник України. – 2004. – №50. – Ст.3288.
9. Рішення Конституційного Суду України від 16 січня 2003 року № 1-рп/2003 // Офіційний вісник України. – 2003. – №5. – Ст.192.
10. Рішення Конституційного Суду України від 10 травня 2000 року №8-рп/2000 // Офіційний вісник України. – 2000. – №37. – Ст.1592.
11. Рішення Конституційного Суду України від 19 жовтня 2009 року № 26-рп/2009 // Офіційний вісник України. – 2009. – №82. – Ст.2793.
12. Рішення Конституційного Суду України від 24 березня 2005 року № 3-рп/2005 // Офіційний вісник України. – 2005. – №13. – Ст.675.
13. Рішення Конституційного Суду України від 24 грудня 2004 року № 22-рп/2004 // Офіційний вісник України. – 2004. – №52 (частина 1). – Ст.3455.
14. Рішення Конституційного Суду України від 17 жовтня 2002 року № 17-рп/2002 // Офіційний вісник України. – 2002. – №44. – Ст.2045.
15. Рішення Конституційного Суду України від 17 квітня 2003 року № 9-рп/2003 // Офіційний вісник України. – 2003. – №17. – Ст.791.
16. Про Центральну виборчу комісію: Закон України від 30 червня 2004 року № 1932-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – №36. – Ст.448.
17. Рішення Конституційного Суду України від 27 січня 2010 року № 3-рп/2010 // Офіційний вісник України. – 2010. – №9. – Ст.466.
18. Рішення Конституційного Суду України від 30 червня 2009 року № 16-рп/2009 // Офіційний вісник України. – 2009. – №52. – Ст.1800.
19. Рішення Конституційного Суду України від 10 червня 2003 року № 11-рп/2003 // Офіційний вісник України. – 2003. – №25. – Ст.1217.
20. Рішення Конституційного Суду України від 3 березня 1998 року № 2-рп/98 // Офіційний вісник України. – 1998. – №24. – Ст.896.
21. Рішення Конституційного Суду України від 16 жовтня 2007 року № 9-рп/2007 // Офіційний вісник України. – 2007. – №80. – Ст.2980.
22. Рішення Конституційного Суду України від 10 червня 2010 року № 15-рп/2010 // Офіційний вісник України. – 2010. – №52. – Ст.1745.
23. Рішення Конституційного Суду України від 13 травня 1998 року № 6-рп/98 // Офіційний вісник України. – 1998. – №23. – Ст.851.
24. Рішення Конституційного Суду України від 18 червня 2002 року № 12-рп/2002 // Офіційний вісник України. – 2002. – №26. – Ст.1233.
25. Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21 травня 1997 року // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – №24. – Ст.170.

26. Рішення Конституційного Суду України від 27 травня 2008 року № 11-рп/2008 // Офіційний вісник України. – 2008. – №40. – Ст.1328.
27. Рішення Конституційного Суду України від 2 березня 1999 року № 2-рп/99 // Офіційний вісник України. – 1999. – №10. – Ст.396.
28. Рішення Конституційного Суду України від 10 лютого 2000 року № 2-рп/2000 // Офіційний вісник України. – 2000. – №30. – Ст.1284.
29. Рішення Конституційного Суду України від 9 липня 1998 року № 12-рп/98 // Офіційний вісник України. – 1998. – №32. – Ст.1209.
30. Теорія держави і права. Академічний курс: Підручник / За ред. О.В. Зайчука, Н.М.Оніщенко. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 688 с.
31. Трудове право України: Академічний курс: Підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / П.Д.Пилипенко, В.Я.Буряк, З.Я.Козак та ін.; За ред. П.Д.Пилипенка. – К.: Концерн Видавничий Дім “Ін Юре”, 2004. – 536 с.

АНАЛИЗ СООТНОШЕНИЯ СОДЕРЖАНИЯ СРОКОВ “ЗАСАДА” И “ПРИНЦИП” СКВОЗЬ ПРИЗМУ ПРАВОВЫХ ПОЗИЦИЙ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА УКРАИНЫ

В. Божко

*Полтавский национальный технический университет имени Ю. Кондратиюка
Проспект Первомайский, 24, 36011 Полтава, Украина*

Статья посвящена анализу соотношения содержания сроков “засада” и “принцип” в соответствии с правовыми позициями, сформулированными Конституционным Судом Украины. Несмотря на непоследовательную позицию единственного органа конституционной юрисдикции, сделан вывод о близости, но не тождественность исследуемых сроков, ведь первая категория охватывает значительно больше правовых явлений.

Ключевые слова: засада, принцип, Конституционный Суд Украины.

“FOUNDATION” AND “PRINCIPLE” CONTENT CORRELATION THROUGH THE PRISM OF LEGAL POSITIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE

V. Bozhko

*Yu. Kondratiuk Technical National University of Poltava
Pershotravnepvi Prosp. 24, UA – 36011 Poltava, Ukraine*

The article is devoted to the analysis of “foundation” and “principle” content correlation analysis in accordance with the Constitutional Court of Ukraine legal positions. Notwithstanding the fact of the inconsistent position of the Constitutional Court of Ukraine, the author makes conclusions, that these terms are similar but not the identical ones, as the first category comprises more legal phenomena in comparison with the latter.

Key words: foundation, principle, Constitutional Court of Ukraine.

Стаття надійшла до редколегії: 21.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС ПРЕМ'ЄР-МІНІСТРА ЯПОНІЇ

В. Кобрин

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
e-mail: volodymyrkobryn@meta.ua*

У статті комплексно досліджено конституційно-правовий статус Прем'єр-міністра Японії. Детально проаналізовано його функції, повноваження та місце в системі органів влади Японії.

Ключові слова: Прем'єр-міністр, Кабінет Міністрів, Японія.

Питання правового статусу глави уряду викликали і продовжують викликати неабияке наукове зацікавлення в істориків, політологів та правознавців в галузі конституційного права. Досвід зарубіжних держав для України в питанні правового статусу глави уряду є цікавим, корисним та безцінним, адже після повернення до редакції Конституції 1996 р. [1] та прийняття нового Закону України “Про Кабінет Міністрів України” [3] виникають нові “старі” проблеми та неузгодженості в цьому напрямку.

Ефективне здійснення главою уряду своїх повноважень на думку В.В. Марченка значною мірою впливає на властивість соціально-політичних, економічних й інших процесів у державі, тому конституційне закріплення статусу позначеної посадової особи визначає лише специфіку розподілу повноважень між гілками влади, але й обумовлює особливості прийняття важливих для держави рішень щодо всіх аспектів життєдіяльності нації [11, с. 85].

Японія є однією з держав, де успішно функціонує інститут глави уряду, а тому досвід цієї країни є актуальним і корисним для України. Японія – конституційна монархія, в основу якої закладена британська парламентська модель та низка положень цивільного законодавства Німеччини та Франції. Влада в країні поділена на законодавчу (парламент), виконавчу (уряд) і судову (Верховний суд). Імператор Японії згідно Конституції є “символом держави та єдності народу”, а також головою країни та імператорської сім'ї.

Прем'єр-міністр Японії (найкаку сорі-дайзін, “Головний міністр Кабінету Міністрів”) – глава уряду держави Японія, голова Кабінету Міністрів Японії. Посада Прем'єр-міністра Японії була заснована 1885 року, разом із формуванням першого в історії країни Кабінету Міністрів. Її затвердила Конституція Великої Японської імперії та Імператорський рескрипт № 135 від 1889 року “Про урядову систему Кабінету Міністрів”. Згідно з цими постановами Прем'єр-міністр очолював Кабінет Міністрів, але був у ньому як *primus inter pares* (з лат. перший серед рівних). Він не мав усіх важелів виконавчої влади і залежав від Імператора та голів військових відомств. На практиці Прем'єр-міністр Японії був свого роду “адміністратором” уряду, не виконуючи при цьому функції політичного лідера та не являючись центром прийняття управлінських рішень [18].

Після прийняття Конституції 1947 року [2] в Японії формується парламентсько-кабінетна система правління. Так, наприклад, відомий японський конституціоналіст Акібо Ватанабе в своїй праці “Уряд і політика в сучасній Японії” [4] зазначає, що Конституція Японії 1947 року хоч і була заснована на

явних рекомендаціях США, та все таки закріпила політичну систему парламентсько-кабінетного, а не президентського типу.

Правові основи діяльності уряду закріплені в Конституції Японії 1947 р. (ст. 65 – 75). Нормативно-правова база, котра регулює питання організації та діяльності уряду Японії сформувалася в перші післявоєнні роки. Поряд з положеннями Основного закону цю базу складають Закон про кабінет міністрів 1947 р. та Закон про організацію державного управління 1948 р. [7, с. 158].

Кабінет Міністрів Японії (найкаку) – вищий орган виконавчої влади в Японії складається з Прем'єр-міністра (найкаку-сорідайдзін), який очолює кабінет та державних міністрів (кокому-дайдзін). Механізм обрання глави уряду на свою посаду є досить цікавим і оригінальним, поряд з цим традиційно для парламентарних монархій його здійснює парламент [12].

Згідно зі ст. 67 Конституції Японії Прем'єр-міністр висувається резолюцією парламенту з числа членів парламенту. При цьому таке висування як правило передує усім іншим справам парламенту. Якщо палата представників та палата радників (в Японії двопалатний парламент) прийняли різні резолюції про висування на посаду і на спільному засіданні обох палат згоди по кандидатурі прем'єр-міністра не досягнуто, а також якщо палата радників (верхня палата парламенту) не прийняла рішення протягом десяти днів після висування кандидатури прем'єр-міністра палатою представників, то рішенням парламенту буде вважатися рішення його нижньої палати – палати представників. Формально ж прем'єр-міністр Японії згідно зі ст. 6 Конституції призначається на посаду імператором по представленню парламенту. Якщо посада прем'єр-міністра Японії стає вакантною, то кабінет в повному складі йде у відставку [8, с. 397].

Прем'єр-міністр як і державні міністри Японії повинен бути цивільною особою. Під терміном “цивільна особа” розуміють особу, яка не перебуває на військовій службі, не була в минулому професійним військовим та не пропагує мілітаристської ідеології [10, с. 508].

Прем'єр-міністр Японії наділений правом відстороняти державних міністрів від виконання своїх обов'язків на власний розсуд (ст. 68 Конституції). На практиці японські прем'єр-міністри використовують це право досить часто.

Прем'єр-міністр керує роботою кабінету міністрів. У випадку, коли глава кабінету тимчасово не може виконувати свої повноваження, його функції виконує один із міністрів кабінету при умові, що він був наперед уповноважений на таке виконання самим прем'єр-міністром. Прем'єр-міністр має право покласти на себе обов'язки будь-якого міністра чи доручити їх виконання іншому міністру, коли хто-небудь із міністрів покинув свій пост [16].

Характеризуючи політико-правовий статус прем'єр-міністра, японські дослідники зазвичай зазначають, що, з одного боку, глава уряду керує роботою кабінету міністрів і є головним міністром, а з другого – безпосередньо керує роботою канцелярії кабінету.

Конституційно-правовий статус прем'єр-міністра Японії включає в себе такі повноваження:

- призначати на посаду державних міністрів і відправляти їх у відставку (ст. 68);
- здійснювати керівництво на засіданнях кабінету (ст. 66);
- брати участь та виступати на засіданнях парламенту (ст. 63);
- представляти законопроекти кабінету парламенту (ст. 72);
- звітувати перед парламентом про стан справ в державі в цілому та про зовнішню політику;

- давати згоду на притягнення державних міністрів до судової відповідальності (ст. 75);
- контрасигнувати всі закони та урядові укази, підписані компетентними державними міністрами (ст. 74) [6, с. 659 – 661].

В згаданому вище Законі про кабінет міністрів за прем'єром закріплено такі повноваження:

- давати пропозиції (пропонувати) на розгляд кабінету основні напрямки політики у важливих сферах державної діяльності (ст. 4);
- виконувати функції арбітра у випадках неясності чи невизначеності у розмежуванні повноважень між окремими міністерствами (ст. 7);
- призупиняти (до розгляду кабінетом) діяльність всіх інших органів виконавчої влади та дії по їх розпорядженнях (ст. 8);
- призначати тимчасово виконуючого обов'язків прем'єр-міністра (ст. 9);
- призначати тимчасово виконуючих обов'язків державних міністрів (ст. 10) [13].

Крім того, повноваження прем'єр-міністра Японії закріплені і в інших законодавчих актах. Наприклад, право прем'єр-міністра Японії проголошувати надзвичайний стан передбачено в Законі про міліцію (ст. 71, 72), а право проголошувати надзвичайний стан у зв'язку з стихійним лихом – в Законі про стихійні лиха (ст. 105). Повноваження по реалізації вищого контролю і нагляду за силами самооборони Японії прем'єр-міністр наділений Законом про сили самооборони (ст. 7).

Окрім цього Прем'єр-міністра Японії має право видавати особливі дозволи на діяльність громадських і негромадських організацій, згідно Закону про банки, Закону про кредитування, Закону про фінансові товари і торгівлю та ін.

Не можна не звернути уваги і на законодавчий процес, в якому не останню роль відіграє глава японського уряду. Так прийнятий парламентом закон підписується міністром, який відповідальний за його виконання, контрасигнується Прем'єр-міністром і лише тоді направляється Імператору для промульгації.

Водночас фігура прем'єр-міністра протягом тривалого проміжку часу залишалася вкрай слабкою, про що детально писали японські юристи і політологи. “Слабкість” прем'єр-міністра Японії проявлялася передусім у його взаємовідносинах з іншими членами кабінету. Згідно зі ст. 2 Закону про кабінет міністрів у попередній редакції прем'єр-міністр не міг виступати з програмними пропозиціями з приводу проведення визначеного курсу у важливих сферах державного управління до тих пір, поки такі пропозиції не були погоджені з керівниками відповідних міністерств та відомств та не отримали їх повної підтримки. Крім того, прем'єр-міністр не міг давати безпосередньо вказівки міністерствам і відомствам, оскільки в такому випадку порушувався принцип розподілу обов'язків, закріплений ст. 7 Закону про кабінет міністрів. Необхідність узгоджувати свої рішення з керівниками міністерств і відомств в значній мірі знизила ефективність діяльності прем'єр-міністра при настанні надзвичайних ситуацій, проведення широкомасштабних реформ і перетворень тощо [18].

Саме тому одним з основних напрямків адміністративної реформи на межі ХХ–ХХІ ст. стало те, що в офіційних японських документах називають “посиленням політичного керівництва”. Під сильним політичним керівництвом насамперед розуміється створення юридичних і організаційних передумов, необхідних для того, щоб прем'єр-міністр був реальним лідером країни, незалежним від бюрократії і не зв'язаним відомчими інтересами та міг самостійно ініціювати прийняття важливих політичних рішень із загальнонаціональних питань [7, с. 168].

Поправки внесенні в Закон про кабінет міністрів, дають підстави стверджувати, що прем'єр-міністр Японії – це не тільки головуючий, який веде засідання кабінету. Тепер за ним закріплено право самостійно пропонувати курс при формуванні основ зовнішньої політики і безпеки держави, в питаннях фінансової політики, загального управління економікою, формування державного бюджету, визначення структури і кадрового складу адміністративних органів. По зазначеним питанням прем'єр-міністр наділений правом внесення своїх проектів рішення кабінету міністрів та законопроектів безпосередньо на засідання кабінету, обминаючи стадію внутрішнього урядового погодження. Така можливість в значній мірі “звільняє йому руки” та підвищує ефективність управління у випадках надзвичайних ситуацій [15].

Для забезпечення діяльності Прем'єр-міністра Японії створюється дорадчо-консультаційний орган, який іменується канцелярією. При канцелярії Прем'єр-міністра та міністерствах існує велика кількість комітетів та управлінь. Так при канцелярії глави уряду Японії свою діяльність здійснює комісія по врегулюванню екологічних конфліктів, комітет в справах державної безпеки, комітет в справах справедливої торгівлі, управління в справах земель державної власності, управління імператорського двору, управління в справах навколишнього середовища тощо [9, с. 754–755].

В процесі вже згадуваної адміністративної реформи був збільшений штат особистих радників (помічників) прем'єр-міністра. Крім того, прем'єр-міністр надано право у випадку необхідності додатково залучати для роботи в секретаріаті та канцелярії як державних службовців, так і осіб, працюючих в недержавній сфері (вчених, науковців, підприємців тощо) [5, с. 572–591].

Серед атрибутів глави уряду – Прем'єр-міністра Японії можна виділити емблему та урядову резиденцію. Потрібно відразу зазначити, що до 2001 року Прем'єр-міністр Японії мав ще серед атрибутів штандарт, який сьогодні використовують як штандарт міністра оборони Японії [17].

Емблема Прем'єр-міністра Японії – золота павловнія на синьому тлі, яку називають в цій країні монном. Мон (яп. мон, “візерунок”) – родова емблема в Японії. Інші назви – монсьо (“герб”), мондокоро (“емблема”), камон (“родовий візерунок”) тощо. Мон не є гербом, оскільки його дизайн не відповідає законам геральдики. Однак його застосування як знаку для позначення приватної чи родової власності є подібним до використання гербів у Європі. Урядова резиденція Прем'єр-міністра Японії, яка служить його робочим кабінетом, знаходиться у Токіо в районі Тійода-ку кварталі Нагатацьо. Поруч з нею розташована Офіційна резиденція Прем'єр-міністра, яка виконує функцію помешкання глави японського уряду [14].

Підсумовуючи зробимо висновок, що діяльність вищих органів державної влади Японії забезпечується передусім діяльністю глави уряду – Прем'єр-міністра. Аналіз його правового статусу свідчить проте, що це один з найсильніших глав урядів у світі, адже маючи широкі повноваження у сфері виконавчої влади, Прем'єр-міністр Японії відіграє і самостійну роль у державному механізмі.

Крім того, повноваження Прем'єр-міністра Японії не є надлишковими, оскільки спрямовуються на реалізацію функцій, притаманних цьому інституту влади.

1. Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Конституція Японії – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ndl.go.jp>

3. Закон України “Про Кабінет Міністрів України” від 7 жовтня 2010 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/>
4. Акио Ватанабэ. Правительство и политика в современной Японии / Ватанабэ Акио. – Токио – 1993.
5. Арбузкин А. М. Конституционное право зарубежных стран : учеб. пособие / А.М. Арбузкин. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Норма : Инфра-М. – 2010. – 704 с.
6. Избранные конституции зарубежных стран : учеб. пособие / отв. ред. Б.А. Страшун. – М. : Издательство Юрайт ; ИД Юрайт. – 2011. – 795 с. – Серия : Основы наук.
7. Козырин А.Н., Глушко Е.К. и др. Правительство в зарубежных странах : Учебное пособие / Под ред. проф., д.ю.н. А.Н. Козырина и доц., к.ю.н. Е.К. Глушко. – М. : Ось-89. – 2009. – 240 с.
8. Конституции зарубежных государств: Великобритания, Франция, Германия, Италия, Соедин. Штаты Америки, Япония, Бразилия: учеб. пособие / [сост. сб., пер., авт. введ. и вступ. ст. В.В. Маклаков]. – 7-е изд., перераб. и доп. – М. : Волтерс Клувер, 2010. – 656 с. 369-385, 385-402.
9. Конституционное право зарубежных стран : учебник / под общ. ред. М.В. Баглая, Ю.И. Лейбо и Л.М. Энтина. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Норма : Инфра-М. – 2010. – 1088 с.
10. Конституційне право зарубіжних країн : Навч. Посібник / М.С. Горшеньова, К.О. Закоморна, В.О. Ріяка та ін. ; За заг. ред. В.О. Ріяки. – 2-е вид., допов. і перероб. – К. : Юрінком Інтер. – 2004. – 544 с.
11. Марченко В.В. Конституційно-правовий статус уряду у країнах ЄС (на прикладі Франції, Федеративної Республіки Німеччини, Іспанії) : Монографія / В.В. Марченко. – К. : Алерта. – 2010. – 216 с.
12. Офіційний сайт Кабінету Міністрів Японії. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.cao.go.jp/index-e.html>
13. Офіційний сайт Парламентської Бібліотеки Японії. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ndl.go.jp/en/index.html>
14. Офіційний сайт Прем'єр-міністра Японії. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kantei.go.jp/foreign/index-e.html>
15. Сенаторов А.И. Очерки административной реформы в Японии // Отв. ред. к.и.н. В.Н. Павлятенко. – М. : РАН. Ин-т Дал. Востока. – 2004. – 184 с.
16. Стрельцов Д.В. Система государственного управления Японии в послевоенный период / Д.В. Стрельцов. – М. : МАКС Пресс, 2002. – 304 с.
17. Флаги Вооруженных сил Японии. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://geraldika.ru/symbols/5177>
18. Kenji Nayaо. The Japanese prime minister and public policy / Nayaо Kenji. – Pittsburgh : University of Pittsburgh Press. – 1993. – 354 p.

КОНСТИТУЦИОННО ПРАВОВОЙ СТАТУС ПРЕМЬЕР-МИНИСТРА ЯПОНИИ

В. Кобрин

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина
e-mail: volodymyrkobryn@meta.ua*

В статье комплексно исследуется конституционно правовой статус Премьер-министра Японии. Детально анализируются его функции, полномочия и место в системе органов власти Японии.

Ключевые слова: Премьер-министр, Кабинет Министров, Япония.

**CONSTITUTIONAL AND LEGAL STATUS
OF PRIME MINISTER OF JAPAN**

V. Kobryn

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
e-mail: volodymyrkobryn@meta.ua*

This article deals with the complex research of constitutional and legal status of Prime Minister of Japan. The author analyzes his functions, powers, as well as his place in the system of governing institutions of Japan.

Key words: Prime Minister, Cabinet of Ministers, Japan.

Стаття надійшла до редколегії: 05.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

СИСТЕМА ДЖЕРЕЛ ЄВРОПЕЙСЬКИХ ПРАВОВИХ СТАНДАРТІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ

О. Копиленко, І. Демченко

Інститут законодавства Верховної ради України

Статтю присвячено дослідженню системі джерел міжнародного права, що містять європейські правові стандарти місцевого самоврядування. Автор розглядає та аналізує ключові положення міжнародних документів, що містять європейські правові стандарти місцевого самоврядування, досліджує ступінь їх імплементації у правову систему України. Автор висловлює пропозиції стосовно подальшого удосконалення законодавства України у сфері місцевого самоврядування.

Ключові слова: Європейські правові стандарти місцевого самоврядування, місцеве самоврядування, Рада Європи, Європейська Хартія місцевого самоврядування, Європейська рамкова конвенція про транскордонне співробітництво між територіальними громадами або властями.

На сьогоднішній день розвиток демократичної і правової держави неможливо уявити без розвитку місцевого самоврядування. Використання європейських правових стандартів побудови місцевого самоврядування, що прийняті і застосовуються у країнах Європи, можуть бути використані для впровадження найбільш прийнятної моделі місцевого самоврядування в Україні. Тому цілком слушно постає питання про те, які джерела європейського права, під якими розуміємо джерела права Ради Європи та Європейського Союзу, містять у собі зазначені стандарти.

Питання європейських правових стандартів місцевого самоврядування неодноразово висвітлювалося вітчизняними науковцями, серед яких потрібно відмітити М.О. Баймуратова, О.В. Батанова, В.І. Борденюка, В.А. Григорьєва, В.Ф. Погорілко та ін. У роботах зазначених науковців більшою мірою увага приділялася дослідженню власне окремих міжнародних договорів, що містять такі стандарти. Наприклад, дослідженню Європейської хартії місцевого самоврядування присвячено значну кількість наукових робіт. Проте, слід констатувати відсутність комплексних досліджень стосовно системи джерел, що містять європейські правові стандарти місцевого самоврядування.

Як зазначає М. Козюбра [1, с. 7], згідно з прийнятою у країнах Західної Європи концепції, загальні принципи права – це не просто певні ідеї, які існують у правосвідомості, навіть теоретичній, а й відправні начала права, які можуть фіксуватися, а можуть і не фіксуватися в текстах нормативно-правових актів. Проте, як зауважив А. Колодій [2, с. 23–24], у вітчизняному загальнотеоретичному правознавстві продовжує домінувати точка зору, згідно з якою будь-які вихідні (керівні) положення для того, щоб отримати статус принципів права, обов'язково мають бути закріплені в його нормах. Погоджуючись із зазначеним М. Козюброю підходом до розуміння загальних принципів права, задля цілей статті будемо дотримуватися позиції А. Колодія, що принципи права мають бути закріплені у правових нормах.

Безапеляційно першоосною як європейських так і міжнародних правових стандартів є Загальна Декларація прав людини [3], у статті 21 якої зазначено, що кожна людина має право брати участь в управлінні своєю країною безпосередньо або через вільно обраних представників. Рада Європи завжди визнавала значимість, яку

демократія відіграє на місцевому і регіональному рівнях. Захист та зміцнення органів місцевої і регіональної влади, місцевого самоврядування в цілому поступово перетворився на один з ключових напрямів діяльності Організації. Ще в 1957 році у структурі Ради Європи для місцевих органів влади була заснована Постійна Конференція місцевих і регіональних влад Європи. Рада Європи працює над тим, щоб місцеві влади отримали належне представництво. За час, що минув, сфера її впливу поширилась від Ісландії до Російської Федерації, від Норвегії до Балкан. 14 січня 1994 року рішенням Комітету міністрів Ради Європи було засновано Конгрес місцевих і регіональних влад Європи, який прийшов на зміну Постійній Конференції. У 2003 році назву “Конгрес місцевих і регіональних влад Європи” було замінено на “Конгрес місцевих і регіональних влад Ради Європи”.

Джерелом європейських правових стандартів місцевого самоврядування є міжнародні договори, що укладені під егідою Ради Європи. Відповідно до п. b статті 1 Статуту Ради Європи [4], мета [Ради Європи] досягається за допомогою органів Ради шляхом...укладання угод... в економічній, соціальній, культурній, науковій, правовій та адміністративній галузях, а також у галузі захисту та збереження і подальшого здійснення прав людини і основних свобод. Договори Ради Європи є важливими ще й тому, що вони встановлюють тісніші зв'язки між державами-членами, зокрема заохочуючи їх до гармонізації власних правових актів та систем, а також сприяють уніфікації європейської правової системи та визначають мінімальні юридичні стандарти [5, с. 77]. Насправді, договори укладені під егідою Ради Європи, включають у себе конвенції, угоди, регламенти, хартії, кодекси та оглядові чи рамкові конвенції. Хоч би як вони не називалися, їхнє юридичне навантаження залишається однаковим. Іншими словами, обрана назва договору не має жодного юридичного значення та не стосується конкретного правового інструментарію, що мав би застосовуватися до нього [5, с. 89]. Україна, як країна-член Ради Європи з 1995 р., проголошується державою, для якої євроінтеграція визнана одним із основних напрямів зовнішньої політики [6, с. 41]. Отже, цілком слушно постає питання про те, які ж міжнародні договори, укладені під егідою Ради Європи, складають той масив нормативних актів, що у всій Європі визнані за основоположні стандарти місцевого самоврядування?

Першим документом є Європейська рамкова конвенція про транскордонне співробітництво між територіальними громадами або властями від 21.05.1980 року [7] (надалі—Рамкова Конвенція 1980 року). Дана конвенція врегульовувала питання будь-яких спільних дій, спрямованих на посилення та поглиблення добросусідських відносин між громадами, властями або органами сусідніх держав, які здійснюють місцеві та регіональні функції, та визнаються як такі згідно із внутрішнім законодавством кожної із держав. Вона визнає за місцевими і регіональними властями право співпрацювати поза національними кордонами в межах їх повноважень, що встановлені внутрішньодержавним законодавством з питань створення спільних громадських служб, будівництва спільних об'єктів або охорони довкілля з однойменними суб'єктами зарубіжних країн, що є суміжними. Вона фактично створює нормативну базу для виникнення так званих європейських регіонів та має чіткий телеологічний напрям – встановлення взаємодії регіонів різних країн з метою не тільки підвищення добробуту населення, а й удосконалення системи регіонального управління та самоврядування. Україна приєдналася до цієї конвенції [8].

Варто зазначити, що приєднання України до Рамкової Конвенції 1980 року відбулося до вступу в Раду Європи. Це є не тільки свідченням визнання

потенційних можливостей України у цій сфері як значної європейської держави, що обрала демократичні орієнтири розвитку та готова брати участь в європейських інтеграційних процесах, що стрімко набирають силу і трансформуються в домінуючу тенденцію регіональної і глобальної міжнародної політики, а й своєрідним першим запрошенням до родини європейських народів [9, с. 163].

До Рамкової Конвенції 1980 року державами-членами Ради Європи у м. Страсбурзі було підписано два додаткові протоколи. Перший із них – Додатковий протокол до Європейської рамкової конвенції про транскордонне співробітництво між територіальними общинами або властями від 9 листопада 1995 року [10]. Україна підписала 1 липня 2003 року та ратифікувала [11] Додатковий протокол до Європейської рамкової конвенції укладений 1995 року із заявою про те, що Україна бере на себе зобов'язання застосовувати статті 4 та 5 зазначеного додаткового протоколу. Другий - Протокол №2 до Європейської рамкової конвенції про транскордонне співробітництво між територіальними общинами або властями, який стосується міжтериторіального співробітництва від 5 травня 1998 року [12]. Від імені України Протокол №2 до Європейської рамкової конвенції укладений 1998 року був підписаний 3 листопада 1998 року та ратифікований у 2004 році [11].

Пріоритетом роботи Конгресу є також сприяння розвитку регіональної демократії, єврорегіональному розвитку, прикордонному та транскордонному співробітництву, в тому числі в рамках єврорегіонів, до складу 6-и з яких входить Україна. Провідними документами Ради Європи у цій сфері є Гельсінські принципи щодо регіонального самоврядування [13, с. 516]. Комітет міністрів Ради Європи ухвалив текст протоколу 9 вересня 2009 року та погодився відкрити його для підписання та ратифікації з нагоди 16-ї сесії Європейської конференції міністрів Ради Європи, відповідальних з питань місцевого і регіонального врядування під час зустрічі в м. Утрехт (Королівство Нідерланди) 16-17 листопада 2009 року.

16 листопада 2009 року Радою Європи був схвалений Протокол №3 до Європейської рамкової конвенції про транскордонне співробітництво між територіальними общинами або властями, що стосується Об'єднань Єврорегіонального співробітництва [14]. Найбільш важливими положеннями цього Протоколу №3 є:

надання Об'єднанням Єврорегіонального співробітництва статусу юридичної особи;

створення механізмів фінансової підтримки з боку держави.

Враховуючи географічне положення України (той факт, що східний кордон ЄС проходить по державному кордону України) економічні та політичні чинники, плідну участь деяких місцевих органів влади Україні у єврорегіонах, питання підписання та ратифікації Протоколу №3 є лише питанням часу.

Наступним міжнародним договором є Європейська Хартія місцевого самоврядування від 15 жовтня 1985 року [15]. Даний документ є квінтесенцією місцевого самоврядування для країн Європи. Європейська хартія місцевого самоврядування втілює у собі концентрований європейський досвід створення ефективної системи місцевого та регіонального управління, як однієї із головних підвалин демократичного устрою держави [16, с. 395].

Хартія зобов'язує сторони застосовувати основні правила, які гарантують політичну, адміністративну та фінансову незалежність органів місцевого самоврядування. Таким чином, це є демонстрацією на європейському рівні

політичної волі надати практичної значущості на всіх рівнях територіального управління принципам захисту демократії, виробленим під час створення Ради Європи.

Структурно Хартія складається з преамбули та двох частин. Перша частина присвячена матеріально-правовим питанням місцевого самоврядування, друга стосується зобов'язань сторін-держав, які її підписали. Для ратифікації Хартії кожна держава повинна підтвердити свої зобов'язання стосовно дотримання не менш ніж 20-ти її положень. Оскільки виконання Хартії є складним процесом у політичному, правовому та соціально-економічному стані, тому держави, які її ратифікують, роблять стосовно неї ті чи інші застереження. Така практика існує серед багатьох держав, які ратифікували Хартію [17, с. 104–114], і свідчить про відповідальне ставлення держав за взяті зобов'язання перед європейським співтовариством.

Україна без застережень ратифікувала Європейську Хартію місцевого самоврядування у 1997 році [18]. Це означає, що Україна як держава-член Ради Європи взяла на себе зобов'язання дотримуватися положень Європейської Хартії місцевого самоврядування в повному обсязі. Отже, з 1998 року, згідно із положенням статті 9 Конституції України, Хартія є частиною національного законодавства. З часу прийняття Хартії її положення були предметом багатьох наукових дискусій. В принципі, це є досить правильним, оскільки не можна зменшити важливість цього документу, який визнали усі без виключення країни Європи. Положення Хартії знайшли своє відображення у багатьох конституціях країн так званої “нової демократії”.

16 листопада 2009 року був прийнятий Додатковий протокол до Європейської хартії місцевого самоврядування про право участі у справах місцевого органу влади [19], основні положення якого зводяться до підсилення права участі та впливу на здійснення повноважень та обов'язків місцевих органів влади кожного громадянина та права на отримання інформації від місцевих органів влади. Даний протокол вже підписаний 12-ма європейськими країнами. Україна допоки що не підписала зазначений міжнародний документ.

Наступним документом є Європейська конвенція про участь іноземців у громадському житті на місцевому рівні від 5 лютого 1992 року, підписана у місті Страсбург. Станом на лютий 2010 року дану Конвенцію підписало тільки 13 країн членів Ради Європи, а ратифікували лише 8. Основна мета цієї Конвенції – сприяти залученню іноземців у життя суспільства. Як зазначає І. Балабанова, враховуючи те, що Україна є членом РЄ, її приєднання до Європейської конвенції про участь іноземців у громадському житті на місцевому рівні від 5 лютого 1992 року є лише питанням часу [20, с. 185].

Безумовно, певний інтерес становлять й інші хартії, конвенції Ради Європи, серед яких можна відзначити: 1) Європейську хартію регіональних мов або мов меншин, що була підписана у 1992 році, але набрала чинності лише у 2006 році; 2) Європейську міську хартію (або Європейську хартію міст) 1992 року, переглянута у 2008 році 3) Європейську хартію участі молоді в громадському житті на місцевому і регіональному рівні 2003 року, що хоча і не має статусу конвенції, але основні положення якої забезпечують підвищення спроможності молоді інтегруватися як у місцеву спільноту, так і реалізувати свої здібності на загальнодержавному рівні. Наразі триває робота по розробці Європейської хартії регіонального самоврядування, яка має стати таким самим основоположним документом для країн Європи, як і Європейська хартія місцевого самоврядування.

Деякі науковці зазначають, що джерелами європейських правових стандартів місцевого самоврядування можна вважати рекомендації Комітету міністрів Ради Європи. Стосовно України слід відмітити Рекомендацію №(98)12 про нагляд за діяльністю місцевих органів влади та Рекомендацію (2001)19 про участь громадян у місцевому суспільному житті, тощо. Не можна погодитися із такою позицією виходячи із наступного. Відповідно до Статуту Ради Європи [4], рекомендації Комітету міністрів, при всій своїй значимості, не носять юридично зобов'язального характеру (*vis obligandi*) та не мають прямих правових наслідків для країн – членів Ради Європи. Проте, вони мають так званий “моральний авторитет”, оскільки відображають спільну позицію європейських урядів у даному питанні, а отже, здійснюють вплив на відповідну державу, якої вони стосуються [5, с. 100–101].

Підсумовуючи вищенаведене, варто зазначити, що кожна європейська країна, спираючись на історичні та національні особливості, відбиток соціальних, економічних та правових явищ, будує власну модель місцевого самоврядування. Як зазначає І.С. Шишкін [21, с. 31] відмінності у ступені інтеграції місцевого самоврядування у державний механізм не заважає європейським країнам керуватися одними й тими самими цінностями. Україна ратифікувала основоположні міжнародні документи, що містять європейські правові стандарти місцевого самоврядування – Європейську рамкову конвенцію про транскордонне співробітництво між територіальними общинами або властями, Європейську хартію місцевого самоврядування, Європейську хартію регіональних мов або мов меншин. Наступним кроком має стати здійснення комплексних заходів щодо приведення національного законодавства України у відповідність із європейськими правовими стандартами місцевого самоврядування та забезпечення ратифікації Україною нових правових документів у галузі місцевої та регіональної демократії – 3-го додаткового протоколу до Європейської рамкової конвенції про транскордонне співробітництво між територіальними общинами або властями та Додаткового протоколу до Європейської хартії місцевого самоврядування про право участі у справах місцевого органу влади.

Стандарти, закріплені у основних джерелах європейського права у сфері місцевого самоврядування, мають стати керівництвом для створення дієздатних органів місцевої влади та конституційно визнаної, демократичної системи самоврядування, яка б безпосередньо би представляла як інтереси місцевих громад, так і кожного члена цієї громади.

1. Козюбра М.І. Тенденції розвитку джерел права України в контексті європейських правоінтеграційних процесів / М.Козюбра // Наукові записки. Національний університет “Києво-Могилянська Академія”. – Т.26: Юридичні науки / НаУКМА; Редкол.: В. Брюховецький та ін. – К., 2004. – С. 3–9.
2. Колодій А.М. Принципи права України: Монографія. / А.М.Колодій – К.: Юрінком Інтер, 1998. – 208 с.
3. Загальна декларація прав людини від 10.12.1948 – Голос України від 10.12.2008 - № 236
4. Статут ради Європи від 5 травня 1949 року – Зібрання чинних міжнародних договорів України - 2006 р., № 5, / Книга 2 /, стор. 435, стаття 1270.
5. Флоренц Бенуа-Ромер, Гайнріх Клебес. Право Ради Європи. Прямуючи до загальноєвропейського простору / Пер.з англійської. – К.:К.І.С.,2007. – 232 с.
6. Муніципальне право зарубіжних країн: Навч. посіб.: У 3 ч. / [За заг. ред. проф. П.Ф. Мартиненка]. – К.: Знання України, 2005-2006. – (Інновац. освіт. технології у муніцип. праві). – ч.3 / Авт. й упоряд.: В.Ю. Барвицький, О.В. Батанов. – 2006. – 284 с.

7. Європейська рамкова конвенція про транскордонне співробітництво між територіальними общинами або властями від 21.05.1980 - Офіційний Вісник України 2006, 9 від 15.03.2006, ст. 585.
8. Про приєднання України до Європейської конвенції про основні принципи транскордонного співробітництва між територіальними общинами або органами влади 1980 р.: Постанова Верховної Ради України від 14 липня 1993 р.// Відомості Верховної Ради України. – 1993. - № 36. – Ст. 369.
9. Погорілко В.Ф., Баймуратов М.О., Бальций Ю.Ю. та ін.. – Муніципальне право України: Підручник. / За ред. Баймуратова М.О. – 2-ге вид. доп. – К.: Правова єдність, 2009. – 720 с.
10. Додатковий протокол до Європейської рамкової конвенції про транскордонне співробітництво між територіальними общинами або властями від 09.11.1995 – Офіційний Вісник України 2006, 9 від 15.03.2006, ст. 586.
11. Закон України “Про внесення змін до Постанови Верховної Ради України “Про приєднання України до Європейської конвенції про основні принципи транскордонного співробітництва між територіальними общинами або органами влади 1980 року” та про ратифікацію додаткових протоколів до Європейської рамкової конвенції про транскордонне співробітництво між територіальними общинами або властями” - №1879-IV від 24.06.2004 - Відомості Верховної Ради України 2004, №50 від 10.12.2004, ст.534
12. Протокол №2 до Європейської рамкової конвенції про транскордонне співробітництво між територіальними общинами або властями, який стосується міжтериторіального співробітництва від 05.05.1998 - Офіційний Вісник України 2006, 9 від 15.03.2006, ст. 587
13. Гук А. Україна та Конгрес Ради Європи — сучасний стан співробітництва// Проблеми формування добрососуського, належного місцевого врядування: Збірник матеріалів та документів / Заг. ред. М.Пухтинського. – К.: Атіка 2008. – С. 516–523
14. Protocol No.3 to the European Outline Convention on Transfrontier Co-operation between Territorial Communities or Authorities concerning Euroregional Co-operation Groupings (ECGs) Utrecht, 16.XI.2009 режим доступу: <http://conventions.coe.int/Treaty>
15. Европейская хартия местного самоуправления 1985 г. – Страсбург, 1985.
16. Юридична енциклопедія. 2 том. Д-Й. / [авт. тексту В.П.Горбатенко]. – Київ: Видавництво “Українська енциклопедія” імені М.П.Бажана, 1999 – 744 с.
17. Європейська хартія місцевого самоврядування та розвиток місцевої і регіональної демократії в Україні: Науково-практичний посібник. / Упоряд.О.В. Бейко, А.К. Гук, В.М.Князев. За ред. М.О.Пухтинського, В.В.Толкованова. – К. : Крамар, 2003. – 396 с.
18. Закон України “Про ратифікацію Європейської хартії місцевого самоврядування” - № 452/97-ВР від 15.07.1997 – Урядовий кур’єр 1997, №133-134 від 24.07.97
19. Додатковий протокол до Європейської хартії місцевого самоврядування про право участі у справах місцевого органу влади від 16.11.2009 року режим доступу: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/207.htm>
20. Балабанова І. Міжнародні стандарти регіональної політики держав-членів Ради Європи та Європейського Союзу / І.Балабанова // Порівняльно-правові дослідження: українсько-грецький міжн. наук.юридичний журнал, 2008. – № 2 :Глобалізація і право. Інтернаціоналізація і фрагментація у правовому розвитку. – С. 181–191.
21. Шишкин С.И., Лаврик М.А. К десятилетию ратификации Европейской хартии местного самоуправления / С.И.Шишкин, М.А.Лаврик // Сибирский юридический вестник -2008, №4 (43) – С. 30–40.

СИСТЕМА ИСТОЧНИКОВ ЕВРОПЕЙСКИХ ПРАВОВЫХ СТАНДАРТОВ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ

О. Копиленко, И. Демченко

Институт законодательства Верховной рады Украины

Статья посвящена исследованию системы источников международного права, которые содержат европейские правовые стандарты местного самоуправления. Автор рассматривает и анализирует ключевые положения международных документов, содержащих европейские правовые стандарты местного самоуправления, исследует степень их имплементации в правовую систему Украины. Автор выражает предложения относительно дальнейшего усовершенствования законодательства Украины в сфере местного самоуправления.

Ключевые слова: Европейские правовые стандарты местного самоуправления, местное самоуправление, Совет Европы, Европейская хартия местного самоуправления, Европейская рамочная конвенция о приграничном сотрудничестве территориальных сообществ и властей.

SYSTEM OF SOURCES OF LOCAL SELF-GOVERNMENT EUROPEAN LEGAL STANDARDS

O. Kopylenko, I. Demchenko

Institute of Legislation of the Supreme Rada of Ukraine

The article is devoted to the research of international law sources system, including European legal standards of local self-government. Authors give an overview and analysis of international documents key provisions, in particular local self-government European legal standards, as well as extent of their implementation into the legal system of Ukraine. General proposals as to improvement of current legislation of Ukraine on local self-government are made.

Key words: European legal standards of local self-government, local self-government, Council of Europe, European Charter of local self-government, European Convention on Transborder Collaboration between Territorial Communities and Authorities.

Стаття надійшла до редколегії: 06.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ВЗАЄМОДІЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ З ВЕРХОВНОЮ РАДОЮ УКРАЇНИ В КОНТЕКСТІ ПРИНЦИПУ ПОДІЛУ ВЛАДИ

Р. Мартинюк

*Національний університет “Острозька академія”
35800, Рівненська обл., м. Острог, вул. Семінарська, 2
e-mail: mrst1974@ukr.net*

У науковій статті проаналізовано елементи системи стримувань і противаг у взаємодії між Конституційним Судом та Верховною Радою України. Увагу зосереджено на контрольній функції органу конституційної юрисдикції стосовно актів представницького органу.

Ключові слова: Конституційний Суд України, Верховна Рада України, поділ влади, система стримувань і противаг, верховенство Конституції України, конституційний контроль, тлумачення актів, нормотворча діяльність.

На прикладі взаємовідносин між Конституційним Судом України і Верховною Радою України можна чітко простежити засади функціонування системи стримувань і противаг, що слугує засобом реалізації принципу поділу влади [1, с. 8].

З прийняттям Конституції України 28 червня 1996 р. та створенням Конституційного Суду України, відповідно до п. 6 “Перехідних положень” Конституції України, спеціальні повноваження на тлумачення конституції та законів України набули принципово нового значення: з відома Верховної Ради України вони перейшли до прерогатив Конституційного Суду України, який, згідно зі ст. 147 Конституції України, є єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні. В одному зі своїх рішень Конституційний Суд України підтвердив легітимність цих змін і зазначив, що вони зумовлені застосуванням принципово нового підходу до порядку здійснення державної влади, який ґрунтується на принципі її поділу на законодавчу, виконавчу та судову (ч. 1 ст. 6 Конституції України), органи яких взаємодіють між собою на підставі конституційно закріпленої системи стримувань і противаг [2, с. 85].

Конституційне закріплення права видавати інтерпретаційні акти за Конституційним Судом України означає, що жоден інший орган державної влади не може давати офіційного та обов’язкового до виконання тлумачення Конституції України та законів України. Ця прерогатива Конституційного Суду України має на меті забезпечення єдиноправильного розуміння й водночас застосування Конституції та законів України і становить одну з найважливіших ознак правової держави: права органу конституційної юрисдикції у встановлених законом формах стежити за відповідністю до Конституції України чинного законодавства, а також гарантувати верховенство Конституції України як Основного Закону держави на всій території України. Водночас, тлумачення Конституції України та законів України є лише з’ясуванням і вираженням волі первинного законодавця – народу України, установче волевиявлення якого в узагальненому вигляді зображене в тексті Основного Закону.

Здійснюючи конституційний контроль, офіційне тлумачення актів Парламенту, Суд не втручається в нормотворчу діяльність Верховної Ради України і не створює нових правових норм [3, с. 111]. Збереження за Верховною Радою

функції тлумачення (роз'яснення) Конституції та законів України робило б Парламент суддею у власній справі і створювало б небезпеку перетворення Верховної Ради України на монопольну владну структуру, якою вона й була в період радянського тоталітаризму.

Санкціонуючи певну модель поведінки, Верховна Рада може визначати зміст правила поведінки. Тим не менше, об'єктивно вирішувати питання відповідності цього правила Конституції України Парламент не може, оскільки в цих випадках він вимушений контролювати власну діяльність [4]. Очевидно, що це суперечило б принципу поділу влади й деформувало б систему стримувань і противаг. Варто зазначити й те, що на момент офіційного проголошення, оприлюднення закону й набрання ним чинності законодавчий процес – прерогатива представницького органу, є завершеним.

З погляду усталеної конституційно-правової теорії залишити право тлумачити закони за органом, який їх приймає, є цілком сумнівним стосовно легітимності таких правових актів. Цим і зумовлене утворення у правовій системі будь-якої розвиненої держави компетентного й авторитетного органу, який би функціонував самостійно та незалежно від будь-яких владних структур і ефективно обстоював принципи правової держави [5, 26].

Дія системи стримувань і противаг в аспекті законотворення і взаємодії в зазначеному процесі Конституційного Суду України та Верховної Ради України означає, що якщо Парламент має намір “нейтралізувати” акт Конституційного Суду України, предметом тлумачення якого є норми, створені представницьким органом, він може зробити це, наприклад, шляхом прийняття нового нормативного акта. Верховна Рада України може прийняти відповідний закон у новій редакції (внести до нього поправки), з тим, щоб більш чітко сформулювати спірні положення закону чи зовсім по-іншому врегулювати відповідні правовідносини [6, 292]. У такому випадку рішення Конституційного Суду України, що тлумачить уже неіснуючі норми, втрачає юридичну силу теж, оскільки акт органу конституційної юрисдикції, висловлюючись образно як “тінь” норм, які він тлумачить, існує доти, доки існує об'єкт його тлумачення. Тому Парламент, змінюючи закон або Конституцію України, чи у відповідний спосіб сприяючи їхній зміні (через винесення на референдум), може “нейтралізувати” інтерпретаційний акт Конституційного Суду України. Така “нейтралізація” може відбуватися у процесі й за наслідками складної взаємодії Верховної Ради, Президента та Конституційного Суду України в межах їх компетенції (процедура накладання й подолання вето, конституційне подання Глави держави до органу конституційної юрисдикції щодо перевірки на предмет відповідності Конституції України до ветоаного закону чи перевірки конституційності чинного закону) [7, с. 57].

Взаємодія Конституційного Суду України з Парламентом України має декілька важливих аспектів. Та обставина, що орган конституційної юрисдикції не наділений правотворчою функцією, робить неприпустимим звернення до Конституційного Суду України про тлумачення можливих суперечностей, неузгодженостей між окремими положеннями Конституції України. Їх розв'язання є правом і обов'язком Парламенту. Це питання не правотлумачення, а правотворчості. Усунення суперечностей і в інших законах також не належить до завдання тлумачення [8, с. 70].

Правозахисна діяльність Конституційного Суду України щодо законодавчих актів Парламенту (а так само актів Глави держави, Кабінету Міністрів України) проявляється у процесі здійснення конституційного контролю. Здійснюючи,

зокрема, превентивний конституційний контроль щодо відповідності до вимог ст. 157 і 158 Конституції України законопроектів про внесення змін до Конституції України, Конституційний Суд України забезпечує конституційність повноважень Верховної Ради України вносити зміни до Основного Закону, що є однією з основних гарантій захисту Конституції від неконституційних законопроектів про внесення змін до неї. У згаданій формі превентивного контролю щодо конституційних законів, засобом яких Верховна Рада України вносить поправки до Конституції України, особливо виразно простежуються юридичні характеристики актів органу конституційної юрисдикції: в одному зі своїх рішень Конституційний Суд України наголосив, що висновки органу конституційної юрисдикції, передбачені ст. 159 Конституції України, “мають обов’язкову силу” для Верховної Ради України [9, с. 854].

Згідно зі ст. 159 Конституції України обов’язковій перевірці на предмет відповідності до ст. 157 і 158 Конституції підлягає не тільки законопроект, поданий до Верховної Ради в порядку ст. 154, 155 і 156 Конституції, але й усі можливі поправки, внесені до нього у процесі його розгляду на пленарному засіданні Верховної Ради України. Інакше кажучи у разі внесення в процесі розгляду у Верховній Раді України поправок до законопроекту про внесення змін до Конституції України, він приймається Верховною Радою за умови наявності висновку Конституційного Суду про те, що законопроект із внесеними до нього поправками відповідає вимогам ст. 157 і 158 Конституції України. Суб’єктом конституційного подання із цих питань є Верховна Рада України.

Важливо зазначити, що Конституцією України можливість скасування рішень органу конституційної юрисдикції іншими вищими органами влади держави не передбачена. Рішення Конституційного Суду України є “остаточними і не можуть бути оскаржені” (ст. 150 Конституції України). Водночас, положення Конституції України про остаточний характер рішень Конституційного Суду України засвідчує наявність у конституційно-правовій теорії дискусійної проблематики щодо можливості політичних державних органів переглядати акти органу конституційної юрисдикції. Більшість основних законів не надають відповідним суб’єктам права перегляду рішення органу конституційного правосуддя. Однак деякими конституціями таке право надано парламенту. Можливість парламенту долати акти органу конституційної юрисдикції повторним голосуванням кваліфікованою більшістю голосів передбачено, наприклад, Конституцією Румунії, відповідно до якої рішення Конституційного Суду щодо неконституційності закону скасовується двома третинами голосів обох палат Парламенту [10]. Конституція Казахстану йде ще далі і надає Главі держави право вносити свої заперечення на рішення Конституційної Ради (повністю чи в його частині), які долаються 2/3 голосів від загальної кількості членів органу конституційної юрисдикції. У разі неподолання заперечень Президента рішення Конституційної Ради вважається неприйнятним [11, с. 232].

Уявляється, що можливість політичних органів держави скасовувати акти органу конституційної юрисдикції, обґрунтованих із правових позицій принципів конституції, посягає на сам принцип верховенства права і нівелює значущість органу конституційної юрисдикції в механізмі забезпечення згаданого принципу. Очевидно, що з погляду правової організації влади найадекватнішою реакцією парламенту на рішення органу конституційного правосуддя про визнання закону неконституційним повинно бути узаконено (в цілому чи його окремих положень) відповідно до конституції [12, с. 234].

Здійснення Конституційним Судом України попередньої і наступної форм конституційного контролю за актами Верховної Ради має важливе значення, оскільки недосконалість законодавчої процедури, порівняно низький рівень правової культури парламентарів України, низка інших чинників дають підстави вважати, що порушення прав і свобод громадян можливе вже на стадії прийняття законів [13, с. 61]. Саме в такій ситуації правозахисна роль попереднього конституційного контролю зі сторони Конституційного Суду як елемента системи стримувань і противаг стає особливо ваговою. Здійснюючи його, Конституційний Суд України має змогу реагувати як на прями порушення Конституції України під час прийняття законів, так і вказувати Парламенту на необхідність вжиття заходів для усунення певних розбіжностей у законодавчих актах або прогалин у правовому регулюванні, без уповноважень на такі дії [14, с. 246–250].

Конституційний Суд України стосовно актів Верховної Ради України здійснює абстрактний та конкретний контроль. Абстрактний контроль передбачений п. 1 ч. 1 ст. 150 Конституції України, що проголошує: “До повноважень Конституційного Суду України належить вирішення питань про відповідність Конституції України (конституційність): законів та інших правових актів Верховної Ради України; актів Президента України; актів Кабінету Міністрів України; правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим”. Ця форма контролю полягає в тому, що за зверненнями Президента України не менш як сорока п’яти народних депутатів України Кабінету Міністрів України (щодо конституційності міжнародних договорів), Верховної Ради Автономної Республіки Крим Конституційний Суд України зобов’язаний перевірити відповідність Конституції України (конституційність) законів та інших правових актів не у взаємозв’язку з конкретною справою.

Конкретний контроль, що здійснюється Конституційним Судом України, можливий у випадку необхідності зупинення провадження у справі в разі виникнення в процесі загального судочинства спору щодо конституційності норм закону, який застосовується судом, і невідкладністю розгляду питання щодо його конституційності Конституційним Судом [15, с. 272]. Такий контроль здійснюється у процесі перевірки за поданням Верховного Суду України щодо конституційності закону, який застосовується чи підлягає застосуванню в конкретній справі [16, с. 385], або за поданням уповноваженого Верховної Ради з прав людини стосовно конкретного порушення прав людини і громадянина [17, с. 99].

За змістом Закону “Про Конституційний Суд України” орган конституційної юрисдикції не може звернути увагу законодавця рішенням, яке має правові наслідки, на прогалини чи неузгодженості в законодавстві, або виступити із законодавчою ініціативою з питань свого відання.

Вітчизняне конституційне законодавство закріплює формальну й матеріальну форму конституційного контролю, оскільки орган конституційної юрисдикції наділений правом перевіряти дотримання як конституційних умов і вимог щодо прийняття нормативного акта (чи дотримані процедурні вимоги та чи в належній формі прийнято нормативний акт) – формальний контроль, так і правом перевіряти зміст самого нормативного акту і його відповідність до Конституції України – матеріальний контроль. Формальним видом контролю є також подання Конституційним Судом України висновку щодо дотримання конституційної процедури розслідування й розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту в межах, визначених ч. 6 ст. 111 та ч. 2 ст. 151 Конституції України, п. 2 ст. 13 Закону “Про Конституційний Суд України”.

У Рішенні по справі про Рахункову палату Конституційний Суд України, відповідно до ст. 70 Закону України “Про Конституційний Суд України”, яка регламентує порядок виконання рішень і висновків Конституційного Суду України, зобов’язав забезпечити виконання рішення Верховну Раду і Президента України [18, с. 151].

Отож, за змістом і колом своїх повноважень Конституційний Суд України є єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні й вирішенням питань про відповідність до Конституції України (конституційність) законів та інших правових актів може контролювати законодавця – Верховну Раду України та представницький орган Автономної Республіки Крим – Верховну Раду Автономної Республіки Крим (ст. 147, 150 Конституції України). Проте для того, щоб цей контроль не використовувався як форма тиску на Парламент, можливості Суду обмежено правом “зв’язаної ініціативи” – орган конституційної юрисдикції може відкривати провадження лише за результатом звернення до Суду уповноважених законодавством осіб.

Важливим елементом механізму взаємодії Верховної Ради та Конституційного Суду є право Парламенту щодо призначення відповідної квоти суддів органу конституційної юрисдикції. Дослідник вважає, що процедура призначення суддів Конституційного Суду України Верховною Радою потребує перегляду. У зарубіжній європейській державно-правовій практиці сприйняте правило, яке потребує, щоб призначення суддів парламентом здійснювалися кваліфікованою більшістю голосів від конституційного складу представницького органу. Якщо призначення здійснюватимуться простою більшістю, то справа призначення суддів виявиться переданою в руки однієї політичної сили чи відносно вузької групи політичних сил і вимога дотримання політичної нейтральності суддів буде невиконаною. Наприклад, у ФРН – класичній парламентарній республіці, де весь склад органу конституційної юрисдикції призначає Парламент, щоб призначити суддів, потрібно саме кваліфікована більшість голосів. Відтак, дослідник вважає, що призначення суддів Конституційного Суду України представницьким органом кваліфікованою більшістю голосів сприяло б досягненню неупередженості й політичної нейтральності органу конституційної юрисдикції.

Проблематику взаємодії органу конституційної юрисдикції та представницького органу актуалізує також питання про створення нормативних гарантій неможливості зміни правового статусу Конституційного Суду України Верховною Радою з мотивів політичної доцільності. Вважаємо, що цьому принципово сприятиме доповнення ст. 153 Конституції України таким положенням: “Закон про Конституційний Суд України може бути змінений Верховною Радою України лише за умови отримання попереднього висновку Конституційного Суду України про те, що запропоновані зміни покращуватимуть ефективність його діяльності. Ця умова не розповсюджується на випадок, коли зміна статусу Конституційного Суду України спричинена поправками до Конституції України”.

1. Скомороха В. Окремі питання поділу влади і юрисдикція Конституційного Суду України / В. Скомороха // Право України. – 1998. – № 5. – С. 8–17.
2. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України Постанови Верховної Ради України від 1 жовтня 1996 року “Про тлумачення статті 98 Конституції України” (справа щодо конституційності тлумачення Верховною Радою України статті 98 Конституції України) № 3-зп/1997 від 11. 07. 1997 // Офіційний вісник України. – 1997. – Ч. 29. – С. 85.

3. Скомороха В. Парламентаризм та конституційна юстиція в Україні: теорія і практика / В. Скомороха // *Правова держава: Щорічник наукових праць Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*. – 2002. – Вип. 13. – С. 109–114.
4. Погорелко В. Конституционная юстиция как фактор становления и развития конституционализма в Украине / В. Погорелко // *Современный конституционализм*. – 2006. – №1, 2 // [Електронний ресурс] // Режим доступу до : www.kspmr.idknet.com
5. Косинський В. Законодавчий процес та процедура, їх основні стадії та етапи / В. Косинський // *Право України*. – 1999. – № 6. – С. 26–31.
6. Тихий В. Основні повноваження Конституційного Суду України / В. Тихий // *Вісник Академії правових наук України*. – 2003. – № 2 (33)-№ 3 (34). – С. 287–301.
7. Шаповал В. Офіційне тлумачення як функція Конституційного Суду України (проблеми теорії) / В. Шаповал // *Вісник Конституційного Суду України*. – 1999. – № 3. – С. 52–57.
8. Тихий В. Захист конституційних прав і свобод Конституційним Судом України за зверненнями фізичних та юридичних осіб / В. Тихий // *Вісник Конституційного Суду України*. – 2001. – № 2. – С. 67–71.
9. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо офіційного тлумачення положень частини другої статті 158 та статті 159 Конституції України (справа щодо внесення змін до Конституції України) № 8 рп/98 від 09. 06. 1998 р. // *Офіційний вісник України*. – 1998. – № 23. – С. 854.
10. Конституція Румунії. Ст. 145. П. 1. [Електронний ресурс] // Режим доступу до : <http://www.auditorium.Ru/books/116/Rumania>
11. Конституція Республіки Казахстан. Ст. 73. П. 4 // *Конституции стран СНГ и Балтии*. – М.: Юристь, 1999. – 640 с.
12. Юдин Ю. Модели конституционного правосудия / *Сравнительное конституционное право*. Монография / Под ред. А. И. Ковлера, В. Е. Чиркина, Ю. А. Юдина. – М.: Манускрипт, 1996. – 729 с.
13. Тодика Ю., Марцеляк О. Конституційний Суд України і прокуратура в конституційно-правовому механізмі забезпечення основних прав громадян. / Марцеляк О. – Х. : Лібра, 1998. – 107 с.
14. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Центральної виборчої комісії щодо офіційного тлумачення положень частин одинадцятої та тринадцятої статті 42 Закону України “Про вибори народних депутатів України” (справа про тлумачення Закону України “Про вибори народних депутатів України”) № 3 рп/98 від 25. 03. 1998 р. // *Конституційне судочинство в Україні*. – Харків : Консум, 2002. – С. 246–250.
15. Закон України “Про Конституційний Суд України” // *Відомості Верховної Ради України*. – 1996. – № 49. – С. 272.
16. Постанова Пленуму Верховного Суду України “Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя” від 1. 11. 1996. (№ 7) // *Постанови Пленуму Верховного суду України із загальних питань судової діяльності та у кримінальних справах*. – К. : Юрінком Інтер, 1999. – 385 с.
17. Закон України “Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. Ст. 13. П. 3 // *Відомості Верховної Ради України*. – 1998. – № 20. – С. 99.
18. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України “Про Рахункову палату Верховної Ради України” (справа про Рахункову палату) № 7-зп від 23. 12. 1997 р. // *Офіційний вісник України*. – 1998. – № 1. – С. 151.

**ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА
УКРАИНЫ С ВЕРХОВНЫМ СОВЕТОМ УКРАИНЫ
В КОНТЕКСТЕ ПРИНЦИПА ДЕЛЕНИЯ ВЛАСТИ**

Р. Мартинюк

*Национальный университет “Острожская академия”
35800, Ровненская обл., г. Острог, ул. Семинарская, 2
e-mail: mrst1974@ukr.net*

В научной статье анализируются элементы системы удерживаний и противовесов во взаимодействии между Конституционным Судом Украины и Верховным Советом Украины. Внимание сосредоточено на контрольной функции органа конституционной юрисдикции в отношении актов представительского органа.

Ключевые слова: Конституционный Суд Украины, Верховный Совет Украины, деление власти, система удерживаний и противовесов, верховенство Конституции Украины, конституционный контроль, толкование актов, нормотворческая деятельность.

**CORRELATION BETWEEN THE CONSTITUTIONAL COURT OF
UKRAINE AND THE SUPREME COUNCIL OF UKRAINE
IN THE CONTEXT OF POWER DIVISION PRINCIPLE**

R. Martyniuk

*“Ostrog Academy” National University
Seminars'ka Str. 2, UA – 35800 Ostrog, Ukraine
e-mail: mrst1974@ukr.net*

The article reflects the analysis of checks and balances system elements in the correlation between the Constitutional Court and the Supreme Council of Ukraine. Specific attention is paid to control function of the constitutional jurisdiction body concerning representative body acts.

Key words: Constitutional Court of Ukraine, Supreme Council of Ukraine, power division, checks and balances system, Constitution of Ukraine supremacy, constitutional review, acts interpretation, rule-making.

Стаття надійшла до редколегії: 21.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

НЕЗАЛЕЖНІСТЬ КОСОВО ТА ПРОБЛЕМА ВИЗНАННЯ

М. Рєзнєва

*Український державний університет фінансів та міжнародної торгівлі
Київ, вул. Чигоріна 57 Тел. (095)303-29-72
e-mail: MaryCeleste@yandex.ru*

Розглянуто правові питання, які виникають навколо проголошення Косово своєї незалежності. У статті висвітлено такі питання, як критерії державності, право народів на самовизначення, сецесія, визнання тощо. Звернено увагу на унікальність ситуації, сформованої навколо Косово та проблеми, які виникають з цього приводу. У статті проаналізовано доктринальні підходи юристів-міжнародників та міжнародних організацій, таких як Рада Безпеки ООН, Генеральна Асамблея ООН та Міжнародний Суд ООН щодо ситуації у Косово.

Ключові слова: визнання, сецесія, державність, право народів на самовизначення, територіальна цілісність держави, декларація незалежності, Міжнародний Суд ООН.

На сьогодні питання правового статусу народів, які борються за самовизначення, є проблемним, адже є чимало національних меншин, які вже спромоглися зробити перші кроки на шляху до своєї незалежності. Однією з таких меншин є народ, який проживає на території Косово. На думку багатьох юристів-міжнародників, ситуація щодо статусу цієї території є унікальною з-поміж всіх інших таких ситуацій. Незважаючи на те, що Косово проголосило свою незалежність, котру Міжнародний Суд ООН визнав такою, що відповідає нормам міжнародного права, Косово й досі залишається автономною територією Сербії.

Об'єктом дослідження є міжнародно-правові відносини, що виникають у зв'язку з визнанням незалежності Косово.

Предметом дослідження є правові механізми визнання Косово.

Цілями дослідження є аналіз теорії та практики міжнародного права щодо проголошення Косово своєї незалежності та її наслідків.

Парламент Косово 17 лютого 2008 р. проголосив свою незалежність від Сербії, що зумовило створення нової держави в рамках міжнародного права. Декларація незалежності Косово стала результатом міжусобиць албанського народу Косово та федерального режиму Белграду, що призвело до військової кампанії НАТО проти Федеральної республіки Югославія 1999 р. та встановлення адміністративного контролю над Косово з боку Організації Об'єднаних Націй (ООН) [10]. Згідно з Резолюцією Ради Безпеки ООН 1244 (1999) такий територіальний контроль над Косово був наданий Місії ООН у справах Тимчасової адміністрації в Косово (МООНК), наділеної широким колом повноважень [12].

Проголошення незалежності Косово призвело до низки суперечностей та розподілу міжнародної спільноти на два табори. Ряд держав схвалили проголошення незалежності Косово, розглядаючи її як надання народу, котрий бореться за самовизначення, можливості самостійно керувати своєю державою без ризику зовнішнього втручання. Водночас, як супротивники виступають проти створення такого прецеденту, який би загрожував сучасній міжнародній системі поділу держав [11].

Питання незалежності Косово дало поштовх до вирішення декількох важливих проблем міжнародного права, які стосуються державності, визнання та права на самовизначення народів. Концепції державності та визнання є вкрай важливими

для сучасного міжнародного права. Критерії державності закріплені у ст. 1 Конвенції Монтевідео про права та обов'язки держав 1933 року. Ця конвенція визначає наступні ознаки державності: 1) постійне населення; 2) визначена територія; 3) уряд; 4) здатність вступати у відносини з іншими державами. Також варто зазначити, що держава існує незалежно від того, визнана вона іншими державами, чи ні [9]. Більшість юристів-міжнародників схильні до декларативної теорії міжнародно-правового визнання. Якщо держава відповідає критеріям державності, то визнання її іншими суб'єктами не є обов'язковою умовою для створення нового суб'єкта [6, с. 144–146].

Не в кожному випадку можна чітко визначити, чи відповідає утворення певним критеріям державності. До таких випадків зачисляють ситуацію щодо Косово. Це утворення, безперечно, має постійне населення та визначену територію, але питання щодо наявності уряду та можливості вступати у відносини з іншими державами залишається відкритим. Згідно з Декларацією незалежності Косово, такі міжнародні організації, як НАТО та Європейський Союз, ефективно контролюватимуть військовий курс держави [7]. У зв'язку з хитким становищем незалежного Косово постає питання, чи може ефективний та незалежний уряд цієї держави вільно вступати у зовнішні зносини. Косово встановило двосторонні відносини з низкою держав, які його визнали, у тім числі більшість держав Європейського Союзу (ЄС). Також Косово є членом таких міжнародних організацій, як Міжнародний Валютний Фонд та Світовий Банк, однак його членство в ООН, швидше за все, буде блоковане Російською Федерацією, яка категорично не визнає цю державу [10].

Ситуація у Косово акцентує увагу на значенні визнання, яке надають утворенню для його подальшого функціонування як суб'єкта міжнародних відносин. Незважаючи на те, що Косово *prima facie* відповідає низці критеріїв державності, все ж таки сумніви можуть виникати і щодо його відповідності до інших. В таких ситуаціях визнання іншими державами є вирішальним, оскільки воно надає новому утворенню статусу держави з погляду міжнародної спільноти. Отож визнання державами закріплює погляди новостворених держав на міжнародній арені, надаючи доступ до політичних відносин та торговельних можливостей [4]. Це дає підстави стверджувати, що визнання може мати конститутивний ефект, надаючи утворенню державності.

Рішення щодо визнання певного утворення є індивідуальним. Багато чинників, як внутрішніх так і зовнішніх, можуть впливати на таке рішення. Варто зазначити, що невелика кількість держав-членів ЄС, які не визнають Косово, також переймаються проблемою сепаратистських вимог національних меншин. Для таких держав визнання сецесії Косово призведе до створення небезпечного міжнародно-правового прецеденту.

Проблематичне питання відповідності утворення до критеріїв державності може бути вирішене за допомогою доктрини колективного чи неколективного визнання. Деякі науковці розглядають вступ в ООН як форму колективного визнання, що підтверджує *prima facie* наявність державності у такого суб'єкта [10]. Як зазначає англійський вчений Джеймс Кроуфорд, колективне визнання може підтвердити існування держави *de facto* [5, с. 540]. Але, нажаль, питання державності Косово не підпадає під дану категорію, оскільки з боку ООН не було виявлено чіткого колективного визнання чи невизнання, хоча третина членів ООН визнала цю державу в індивідуальному порядку. Варто додати, що більшість постійних членів Ради Безпеки ООН, такі як США, Велика Британія та Франція

одні з перших були прибічниками наявності державності у Косово. Отож Косово опинилося в складному становищі, за відсутності чіткого сприйняття чи несприйняття його міжнародною спільнотою в цілому.

Косово може повністю інтегруватись у міжнародну спільноту лише тоді, коли більшість держав світу приймуть рішення щодо його визнання, особливо це стосується постійних членів Ради Безпеки ООН. Державам було б значно простіше вирішити це питання за наявності певних норм, згідно з якими Косово має право на незалежність від Сербії. Такою підставою може стати право народів на самовизначення.

Право народів на самовизначення є надбанням сучасного міжнародного права. Потрібно відрізнити зовнішнє та внутрішнє самовизначення. Внутрішнє самовизначення належить до права народів на встановлення певного політичного режиму в державі та не стосується будь-яких змін державних кордонів. З іншого боку, зовнішнє самовизначення висвітлює питання приналежності народу до певної держави. Це стосується народу, який проживає на певній території та має за мету відокремитись від держави, до якої він належить, та створити свою власну або приєднатись до вже наявної. Отож, зовнішнє самовизначення межує з поняттям сепесія, що безперечно простежене у справі Косово.

Право народів на самовизначення було сформовано завдяки ініціативі та сприянню ООН. У ст. 1 та 55 Статуту ООН зазначено термін “самовизначення”, а його зміст розкрито у ст. 73 та 76(b), що встановлюють зобов’язання для держав, які відповідають за території, народи яких не досягли самоуправління, зобов’язуються надавати допомогу цим народам у їх прагненні до незалежності [3]. Згодом Декларація про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин та співробітництва між державами відповідно до Статуту ООН 1970 р. та Гельсінський Заключний Акт НБСЄ 1975 р. розтлумачило цей принцип. В Декларації про принципи подано три випадки, коли визнається право на самовизначення: зовнішнє самовизначення колоніальних територій та територій, які є під іноземною військовою окупацією, а також внутрішнє самовизначення расових меншин, переслідуваних державою [1].

Внутрішня та зовнішня форми самовизначення, що широко розповсюджені в міжнародній практиці, не можуть бути зачислені до ситуації в Косово, адже ця держава не підпадає під три вищезазначені умови. Зокрема, у своєму Консультативному висновку щодо відповідності одностороннього акту проголошення незалежності Косово до міжнародного права 2010 р, Міжнародний Суд ООН вказав на те, що значна кількість новостворених держав отримали незалежність завдяки праву на самовизначення народів. Також він зазначив, що трапляються випадки, коли проголошення незалежності відбулося поза цим принципом. За таких обставин міжнародна практика не вказує на створення у міжнародному праві нового правила, яке б забороняло проголошувати незалежність у таких ситуаціях [8].

У своєму рішенні Суд звертає увагу на принцип територіальної цілісності держав, закріпленій у Гельсінському Заключному Акті НБСЄ 1975 р. Цей документ, підписаний 1 серпня 1975 р, проголосив у ст. IV, що “Держави-учасниці будуть поважати територіальну цілісність кожної держави-учасниці” [2]. З цього приводу Суд зазначив “Обсяг принципу територіальної цілісності діє в межах відносин між державами” [8].

Міжнародний Суд ООН у Консультативному висновку по Косово вказує на те, що Рада Безпеки ООН, засуджуючи декларації незалежності інших держав, звертає

увагу не на односторонній характер таких документів, а на той факт, що вони стосуються чи можуть стосуватися неправомірного застосування сили чи інших очевидних порушень норм загального міжнародного права, а особливо імперативних норм (*jus cogens*). Також Суд зазначає, що: “Стосовно Косово Рада Безпеки ніколи не займала таку позицію”. Проаналізувавши вищезазначене, Суд постановив, що загальне міжнародне право не містить жодних заборон щодо прийняття декларацій про незалежність, а також свідчить про те, що Декларація незалежності Косово від 17 лютого 2008 р. не порушила норм загального міжнародного права [8].

Принцип територіальної цілісності держав, проголошений у вищезазначеному консультативному висновку Міжнародного Суду ООН, часто несумісний з правом народів на самовизначення. Це пов'язано з тим, що реалізація принципу самовизначення народів порушує право іншої держави на територіальну цілісність. З іншого боку, жорстке дотримання принципу територіальної цілісності не дає змоги для народів, які борються за самовизначення, створити власну суверенну державу. Прикладом такої колізії є ситуація на Близькому Сході, в якій Палестина бореться за свою державність, порушуючи територіальну цілісність Ізраїлю. У ситуації щодо Косово наявність такої колізії є сумнівною, оскільки це утворення має певну автономію від Сербії. Також Міжнародний Суд ООН у своєму консультативному висновку по Косово вказав на те, що у цій ситуації право народів на самовизначення не застосовується, а отже, і не має колізії основоположних принципів міжнародного права.

Косово є особливим випадком у світовій практиці та потребує особливого ставлення. Це підтвердила Декларація незалежності від 17 лютого 2008 р., в якій зазначено: “Косово є особливим випадком, який виник у результаті неузгодженого розпаду Югославії і не може бути прецедентом для будь-яких інших подібних ситуацій” [7]. На сьогодні цей випадок є центром уваги багатьох юристів-міжнародників. Перші кроки на шляху до вирішення дискусійних питань щодо незалежності Косово Міжнародний Суд ООН зробив у Консультативному висновку щодо відповідності одностороннього акта проголошення незалежності Косово до міжнародного права 2010 р. Однак вирішення деяких питань залишається відкритим. Світова спільнота зацікавлена у вирішенні таких: 1) тип населення Косово, яке прагне незалежності; 2) специфічні обставини виникнення вимог щодо незалежності; 3) тип відносин між утворенням, яке хоче відділитися (Косово), та державою (Сербія), зі складу якої воно хоче вийти; 4) ставлення світової спільноти до цієї ситуації [10].

Отже, питання зовнішнього самовизначення або сецесії постає як суперечлива та непростя проблема для вирішення в сучасному міжнародному праві та міжнародних відносинах. Упродовж останнього десятиріччя статус Косово турбував світову спільноту своєю невизначеністю. Незважаючи на законний характер сецесії, Косово проголосило свою незалежність, та, завдяки цьому, його визнала приблизно третина держав світу. В той час як більшість держав обстоюють позицію його невизнання, Косово не може в повному обсязі інтегруватись до світової спільноти. Свого часу Косово не могло розраховувати на загальне визнання, але консультативний висновок Міжнародного Суду ООН від 22 липня 2010 р. докорінно змінив положення цього утворення. Це дає Косово змогу бути визнаним та вступати у міжнародні відносини як повноцінний суб'єкт міжнародного права.

1. Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН. Действующее международное право. Т. 1. – М. : Московский независимый институт международного права. – 1996. – С. 65–73
2. Заключительный Акт СБСЕ 1975г. [электронный ресурс] / – Режим доступа до ресурсу: http://www.osce.org/documents/mcs/1975/08/4044_ru.pdf
3. Устав Организации Объединенных Наций 1945 г. [электронный ресурс] / – Режим доступа до ресурсу.: <http://www.icj-cij.org/homepage/ru/unchart.php>
4. Cohan J.A. Sovereignty in a Post-sovereign World / Cohan J.A. // Florida Journal of International Law. – 2006. – № 18. – P.925–926
5. Crawford J. The Creation of States in International Law / Crawford J. – Oxford : Oxford University Press, 2007. – 870 p.
6. Harris, D.J., Cases and materials on international law / Harris D.J. – London: Sweet & Maxwell, 2004. – 1152 p.
7. Kosovo Declaration of Independence, February 17, 2008. [электронный ресурс] / – Режим доступа до ресурсу : <http://www.assembly-kosova.org>
8. International Court of Justice. Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo. Summary of the Advisory Opinion. [электронный ресурс] / – Режим доступа до ресурсу.: <http://www.icj-cij.org/docket/files>
9. Montevideo Convention on the Rights and Duties of States, Signed at Montevideo, 26 December 1933. [электронный ресурс] / – Режим доступа до ресурсу.: <http://www.taiwandocuments.org>
10. Wilson G. Self-Determination, Recognition and the Problem of Kosovo / Wilson G. // Netherlands International Law Review. – 2009.– № 56. – P.455-481.
11. UN Doc. S/PV.5839 (2008). [электронный ресурс] / – Режим доступа до ресурсу : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/PRO/N08/242/58/PDF>
12. UN Doc. S/RES 1244 (1999). [электронный ресурс] / – Режим доступа до ресурсу : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/172/89/>

НЕЗАВИСИМОСТЬ КОСОВО ТА ПРОБЛЕМА ПРИЗНАНИЯ

М. Резнева

*Украинский государственный университет
финансов и международной торговли
Киев, ул. Чигорина 57 Тел. (095) 303-29-72
e-mail: MaryCeleste@yandex.ru*

Рассмотрены правовые вопросы, которые возникают вокруг провозглашения Косово своей независимости. В статье отражены такие вопросы, как критерии государственности, право народов на самоопределение, сецессия, признание и тому подобное. Обращение внимание на уникальность ситуации, сформированной вокруг Косово и проблемы, которые возникают по этому поводу. В статье проанализированы доктринальные подходы юристов-международников и международных организаций, таких как Совет Безопасности ООН, Генеральная Ассамблея ООН и Международный Суд ООН относительно ситуации в Косово.

Ключевые слова: признание, сецессия, государственность, право народов на самоопределение, территориальная целостность государства, декларация независимости, Международный Суд ООН.

INDEPENDENCE OF KOSOVO AND ITS RECOGNITION ISSUES***M. Rezneva***

*Finance and International Trade State University of Ukraine
Chygorina Str. 57, UA Kyiv, Ukraine
tel.: (095) 303-29-72, e-mail: MaryCeleste@yandex.ru*

The article addresses the issues of Kosovo independence proclamation. Nationhood criteria, the right of nations to self-determination, secession, recognition are highlighted. Specific attention is paid to unique Kosovo situation, as well as to the problems arising from it. Scientific views of international lawyers and international organizations, such as: Security Council, UN General Assembly, International Court of Justice concerning Kosovo situation are analyzed.

Key words: recognition, secession, nationhood, right of nations to self-determination, territorial integrity, Declaration of Independence, International Court of Justice.

Стаття надійшла до редколегії: 04.04.2011
Прийнята до друку: 27.04.2011

АДМІНІСТРАТИВНЕ І ФІНАНСОВЕ ПРАВО

ІНСТАНЦІЙНА ПІДСУДНІСТЬ СПРАВ АДМІНІСТРАТИВНИМ СУДАМ

І.Затираха

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті аналізується принцип інстанційної побудови системи адміністративних судів України. Висвітлюються правила інстанційної підсудності справ адміністративним судам за Кодексом адміністративного судочинства України. Висловлено пропозиції до вдосконалення цього Кодексу в частині визначення інстанційної підсудності.

Ключові слова: адміністративний суд, підсудність, інстанційність, судова ланка, судова інстанція.

Створення в Україні адміністративних судів як невід'ємної складової національної системи судів та механізму захисту забезпечення прав і свобод громадян обумовлює актуальність дослідження окремих складових даного інституту. Адміністративні суди у процесі здійснення своїх повноважень зіткнулися з низкою нез'ясованих питань, які потребують нагального вирішення. Одним з таких проблемних питань є правила визначення інстанційної підсудності. Після внесення змін до КАС України Законом України “Про судоустрій та статус суддів” від 07.07.2010 р. суттєвих змін зазнали правила підсудності. Доцільність чи завчасність впровадження таких змін до КАС України є предметом нашого дослідження.

Проблемам теоретичного обґрунтування сутності, змісту, побудови судової системи в Україні, а також питанням визначення правил підсудності у своїх працях приділяли увагу такі вчені-адміністративісти, як В. Авер'янов, В. Бевзенко, Р. Куйбіда, І. Назаров, О. Пасенюк, Н. Сібільова, В. Сіренко, М. Сірий, В. Стефанюк, С. Шишкін та інші. Слід зауважити, що переважна кількість праць вищезазначених авторів має загальнотеоретичний характер. Тому метою нашого дослідження є обґрунтування необхідності удосконалення процесуального законодавства щодо визначення правил інстанційної підсудності.

Поряд із принципами територіальності і спеціалізації варто виділити ще одну засаду побудови системи судів – інстанційність. Ця засада, на відміну від інших двох принципів, прямо не згадується ні в Конституції України, ні в жодному іншому акті законодавства. Однак вона безпосередньо обумовлена необхідністю забезпечити конституційне право на апеляційне та касаційне оскарження судових рішень. Під інстанційністю розуміється організація судів виходячи з необхідності забезпечити право на перегляд судового рішення судом вищого рівня [1, с. 39–43, 47].

Інстанційність як принцип побудови судової системи викликає суттєві зауваження з точки зору його нормативності та з'ясування змісту. Це поняття в науці не є достатньо дослідженим, його зміст тлумачиться по-різному, а тому його не можна вважати загальноновизнаним.

Інстанційність має суттєве значення у побудові судової системи. Але визначальним є те, що ми розуміємо під “інстанцією” і скільки їх має бути. Види, сутність, кількість судових інстанцій є відбиттям усього історичного шляху існування суду в кожній державі з її традиціями, досвідом, надбанням. У Середньовіччі, при існуванні суцільно письмового судочинства та ревізійного порядку перегляду судових справ, справа в силу закону просувалася з одного суду до іншого, перевірялася і вирішувалася знову у повному обсязі, що вимагало значних витрат часу без упевненості в остаточному вирішенні справ черговою судовою установою.

Судові інстанції з’явилися лише тоді, коли: а) учасники процесу набули права на скаргу, і ця скарга стала спонукою руху по вертикалі судових установ; б) обсяг повноважень судів по розгляду і перегляду однієї і тієї самої справи почав відрізнятися, і ця відмінність чітко визначена законом [2, с. 42].

Судовий порядок розв’язання спорів є найбільш складним і тривалим. Формалізованість судового процесу є виправданою настільки, наскільки це потрібно для створення гарантій ухвалення правосудного судового рішення. В умовах ускладнення суспільних відносин, а отже, їхнього правового регулювання, навіть із досягненням реальної незалежності суду не можна говорити про непогіршеність судових рішень. Інстанційна побудова судової системи дає можливість невдоволеній судовим рішенням стороні звернутися до вищої судової інстанції з вимогою про його перегляд. Інстанційна система має особливе значення, оскільки вона є гарантією високої якості правосуддя, дозволяючи суддям вищої інстанції з більшим досвідом, авторитетом і компетентністю виправляти можливі помилки суддів нижчої інстанції. Водночас можна почути думку, що авторитетність судової системи обернено пропорційно залежить від кількості судових інстанцій. Іншими словами, проходження справи через усі судові інстанції асоціюється з судовою тяганиною. До того ж, ухвалення різними інстанціями протилежних рішень у тій самій справі викликає недовіру в людей до судової влади, оскільки нерідко такий різнобій пояснюється суддівським свавіллям. У площині психології людини така думка може виглядати виправданою. Однак інстанційна побудова судової системи вигадана аж ніяк не для пониження авторитету судових органів та ускладнення процедури вирішення правових спорів. Інстанційність судової системи пов’язана з основними способами оскарження й перегляду судових рішень. Вона полягає в тому, що вирішення справи за суттю здійснюється судом першої інстанції – здебільшого, судовою ланкою найнижчого рівня. Зрозуміло, що у вирішенні справи суд першої інстанції внаслідок недостатньої кваліфікації, неухважності чи навіть свідомо може припуститися помилки. Очевидно, що оскарження цього рішення не може здійснюватися до суду, який його ухвалив, оскільки оскарження за своєю природою є спором невдоволеної судовим рішенням сторони з судом, що його ухвалив. Тому для перегляду судових рішень діють суди вищих інстанцій.

У кожній країні існує свій варіант побудови системи інстанцій і перегляду судових рішень. Кожен варіант обумовлений необхідністю досягти оптимального співвідношення між двома вимогами:

1) правосудність судового рішення – система судових інстанцій у підсумку повинна забезпечити законність і справедливість судового рішення у справі;

2) доступність і своєчасність судового рішення – система судових інстанцій не повинна бути надто великою, оскільки їх проходження було б дуже дорогим, а тому недоступним для сторін; остаточне судове рішення у справі треба ухвалити

якомога швидше, щоби вчасно було досягнуто визначеності у спірних правовідносинах (невизначеність має негативний моральний та економічний вплив на учасників правовідносин).

Обидві вимоги мають колізійний вплив на систему судових інстанцій. Правосудність судового рішення може вимагати більшої кількості інстанцій, а доступність і своєчасність рішення – меншої. Система інстанцій у кожній країні залежить від того, де законодавець побачить золоту середину між обома вимогами.

Принципово важливо не допустити ситуації, щоб той самий суд виконував у справі функції двох чи більше інстанцій. По-перше, суд не може двічі розглядати ту саму справу, адже в разі перегляду свого рішення він навряд чи захоче відхилитися від нього. Це впливає із принципу, що ніхто не може бути суддею у своїй справі (в оскарженні, як зазначалося, йдеться про спір сторони з судом, який ухвалив рішення). А якщо в одному суді, але в різних інстанціях справу й розглядатимуть різні судді, то все одно залишатимуться обґрунтовані сумніви у їхній неупередженості, оскільки результати перегляду можуть залежати від особистих стосунків цих суддів. По-друге, справу у вищій інстанції мають розглядати судді, до кваліфікації яких ставляться підвищені вимоги порівняно з суддями нижчих інстанцій, а до суддів судів одного рівня ставляться однакові вимоги. Відповідно гарантії правосудності судового рішення у суді вищої інстанції не будуть вищими, якщо один і той самий суд або суд одного й того самого рівня виконуватиме функції двох та більше інстанцій. Найкращим способом не допустити ситуації, коли один і той самий суд виконує у справі функції двох та більше інстанцій, вважається наділенням кожної судової ланки функціями тільки однієї інстанції [3, с. 39–43, 47].

Такої ж позиції притримується і Н.Сібільова, яка зазначає, що кожна наступна інстанція є вищим судом відносно судової інстанції, що раніше постановила рішення по справі. Суд касаційний є вищим відносно суду апеляційної інстанції. Тому одна й та сама справа не може послідовно проходити обидві інстанції в одному й тому ж суді. Це порушило б міжнародно-правові вимоги, підтверджені багатьма рішеннями Європейського Суду з прав людини щодо забезпечення здійснення правосуддя безстороннім, неупередженим судом.

Але з цього зовсім не випливає, що має панувати правило: один суд – одна інстанція. Це підтверджується і судовими система усіх європейських держав, де суди другої чи третьої ланки є одночасно судами апеляційної та першої інстанції, а іноді (якщо це є найвищий суд держави) – касаційної та першої інстанції.

Отже, такі загальновизнані вимоги, як необхідність забезпечення кожному, хто потребує цього, розгляд його справи в суді за суттю (по першій інстанції), реалізація його права у випадках, встановлених законом, на апеляційне оскарження рішень з одночасною заборонаю розгляду певної справи в одній судовій установі по двох інстанціях, і стали найважливішими критеріями побудови сучасних судових систем європейських держав, а звідси й визначення кількості їх рівнів (ланок): від трьох до п'яти [4, с. 44–45].

Варто погодитись з думкою Р. Куїбіді про те, що поняття “судова ланка” і “судова інстанція” за змістом не є тотожними. Судова ланка означає суди одного організаційного рівня у структурі судоустрою (місцеві суди, апеляційні суди, вищі суди, Верховний Суд). Судова інстанція означає суди, які здійснюють один із видів провадження – провадження в першій інстанції, апеляційне провадження, касаційне провадження, провадження за винятковими обставинами (суди першої інстанції, суди апеляційної інстанції, суди касаційної інстанції). Різниця між цими

поняттями заснована на багатозначності терміна “суд”. Судова ланка визначається через поняття “суд” у значенні “судовий орган”, а судова інстанція – через поняття “суд” у процесуальному значенні – “суд, що розглядає справу”.

Попри різницю між змістом обох понять, важливо, щоб організаційно судова ланка і судова інстанція збігалися. Інакше кажучи, судова ланка має виконувати функції тільки однієї інстанції. Цю ідею відображає правило “суд однієї ланки = суд однієї інстанції”. Це правило – безумовне, якщо йдеться про розгляд тієї самої справи в різних інстанціях. Але з нього можуть бути, хоча й небажані, винятки, якщо йдеться про поєднання в одному суді функцій різних інстанцій у різних категоріях справ. Якщо такі винятки й є, то вони обов’язково повинні бути обґрунтовані потребами судового процесу для певних категорій справ.

Правило “суд однієї ланки = суд однієї інстанції” неважко реалізувати в системі судів загальної юрисдикції: місцеві суди – перша інстанція, апеляційні суди – апеляційна інстанція, вищі суди – касаційна інстанція, Верховний Суд України – суд касаційної інстанції, який здійснює перегляд судових рішень за винятковими обставинами.

Така побудова системи судів загальної юрисдикції з урахуванням принципу інстанційності видається оптимальною, оскільки: з одного боку, правосудність судових рішень гарантуватиметься можливістю їхнього оскарження, а з іншого – це оскарження не відбуватиметься безкінечно.

Отже, підсумовуючи слід наголосити, що найбільш актуальне значення для подальшого розвитку системи судів в Україні мають насамперед засади спеціалізації, територіальності та інстанційності. Усі інші засади переважно вичерпали своє методологічне значення і перейшли до категорії властивостей, рис, які характеризують сучасну систему судів [5, с. 39–43, 47].

Стаття 20 КАС України визначає правила інстанційної підсудності адміністративних справ, які поряд з правилами предметної і територіальної підсудності складають алгоритм визначення компетентного суду для розгляду і вирішення конкретної адміністративної справи.

Правила інстанційної підсудності визначено у такий спосіб, щоб забезпечити рівні можливості щодо оскарження судових рішень – для кожної адміністративної справи зазвичай передбачена однакова кількість судових інстанцій з тим, щоб право особи на оскарження і перегляд судового рішення необґрунтовано не обмежувалося [6, с. 191].

У відповідності з ч. 1 ст. 20 Кодексу адміністративного судочинства України місцеві адміністративні суди (місцеві загальні суди як адміністративні суди та окружні адміністративні суди), а також Вищий адміністративний суд України у випадках, встановлених КАС України, вирішують адміністративні справи як суди першої інстанції. Це означає, що положення інстанційної підсудності, яке сформульоване в ст. 20, визначається з урахуванням критеріїв: 1) зрозумілості, який означає, що система судових інстанцій побудована як максимально проста, щоб кожна особа могла легко розібратися, у яких випадках і до якого суду вона повинна звернутися з адміністративним позовом, а потім, за необхідності, з апеляційною чи касаційною скаргою; 2) рівності можливостей щодо оскарження судових рішень, який означає, що для кожної адміністративної справи передбачається однакова кількість судових інстанцій з тим, щоб право особи на перегляд судового рішення необґрунтовано ніяким чином не обмежувалося.

Таким чином, при формулюванні положень інстанційної підсудності повинен дотримуватися принцип, за яким одній ланці судової системи має відповідати одна

судова інстанція, куди особа, за необхідності, може звернутися. Як це видно з положень ч. 1 ст. 20 цього Кодексу, такий підхід збережено для двох нижчих ланок системи адміністративних судів: для місцевих та апеляційних судів. Місцеві адміністративні суди (місцеві загальні суди як адміністративні суди та окружні адміністративні суди) вирішують підвідомчі та підсудні їм справи як суди першої інстанції. Це свідчить про те, що дотримання положень цих двох критеріїв можливе за умови реалізації принципу, для судової ланки властива однакова судова інстанція. Цей підхід найкраще сприяє інстанційній спеціалізації суддів різних судових ланок.

У ст. 20 Кодексу адміністративного судочинства України дотримано чіткої і простої для розуміння системи, за якої кожна ланка адміністративних судів виконує функції лише однієї інстанції. Місцеві адміністративні суди (місцеві загальні суди як адміністративні суди та окружні адміністративні суди) вирішують адміністративні справи як суди першої інстанції. Так, згідно п. 1 ч. 1 ст. 18 КАС України адміністративні справи, у яких однією зі сторін є орган чи посадова особа місцевого самоврядування, посадова чи службова особа органу місцевого самоврядування, крім тих, які підсудні окружним адміністративним судам, підсудні місцевим загальним судам як адміністративним судам. Крім того, підсудні цим же судам усі адміністративні справи з приводу рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень у справах про притягнення до адміністративної відповідальності. Окружним адміністративним судам підсудні адміністративні справи, у яких однією зі сторін є орган державної влади, інший державний орган, орган влади Автономної Республіки Крим, їх посадова чи службова особа, крім справ з приводу інших рішень, дій чи бездіяльності у справах про адміністративні проступки.

Необхідно зазначити, що й Вищому адміністративному суду України як суду першої інстанції підсудні справи: 1) щодо встановлення Центральною виборчою комісією результатів виборів або всеукраїнського референдуму; 2) справи про дострокове припинення повноважень народного депутата України; 3) справи щодо оскарження актів, дій чи бездіяльності Верховної Ради України, Президента України, Вищої ради юстиції, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України (ч. 4 ст. 18 КАС України). Детально аналізуючи положення вище наведеної норми можна дійти до висновку, що фактично зафіксовано звуження прав осіб, які звертаються до суду, оскільки рішення по справах про дострокове припинення повноважень народних депутатів України і справах щодо оскарження актів, дій чи бездіяльності Верховної Ради України, Президента України, Вищої ради юстиції, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України не підлягають перегляду в апеляційному та касаційному порядку, а отже відбувається порушення ч. 3 ст. 22, ч. 1 ст. 55, п. 8 ч. 3 ст. 129 Конституції України. За загальним конституційним правилом, гарантується апеляційний та касаційний перегляд судових рішень, крім випадків, встановлених законом (п. 8 ч. 3 ст. 129 Конституції України). Отже, право на апеляційне та касаційне оскарження не є абсолютним, воно може бути обмежене законом. Проте зазначена норма Конституції має тлумачитись не відокремлено та абсолютизовано, а виключно у системному зв'язку з іншими положеннями Конституції України, а саме: ч. 3 ст. 22, ч. 1 ст. 55 Конституції України. Зокрема, норми Основного закону не надають Верховній Раді України повноваження довільно, необмежено на власний розсуд встановлювати будь-які заборони апеляційного та касаційного оскарження судових рішень. Такі заборони мають бути кожного разу конституційно обґрунтованим, пропорційним

(співрозмірним) з конституційно охоронюваними цінностями та не призводити до звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод.

На підставі наведеного ми вважаємо, що доцільно внести зміни до ч. 4 ст. 18 КАС України, а саме виключити положення що стосуються встановлення підсудності справ щодо оскарження актів, дій чи бездіяльності Верховної Ради України, Президента України, Вищої ради юстиції, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України Вищому адміністративному суду України як суду першої інстанції.

Частина 2 ст. 20 КАС України закріплює положення згідно з яким апеляційні адміністративні суди переглядають судові рішення місцевих адміністративних судів (місцевих загальних судів як адміністративних судів та окружних адміністративних судів), які знаходяться у межах їхньої територіальної юрисдикції, в апеляційному порядку як суди апеляційної інстанції [7]. Тобто, суд апеляційної інстанції здійснює за апеляційною скаргою перегляд адміністративної справи і рішення суду першої інстанції у ній, що не набрало законної сили, з огляду на правильність встановлення обставин у справі і (або) правильність застосування норм права. За загальним правилом ч. 2 ст. 20 КАС України, як суд апеляційної інстанції судові рішення місцевих адміністративних судів переглядають в апеляційному порядку відповідні апеляційні адміністративні суди. Як виняток, для справ щодо рішень, дій або бездіяльності Центральної виборчої комісії, членів цієї комісії розглянутих Київським апеляційним адміністративним судом, є Вищий адміністративний суд України (ч. 6 ст. 177 КАС України).

Метою звернення до апеляції є повторний розгляд справ у цілому або в частині. В апеляційній інстанції суд може перевіряти справу або у повному обсязі, не обмежуючись вимогами скарги, або лише в обсязі вимог, вказаних в апеляції. При створенні інститутів перегляду судових рішень західноєвропейські держави керувалися принципом *tantum devolutum quantum appellatum*: скільки скарг – стільки й рішень. Відбиттям цього принципу стали відповідні правила у законодавстві цих країн, згідно з якими апеляційний суд перевіряє правильність рішення першої інстанції відносно особи, що подала скаргу, і лише стосовно тієї частини рішення суду першої інстанції, що нею оскаржена. Тобто засвідчений примат приватного інтересу над інтересом публічним. Правова природа апеляційного перегляду європейського типу у поєднанні з необхідністю дотримання принципів правової визначеності та стабільності судових рішень мала наслідком визнання його у переважній більшості держав останньою судовою інстанцією.

Отже, актуальне значення для подальшого розвитку системи судів в Україні мають насамперед засади спеціалізації, територіальності та інстанційності. Саме під інстанційністю розуміється організація судів виходячи з необхідності забезпечити право на перегляд судового рішення судом вищого рівня. Побудова системи інстанцій повинна відповідати двом головним принципам, а саме: правосудності та доступності судового рішення і своєчасності судового рішення. Ми з'ясували, що поняття “судова ланка” і “судова інстанція” за змістом не є тотожними, хоча важливо щоб організаційно дані поняття збігались. При формулюванні правил інстанційної підсудності у КАС України законодавець дотримався принципу, за яким одній ланці судової системи має відповідати одна судова інстанція. Окрім цього вважаємо за доцільне внести зміни до ч. 4 ст. 18 КАС України, з метою припинення звуження прав осіб, які звертаються до суду.

1. Куйбіда Р. О. Реформування правосуддя в Україні: стан і перспективи. Монографія. – К. : Атіка, 2004. – 288 с.
2. Н.Сібільова “Теоретичні основи побудови судової системи України” Право України, 2009, №6, С.38-45
3. Куйбіда Р. О. Реформування правосуддя в Україні: стан і перспективи. Монографія. – К. : Атіка, 2004. – 288 с.
4. Н.Сібільова “Теоретичні основи побудови судової системи України” Право України, 2009, №6, С.38-45,
5. Куйбіда Р. О. Реформування правосуддя в Україні: стан і перспективи. Монографія. – К. : Атіка, 2004. – 288 с.
6. Кодекс адміністративного судочинства України: Науково-практичний коментар: У 2 т. / За заг. ред. Р.О.Куйбіди. – К.: Книги для бізнесу, 2007. – Том 1. – 552 с.
7. Кодекс адміністративного судочинства України // Відомості Верховної Ради України від 09.09.2005 - 2005 р., № 35, (№№ 35-36, 37), стор. 1358, стаття 446

ИНСТАНЦИОННАЯ ПОДСУДНОСТЬ ДЕЛ АДМИНИСТРАТИВНЫМИ СУДАМИ

И.Затураха

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, Львов, Украина*

В статье анализируется принцип инстанционного построения системы административных судов Украины. Освещаются правила инстанционной подсудности дел административным судам по Кодексу административного судопроизводства Украины. Высказаны предложения к усовершенствованию этого Кодекса в части определения инстанционной подсудности.

Ключевые слова: административный суд, подсудность, инстанционность, судебное звено, судебная инстанция.

ADMINISTRATIVE COURTS INSTANCE JURISDICTION

I. Zatyraha

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

The article is devoted to the analysis of instance principle of the system of administrative courts in Ukraine. The rules of administrative courts instance jurisdiction under the Code of Administrative Justice of Ukraine are highlighted. Proposals as to this Code improvement on the issue – of instance jurisdiction definition are presented.

Key words: administrative court, jurisdiction, instance, court degree, court instance.

Стаття надійшла до редколегії: 22.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ВИКОНАННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ У СПРАВАХ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ: ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЗАГАЛЬНИХ ПОЛОЖЕНЬ

О. Ільницький

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
тел. (032) 239-45-25 e-mail: o.ilnytskyi@gmail.com*

У цій статті автор розкриває основні проблеми виконання судових рішень боржниками-колегіальними органами та подає власне бачення їхнього можливого вирішення внесенням змін до чинного законодавства.

Ключові слова: судове рішення, примусове виконання, адміністративний суд, колегіальний орган.

Завдання будь-якого з видів судочинства, наявних в Україні, розкриваються у процесуальних кодексах через здійснення судами у процесі розгляду підвідомчих спорів функції захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Отже, найістотнішою цінністю судового процесу є його результат, який має проявитися у реальному впливі справедливого присуду на статус осіб у спірних правовідносинах через принцип обов'язковості рішення суду (п. 9 ч. 3 ст. 129 Конституції України). І якщо захист інтересів держави може бути забезпечений через застосування досить широкого кола механізмів публічно-примусово впливу на особу, для самої особи, як правило, залишається лише визначений у законодавстві порядок виконавчого провадження при зверненні рішення суду до примусового виконання. Водночас, як свідчить практика, діяльність державної виконавчої служби з виконання приписів судів є незадовільною, що зумовлює зниження авторитету судової влади.

Виникнення та інституювання системи адміністративної юстиції і специфіка прийнятих за результатами її діяльності рішень фактично у черговий раз продемонструвала головні проблеми виконавчого провадження, додавши ще й нові, закладені у відомчій суперечності.

Питання удосконалення процедури виконання судових рішень не нове та не має чітких галузевих меж, оскільки є одним з наріжних каменів підвищення ефективності діяльності судової системи загалом. До його вирішення докладали зусиль апологети цивільно-процесуального та господарсько-процесуального права (Д.М. Притика, М.Й. Штефан, В.С. Щербина). Вищезазначені особливості цього питання у структурі адміністративного судочинства не змогли теж залишити його без уваги дослідників (І.Б. Коліушко, Р.О. Куйбіда, В.Г. Перепелюк).

Метою цієї статті є доповнення і збагачення розроблених положень щодо загальних питань виконання судових рішень за наслідками розгляду адміністративних справ для підвищення ефективності діяльності адміністративної гілки судочинства.

Протягом тривалого часу, побудова ефективної системи виконання судових рішень є одним із першочергових кроків до зростання рівня довіри до самої судової влади в Україні. На сьогодні, на жаль, всупереч зусиллям, які докладаються дослідниками щодо пошуку законних та раціональних шляхів вирішення цієї проблеми, доводиться констатувати її загострення, що, навіть, набуває ознак порушення Україною взятих міжнародних зобов'язань та загрожує втратою державою свого статусу у міждержавних товариствах і організаціях.

Звичайно, що така ситуація не виникла одночасно. Практика попередніх років та сьогодні рясніє випадками неможливості надалі виконати рішення, особливо, що стосувалося присуду проти суб'єктів владних повноважень. Одним із складових елементів цієї проблеми називали відомчу солідарність, що зумовлювало розвиток ідей щодо створення незалежної служби у структурі судової гілки влади з виконання рішень (служби судових приставів (розпорядників тощо)). Однак далі обговорюваної на сторінках наукової літератури пропозиції ця концепція не просунулася, з огляду на істотні складнощі в її організаційному забезпеченні, що, можливо, суперечило б за своєю результативністю вимогам економічності щодо впровадження, але що важливіше, на мою думку, – у зв'язку із відсутністю відповідного владного бажання до реалізації такої реформи.

З іншого боку, проблемою українського законодавства, яка знаходиться на поверхні не лише для нас, але й для компетентних міжнародних організацій та установ, в аспекті досліджуваної теми, є питання виконання судових рішень колегіальними органами місцевого самоврядування чи органами виконавчої влади. Колегіальний статус органу знімає відповідальність з будь-якого з його членів, що робить дії по виконанню безрезультативними.

Як, наприклад, зобов'язати міську раду розглянути питання про видачу відповідних правостановлюючих документів, за наслідками оскарження її незаконної бездіяльності, або ж прийняти будь-яке інше власне рішення на зміну скасованого незаконного в межах дискреційних повноважень у примусовому порядку?

У більшості випадків, коли боржником за рішенням є колегіальний орган – проблеми очевидні. Практика Європейського Суду з прав людини прямо вказує на очевидні проблеми із виконанням рішень судів у рамках дотримання прав особи, закріплених ст.ст. 6, 13 Європейської конвенції про захист прав та основоположних свобод людини 1950 р. та ст. 1 Протоколу № 1 цієї ж Конвенції, що повинні бути вирішені за допомогою нових нормативних механізмів, зокрема в рамках становлення адміністративної юстиції. У протилежному випадку ставиться під загрозу функціонування системи судового захисту прав людини в державі [див. про це: 1].

Стан практично публічної війни між гілками влади за сфери впливу та обсяг повноважень, яка точиться в Україні, служить сприятливим підґрунтям для збільшення кола прихильників ідей, за якими найефективнішим способом вирішення зазначеної проблеми буде передання судам повноважень з паралельного прийняття рішень, що є предметом спору або ж презюмування юридичного факту, встановлення якого пов'язано із повноваженнями суб'єктів владних повноважень, судовим рішенням, а фактично – передання судам поноважень активного управління.

Зокрема, О. Снідевич наголошує, що у разі незаконної відмови громадянину в наданні земельної ділянки для ведення особистого селянського господарства, садівництва, будівництва та обслуговування жилого будинку, індивідуального дачного будівництва, за змістом ч. 11 ст. 118 ЗК України він може звернутися до суду з позовом про зобов'язання цього органу дати згоду на замовлення проекту її відведення. У разі задоволення такого позову, рішення суду не буде безпосередньою підставою для здійснення технічної діяльності у сфері землеустрою. Дослідниця зазначає, що тут цілком обґрунтовано вбачається можливість порушення прав людини на ефективний судовий захист, гарантований ст. 13 згадуваної Конвенції. Прийняття таких актів відповідним органом є лише

затягуванням розвитку землевпорядного процесу. Нічого нового акти цих органів в регулювання земельних відносин не вносять. Вони є лише зайвою ланкою цього процесу. Крім того, такі рішення можуть бути примусово виконані лише самими органами виконавчої влади чи місцевого самоврядування [2, с. 72]. Отож, проблема виконання судового рішення зникла б, оскільки воно ставало самодостатньою та завершеною системою захисту будь-якого права особи, в тому числі у сфері публічного управління.

Найпотужнішим аргументом такої пропозиції є її політико-соціальна ситуативна доцільність, але вона зовсім не враховує вимог чинного законодавства, побудованому на основі конституційного принципу розподілу влади, що потребує збереження як ключова засада функціонування правової держави.

На щастя, на сьогодні суди не наважуються на таку “тиху” революцію, якою б фактично було змінено обличчя української правової реальності (див. про це, наприклад, постанову Судової палати у адміністративних справах Верховного Суду України від 12.08.2008 р. у справі № 2-а-345/08 [3]).

З іншого боку, це потребує необхідності повернення до основного питання – удосконалення механізмів примусового виконання судового рішення в адміністративному судочинстві.

Суттєвий крок у цьому напрямку було зроблено розробниками КАС України, шляхом впровадження принципу офіційності і на стадії виконання судового рішення, що зумовило появу у ст. 267 КАС України не лише судового контролю за ініціативою осіб, які беруть участь у справі та інших зацікавлених осіб (ч. 12) шляхом оскарження рішень, дій чи бездіяльності державної виконавчої служби у порядку ст. 181 цього ж Кодексу, але й судового контролю за ініціативою суду, що ухвалив відповідне судове рішення. Останнє, до речі, цілком обґрунтовано зачислено до однієї з істотних відмінностей адміністративного судочинства від цивільного чи господарського, оскільки ті не уповноважують судові органи контролювати виконання прийнятого ними рішення у відповідних справах за власною ініціативою [4, с. 945].

Закладений механізм “ініціативного” судового контролю передбачив повноваження суду, який ухвалив судове рішення в адміністративній справі, зобов’язати суб’єкта владних повноважень, не на користь якого ухвалене судове рішення, подати у встановлений судом строк звіт про виконання судового рішення. При цьому, як свідчить оприлюднена судова практика, на сьогодні саме при прийнятті судом рішення, суд має право зобов’язати суб’єкта владних повноважень, проти якого ухвалено судове рішення, подати у встановлений судом строк звіт про виконання судового рішення. Ст. 267 КАС України не встановлено, як саме має виглядати таке зобов’язання, але на підставі аналізу статей гл. 5 КАС України можна зробити висновок, що саме в резолютивній частині постанови суду можуть бути зазначені інші правові наслідки ухваленого рішення, що передбачено п. 4 ч. 1 ст. 163 КАС України, до яких, зокрема, зачислено і звітування суб’єктом владних повноважень, проти якого ухвалене судове рішення про його виконання перед судом. Пред’явлення такої вимоги до суду у майбутньому, з боку позивача-стягувача є підставою для відмови у задоволенні заяви [див. про це: 5]. За наслідками розгляду звіту або у разі його ненадходження у встановлений строк суд міг постановити окрему ухвалу, за змістом якої могли бути визначені причини та умови, що сприяли невиконанню судового рішення, а також підстави для притягнення до юридичної відповідальності осіб, які не виконали або не забезпечили виконання судового рішення [4, с. 944–945].

Однак, обмежений характер примусового впливу, визначений у цьому механізмі, робив його неідеальним, а тому й не застосовуваним на практиці, і знову ж, особливо щодо колегіальних боржників.

Закордонний досвід, як основний шлях вирішення проблеми визначає існування загрози майнового покарання суб'єкта владних повноважень – “астрент” (пеня, яка зростає) (Франція, Німеччина, Нідерланди, Польща, Естонія) [6, с. 207, 209, 212, 215, 217]. В Україні ж, де, по-перше, розмір штрафу у виконавчому провадженні є відносно незначним з розрахунку, визначеного п.5 Підрозд. 1 Розділу XX “Перехідні положення” ПК України один неоподаткований мінімум доходів громадян у розмірі 17 грн (ст. 89 Закону України “Про виконавче провадження”), а, по-друге, низький рівень правової культури та ділової етики і репутації публічних службовців, акцептування такого досвіду, на мою думку, не дасть результатів. Більше того, застосування таких штрафних санкцій до боржника-органу чи установи, які утримуються за рахунок відповідних бюджетів, означає перекладення відповідальності за протиправні дії на тих же осіб за рахунок загальнообов'язкових платежів яких відбувається фінансування діяльності суб'єкта публічної адміністрації, оскільки механізм регресного стягнення коштів з винних чиновників в Україні, за заподіяну та відшкодовану за рахунок державних коштів шкоду, майже не функціонує і лише Закону України “Про центральні органи виконавчої влади” від 17.03.2011 р. у ч.3 ст.27 закріплює можливість держави звернутися із зворотньою вимогою (регрес) до посадових осіб міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, які заподіяли шкоду, у розмірах і порядку, визначених законодавством.

Дослідники І.Б. Коліушко та Р.О. Куйбіда підтримують концепцію, суть якої полягає у тому, що дослідники пропонують, аби суд покладав виконання рішення на керівника колегіального органу, який, наприклад, самостійно видає акт від імені органу, який мав би ухвалити цей акт. Цей підхід виправданий тим, що зміст цього акту визначено у судовому рішенні, тому потреби в обговоренні наче б то немає [6, с. 101] і керівник, у зв'язку із своїм статусом, приймає відповідне рішення.

Слідуючи тенденції майнового примусу до виконання рішення та теорії відповідальності керівника за бездіяльність чи порушення у діяльності очолюваного ним органу, Законом України від 07.07.2010 р. “Про судоустрій і статус суддів” було істотно деталізовано та оновлено інститут “ініціативного” судового контролю за виконанням рішення в адміністративному судочинстві. Від тепер за наслідками розгляду звіту суб'єкта владних повноважень про виконання постанови суду або у разі неподання такого звіту суддя своєю ухвалою може встановити новий строк подання звіту та накласти на винну посадову особу, відповідальну за виконання постанови, штраф у розмірі від ста до трьохсот мінімальних заробітних плат (а це, станом на 1 січня 2011 р., згідно з Законом України “Про Державний бюджет України на 2011 рік” від 23.12.2010 р. – від 94 100 до 282 300 грн). З наступного ж дня після набрання ухвалою законної сили на суму заборгованості без додаткового рішення суду нараховується пеня у розмірі трьох відсотків річних з урахуванням індексу інфляції. Половина суми такого штрафу стягується на користь позивача, інша половина – до Державного бюджету України.

Згідно з ч. 3 ст. 267 КАС України якщо обов'язок виконати постанову лежить на колегіальному органі, але звіт про її виконання не подано або з вини цього органу постанова не виконується, штраф накладається на керівника цього органу.

При цьому, сплата штрафу не звільняє від обов'язку виконати постанову суду і подати звіт про її виконання. Повторне невиконання цього обов'язку тягне за собою застосування тих же самих наслідків, але розмір нового штрафу при цьому

збільшується на суму штрафу, який було або мало бути сплачено за попередньою ухвалою. При цьому Кодекс не містить жодних обмежень щодо кількостей повторності зазначеної процедури та визначеної у ній санкції.

Станом на сьогодні застосування описаної процедури “ініціативного” судового контролю ні за правилами у попередній редакції, ні за оновленими не є поширеним. Очевидно, що причиною цього є незнання позивачів та їх представників про існування такого заходу контролю за виконанням рішення, та й відверте небажанням суду завантажувати себе “зайвою” роботою за фактом постановленого рішення. Вочевидь, що відлякуватиме суддів від застосування прописаного механізму і відверто завищений рівень штрафних санкцій щодо реальної можливості публічних службовців, що у подальшому приведе до неможливості виконання ухвали про накладення штрафу.

З огляду на сьогоднішній стан справ у сфері виконання судових рішень та захисту прав громадян у нашій державі, на мою думку, зовсім не зайвим було б визначення певної категорії справ, або ж окремих критеріїв щодо адміністративних справ, за наслідками розгляду яких такий судовий контроль варто зробити обов’язковим (в тому числі, справи щодо управління суб’єктами владних повноважень земельним фондом чи іншим цінним майном в частині поновлення прав осіб тощо). Ефективність забезпечуватиметься не величезним розміром штрафних санкцій, а реальною можливістю їхнього застосування до порушників.

Водночас, на мою думку, обраний шлях вирішення проблеми не є абсолютно правильним. Я підтримую логічне спрямування, у якому варто шукати вихід із ситуації, яка склалася, визначене у попередньо наведених теоретичних розмірковуваннях та частково акцептоване у змінах до КАС України – персоніфікація відповідальності за невиконання рішення суду в рамках діяльності суб’єктів владних повноважень, що дасть змогу застосовувати ефективні заходи юридичної відповідальності до осіб, які чинять перешкоди у реалізації судового присуду [7, с. 11]. Однак така відповідальність, у більшості випадків, не може мати лише єдиного адресата – керівника органу, особливо, якщо це стосується невиконання рішення суду, присуд якого спрямований на реалізацію компетенції саме органу.

У сьогоднішніх умовах, статус керівника колегіального органу розкривається лише через наявність організаційно-розпорядчих функцій щодо діяльності такого органу. Сам керівник не здатен своєю діяльністю чи адміністративною правотворчістю взаємно замінити рішення та дії колегіального органу, хоча він і представляє його (в тому числі, шляхом підписання відповідних прийнятих рішень), бо ж власне підставою для визнання за органом ознаки “колегіального” є спільний (як правило більшістю голосів) порядок прийняття рішень (правових актів управління) та вирішення підвідомчих питань і спорів [8, с. 137; 9, с. 464]. Наприклад, набуття права власності на земельну ділянку за рішенням місцевої ради не може відбутися у результаті прийняття одноособового рішення голови цієї ради (сільського, селищного, міського голови), оскільки його правовий статус, визначений у Законі України “Про місцеве самоврядування в Україні” не поглинає та не тотожний статусу самої ради, як окремого елемента системи місцевого самоврядування з власними виключними повноваженнями, так само, як і Прем’єр-міністр не здатен замінити собою Кабінет Міністрів України. У таких умовах покласти відповідальність на керівника, який не має законної можливості самостійно виконати судові рішення, є абсолютно помилковим кроком.

Натомість персонально не відповідаючи за невиконання рішення суду (а тепер – прикриваючись відповідальністю керівника та статусом органу влади), посадові

особи прямо ігнорують основи конституційного ладу, порушують права та свободи громадян держави, в інтересах яких вони мають діяти.

Водночас, згідно з теорією розуміння явища “орган держави”, його можна визначати як структурно-організований колектив державних службовців (або один службовець) (тобто, особливий вид організації людей), наділений владними повноваженнями та необхідними засобами для виконання певних завдань і функцій держави [8, с. 131–132; 9, с. 196–198; 10, с. 70–72]. А тому будь-які рішення, дії чи бездіяльність органу – результати вольової поведінки його конкретних службовців, до повноважень яких належить участь у прийнятті відповідних рішень, вчинення дій чи бездіяльності у визначеній законом формі, в тому числі в межах реалізації судового рішення. Цей висновок має стати теоретико-прикладною базою для запровадження системних змін у статус державного органу, в тому числі щодо відповідальності за реалізацію судових рішень колегіальними та одноособовими суб’єктами владних повноважень.

З огляду на це, проблема виконання судових рішень може бути вирішена у разі впровадження нормативного алгоритму встановлення вини конкретних осіб за саботування реалізації судового припису в рамках діяльності органів держави та його застосування на практиці. Це не лише дасть змогу адресно спрямовувати покарання за невиконання судового рішення на винного, що забезпечуватиме принципи особистої відповідальності, але й зніме проблему м’якості покарання, оскільки ст. 382 КК України передбачає кримінальну відповідальність за невиконання конкретною службовою особою вироку, рішення, ухвали, постанови суду, що набрали законної сили, або перешкодження їх виконанню.

Отож, зазначимо важливе значення вирішення проблеми виконання рішень адміністративних судів у діяльності колегіальних суб’єктів владних повноважень. Кроки, зроблені у цьому напрямку з боку законодавця містять правильний вектор, але конкретне їхнє наповнення та зміст не повністю узгоджуються із вимогами діючого законодавства та реалій, що зумовлює необхідність подальшої роботи над дослідженням зазначеного питання та впровадження результатів досліджень на практиці.

1. Шевчук І. Огляд українських “земельних” справ Європейського суду з прав людини / І. Шевчук // Юридичний журнал. – 2008. – № 2 (68). – С. 112–114.
2. Снідевич О. Землевпорядні позови у цивільному процесі України / О. Снідевич // Право України. – 2006. – № 6. – С. 69–72.
3. Постанова Судової палати у адміністративних справах Верховного Суду України від 12.08.2008 р. у справі № 2-а-345/08 [електронний ресурс] // Судова практика: Сайт Верховного Суду України. – Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0>
4. Кодекс адміністративного судочинства: [науково-практичний коментар] / [Центр політико-правових реформ; за заг. ред. Р.О. Куйбіди]. – 3-тє вид., допов. – К. : Юстиніан, 2009. – 976 с.
5. Ухвала Кіровського районного суду м. Кіровоград від 30.11.2010 р.: справа № 2-а-137/10 [електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/12509068>
6. Адміністративна юстиція: європейський досвід і пропозиції для України / [автори-упорядники І.Б. Коліушко, Р.О. Куйбіда]. – К. : Факт, 2003. – 536 с.
7. Ільницький О.В. Адміністративно-правові засади вирішення земельних спорів в Україні: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 / О.В. Ільницький. – Львів, 2010. – 18 с.

8. Бахрах Д.Н. Административное право России: [ученик для вузов] / Д.Н. Бахрах. – М. : НОРМА, 2002. – 441 с.
9. Стариков Ю.Н. Курс общего административного права: в 3 т. / Ю.Н. Стариков. – М. : Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА–ИНФРА М), 2002. – Т. 1: История. Наука. Предмет. Нормы. Субъекты. – 2002. – 728 с.
10. Адміністративне право України: [підручник] / [Ю.П. Битяк, В.М. Парашук, О.В. Дьяченко та ін.]; за ред. Ю.П. Битяка. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – 544 с.

ИСПОЛНЕНИЕ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ ПО ДЕЛАХ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ЮРИСДИКЦИИ: ОТДЕЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ОБЩИХ ПОЛОЖЕНИЙ

О. Ильницький

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина
тел. (032) 239-45-25 e-mail: o.ilnyskyu@gmail.com*

В этой статье автор раскрывает основные проблемы выполнения судебных решений должниками-коллегиальными органами и подает собственное виденье их возможного разрешения, путем внесения изменений к действующему законодательству.

Ключевые слова: судебное решение, принудительное исполнение, административный суд, коллегиальный орган.

COURT DECISIONS ENFORCEMENT IN CASES OF ADMINISTRATIVE JURISDICTION: SOME ISSUES OF GENERAL PROVISIONS

О. Il'nyts'kyi

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

In the article the main issues of court decisions enforcement by debtor-collegial bodies are revealed. The author presents his own view concerning their resolution, in particular by current legislation amending.

Key words: court decision, enforcement, administrative court, collegial body.

Стаття надійшла до редколегії: 15.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ГОЛОВА СУДУ ЯК СУБ'ЄКТ ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ

X. Kim

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті розкрито поняття суб'єкта владних повноважень через аналіз понять “посадова” і “службова особа”, “владні повноваження” та “владні управлінські функції”. Проаналізовано повноваження голови суду і обґрунтована позиція, яка полягає у тому, що голова суду є суб'єктом владних повноважень і його дії та бездіяльність можуть бути оскарженні у порядку адміністративного судочинства.

Ключові слова: посадова особа, службова особа, владні повноваження, управлінські функції, суб'єкт владних повноважень, голова суду.

З прийняттям Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАСУ) серед українських науковців триває дискусія з приводу компетенції адміністративних судів та розгляду ними публічно-правових спорів за позовами до суб'єктів владних повноважень. Багато запитань виникає з приводу поняття самого “суб'єкт владних повноважень” і віднесення до цих суб'єктів посадових і службових осіб органів державної влади та органів місцевого самоврядування. Зокрема дискусійним є питання віднесення до суб'єкта владних повноважень голови відповідно суду. Тому залишається відкритим питання: чи слід відносити до суб'єктів владних повноважень голову суду і в якому порядку оскаржувати його дії чи бездіяльність.

Актуальність цього дослідження зумовлена також відсутністю наукових праць по відповідній проблематиці у юридичній літературі. А наявна сьогодні судова практика є доволі неоднозначною. Проте вагомий внесок у дослідженні окремих проблем адміністративного судочинства, зокрема щодо поняття “суб'єкт владних повноважень” зробили В.Б. Авер'янов, В.М. Бевзенко, Р.О. Куйбіда,

Д.М. Лук'янець, Ю.С. Педько, В.С. Стефанюк, Г.Й. Ткач, Н.В. Янюк та інші науковці.

“Суб'єкт владних повноважень” відповідно до п. 1 та п. 7 статті 3 Кодексу адміністративного судочинства України (далі - КАСУ) – це орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їх посадова чи службова особа, інший суб'єкт при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень.

“Суб'єкти владних повноважень” являють собою сукупність доволі неоднорідних, відмінних за формою, змістом та напрямками діяльності органів, об'єднань, фізичних та юридичних осіб. Кожен із суб'єктів владних повноважень характеризується та відрізняється від іншого власними особливими ознаками, здійснює специфічні завдання та функції, що обумовлює, як наслідок, потребу у спеціальному правовому регулюванні діяльності цих суб'єктів”. [2, с. 15]

Поняття суб'єкта владних повноважень складається з таких елементів: по-перше, цей суб'єкт наділений владними повноваженнями, по-друге він є органом державної влади, органом місцевого самоврядування, їх посадовою чи службовою особою, по-третє цей суб'єкт наділений управлінськими функціями, що є вирішальною ознакою суб'єкта владних повноважень.

Отже, для того, щоб встановити, чи голова суду є суб'єктом владних повноважень, необхідно з'ясувати два моменти: перший момент стосується його

правового статусу, тобто чи голова суду є посадовою чи службовою особою, другий – стосується того, чи наділений він владними повноваженнями та чи виконує владні управлінські функції.

У чинному законодавстві України є норми відповідно до яких поняття посадова особа і службова особа як ототожнюються, так і вживаються у різних значеннях. Тому на практиці важко тлумачити дані поняття. Виходячи із наукових досліджень вчених-адміністративістів, можна стверджувати, що поняття посадова і службова особа не є тотожними.

Дослідження розмежування понять посадова та службова особа провела Н.В. Янюк. Визначаючи поняття “посадова особа” вона наводить її основні ознаки, а саме вказує, що “посадова особа правомочна скеровувати управлінський процес для найбільш повного і швидкого досягнення встановленої мети і брати участь у зовнішньо правових відносинах. Вона організовує інших працівників на здійснення покладених на них завдань. Таким чином, посадові особи, з одного боку, становлять окрему групу службовців, а з іншого боку, – беруть безпосередню участь у підборі, розміщенні й управлінні службовими кадрами. Посадова особа завжди наділена організаційно-розпорядчими повноваженнями, що надає їй можливість визначати завдання та напрями діяльності організаційної структури, шляхом прийняття управлінських рішень і організувати інших осіб на їх виконання. Отже, посадова особа є суб'єктом, наділеним певними виконавчо-розпорядчими повноваженнями, що забезпечує здійснення управлінських функцій відповідного органу. Виконуючи свої повноваження, посадова особа одночасно реалізує компетенцію цього органу і здійснює управління людьми, "впливаючи на їх поведінку за допомогою юридично-владних дій". [6, с. 118]

Щодо службової особи, то Н.В. Янюк зазначає, що це поняття є ширшим за своїм змістом і визначається характером службової діяльності особи. Основним критерієм розмежування зазначених понять “службова особа” та “посадова особа” на думку автора є характер владних повноважень, якими наділяються ці особи.

Проте, поки що на законодавчому рівні не закріплено єдиного поняття “посадової” та “службової” особи. Тому доцільно використовувати дефініцію службової та посадової особи, яку автор вивела у своїй дисертації, а саме: “службова особа – це фізична особа, яка обіймає постійно чи тимчасово в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах чи організаціях, незалежно від форми власності, посаду, пов'язану з виконанням спеціальних повноважень, наданих їй у встановленому законом порядку, стосовно осіб, що не перебувають з нею у службовому підпорядкуванні, і у випадках, передбачених законодавством, має право застосовувати заходи адміністративного примусу”, [6, с. 119] “посадова особа - це службовець, який з метою постійного чи тимчасового управління організаційною структурою і представництва її інтересів у зовнішніх відносинах наділений організаційно-владними повноваженнями і правомочний вчиняти службові юридичні дії”. [6, с. 119]

Обов'язковою умовою, відповідно до КАС України, віднесення фізичних чи юридичних осіб до суб'єктів владних повноважень є наявність у них владних повноважень та управлінських функцій передбачених чинним законодавством.

За результатами проведеного досліджуючи поняття “владне повноваження” Г.Й. Ткач наводить його дефініцію і виділяє основні елементи. Відповідно, “владне повноваження можна розглядати як забезпечену законом вимогу уповноваженого суб'єкта належної поведінки і дій, звернену до громадян та юридичних осіб. Із цього визначення можна виокремити наступні елементи: по-перше, наявність

уповноваженого суб'єкта. По-друге, владне повноваження – це веління (наказ, вимога, команда), звернене до другої сторони публічного правовідношення. Це веління, в більшості випадків, має імперативний характер, тобто обов'язкове до виконання. Така обов'язковість забезпечена заходами примусу (відповідальності) у випадку неналежної поведінки або дій другої сторони. Третім елементом владного повноваження потрібно вважати забезпечення його законом. Власне закон є його джерелом. Законодавчі акти окреслюють межі владних повноважень, зв'язують їх суб'єктів правом. Навіть тоді, коли суб'єкт реалізує так звану дискреційну владу (дискреційні повноваження), він не повинен виходити за межі свободи, окреслені правом. По-четверте, для владного повноваження характерним є потужне забезпечення, тобто наявність системи гарантій, які сприяють реалізації повноважень і стабільній діяльності державних органів. До цієї систем гарантій належить структурований апарат та корпус професіоналів, здатних кваліфіковано оцінювати ситуацію, здійснювати управління на високому професійному рівні”. [5, с. 154]

Суб'єктом владних повноважень відповідно до КАСУ може бути лише особа або орган, які наділені управлінськими функціями. Під управлінськими функціями у науковій літературі розуміють мету, на досягнення якої спрямовані певні дії, що здійснюються у формі державного управління. Управлінська діяльність здійснюється у певних формах, які можуть бути як правовими, так і не правовими. До правових форм управлінської діяльності науковці відносять видання правових актів як загального, так і індивідуального характеру, здійснення певних юридичних дій на основі закону або на основі виданого правового акта управління. До неправових форм управлінської діяльності відносяться організаційні дії, тобто “суспільно-організаційні дії або дії організаційно-інструкційного характеру, проведення нарад, поширення позитивного досвіду, інформації про негативні явища і межі їх поширеності, розробку методичних рекомендацій і вказівок, надання практичної допомоги виконавцям на місцях, прес-конференції представників адміністрацій та інше; матеріально-технічні дії, тобто ті, що “пов'язані з веденням діловодства, реєстрацією, оформленням, розмноження і розсиланням документів, матеріалів, довідок, обробкою інформації та ін”. [4, с. 97–98]

В.Б. Авер'янов, Д.М. Лук'янець та Ю.С. Педько аналізуючи поняття “справа адміністративної юрисдикції” вважають, що “цілком недоречно зафіксована така ознака суб'єкта владних повноважень, як здійснення ним владних “управлінських функцій”. Суперечливість тут полягає насамперед у тому, що ані в Конституції України, ані в інших актах законодавства не сформовано легальних підстав для загальноновживаного тлумачення терміна “управлінські функції”. Все це природно унеможлиблює чітке встановлення кола суб'єктів владних повноважень, рішення, дії чи бездіяльність яких може оскаржуватися за правилами КАС. Зовсім не випадково, що рядом статей КАС його дія поширюється на справи, предмет яких жодною мірою не пов'язаний з виконанням відповідними суб'єктами власне “управлінських функцій”. [1, с. 95–96]

Варто зазначити, що відповідно до інформаційного листа Верховного Суду України від 26 грудня 2005 року “необхідною та єдиною ознакою суб'єкта владних повноважень є здійснення цим суб'єктом владних управлінських функцій, при цьому ці функції повинні здійснюватись суб'єктом саме у тих правовідносинах, у яких виник спір. У випадку, якщо суб'єкт (у тому числі орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа) у спірних

правовідносинах не здійснює вказаних владних управлінських функцій (щодо іншого суб'єкта, який є учасником спору), то такий суб'єкт не знаходиться "при здійсненні управлінських функцій", та не має встановлених нормами Кодексу адміністративного судочинства України необхідних ознак суб'єкта владних повноважень".

Питання управління в сфері судочинства досліджував О.В. Константий, який визначив, що управління у судовій сфері характеризується значною децентралізацією та значними повноваженнями щодо організації судової системи самоврядних (недержавних) суддівських органів.

На думку О.В. Константого управління у судовій сфері проявляється лише при створенні умов для оперативного і в розумний строк здійснення правосуддя. "Діяльність, пов'язана із здійсненням організаційного керівництва та забезпеченням суддів та працівників апаратів судів, яка на основі положень Конституції України повинна здійснюватися виключно на підставі та у межах законів України, практично полягає у встановленні реальних управлінських правовідносин, сторони яких виступають як носії взаємних прав і обов'язків, встановлених і гарантованих галуззю адміністративного права.

Одним із основних типів відносин адміністративно-правового характеру, що виникають у сфері судової влади, є, безумовно, стосунки, які встановлюються при розгляді конкретних адміністративних справ.

Адміністративно-правові відносини, що виникають при вирішенні судом окремих адміністративних або конституційних справ, безпосередньо пов'язані із реалізацією основних функцій утворення та діяльності судової влади (здійснення правосуддя), передбачають застосування "управлінського" впливу щодо не підпорядкованих суб'єктів права, а тому мають зовнішньо владний (зовнішньо системний) характер. Однак процес відправлення правосуддя не може відбуватися без його забезпечення структурними, кадровими, матеріальними, фінансовими, інформаційними та іншими засобами. У цьому аспекті адміністративно-правові зв'язки встановлюються з приводу визначення і формування структури судів, організації їх роботи, розподілу навантаження, прав і обов'язків між суддями та працівниками суду тощо. Такого роду відносини позначають інтереси "організації" судової системи, мають внутрішній для держави характер, не передбачають застосування адміністративних приписів та вказівок щодо "звичайних" громадян.

Безумовно, управлінські правовідносини не можуть визначати повністю зміст діяльності з вирішення конкретних судових справ, однак у будь-якому випадку вони суттєво зумовлюють її характер з точки зору забезпеченості, працюють на зовнішні прояви судово-владних повноважень.

Аналіз практики здійснення державного управління в судах загальної юрисдикції переконує, що учасниками управлінських відносин при цьому виступають: керівники органів судової влади (голови, заступники голів судів), керівники апаратів судів, завідувачі секретаріатами, старші секретарі, начальники відділів секретаріату суду, посадові особи Державної судової адміністрації України та її територіальних управлінь, судді, працівники апаратів судів (секретарі, діловоди, друкарки, консультанти, помічники голови суду, судові розпорядники, архіваріуси та інший технічний персонал)". [3, с. 31–33]

Визначивши основні, ознаки суб'єкта владних повноважень і охарактеризувавши їх, необхідно проаналізувати повноваження голови суду. Лише у такому разі ми зможемо визначити, чи слід його визнавати суб'єктом владних повноважень.

Відповідно до статті 20 Закону України “Про судоустрій та статус суддів” голови місцевих, апеляційних та вищих спеціалізованих судів займають адміністративні посади. Голова відповідного суду наділений такими управлінськими повноваженнями як: представляє суд як орган державної влади у зносинах з іншими органами державної влади, органами місцевого самоврядування, фізичними та юридичними особами; визначає адміністративні повноваження заступника голови місцевого суду; контролює ефективність діяльності апарату суду, вносить керівникові територіального управління Державної судової адміністрації України подання про призначення на посаду керівника апарату суду, заступника керівника апарату суду та про звільнення їх з посад, а також про застосування до керівника апарату суду, його заступника заохочення або накладення дисциплінарного стягнення відповідно до законодавства; видає на підставі акта про призначення (обрання) суддею чи звільнення судді з посади відповідний наказ; повідомляє Вищу кваліфікаційну комісію суддів України про наявність вакантних посад у суді в десятиденний строк з дня їх утворення; забезпечує виконання рішень зборів суддів місцевого суду; контролює ведення в суді судової статистики, дбає про інформаційно-аналітичне забезпечення суддів з метою підвищення якості судочинства; забезпечує виконання вимог щодо підвищення кваліфікації суддів місцевого суду; здійснює інші повноваження, визначені законом.

Серед повноважень голови суду, визначених у статті 24 Закону “Про судоустрій та статус суддів”, найбільш загальною, об’ємною та постійною є функція організаційного керівництва діяльністю суду, яку слід розуміти як об’єднання та спрямування зусиль суддів та працівників апарату суду на виконання завдань суду.

З огляду на викладене, а також враховуючи положення Закону України “Про судоустрій та статус суддів” та інших нормативних актів, які регулюють діяльність суду, можна стверджувати, що управлінській функції виконує лише голова відповідного суду, а у разі його відсутності заступник голови суду.

Тільки голова суду, враховуючи його повноваження, передбачені Законом України “Про судоустрій та статус суддів”, може відноситися до категорії посадових осіб, оскільки, по-перше, перебуває на службі у державному органі, по-друге, його діяльність породжує певні правові наслідки для осіб, які вступають з ним в управлінські правовідносини і передусім для осіб, які перебувають з ним, як представником суду, у службово-трудовах правовідносинах.

Враховуючи передбачені чинним законодавством України повноваження голови суду, можна з певністю сказати, що голова суду – “це керівник надзвичайно важливої державної установи суду, в обов’язки якого входить як керівництво апаратом суду, так і контроль за виконанням суддями не процесуальних функцій”. [7, с. 7]

Підсумовуючи викладене, можна стверджувати що, голова відповідного суду є суб’єктом владних повноважень, оскільки він є посадовою особою, тобто лише він наділений управлінськими функціями, які реалізуються шляхом здійснення організаційно-розпорядчих дій та шляхом видання відповідних актів. Тому відповідно до Кодексу адміністративного судочинства України може виступати відповідачем у справі за адміністративним позовом.

Незважаючи на це позиція суддів щодо оскарження діянь голови суду є різною. Наприклад Львівський окружний адміністративний суд у своїй ухвалі від

18 вересня 2009 року наводить такі аргументи щодо неможливості оскарження діянь судді: “Статтями 126, 129 Конституції України встановлено, що судді при здійсненні правосуддя незалежні і підкоряються лише закону та вплив на суддів у будь який спосіб забороняється. Порядок здійснення правосуддя регламентується відповідним процесуальним законодавством України. Процесуальні акти і дії суддів, які стосуються вирішення питання підвідомчості судам спорів порушення і відкриття справ, підготовки їх до розгляду, судовий розгляд справ у першій інстанції, в апеляційному та касаційному порядку та прийняття по них судових рішень, належить до сфери правосуддя і можуть бути оскарженні лише в судовому порядку відповідно до процесуального законодавства України. Пред’явлення позову до іншого суду першої інстанції з питань оскарження актів і дій суддів або судів, які стосуються правосуддя, неможливий”.

З такими аргументами проти розгляду публічно-правових спорів, у яких однією стороною є голова суду, важко погодитися. Оскільки, така позиція Львівського окружного адміністративного суду та інших судів суперечить розумінню принципу незалежності суддів. Відповідно до Постанови Пленуму Верховного Суду України від 13 червня 2007 року № 8 “Про незалежність судової влади”: “Порушенням принципів самостійності судів та незалежності суддів слід визнавати, зокрема, витребування від судді пояснень з питань, які підлягають чи були предметом обговорення у нарадчій кімнаті або спроби розкриття таємниці постановлення рішення в інший спосіб, витребування чи вилучення судових справ, розгляд яких не завершено, а також отримання матеріалів судових справ (копій документів, які містяться у справі, виписок з неї тощо) з порушенням встановленого законом порядку (неповноважним суб’єктом, без належного документального оформлення тощо)”.

Отже, оскарження діянь судді чи суду у адміністративному порядку і розгляд такої справи не буде порушенням принципу незалежності та самостійності суддів і тому такий аргумент не може бути підставою для відмови у відкритті провадження по даній категорії справ.

Підсумовуючи вищесказане та виходячи з норм Конституції України і КАСУ, громадяни мають право оскаржувати діяння голови суду у порядку адміністративного судочинства України, оскільки він є суб’єктом владних повноважень.

1. В.Б. Авер’янов, Д.М. Лук’янець, Ю.С. Педько Адміністративне судочинство в Україні: проблеми правового регулювання // Судова апеляція. – №4(9). – 2007.
2. В.М. Бевзенко. Правові засади участі суб’єктів владних повноважень в адміністративному судочинстві // Адвокат. – №3. – 2009.
3. Ю.В. Константий. Правова природа й класифікація управлінських відносин у судах // Державне будівництво та місцеве самоврядування: Збірник наукових праць. Вип.. 12. – 2006.
4. В.С. Стефаник. Судовий адміністративний процес: Монографія. – Харків: Фірма “Консум”, 2003.
5. Г.Й. Ткач. Поняття та природа адміністративно-правового спору // Вісник Львівського Університету. Серія юридична. – 2006. – Вип.. 43.
6. Н.В. Янюк. Проблеми співвідношення понять “посадова особа” і “службова особа” в адміністративному праві // Право України. – №2001. - №12. – С.118
7. С. Штогун. Голова суду – судовий адміністратор чи “міністр без портфеля”? // Юридичний вісник України. – 2006. – №47

**ПРЕДСЕДАТЕЛЬ СУДА
КАК СУБЪЕКТ ВЛАСТНЫХ ПОЛНОМОЧИЙ**

K. Kum

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статье раскрыто понятие субъекта властных полномочий через анализ понятий “должностное” и “служебное лицо”, “властные полномочия” и “властные управленческие функции”. Проанализированы полномочия председателя суда и обоснованная позиция, которая заключается в том, что председатель суда является субъектом властных полномочий и его действия и бездействие могут быть обжалованы в порядке административного судопроизводства.

Ключевые слова: должностное лицо, властные полномочия, управленческие функции, субъект властных полномочий, председатель суда.

**CHIEF OF THE COURT AS SUBJECT
OF AUTHORITATIVE POWERS**

H. Kit

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

In the article the notion of subject of authoritative powers through the analysis of the notions “office holder”, “servant”, “authoritative powers”, “authority governing functions” is revealed. Chief of the court powers are analyzed; it is substantiated that he is a subject of authoritative powers and his actions or omissions can be appealed administratively.

Key words: office holder, servant, authoritative powers, governing functions, subject of authoritative powers, Chief of the court.

Стаття надійшла до редколегії: 06.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ПІДСУДНІСТЬ АДМІНІСТРАТИВНИХ СПРАВ, ЩО ПОВ'ЯЗАНІ З ВИБОРЧИМ ПРОЦЕСОМ

Т. Криса

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
e-mail: krysa_taras@i.ua*

У статті досліджено окремі питання підсудності адміністративних справ пов'язаних з виборчим процесом. З цією метою автор проаналізував поняття "підсудність", визначив види підсудності та виокремив обставини, які зумовлюють підсудність конкретної адміністративної справи. У статті також проаналізовано норми процесуального та матеріального законодавства в частині визначення підсудності адміністративних справ пов'язаних з виборчим процесом. На підставі проведеного дослідження запропоновано шляхи вирішення окремих законодавчих колізій.

Ключові слова: підвідомчість, підсудність, адміністративна справа, виборчий спір.

У ст. 55 Конституція України [1] закріплює право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Розуміння цієї конституційної норми було б неповним без урахування ролі адміністративної юстиції в захисті прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб.

Прийнятий 6 липня 2005 року Кодекс адміністративного судочинства України [2] (далі – КАС України), безсумнівно, є одним з найпрогресивніших нормативно-правових актів у сфері судового захисту прав, свобод та інтересів осіб від зловживань з боку органів державної влади та органів місцевого самоврядування.

З огляду на це проблема реалізації права на судовий захист стосовно таких фундаментальних прав, якими є виборчі права громадян, а також права інших учасників виборчого процесу, набуває нового значення. Тим паче, що вибори в Україні проходять мало не щороку, і як свідчить практика – без спорів вони не обходяться. Відтак постає необхідність в ефективному розгляді та вирішенні цих спорів і, як наслідок, – забезпеченні громадянам України їх конституційних прав.

Зважаючи на значну суспільну та державну вагу виборів, з метою вдосконалення процесуального законодавства і практики його застосування під час розгляду та вирішення публічно-правових спорів пов'язаних з виборчим процесом, доцільно звернути увагу на деякі питання підсудності адміністративних справ, що пов'язані з виборчим процесом, та поміркувати над конкретними шляхами їх вирішення.

В ч. 1 ст. 17 КАС України зазначено, що юрисдикція адміністративних судів поширюється на правовідносини, які виникають у зв'язку з публічним формуванням суб'єкта владних повноважень шляхом виборів. Відтак розгляд та вирішення публічно-правових спорів щодо правовідносин, пов'язаних з виборчим процесом законодавцем віднесено до компетенції адміністративних судів.

Проте для якісного вирішення виборчого спору недостатньо лише встановити факт віднесення його до юрисдикції адміністративних судів. Тут потрібно також чітко визначити конкретний суд в системі адміністративних судів, до компетенції

якого належить вирішення цього публічно-правового спору. Інакше кажучи, потрібно визначити підсудність виборчого спору.

Як влучно зазначає з цього приводу І. Самсін “першим питанням процесуального характеру, що постає перед особою, яка прийняла рішення звертатись до адміністративного суду для захисту своїх виборчих прав та інтересів, є питання визначення підсудності відповідного виборчого спору” [3, с. 57].

Поняття підсудності адміністративних справ усталене в юридичній літературі, і під ним розуміють коло адміністративних справ, що уповноважений вирішувати кожен конкретний адміністративний суд [4, с. 62].

Так, якщо норми про підвідомчість встановлюють коло справ, віднесених до розгляду адміністративних судів як окремої системи юрисдикційних органів, то інститут підсудності дозволяє розмежувати справи, віднесені до компетенції адміністративних судів, у межах системи цих судів між окремими її ланками чи елементами [5, с. 88].

Якщо при визначенні підвідомчості встановлюється, суд чи не суд має вирішувати правовий спір, то при визначенні підсудності питання про те, що справу вирішує суд, уже вирішено позитивно. Відтепер необхідно визначити, який саме суд має розглядати справу [6, с. 88].

Правила підсудності справ конкретному суду визначається за допомогою комплексу правових норм, що дозволяють розмежувати компетенцію адміністративних судів стосовно розгляду та вирішення виборчих спорів.

Отже підсудність адміністративних справ можна розглядати у двох аспектах:

- як правовий інститут, норми якого регулюють належність адміністративної справи до компетенції окремої ланки системи адміністративних судів, та конкретного адміністративного суду цієї системи зокрема;
- як сукупність адміністративних справ, які завдяки своїм властивостям (зміст справи, суб'єкти справи, предмет спору) належать до компетенції як системи адміністративних судів загалом, так і окремого суду цієї системи зокрема.

Розподіл публічно-правових спорів у межах системи адміністративних судів відбувається з урахуванням низки фактичних обставин, що простежуються у кожному конкретному випадку виникнення конфлікту між двома суб'єктами.

Проаналізувавши норми КАС України щодо підсудності адміністративних справ, доходимо висновку, що розподіл справ між адміністративними судами здійснюється за трьома критеріями: предметним, територіальним та інстанційним.

Обставинами, які впливають на такий розподіл публічно-правових спорів (обставини, які зумовлюють підсудність конкретної адміністративної справи адміністративному суду), є:

- особливий склад учасників публічно-правового спору (залежно від специфіки такого складу конкретна адміністративна справа розглядатиметься у загальному місцевому суді, окружному адміністративному суді, Київському апеляційному адміністративному суді або ж у Вищому адміністративному суді України);
- місцезнаходження позивача або відповідача (за загальним правилом адміністративні справи вирішуються адміністративним судом за місцезнаходженням відповідача (ч. 1 ст. 19 КАС України);
- належність адміністративного спору до певної інстанції системи адміністративних судів (тобто різні публічно-правові спори можуть бути розглянуті та вирішені або місцевими загальними судами як адміністративними судами, або окружними адміністративними судами, або

апеляційними адміністративними судами, або Вищим адміністративним судом України).

Для кращого розуміння підсудності адміністративних справ, пов'язаних з виборчим процесом, доцільно було б зупинитися на аналізі окремих особливостей цього інституту.

Зокрема, однією з особливостей підсудності адміністративних справ, пов'язаних з виборчим процесом, є її визначення з урахуванням як загальних правил, що визначені главою 1 розділу II КАС України так і особливостей визначених у ч. 3–5 ст. 172, ч. 2 ст. 173, ч. 3 ст. 174, ч. 3 ст. 175, ч. 4–9 ст. 176, ч. 5–6 ст. 177 КАС України. У випадку розбіжності між загальними та спеціальними правилами варто керуватися відповідними нормами глави 6 розділу III КАС України. Про це зокрема зазначено у п. 5 Постанови Пленуму Вищого адміністративного суду України “Про практику застосування адміністративними судами положень Кодексу адміністративного судочинства України під час розгляду спорів щодо правовідносин, пов'язаних з виборчим процесом чи процесом референдуму” № 2 від 2 квітня 2007 року [7].

Як було зазначено, розподіл публічно-правових спорів у межах системи адміністративних судів відбувається з урахуванням низки фактичних обставин, простежених у кожному конкретному випадку виникнення конфлікту між двома суб'єктами. Залежно від цих обставин виділяють предметну, територіальну та інстанційну підсудність адміністративних справ, пов'язаних з виборчим процесом.

Під предметною підсудністю виборчих спорів розуміють сукупність правил, що визначають розмежування компетенції судів певних ланок щодо розгляду адміністративних справ за першою інстанцією залежно від предмета публічно-правового спору чи його суб'єктного складу. За правилами предметної підсудності, виходячи з вимог доступності правосуддя в адміністративних справах і незалежності суддів від стороннього впливу, особливо з боку органів виконавчої влади, більшість виборчих спорів за першою інстанцією розглядається місцевими адміністративними судами (місцевими загальними судами як адміністративними судами та окружними адміністративними судами). Водночас розгляд окремих справ за правилами предметної підсудності віднесено також до юрисдикції Київського апеляційного адміністративного суду та Вищого адміністративного суду України (виключна предметна підсудність).

Зокрема, до компетенції Вищого адміністративного суду України віднесено розгляд адміністративних справ щодо рішень, дій або бездіяльності Центральної виборчої комісії щодо встановлення нею результатів виборів.

Усі інші рішення, дії, бездіяльність Центральної виборчої комісії, члена цієї комісії, а також дії кандидатів на пост Президента України, їх довірених осіб оскаржуються до Київського апеляційного адміністративного суду.

Окружні адміністративні суди розглядають справи:

- щодо рішень, дій або бездіяльності виборчої комісії Автономної Республіки Крим, обласних, районних, міських (в тому числі міст Києва та Севастополя), районних у містах виборчих комісій щодо підготовки та проведення виборів, а також членів зазначених комісій;
- щодо рішень, дій або бездіяльності органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб - за місцезнаходженням зазначених органів;
- щодо дій чи бездіяльності кандидатів у депутати Верховної Ради Автономної Республіки Крим, обласних, районних, міських, районних у містах рад, їхніх

довіrenих осіб, партії (блоку), місцевої організації партії, що є суб'єктами відповідного виборчого процесу - за місцем вчинення дії чи місцем, де ця дія повинна бути вчинена.

До компетенції місцевих загальних судів як адміністративних судів віднесено розгляд та вирішення адміністративних справ щодо:

- рішень, дій або бездіяльності виборчих комісій, членів цих комісій;
- уточнення списку виборців;
- дій чи бездіяльності засобів масової інформації, підприємств, установ, організацій, їхніх посадових та службових осіб, творчих працівників засобів масової інформації, що порушують законодавство про вибори;
- дій чи бездіяльності кандидата в депутати сільської, селищної ради, кандидатів на посаду сільського, селищного голови, їх довіrenих осіб.

Інший вид підсудності адміністративних справ, що пов'язані з виборчим процесом – територіальна підсудність. Під територіальною підсудністю розуміють сукупність правил, що визначають розмежування компетенції адміністративних судів одного рівня залежно від місця розгляду адміністративних справ за першою інстанцією.

За загальним правилом територіальної підсудності адміністративні справи вирішуються адміністративним судом за місцезнаходженням відповідача. Зокрема, за місцезнаходженням відповідача розглядаються адміністративні справи щодо:

- рішень, дій або бездіяльності виборчої комісії Автономної Республіки Крим, обласних, районних, міських (в тому числі міст Києва та Севастополя), районних у містах виборчих комісій щодо підготовки та проведення виборів, а також членів зазначених комісій;
- рішень, дій або бездіяльності органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб;
- уточнення списку виборців;
- дій чи бездіяльності засобів масової інформації, підприємств, установ, організацій, їхніх посадових та службових осіб, творчих працівників засобів масової інформації, що порушують законодавство про вибори.

Проте із зазначеного правила є винятки. Зокрема, за місцем вчинення дії чи місцем, де ця дія повинна бути вчинена розглядаються справи щодо:

- дій чи бездіяльності кандидатів у депутати Верховної Ради Автономної Республіки Крим, обласних, районних, міських, районних у містах рад, їхніх довіrenих осіб, партії (блоку), місцевої організації партії, що є суб'єктами відповідного виборчого процесу;
- дій чи бездіяльності кандидата в депутати сільської, селищної ради, кандидатів на посаду сільського, селищного голови, їх довіrenих осіб.

Попори таку, на перший погляд, зрозумілість та чіткість викладу правил територіальної підсудності, законодавцеві все ж не вдалося уникнути суттєвої колізії між нормами ч. 3 ст. 175 КАС України та ч. 4 ст. 176 КАС України в частині підсудності виборчих спорів щодо оскарження актів або дій виборчих блоків, об'єднань громадян, крім тих, які відповідно до закону, статуту (положення) об'єднання громадян належать до їх внутрішньої організаційної діяльності або їх виключної компетенції. Відповідно до ч. 4 ст. 176 КАС України позовна заява із зазначених спорів подається за місцезнаходженням органу об'єднання громадян, виборчого блоку, акти чи дії якого оскаржуються у порядку, передбаченому ст. 175 КАС України. Формулювання цієї норми

видається некоректним, адже в ній закладена внутрішня суперечність (незрозумілим є в якій суд звертатися – чи за місцезнаходженням відповідача, чи в порядку ст. 175 КАС України). Тим більше, що ч. 3 ст. 175 КАС України закріпила ще інше правило підсудності – звернення до окружного адміністративного суду за місцем вчинення дії чи місцем, де ця дія повинна бути вчинена. Така суперечність законодавчих норм не сприяє якісному вирішенню зазначених виборчих спорів. Найвдалішим способом вирішення описаної колізії, до моменту її законодавчого врегулювання, є право позивача на власний розсуд визначати яким правилом підсудності керуватися. Такий висновок робимо на підставі ч. 4 ст. 19 КАС України та закріпленого в ст. 8 КАС України принципу верховенства права.

Ще одним видом підсудності адміністративних справ, пов'язаних з виборчим процесом, є інстанційна підсудність. Під інстанційною підсудністю розуміють сукупність правил, що визначають розмежування компетенції адміністративних судів при розгляді адміністративних справ за першою, апеляційною та касаційною інстанціями.

У науковій літературі зазначено, що при виробленні правил інстанційної підсудності щодо більшості адміністративних справ дотримується принцип, за яким одній ланці судової системи має відповідати одна інстанція. Це, зокрема, сприяє зрозумілості системи адміністративних судів для пересічного громадянина; забезпечує рівність можливостей щодо оскарження судових рішень шляхом забезпечення для розгляду більшості адміністративних справ однакової кількості судових інстанцій з тим, щоб право особи на перегляд судового рішення необґрунтовано не обмежувалося; сприяє інстанційній спеціалізації судів різних ланок, що підвищуватиме якість перегляду адміністративних справ [8, с. 82].

Проте особливістю адміністративних справ пов'язаних з виборчим процесом є, в низці випадків, їх належність до підсудності за першою чи апеляційною інстанціями Київському апеляційному адміністративному суду та Вищому адміністративному суду України.

Зокрема, Вищому адміністративному суду України як суду першої та останньої інстанції, виходячи із значної суспільної ваги та необхідності остаточного та швидшого вирішення, віднесено розгляд адміністративних справи щодо рішень, дій або бездіяльності Центральної виборчої комісії щодо встановлення нею результатів виборів.

Усі інші рішення, дії, бездіяльність Центральної виборчої комісії, члена цієї комісії, а також дії кандидатів на пост Президента України, їх довірених осіб оскаржуються до Київського апеляційного адміністративного суду як суду першої інстанції. Відповідно до ч. 6 ст. 177 КАС України судом апеляційної інстанції у справах, розглянутих відповідно до ч. 3 ст. 172 КАС України Київським апеляційним адміністративним судом, є Вищий адміністративний суд України.

Ще однією особливістю цього питання є закріплення процесуальних норм щодо визначення правил підсудності не лише в актах процесуального, але й матеріального законодавства.

Як зазначає І. Самсін “дублювання тотожних положень законодавства у процесуальних та матеріальних законах не є значною проблемою, оскільки не створює фактичних перешкод для процесу встановлення істини у справі. Інша річ, коли законодавець допускає різні формулювання таких законодавчих положень,

використовуючи при цьому відмінні юридичні конструкції норм, або що найгірше, допускає суперечність змісту таких положень” [3, с. 57].

Це, зокрема, стосується відповідних положень Закону України “Про вибори народних депутатів України” та Закону України “Про вибори Президента України”.

Так у питанні визначення предметної та інстанційної підсудності ч. 3 ст. 99 Закону України “Про вибори Президента України” [9] не узгоджується з ч. 4, 7 ст. 176 КАС України, норма ч. 2 ст. 113 Закону України “Про вибори народних депутатів України” [10] суперечить ч. 3 ст. 175 КАС України; ч. 3 ст. 115 Закону України “Про вибори народних депутатів України” – ч. 3 ст. 175 КАС України; ч. 3 ст. 116 Закону України “Про вибори народних депутатів України” – ч. 4 ст. 172 КАС України, ч. 4 ст. 116 Закону України “Про вибори народних депутатів України” – ч. 3 ст. 172 КАС України. Більше того, п. 4 Прикінцевих положень Закону України “Про вибори народних депутатів України” встановлено, що з дня набрання чинності КАС України розгляд скарг у судах здійснюється в порядку, встановленому КАС України, з урахуванням особливостей, передбачених цим Законом.

Зазначене, безумовно, не сприяє реалізації порушеного права суб’єкта виборчого процесу і потребує негайних змін у законодавчому регулюванні.

Видається, що найвдалішим варіантом вирішення описаної колізії є застосування норм ст. 5 КАС України.

За ст. 5 КАС України адміністративне судочинство здійснюється відповідно до Конституції України, цього Кодексу та міжнародних договорів, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України. Провадження в адміністративних справах здійснюється відповідно до закону, чинного на час вчинення окремої процесуальної дії, розгляду і вирішення справи.

Керуючись зазначеною нормою, судова процедура розгляду справ, які виникають з виборчого процесу, має здійснюватися за правилами КАС України, оскільки саме він є процесуальним законом, а не Закони України “Про вибори народних депутатів України” та “Про вибори Президента України”. Відтак, правила визначення інстанційної та предметної підсудності визначаються КАС України. На нашу думку, з метою уникнення в подальшій практиці проведення виборів подібних спірних моментів доцільно замінити норми цих Законів, що стосуються визначення підсудності, на бланкетні норми, які відсилають до КАС України.

Насамкінець зазначимо наслідки порушення правил підсудності. Відповідно до п. 6 ч. 1 ст. 108 КАС України у випадку, коли справа не підсудна адміністративному суду, до якого подано позовну заяву, така позовна заява повертається позивачеві. Якщо ж уже відкрито провадження у справі, що предметно підсудна іншому суду, або після відкриття провадження у справі з’ясувалося, справа територіально підсудна іншому суду, то суд передає таку адміністративну справу на розгляд іншого адміністративного суду. Зазначене впливає із норм п. 2, 3 ч. 1 ст. 22 КАС України.

З огляду на наявну ситуацію, видається доцільним висловити деякі пропозиції, що могли б бути враховані законодавцем при вдосконаленні чинного виборчого законодавства та КАС України:

- внести зміни до ч. 4 ст. 176 КАС України, чітко визначивши правило підсудності адміністративних справ щодо оскарження актів чи дій виборчих блоків та об’єднань громадян;

- внести зміни до Закону України “Про вибори Президента України” та Закону України “Про вибори народних депутатів України”, замінивши норми цих Законів, що стосуються визначення підсудності бланкетними нормами, які відсилають до КАС України.
1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996 – № 30. – ст. 141.
 2. Кодекс адміністративного судочинства України // Відомості Верховної Ради України. – 2005 – № 35 – 36, № 37. – ст.446 (зі змінами).
 3. Самсін І. Судовий розгляд справ про вибори // Вибори та демократія.- 2006.- № 4 (10).
 4. Основи адміністративного судочинства в Україні: навч. посіб. для юр. факультетів та юр. клінік / За заг. редакцією Александрової Н.В., Куйбіди Р.О. – 2-ге вид., доп. і перероб. – К.: КНТ, 2009.- 248 с.
 5. Кодекс адміністративного судочинства України: науково – практичний коментар. Видання третє / Ківалов С. В., Харитоновна О. І., Пасенюк О. М., Аракелян М. Р. та ін. – Х., 2008. – 560 с.
 6. Тертышников В.И. Гражданский процесс: Курс лекций. – Х., 2001. – 293 с.
 7. Постанова Пленуму Вищого адміністративного суду України “Про практику застосування адміністративними судами положень Кодексу адміністративного судочинства України під час розгляду спорів щодо правовідносин, пов’язаних з виборчим процесом чи процесом референдуму” № 2 від 2 квітня 2007 року. – [Електронний ресурс]. –Режим доступу: <http://www.vasu.gov.ua>
 8. Адміністративна юстиція: європейський досвід і пропозиції для України / Авт.-упоряд. І.Б. Коліушко, Р.О. Куйбіда. – К.: Факт, 2003. – 536 с.
 9. Закон України “Про вибори Президента України” (в редакції Закону № 1630-IV (1630-15) від 18.03.2004) // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 20–21. – ст.291 (зі змінами).
 10. Закон України “Про вибори народних депутатів України” (в редакції Закону № 2777-IV (2777-15) від 07.07.2005) // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 38–39. – ст.449 (зі змінами).

ПОДСУДНОСТЬ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ДЕЛ, КОТОРЫЕ СВЯЗАНЫ С ИЗБИРАТЕЛЬНЫМ ПРОЦЕССОМ

Т. Криса

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетска,1, 79000 Львов, Украина
e-mail: krysa_taras@i.ua*

В статье осуществлено исследование отдельных вопросов подсудности административных дел, которые связаны с избирательным процессом. С этой целью автором проведен анализ понятия “подсудность”, определены виды подсудности и выделены обстоятельства которые обуславливают подсудность конкретного административного дела. В статье также проанализированы нормы процессуального и материального законодательства в части определения подсудности административных дел, которые связаны с избирательным процессом. На основе проведенного исследования, предложены пути решения отдельных законодательных коллизий.

Ключевые слова: подведомственность, подсудность, административное дело, избирательный спор.

**JURISDICTION OF ADMINISTRATIVE CASES CONNECTED
WITH ELECTORAL PROCESS**

T. Krysa

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
e-mail: krysa_taras@i.ua*

The article intends to make a research of some issues of administrative cases connected with electoral process jurisdiction. With this aim, analysis of the "jurisdiction" notion is provided; circumstances determining concrete administrative case jurisdiction are singled out. Procedural and material legislation norms on definition of jurisdiction of administrative cases connected with electoral process are analyzed. On the basis of the research, the author proposes resolution of some legislative collisions.

Key words: dependence (on), jurisdiction, administrative case, electoral dispute.

Стаття надійшла до редколегії: 13.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

СУБ'ЄКТ ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ЯК СТОРОНА У ПУБЛІЧНО-ПРАВОВОМУ СПОРІ: ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРИКЛАДНІ ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ

Н. Хлібороб

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
e-mail: Natalia_Hliborob@ukr.net*

У статті автор досліджує теоретичні та прикладні аспекти визначення суб'єкта владних повноважень як сторони публічно-правового спору. Особливу увагу приділено правовій категорії “владні управлінські функції”, яка розкриває особливості правового статусу суб'єкта владних повноважень у публічно-правових відносинах. Проаналізовано доктринальні погляди вчених щодо сутності публічного управління та його вплив на розуміння відносин на рівні “органи публічної адміністрації – фізичні, юридичні особи”. Обґрунтовано висновок про необхідність вдосконалення законодавчого визначення суб'єкта владних повноважень.

Ключові слова: публічно-правовий спір, суб'єкт владних повноважень, владні управлінські функції, публічна адміністрація.

Дослідження питання суб'єктів публічно-правового спору є надзвичайно актуальним з огляду на необхідність теоретико-правового осмислення цілої низки термінологічних новел, які ввійшли у науковий обіг з введенням у дію Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України).

Проблематика суб'єктів публічно-правового спору сьогодні, дедалі частіше стає предметом наукових досліджень. Вчені активно висвітлюють окремі аспекти правової природи суб'єктів публічно-правового спору у своїх працях. Зокрема, важливими у цьому контексті є праці В.Б. Авер'янова, О.А. Банчука, В.М. Бевзенка, Р.О. Куйбіди, О.М. Пасенюка, Ю.С. Педька, Г.Й. Ткач, А.М. Школика. Проте доцільно зазначити, що робота над розробкою матеріально-правових основ адміністративного судочинства в Україні має тривати і надалі, з огляду на постійну динаміку суспільних відносин, а також на численну кількість спроб нормативно-правового врегулювання проблем, які виникають у практиці адміністративного судочинства, часом не зовсім вдалих.

У дослідженнях правового статусу суб'єктів публічно-правового спору значну увагу приділено, найчастіше, саме органу публічної адміністрації. Це зумовлено тим, що такі органи володіють специфічним правовим статусом у публічно-правових відносинах, що спричинює значну кількість запитань на практиці, відповіді на які невтомно шукають науковці. Також, у науковій літературі підкреслено, що саме наявність у відносинах з яких виник правовий спір суб'єкта владних повноважень дає підстави однозначно стверджувати про публічність такого спору та відносити його до юрисдикції адміністративного суду.

Особливості правового статусу органу публічної адміністрації як суб'єкта публічно-правового спору зумовлена тим, що він у правовідносинах, з яких виникає спір, уповноважений вирішувати питання про права, свободи та інтереси фізичних, юридичних осіб, які також є суб'єктами цих відносин.

Звертаючись до проблеми правового статусу органу публічної адміністрації як суб'єкта публічно-правового спору, необхідно звернути увагу на таке. Для позначення специфічного правового статусу органу публічної адміністрації як

суб'єкта публічно-правового спору законодавець використовує термін “суб'єкт владних повноважень”. Відповідно до п. 7 ч. 1 ст. 3 КАС України суб'єкт владних повноважень – орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа, інший суб'єкт при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень. Поняття суб'єкта владних повноважень стало однією із численних новел КАС України. Визначальною характеристикою суб'єкта владних повноважень стало здійснення ним, у відносинах з яких виник спір, владних управлінських функцій.

Проте, як засвідчила практика, визначення поняття суб'єкта владних повноважень через здійснення ним владних управлінських функцій не лише не сприяє однорідній судовій практиці, а й викликає чимало теоретичних дискусій з цього приводу. Отже, поняття владних управлінських функцій потребує також ґрунтового теоретико-правового переосмислення.

Дискусія стосовно сутності юридичної формули “владні управлінські функції” розгорнулася така широкомасштабна та динамічна, що складно віднайти якісь спільні “точки дотику” у поглядах науковців та виробити на цій основі компромісне, науково обґрунтоване, а найбільше – таке, що б відповідало потребам практики – розуміння сутності владних управлінських функцій як ознаки суб'єкта владних повноважень.

Переважає більшість науковців, при з'ясуванні сутності владних управлінських функцій виходять із правової категорії публічне (державне) управління.

Треба також зазначити, що значною мірою проблема сутності владних управлінських функцій пов'язана із визначенням ролі та місця управління у діяльності органів публічної адміністрації, переосмисленням сутності та змісту державного управління, та оновленням розуміння змісту відносин на рівні “держава – громадянин”. Саме це зумовлює актуальність визначення теоретико-правових основ суб'єкта владних повноважень, та пов'язаної з ним юридичної конструкції “владні управлінські функції”.

Тут варто погодитися з думкою В.М. Бевзенка, про те, що дослідження та ґрунтовне розкриття категорії “владні управлінські функції” становлять теоретичний і практичний інтерес, оскільки, по-перше, сприятимуть завершенню наукової дискусії щодо їх змісту, видів і ознак таких функцій, їх остаточній систематизації та законодавчому закріпленню. По-друге, чітке й однозначне розуміння владних управлінських функцій забезпечуватиме правильне й послідовне застосування адміністративних процесуальних норм КАС України [1, с. 78].

Так, автори Науково-практичного коментаря до КАС України, за ред. Р.О. Куйбіди [2, с. 52] під владними управлінськими функціями, що здійснюються на основі законодавства, зокрема на виконання делегованих повноважень, розуміють будь-які владні повноваження у рамках діяльності держави чи місцевого самоврядування, що не належать до законодавчих повноважень чи повноважень здійснювати правосуддя. Автори підкреслюють, що у КАС України термін “суб'єкт владних повноважень” вжито у вузькому значенні, ніж його можна розуміти, адже владними є й повноваження парламенту ухвалювати закони та повноваження суду здійснювати правосуддя.

Продовжуючи далі, автори виділяють групи владних управлінських функцій:
– вироблення (формування) політики;

- правове регулювання;
- надання адміністративних послуг;
- нагляд і контроль;

На відміну від цього, професор В.Б. Авер'янов зазначав, що не має управлінського характеру діяльність з надання адміністративних послуг, яка сама по собі потребує управління з боку відповідних органів виконавчої влади чи місцевого самоврядування. Також правове регулювання може бути як пов'язане із вирішенням завдань управління, так і здійснюватися поза потребами управління [3, с. 3–15].

“Управлінськими” можуть вважатися лише ті відносини, в яких відтворюється власне феномен “управління”, тобто це – не будь-яка суспільно корисна діяльність публічно-владних суб'єктів, а саме управлінська [4, с. 247].

Підтримуючи зазначену позицію, Ткач Г.І. зазначає, що поняття “владні управлінські функції” має чітко визначений зміст і його не можна поширювати на всі дії публічної влади. З огляду на це, варто наголосити на тому, що норми адміністративного права давно вже вийшли за межі регулювання лише управлінських відносин і поширили свою дію на відносини, що виникають у зв'язку із наданням громадянам адміністративних послуг, застосування адміністративного примусу та ін. [5, с. 153–157].

Зазначені дискусії здебільшого зумовлені такими чинниками. Так, у радянські часи державне управління розглядали як один з чотирьох основних видів діяльності держави, поряд з такими її видами, як: а) діяльність так званих органів державної влади – рад народних депутатів усіх рівнів; б) правосуддя; в) прокурорський нагляд [4, с. 132]. Крім того, розуміння державного управління ґрунтувалось винятково на домінуванні всеохоплюючого та тотального державного керівного впливу у всіх сферах суспільного життя, що був спрямований на виконання цілей і завдань держави, і забезпечував неухильне виконання державно-владної волі.

У пострадянській адміністративно-правовій науці та практиці категорія державного управління не отримала однозначного тлумачення. Стосовно змісту державного управління і надалі залишається поширеною позиція про розмежування “широкого” й “вузького” розуміння державного управління. Так, у широкому значенні державне управління полягає у діяльності усіх органів держави, тобто категорія “державне управління лише дублює словосполучення “реалізація державної влади”. Вузьке розуміння державного управління відображає відносно самостійний вид діяльності держави, що здійснюється органами виконавчої влади [3, с. 3–15].

Цікавим є те, що у зарубіжних країнах, зокрема у ФРН, поняття державне управління тлумачать досить широко, зокрема як “турботу про існування”. Це стало можливим завдяки відомому німецькому правнику – Ернсту Форстхоффу. Вчений ще на початку ХХ ст. звернув увагу на те, що у правовій державі управління не є суто владним зобов'язуючим велінням, а засновується на таких категоріях, як “свобода”, “турбота про суспільство”, “забезпечення належних умов існування”. Він, також вперше обґрунтував ідею про управління з надання адміністративних послуг, що має стати основною та найважливішою сферою діяльності правової держави [6, с. 179–189].

З огляду на те, що проблематика визначення поняття “державне управління”, його сутності та змісту не є предметом цього дослідження, важливо все ж зазначити окремі моменти, на які варто звернути увагу у подальших наукових розробках, а також нормотворчій діяльності.

Очевидно, що теоретичні дискусії стосовно різного тлумачення сутності державного управління, а, як наслідок – сутності владних управлінських функцій, не сприяють формуванню єдиних підходів щодо розуміння сутності публічно-правового спору, а також суб'єкта владних повноважень як сторони такого спору.

Сьогодні дедалі більше провідних фахівців у сфері адміністративного права стверджують, що суспільно-політичні закономірності періоду становлення сучасної України потребують нових підходів до багатьох правових явищ та категорій [7, с. 8]. Зазначена теза є цілком слушною і щодо поняття “державне управління”. На думку професора В.Б. Авер'янова, управління з боку держави, яке домінувало в усіх сферах за радянських часів, тепер не є настільки визначальним [8, с. 117]. Зазначені наукові позиції підтримують більшість провідних сучасних фахівців у сфері адміністративного права. Зокрема, А.М. Школик зазначає, що адміністративне право України до останнього часу було майже стовідсотковою копією науки, галузі права та навчальної дисципліни під назвою “Радянське адміністративне право”. З приводу однієї з ключових категорій “державне управління” в літературі постійно відбувалися дискусії з огляду на його відсутність в Конституції України 1996 р. Цю ситуацію, на його думку, доцільно найближчим часом змінити. Адже, словосполучення “державне управління” є некоректним перекладом терміна “публічна адміністрація”, що звужує зміст останнього та не відповідає сучасній спрямованості адміністративно-правового регулювання [8, с. 39].

Перевага терміна “адміністрація” полягає у точнішому ідеологічному визначенні спрямованості діяльності влади на “служіння”, “обслуговування” кожної окремої людини та суспільства загалом. Також прикметник “адміністративний” знімає смислове навантаження щодо “управлінського” характеру діяльності органів виконавчої влади, виконавчих органів місцевого самоврядування та інших уповноважених суб'єктів [7, с. 9, 17].

Погоджуючись із зазначеними науковими позиціями, вважаємо, що незважаючи на всю прогресивність положень КАС України щодо захисту прав приватних осіб у публічно-правових відносинах, розробники Кодексу не у повному обсязі використали напрацювання сучасної адміністративно-правової доктрини. З огляду на це, в основу подальшого вдосконалення норм КАС України, а також під час розгляду Адміністративно-процедурного кодексу, який має структурувати відносини між органами публічної адміністрації та громадянами на основі визначених процедур, має бути покладена концепція сервісної держави, згідно з якою держава має служити інтересам громадян, тобто діяти на благо людини, – шляхом всебічного забезпечення пріоритету її прав, свобод та інтересів у сфері діяльності органів публічної адміністрації.

Вбачається необхідність перегляду визначення суб'єкта владних повноважень, що закріплено в КАС України, зокрема у частині “здійснення ним владних управлінських функцій”. Достойною альтернативою може стати юридична формула, побудова на основі категорій “публічна адміністрація”, “діяльність публічної адміністрації”.

Це також дасть змогу утвердити наукові позиції щодо розуміння управління як важливої, але не виняткової сфери діяльності органів публічної адміністрації, особливо якщо це стосується створення умов для реалізації фізичними, юридичними особами прав, свобод та законних інтересів у публічно-правовій сфері. Використання поняття “владні управлінські функції” як ознаки суб'єкта владних повноважень зумовлює також посилення вкоріненого стереотипу про

сутність публічно-правових відносин як відносин “влади-підпорядкування”. Публічно-правові відносини між приватними особами та органами публічної адміністрації мають ґрунтуватися на основі законодавчо визначених процедур, що аж ніяк не є “владою-підпорядкуванням”. Концепція сервісної держави підкреслює, що органи публічної адміністрації мають служити правам, свободам та інтересам громадян. Це дає підстави говорити про те, що швидше органи публічної влади мають бути підпорядковані людині, людям.

Підсумовуючи, варто зазначити, що сьогодні перед науковцями та практиками, які працюють у сфері адміністративного судочинства, виникає чимало непростих завдань, від реалізації яких залежить подальша успішна або сумнівна доля всього адміністративного судочинства. Так, одним із найважливіших завдань є переосмислення сутності відносин на рівні “орган публічної адміністрації – фізична, юридична особа”, оновлення та наповнення змісту цих відносин, відповідно до концепцій “служіння держави людині”. Адже як зазначає відомий вчений Е. Шмідт-Ассманн: “Конституційна гарантія гідності людини стала водночас найвищим позитивним джерелом права для відносин між державою та людиною: держава існує не задля себе самої, її створили люди для того, щоб вони могли жити гідно й упевнено” [10, с. 327]. На цій основі мають бути теоретично обґрунтовані та втілені у практику нові стандарти відносин між громадянами та органами публічної адміністрації, зокрема у формі законодавчо визначених адміністративних процедур. Це, безумовно, позитивно вплине на правовий статус суб’єктів публічно-правових відносин та забезпечить ефективність захисту прав, свобод, та законних інтересів фізичних і юридичних осіб.

1. Бевзенко В.М. Участь в адміністративному судочинстві України суб’єктів владних повноважень: правові засади, підстави та форми: Монографія / Бевзенко В.М. – К: Прецедент, 2010. – 475 с.
2. Кодекс адміністративного судочинства України: наук. – практ. комент. / Центр політико-правових реформ; за заг. ред. Р.О. Куйбіди. – 3-тє вид. допов. – К:Юстиніан, 2009. – 976 с.
3. Авер’янов В.Б. Провідна понятійна новела Кодексу адміністративного судочинства України: доктринальний аналіз // Вісник Вишого адміністративного суду України. – 2010.- №2. – С.3-15
4. Державне управління: європейські стандарти, досвід та адміністративне право / Авер’янов В.Б., Дерень В.А., Школик А.М. та ін.; За заг. ред. Авер’янова В.Б. – К: Юстиніан, 2007. – 288 с.
5. Ткач Г.Й. Поняття та природа адміністративно-правового спору // Вісник львівського національного університету. Серія Юридична. – 2006. – Вип. 43. – С.153–157
6. Васильєва А. Ф. Учение о публичных услугах в административном праве Германии: теория Эрнста Форстхоффа // Публичные услуги: правовое регулирование (российский и зарубежный опыт): сб. статей / под общ. ред. Е. В. Гриценко, Н. А. Шевелевой. – М: Волтерс Клувер, 2007. – С. 179 – 189.
7. Тимошук В.П. Адміністративні акти: процедура прийняття та припинення дії: Монографія – К: Конус-Ю, 2010. – 296 с.
8. Авер’янов В. Реформування українського адміністративного права: ґрунтовний привід для теоретичної дискусії // Право України. – 2003 – № 5. – С.117 – 119.
9. Школик А.М. Порівняльне адміністративне право: Навч. посібник для юридичних факультетів та факультетів міжнародних відносин – Львів: ЗУКЦ, 2007. – 308 с.

10. Шмідт-Ассманн Е. Загальне адміністративне право як ідея врегулювання : основні засади та завдання систематики адміністративного права / Ебергард Шмідт-Ассманн [пер. з нім. Г. Рижков... [та ін.]. - Вид. 2-ге, перероб. та доп. - Київ: К. І. С. - 2009. – 552 с.

СУБЪЕКТ ВЛАСТНЫХ ПОЛНОМОЧИЙ КАК СТОРОНА В ПУБЛИЧНО ПРАВОВОМ СПОРЕ: ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ И ПРАКТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ

Н. Хлибороб

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина
e-mail: Natalia_Hliborob@ukr.net*

В статье автор исследует теоретические и прикладные аспекты определения субъекта властных полномочий как стороны публично-правового спора. Особое внимание уделено правовой категории “властные управленческие функции”, которая раскрывает особенности правового статуса субъекта властных полномочий в публично-правовых отношениях. Проанализированы доктринальные взгляды ученых относительно сущности публичного управления и его влияние на понимание отношений на уровне “органы публичной администрации – физические, юридические лица”. Обоснован вывод о необходимости совершенствования законодательного определения субъекта властных полномочий.

Ключевые слова: публично-правовой спор, субъект властных полномочий, властные управленческие функции, публичная администрация.

SUBJECT OF AUTHORITATIVE POWERS AS A PARTY TO A PUBLIC DISPUTE: THEORITICAL AND PRACTICAL ISSUES

N. Hliborob

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
e-mail: Natalia_Hliborob@ukr.net*

In the article theoretical and practical aspects of authoritative powers subject definition as a party to a public dispute are elucidated. Specific attention is paid to the legal category “authoritative governing functions” that reveals peculiarities of the legal status of authoritative powers subject in public legal relations. Scientific positions concerning public government essence and its influence on the relations comprehension on the level “public administration bodies – natural, legal persons” are analyzed. The necessity of legislative improvement of authoritative powers subject definition is substantiated.

Key words: public dispute, subject of authoritative powers, authoritative governing functions, public administration.

Стаття надійшла до редколегії: 11.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ЦИВІЛЬНЕ, ГОСПОДАРСЬКЕ ТА ЦИВІЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

ВНЕСЕННЯ МАЙНОВОГО ПРАВА ВИМОГИ ЯК ВКЛАД ДО СТАТУТНОГО КАПІТАЛУ ТОВАРИСТВА

Ю.Гладьо

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1 79001, м.Львів*

У статті проаналізовано положення законодавства України, що стосуються внесення прав вимоги як вклад до статутного капіталу товариства. Автор виокремив способи передачі такого майна до статутного капіталу товариства та проаналізував їх особливості. З урахуванням специфіки обігу прав вимоги запропоновано внести низку доповнень до законодавства України, які стосуватимуться внесення прав вимоги до статутного капіталу товариства.

Ключові слова: права вимоги, вклад, статутний капітал товариства, відступлення права вимоги.

Відповідно до ч. 1 ст. 13 Закону України “Про господарські товариства” від 19 вересня 1991 р. [1], вкладом до статутного (складеного) капіталу господарського товариства можуть бути майнові чи інші відчужувані права, що мають грошову оцінку, якщо інше не встановлено законом. Законодавець допускає можливість внесення до статутного капіталу прав за критерієм відчужуваності. Саме цим потрібно керуватися, аналізуючи внесення майнового права вимоги до статутного капіталу товариства. У ч. 1 ст. 190 Цивільного кодексу України від 16 січня 2001 р. [2] (далі – ЦК України) встановлено, що майном як особливим об’єктом вважаються окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов’язки. Майнові права – це не лише речові права, а також зобов’язальні права вимоги кредитора. Визнання майнових прав об’єктами цивільних прав дає підстави характеризувати їх як повноцінне майно, наділене здатністю обіговості, підлягає оцінці та може використовуватися для задоволення інтересів і потреб конкретних осіб. Звідси робимо висновок, що права вимоги майнового характеру теж можуть бути внесені як вклад до статутного капіталу товариства. Водночас, не потрібно забувати, що такі права пов’язані з основним зобов’язанням, на підставі якого вони виникають, а тому їх передача в статутний капітал товариства супроводжуватиметься заміною суб’єктного складу основного зобов’язання. Характерною ознакою прав вимоги, які передаються як вклад у статутний капітал товариства, є те, що таке право не припиняється у зв’язку із внесенням до статутного капіталу (як це буває із правом власності на речі), а відбувається заміна сторони у первісному зобов’язанні. Новим кредитором слугує товариство. Як слушно зазначає Л.О. Новосьолова, аналізуючи норми ЦК РФ, “...здійснений в ст. 48 ЦК РФ поділ на зобов’язальні та речові права учасників однозначно підтверджує факт припинення права власності (іншого речового права) засновників на річ (речі), внесену в статутний капітал створеної ними юридичної особи певного виду. ... засновник в передбачених п. 2 ст. 48 ЦК РФ випадках втрачає не тільки речові права. Наприклад, при внесенні в статутний капітал належних засновнику прав вимоги (наприклад, наймача за договором

оренди) засновник перестає бути “володільцем” цього права, передавши (уступивши) його товариству” [3, с. 198]. До того ж, право вимоги не припиняється, бо в такому разі не було б що передавати, а переходить до нового кредитора. До особливостей передання прав вимоги до статутного капіталу товариства належить обмеження кола вимог, які можуть вноситися для формування статутного капіталу товариства. Крім загальних підстав заборони обігу прав вимоги, які нерозривно пов’язані з особою кредитора, зокрема у зобов’язаннях про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров’я або смертю (ст. 515 ЦК України), законодавством встановлена спеціальна заборона на обіг інших прав вимоги майнового характеру. Відповідно до ч. 3 ст. 13 Закону України “Про господарські товариства”, для формування статутного (складеного) капіталу господарського товариства заборонено використовувати бюджетні кошти, кошти, одержані в кредит та під заставу, векселі, майно державних (комунальних) підприємств, яке відповідно до закону (рішення органу місцевого самоврядування) не підлягає приватизації, та майно, що перебуває в оперативному управлінні бюджетних установ, якщо інше не передбачено законом. Звідси робимо висновок, що з обороту вилучені права вимоги, які належать державним підприємствам, що відповідно до закону (рішення органу місцевого самоврядування) не підлягають приватизації. Окрім того, вилучені з обороту також “бюджетні кошти”. Вони можуть існувати в готівковій і безготівковій формах. Як зазначає А. Бабаскін, щодо безготівкових коштів у науці є різні погляди: 1) безготівкові кошти є речами, їх потрібно розглядати незалежно від форми як єдиний об’єкт цивільного права; 2) безготівкові кошти є юридичною фікцією готівкових коштів; 3) кошти у безготівковій формі є правом вимоги клієнта до банку, яке має зобов’язальний характер [4, с. 460]. Тобто, під бюджетними коштами, які є на рахунках в банку мають на увазі право майнової вимоги до банку. Відповідно до ст. 13 Закону України “Про Державний бюджет України на 2011 рік” [5] джерелами формування спеціального фонду Державного бюджету України на 2011 р. у частині кредитування є повернення низки коштів, наданих у кредит. Вбачається, що бюджетні кошти, надані у кредит, теж можна розглядати як права вимоги майнового характеру. У ч. 2 ст. 144 ЦК України зазначено, що не допускається звільнення учасника товариства з обмеженою відповідальністю від обов’язку внесення частки до статутного капіталу товариства, у тому числі шляхом зарахування вимог до товариства [2]. Отже, внеском учасника не може бути право вимоги, яке внаслідок внесення до статутного капіталу спричинить прощення боргу чи зарахування зустрічних вимог. Видається, що така норма стосується винятково етапу внесення вкладів у разі збільшення статутного капіталу вже створеного товариства, оскільки до моменту створення товариства жодного зарахування вимог чи прощення боргу не відбудеться, оскільки товариства як юридичної особи ще не існує. Одним з способів передачі права вимоги як внесок до статутного капіталу товариства є передання майнового права вимоги за первісним зобов’язанням. Таким майновим правом може слугувати, наприклад, право грошової вимоги до банку за депозитним договором, право оренди, яке виникло на підставі відповідного договору оренди. На практиці виникають питання щодо оцінки таких прав, а саме: як її проводити, чи обов’язковою є експертна оцінка тощо. У абз. 2 ч. 2 ст. 115 ЦК України зазначено, що грошову оцінку вкладу учасника господарського товариства здійснюють за згодою учасників товариства, а у випадках, встановлених законом, вона підлягає незалежній експертній перевірці [2]. Випадки обов’язкової експертної оцінки встановлюються Законом України “Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні” від 12 липня 2001 р. [6], вони стосуються майна, що

перебуває у державній та комунальній власності. Тому, оцінюючи майнове право вимоги як внесок до статутного капіталу товариства потрібно керуватися загальними положеннями оцінки майна. Під час здійснення внесків у вигляді майнових прав оцінка здійснюється за згодою сторін, якщо інше не передбачено законом. Видається, що така договірна оцінка майнового права може бути як вищою, так і нижчою від справжньої вартості права залежно від домовленості сторін. Це може призвести до ситуації, коли частина статутного капіталу товариства складатиметься із прав вимог, які мають завищену оцінку чи є недійсними, а фактично майна у товариства немає. Така ситуація ставить у невідгідне становище кредиторів товариства, які не зможуть захистити свої права за відсутності майна у товариства. Законодавством України не передбачено можливості перевірки дійсності та реальної вартості майнових вимог, внесених до статутного капіталу товариства. У ч. 4 ст. 24 Закону України “Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців” від 15 травня 2003 р. [7] зазначено лише, що у разі державної реєстрації юридичної особи, для якої законом визначено вимоги щодо формування статутного капіталу (статутного або складеного капіталу), крім документів, передбачених ч. 1 цієї статті, додатково подають документ, що підтверджує внесення засновником (засновниками) вкладу (вкладів) до статутного капіталу (статутного або складеного капіталу) юридичної особи в розмірі, який встановлено законом. Таким документом може бути акт оцінки майна та акт прийому – передачі майна, а що стосується грошових коштів – відповідна довідка банку. Однак за актами неможливо встановити дійсність та реальність прав вимоги, які передаються як внесок до статутного капіталу товариства, доцільно досліджувати основне (первісне) зобов’язання. Видається, що на законодавчому рівні необхідно передбачити, що у випадку передання права майнової вимоги як внесок до статутного капіталу товариства учасник передає усі документи, які підтверджують це право. Доцільно доповнити ст. 13 Закону України “Про господарські товариства” ч. 5 нормою: “При внесенні вкладу до статутного капіталу товариства прав вимоги, які виражені в грошовій формі, такі права оцінюються в розмірі, не вищому за встановлений в основному зобов’язанні, а майнові права вимоги, які не містять грошового еквіваленту, підлягають незалежній експертній оцінці”.

Цікавим питанням є оформлення передання права вимоги як внесок у статутний капітал на етапі створення товариства, адже передача такого права опосередковуватиме заміну кредитора у зобов’язанні. Таку заміну кредитора здійснюють треті особи – засновники, які передають (відступають) своє право на користь ще не створеного товариства. Саме право вимоги перейде до нового кредитора лише з моменту державної реєстрації (виникнення) юридичної особи. Особливою умовою для такого переходу є те, що правочин щодо заміни кредитора у зобов’язанні вчиняють у такій самій формі, що і правочин, на підставі якого виникло зобов’язання, право вимоги за котрим передають новому кредиторові. Правочин щодо заміни кредитора у зобов’язанні, яке виникло на підставі правочину, що підлягає державній реєстрації, має бути зареєстрований в порядку, встановленому для його реєстрації, якщо інше не встановлено законом (ст. 513 ЦК України) [2]. Відповідно до п. 5 Тимчасового порядку державної реєстрації правочинів, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 26 травня 2004 р. № 671 [8], державній реєстрації підлягають такі правочини: договір купівлі – продажу, міни земельної ділянки, єдиного майнового комплексу, житлового будинку (квартири) чи іншого нерухомого майна; договір про передачу нерухомого майна під виплату ренти; договір довічного утримання (догляду), за якими передається набувачеві у

власність нерухоме майно; договір найму будівлі чи іншої капітальної споруди (їх окремої частини), укладений на строк не менше ніж один рік; договір управління нерухомим майном; інші правочини, державна реєстрація яких передбачена законом. Тобто правочин щодо заміни кредитора у перелічених вище договорах теж потребуватиме державної реєстрації. Якщо вимог з дотриманням письмової форми правочину чи його подальшим нотаріальним посвідченням не виникатиме особливих проблем, то державна реєстрація буде складною. Це зумовлене тим, що на момент вчинення правочину, на підставі якого відступатиметься право вимоги, нового кредитора по суті не існує (юридична особа ще не виникла). Відповідно до п. 8 Тимчасового порядку державної реєстрації правочинів, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 26 травня 2004 р. № 671, запис у Реєстрі має містити такі відомості: 1) найменування правочину; 2) найменування сторін: для юридичних осіб: резидентів – найменування, місцезнаходження та ідентифікаційний код згідно з ЄДРПОУ; нерезидентів – найменування, місцезнаходження та держава, в якій зареєстровано особу [8]. У випадку вчинення правочину, що потребує державної реєстрації на підставі якого здійснюють заміну кредитора, потрібно, щоб новий кредитор був відомий, оскільки в реєстр заносять дані про таку особу. Звідси доходимо висновку, що майнові права вимоги, які виникли на підставі правочинів, що підлягають державній реєстрації, на практиці не можуть бути внесені як внесок у статутний капітал товариства до моменту його державної реєстрації, оскільки немає особи нового кредитора. На наш погляд, у випадку із вчиненням правочину щодо передання права вимоги як внесок у статутний капітал товариства потрібно передбачити можливість державної реєстрації правочину уже після державної реєстрації самого товариства; до цього моменту можна вносити до реєстру відомості про вчинення правочину щодо передання майнових прав як внесок до статутного капіталу товариства з подальшою необхідністю його державної реєстрації. Окрім того, внесення майнових прав за договорами, зміни до яких потребують державної реєстрації, можна відтермінувати до моменту державної реєстрації товариства. У ч. 2, 3 ст. 52 Закону України “Про господарські товариства” передбачено таку можливість, зокрема, до моменту реєстрації товариства з обмеженою відповідальністю кожен з учасників зобов’язаний внести до статутного (складеного) капіталу не менше 50 відсотків зазначеного в установчих документах вкладу. Частина статутного капіталу, що залишилася несплаченою, підлягає сплаті протягом першого року діяльності товариства. Якщо учасники протягом першого року діяльності товариства не сплатили повністю суми своїх вкладів, товариство має оголосити про зменшення свого статутного капіталу і зареєструвати відповідні зміни до статуту в установленому порядку або прийняти рішення про ліквідацію товариства [1]. Отже, цілком припустимою є схема передання прав вимоги до статутного капіталу товариства вже після його державної реєстрації, при цьому порядок внесення вкладів має бути зазначений в установчих документах товариства. Що ж стосується моменту переходу прав вимоги до нового кредитора, то ним буде момент державної реєстрації (у разі необхідності), а для правочинів, що такої не потребують – дата, зазначена в акті прийому – передачі.

Ще одним способом передачі прав вимоги до статутного капіталу товариства є передання прав, посвідчених часткою у статутному капіталі іншого товариства. Такий висновок можна зробити, проаналізувавши ч. 2 ст. 53 Закону України “Про господарські товариства”, що встановлює: “відчуження учасником товариства з обмеженою відповідальністю своєї частки (її частини) третім особам допускається, якщо інше не встановлено статутом товариства” [1]; ч. 1 ст. 5 Закону України “Про

холдингові компанії в Україні” від 15 березня 2006 р., що передбачає: “статутний капітал холдингової компанії формується за рахунок вкладів засновників у формі холдингових корпоративних пакетів акцій (часток, паїв), а також додаткових вкладів у формі майна, коштів та нематеріальних активів, необхідних для забезпечення діяльності холдингової компанії” [9]. У ч. 1 ст. 9 проекту Закону України “Про господарські об’єднання” від 27 серпня 2010 р. зазначено, що вкладами можуть бути “майнові чи інші відчужувані права, що мають грошову оцінку, якщо інше не встановлено законом” [10]. Під “відчуженням частки” розуміють платну і безоплатну передачу частки різноманітними способами. По суті, учасник одного товариства має право передати як вклад до статутного капіталу іншого товариства свої майнові корпоративні права. Таке передання є допустимим лише у випадку, якщо інше не встановлено статутом товариства; а також за умови дотримання переважного права інших учасників на купівлю частки. Учасники товариства користуються переважним правом купівлі частки (її частини) учасника пропорційно до розмірів своїх часток, якщо статутом товариства чи домовленістю між учасниками не встановлений інший порядок здійснення цього права (ч. 3 ст. 53 Закону України “Про господарські товариства”) [1]. Частку розглядаємо не як майно товариства, а як форма, що посвідчує сукупність майнових прав учасника товариства, які можуть відчужуватися. Критерій “відчужуваності прав” ставлять як основоположний для внесення майна як вклад до статутного капіталу товариства. Частка посвідчує майнові і немайнові права учасника товариства. Немайнові права, що існують в особі, яка передає частку як вклад до статутного капіталу товариства, припиняються (адже вони не підлягають відчуженню). У нового кредитора немайнові права щодо участі у товаристві виникнуть лише з моменту внесення змін до установчих документів товариства, де буде чітко зазначено розмір частки, яка належить новому кредиторові, а також встановлено факт прийняття його в учасники товариства.

На сьогодні у літературі ведуться дискусії щодо статусу частки в статутному капіталі товариства. І.В. Спасибо–Фатеева та Т. Дуденко вважають, що частка в статутному капіталі є об’єктом права власності та потрібно “розрізнити правовий режим статутного капіталу (фонду) та вкладів до нього. Перший є об’єктом права власності юридичної особи, а права на другі є об’єктами права власності учасників” [11, с. 26–30]. Водночас, І.В. Спасибо–Фатеева у подальших дослідженнях розкриває проблему неузгодженості позицій щодо значення частки та статутного капіталу в цілому. “... статутний капітал поділений на частки, а значить його частка має мати такий самий правовий режим, як і ціле, тобто весь статутний капітал. Тому і частка не може бути об’єктом права власності, не може відчужуватися, тобто знаходитися в обороті.” [12, с. 33–34]

На нашу думку, відносини між учасником товариства та товариством є зобов’язальними, адже під час внесення вкладу у товариство виникає інвестиційне зобов’язання. У свою чергу, право на частку у статутному капіталі, як і акція, лише посвідчує ту сукупність корпоративних прав, яку набув учасник товариства. Звідси доходимо висновку, що частка не може належати учасникові на праві власності, адже частка не уречевлюється, а лише посвідчує сукупність правомочностей учасника до товариства. Доцільно розглядати можливість розпорядження часткою, а не право власності на неї. Перехід частки до іншої особи посвідчуватиме заміну сторони інвестиційного зобов’язання та перехід майнових прав вимоги до нового учасника. В.М. Кравчук, розрізняючи майнову та немайнову (особисту) участь у товаристві як об’єкт корпоративних правовідносин, зазначає: “Формою фіксації майнової участі в господарському товаристві є акція (в акціонерних товариствах)

або частка в статутному капіталі (в усіх інших господарських товариствах). І акція, і частка засвідчують майнову участь у товаристві і є об'єктами цивільних правовідносин, які втілюють у собі належні учаснику корпоративні права” [12, с. 28]. Погоджуючись із цією думкою, потрібно зазначити, що частка в статутному капіталі як і акція слугують так званим “носієм” корпоративних прав. Однак, якщо у випадку із акцією йдеться про право власності на такий об'єкт, то у випадку із часткою у статутному капіталі товариства це неприпустимо. Проблема полягає в тому, що статутний капітал товариства, як слушно зазначає Ю.В Хорт. на прикладі АТ, “це вартісне вираження суми вкладів, внесених акціонерами в рахунок оплати акцій, які наділяються правом брати участь в управлінні АТ, у розподілі чистого прибутку протягом його функціонування та на отримання активів товариства, що залишилися після розрахунку з кредиторами, під час його ліквідації” [13, с. 73]. Це суто бухгалтерське поняття, яке не можна “уречевлювати” та набувати на праві власності. Частка в статутному капіталі відображає винятково обсяг статутного капіталу, який відповідає внеску у товариство, здійснену учасником “інвестицію” у товариство. Отож, частка в статутному капіталі – це зовнішній вираз (форма), що посвідчує певні майнові та немайнові права особи, яка її набула (пропорційно до розміру кожної частки у статутному капіталі товариства) та визначає відносини між цією особою та товариством. Розглядаючи можливість внесення частки у статутний капітал іншого товариства, потрібно керуватися тим, що відчуженню підлягають майнові корпоративні права, якими розпоряджається учасник товариства, а не частина майна іншого товариства. Підтвердження цьому знаходимо також на практиці у постанові Вищого господарського суду України у справі №17/228 від 09 лютого 2011 р., де вирішуючи спір про визнання недійсним рішення загальних зборів суд приходиться до висновку, що частка в статутному фонді товариства з обмеженою відповідальністю є майновим правом учасника господарського товариства [14].

Ще одним способом передання прав вимоги як внесок до статутного капіталу є передача цінних паперів. Особливо заслуговує на увагу передання акцій. Як слушно зазначає О.В.Щербина, “правовий статус акціонера має подвійну юридичну природу: як власник цінного паперу акціонер наділений повноваженнями щодо володіння, користування та розпорядження належними йому акціями; як учасник товариства акціонер наділений правами, що виникають на підставі членства у товаристві (право на управління, на одержання інформації тощо)” [15, с. 8]. Відповідно до ч.2 ст.20 Закону України “Про акціонерні товариства” від 17 вересня 2008 р. [16], усі акції товариства є іменними. Акції товариств існують винятково в бездокументарній формі. Майнові права вимоги, які посвідчуються акціями, домінують у складній структурі цінного паперу, оскільки без посвідчення прав сама акція втрачає “цінність”. До особливостей передання прав вимоги за акціями як внесок у статутний капітал товариства належить: 1) при передачі права вимоги, посвідченого акцією водночас до набувача такого права переходить і право власності на акцію (на наш погляд, передача права вимоги має першочергове значення, другорядним є перехід права власності на цінний папір. Однак, із положень ч. 2 ст. 194 ЦК України не передача прав, посвідчених акцією, зумовлює перехід права власності на неї, а навпаки); 2) передача права вимоги, посвідченого акцією, здійснюється на підставі правочину, до якого застосовуються загальні положення про цесію; 3) моментом переходу акцій до нового кредитора є внесення змін до реєстру власників іменних цінних паперів; 4) обіг прав вимоги може бути обмежений нормами, визначеними статутом товариства.

Отже, доходимо таких висновків: 1) внесення прав як вклад у статутний капітал товариства супроводжуватиметься заміною сторони у зобов'язанні на особу (товариство), яке набуло відповідних прав; 2) пропонуємо внести зміни до ч. 1ст. 13 Закону України “Про господарські товариства” (уточнення щодо форм внесення прав вимоги як вклад до статутного капіталу) та викласти її в такій редакції: “Вкладом до статутного (складеного) капіталу господарського товариства можуть бути гроші, цінні папери, інші речі або майнові (речові чи зобов'язальні) чи інші відчужувані права (в тому числі корпоративні права, посвідчені акцією чи часткою в статутному капіталі іншого товариства), що мають грошову оцінку, якщо інше не встановлено законом”); Частину першу ст. 9 проекту Закону України “Про господарські об'єднання” викласти у такій редакції: “Вкладами учасників господарського об'єднання може бути будь-яке майно (гроші, цінні папери (крім векселів), земельні ділянки, будівлі, споруди, устаткування, сировина, продукція, інші речі, право на торговельну марку, майнові (речові чи зобов'язальні) чи інші відчужувані права (в тому числі корпоративні права, посвідчені акцією чи часткою в статутному капіталі іншого товариства), що мають грошову оцінку, якщо інше не встановлено законом”); 3) доцільно доповнити ст. 13 Закону України “Про господарські товариства” ч. 5: “При внесенні вкладу до статутного капіталу товариства прав вимоги, які виражені в грошовій формі, такі права оцінюються в розмірі, не вищому за встановлений в основному зобов'язанні, а майнові права вимоги, які не містять грошового еквіваленту, підлягають незалежній експертній оцінці”. Це сприятиме захисту інтересів кредиторів цього товариства.

1. Про господарські товариства: Закон України від 19 вересня 1991 року (з наступними змінами та доповненнями) // Відомості Верховної Ради України від 03.12.1991.–1991. – № 49. – Ст. 682.
2. Цивільний кодекс України від 16 січня 2001 року (з наступними змінами та доповненнями) // Відомості Верховної Ради України від 03.10.2003. – 2003. – № 40. – Ст. 356.
3. Новоселова Л.А. Оборотоспособность доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью/ Л.А. Новоселова// Объекты гражданского оборота: Сборник статей/ Отв.ред. М.А. Рожкова. – М. : Статут, 2007. – С. 197–230.
4. Бабаскін А. Кошти (грошові кошти)/ А. Бабаскін// Енциклопедія цивільного права України /Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; відп. ред. Я.М. Шевченко. – К. : Ін Юре, 2009. –С. 460.
5. Про Державний бюджет України на 2011 рік: Закон України від 23.12.2011 року// Урядовий кур'єр від 30.12.2010. – № 246.
6. Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні: Закон України від 12 липня 2001 року// Відомості Верховної Ради України від 23.11.2001. – 2001. –№ 47. – Ст. 251.
7. Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців: Закон України від 15 травня 2003 року// Відомості Верховної Ради України від 08.08.2003. – 2003. – № 31. – Ст. 263.
8. Тимчасовий порядок державної реєстрації правочинів, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 26 травня 2004 р. № 671//Офіційний вісник України від 11.06.2004. – 2004. – № 21. – Ст. 29.
9. Про холдингові компанії в Україні: Закон України від 15 березня 2006 року (із наступними змінами та доповненнями) // Відомості Верховної Ради України від 25.08.2006. –2006. – № 34. – Ст. 291.
10. Про господарські об'єднання: Проект Закону України від 27 серпня 2010 року// [Електронний ресурс]: Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n

11. Спасибо-Фатєєва І.В. Правова природа майнових і корпоративних прав, їх оборотоздатність та деякі аспекти застави/ І.В.Спасибо-Фатєєва, Т. Дуденко // Юридичний радник.-2005.-№2 (4). – С. 26–30.
12. Кравчук В.М. Припинення корпоративних правовідносин в господарських товариствах : Монографія. – Львів : Край, 2009. – 464 с.
13. Хорт Ю.В. Статутний капітал акціонерного товариства: захист інтересів учасників акціонерних правовідносин : Монографія/ Ю.В. Хорт. – Харків : Видавництво “ФІНН”, 2010. – 276 с.
14. Справа №17/228// Архів Вищого господарського суду України.
15. Щербина О.В. Правове становище акціонерів за законодавством України. Автореф. дис. на здобуття ступеня к.ю.н. – К., 2000. –14 с.
16. Про акціонерні товариства: Закон України від 17 вересня 2008 року (з наступними змінами та доповненнями) // Відомості Верховної Ради України від 19.12.2008. – 2008. – № 50. – Ст. 384.

ВНЕСЕНИЕ ИМУЩЕСТВЕННОГО ПРАВА ТРЕБОВАНИЯ КАК ВКЛАД В УСТАВНЫЙ КАПИТАЛ ОБЩЕСТВА

Ю.Гладьо

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000, Львов*

В статье проанализированы положения законодательства Украины, касающиеся внесения обязательственных прав требования в качестве вклада в уставный капитал общества. Автор выделил способы передачи такого имущества в уставный капитал общества и проанализировал их особенности. С учетом специфики оборота обязательственных прав требования предложено внести ряд дополнений в законодательство Украины, которые будут касаться внесения прав требования в уставный капитал общества.

Ключевые слова: обязательственные права требования, вклад в уставный капитал общества, уступка права требования.

INTRODUCTION OF (PROPERTY) INCORPOREAL RIGHT AS DEPOSITION TO PARTNERSHIP'S AUTHORIZED CAPITAL

Yu. Gladjo

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

The article deals with the analysis of Ukraine's legislation on incorporeal right introduction as deposition to partnership's authorized capital. Methods of this property transfer to partnerships' authorized capital are pointed out, as well as their peculiarities are analyzed. The author makes his own propositions as to current legislation of Ukraine amendment by the provisions on incorporeal right introduction to partnership's authorized capital.

Key words: incorporeal rights, deposition, partnership's authorized capital, compensation for incorporeal right.

Стаття надійшла до редколегії: 14.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

НОТАРІУС ЯК СУБ'ЄКТ ПЕРВИННОГО ФІНАНСОВОГО МОНІТОРИНГУ.

М. Долинська

Головне управління юстиції у Львівській області

У статті йде мова про виконання нотаріусом повноважень суб'єкта первинного фінансового моніторингу, порядок ним реєстрації, права та обов'язки нотаріуса, як суб'єкта фінансового моніторингу, порядок ідентифікації осіб, які звертаються за вчиненням нотаріальних дій, зокрема посвідчення договорів купівлі – про дату нерухомого майна на суму рівну або більшу 400 000 гривень.

Ключові слова: фінансовий моніторинг, суб'єкти та об'єкти фінансового моніторингу, нотаріус.

Законом України № 2258-17 від 18.05.2010, “Про внесення змін до Закону України “Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом” внесено зміни до Закону України “Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом” [1], виклавши його у новій редакції. Змінено не лише зміст закону, але його назву на Закон України “Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму”.

Фінансовий моніторинг – сукупність заходів, які здійснюються суб'єктами фінансового моніторингу у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму, що включають проведення державного фінансового моніторингу та первинного фінансового моніторингу.

Об'єкт фінансового моніторингу – дії з активами, пов'язані з відповідними учасниками фінансових операцій, які їх проводять, за умови наявності ризиків використання цих активів з метою легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму, а також будь-яка інформація про такі дії чи події, активи та їх учасників. Дія закону поширюється на громадян України, іноземців та осіб без громадянства, а також на юридичних осіб, їхні філії, представництва та інші відокремлені підрозділи, що забезпечують проведення фінансових операцій на території України та за її межами відповідно до міжнародних договорів України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Міністерство юстиції України, як суб'єкт державного фінансового моніторингу, з метою забезпечення координації діяльності суб'єктів первинного фінансового моніторингу 29 вересня 2010 р. за № 2339/5 затвердило “Положення про здійснення фінансового моніторингу суб'єктами первинного фінансового моніторингу, державне регулювання яких здійснює Міністерство юстиції України” [2].

Положенням регульовано діяльність суб'єктів первинного фінансового моніторингу (далі – суб'єкти) та їх відокремлених підрозділів, державне регулювання і нагляд за діяльністю яких у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму здійснює Мін'юст, а саме: нотаріусів; адвокатів; суб'єктів господарювання, що надають юридичні послуги (за винятком осіб, які надають послуги у рамках трудових правовідносин). Відповідно до підпункту г пункту 8

частини другої статті 5 Закону спеціально визначеними суб'єктами первинного фінансового є нотаріуси, адвокати, аудиторі, аудиторські фірми, фізичні особи - підприємці, які надають послуги з бухгалтерського обліку, суб'єкти господарювання, що надають юридичні послуги (за винятком осіб, які надають послуги у рамках трудових правовідносин) у випадках, передбачених статтями 6 і 8 зазначеного Закону.

Нотаріус як спеціальний суб'єкт первинного фінансового моніторингу зобов'язаний:

1. Стати на облік у Спеціально уповноваженому органі як суб'єкт первинного фінансового моніторингу та у разі припинення своєї діяльності повідомити про це Спеціально уповноважений орган у визначеному Кабінетом Міністрів України порядку. Постановою Кабінету Міністрів України від 25 серпня 2010 року № 747 "Деякі питання організації фінансового моніторингу"[3] затверджено "Порядок взяття на облік суб'єктів первинного фінансового моніторингу, реєстрації ними фінансових операцій, що підлягають фінансовому моніторингу, і подання Державному комітетові фінансового моніторингу інформації про зазначені та інші фінансові операції, що можуть бути пов'язані з легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванням тероризму".

Нотаріус зобов'язаний стати на облік у Держфінмоніторингу у разі, якщо він бере участь у підготовці і здійсненні правочинів, визначених частиною першою ст. 8 Закону, та уклав відповідний договір [4,12].

Відповідно до вказаного Порядку інформація, необхідна для взяття суб'єкта на облік, подається на паперових носіях за формою, встановленою наказом Державного комітету фінансового моніторингу України від 26 серпня 2010 року № 148, зареєстрованого у Міністерстві юстиції України 6 жовтня 2010 року за № 891/18186 " Про затвердження форм обліку та подання інформації, пов'язаної із здійсненням фінансового моніторингу, та Інструкції щодо їх заповнення" [5].

На підставі поданої суб'єктом інформації, необхідної для взяття його на облік, Держфінмоніторинг протягом п'яти робочих днів з дати її надходження присвоює суб'єкту обліковий ідентифікатор.

2. Здійснювати ідентифікацію та вивчення клієнта у випадках, установлених законом (пункт другий частини другої статті 6 Закону).

Нотаріуси, як суб'єкти, які провадять свою діяльність одноособово, без утворення юридичної особи, здійснюють ідентифікацію та вивчення фінансової діяльності клієнта безпосередньо.

Здійснення ідентифікації клієнтів, які проводять фінансові операції та вивчення їх фінансової діяльності проводиться нотаріусом на підставі поданих офіційних документів або їх копій, що засвідчені нотаріально або підприємством (установою, організацією), яке їх видало.

З метою ідентифікації резидентів суб'єкти первинного фінансового моніторингу встановлюють:

1) для фізичної особи – прізвище, ім'я та по батькові, дату народження, серію і номер паспорта (або іншого документа, що посвідчує особу), дату видачі та орган, що його видав. Під час ідентифікації з'ясовують місце проживання або місце перебування фізичної особи, ідентифікаційний номер згідно з Державним реєстром фізичних осіб – платників податків та інших обов'язкових платежів або серію та номер паспорта, в якому проставлено відмітку органів державної податкової служби про відмову від одержання ідентифікаційного номера;

2) для фізичної особи – підприємця – прізвище, ім'я та по батькові, дату народження, серію і номер паспорта (або іншого документа, що посвідчує особу), дату видачі та орган, що його видав. Під час ідентифікації з'ясовують місце проживання або місце перебування фізичної особи – підприємця, реквізити свідоцтва про державну реєстрацію та орган, що його видав, реквізити банку, в якому відкрито рахунок, і номер банківського рахунку (за наявності);

3) для юридичної особи – повне найменування, місцезнаходження, реквізити свідоцтва про державну реєстрацію та орган, що його видав; з'ясовують відомості про органи управління та їх склад; дані, що ідентифікують осіб, які мають право розпоряджатися рахунками і майном; відомості про власників істотної участі в юридичній особі; відомості про контролерів юридичної особи; ідентифікаційний код згідно з Єдиним державним реєстром підприємств та організацій України; реквізити банку, в якому відкрито рахунок, і номер банківського рахунку.

З метою ідентифікації нерезидентів суб'єкти первинного фінансового моніторингу встановлюють:

1) для фізичної особи – прізвище, ім'я та по батькові (за наявності), дату народження, серію і номер паспорта (або іншого документа, що посвідчує особу), дату видачі та орган, що його видав, громадянство. Під час ідентифікації з'ясовують відомості про місце проживання або місце тимчасового перебування фізичної особи в Україні;

2) для юридичної особи - повне найменування, місцезнаходження та реквізити банку, в якому відкрито рахунок, номер банківського рахунку, з'ясовують відомості про органи управління та їхній склад; дані, що ідентифікують осіб, які мають право розпоряджатися рахунками та майном; відомості про власників істотної участі в юридичній особі; відомості про контролерів юридичної особи.

Суб'єктові первинного фінансового моніторингу надають також копію легалізованого витягу з торгового, банківського чи судового реєстру або нотаріально засвідчене реєстраційне посвідчення уповноваженого органу іноземної держави про реєстрацію відповідної юридичної особи.

Однак, ідентифікація клієнта не є обов'язковою у разі: проведення фінансової операції особами, які раніше були ідентифіковані; укладення правочинів між банками, зареєстрованими в Україні.

Також суб'єкт первинного фінансового моніторингу може здійснити спрощену ідентифікацію клієнта у разі: встановлення ділових відносин або проведення фінансової операції, якщо клієнтом виступає орган державної влади, підприємство, що повністю перебуває у державній власності, міжнародна установа чи організація, в яких бере участь Україна відповідно до міжнародних договорів України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України; проведення фінансової операції на організованому ринку цінних паперів.

У разі, якщо клієнт (особа) діє як представник іншої особи чи в інтересах іншої особи, або якщо у суб'єкта первинного фінансового моніторингу виникає сумнів стосовно того, що особа виступає від власного імені або вигодоодержувачем є інша особа, нотаріус зобов'язаний ідентифікувати також особу, від імені або за дорученням чи в інтересах якої проводиться фінансова операція або яка є вигодоодержувачем та якщо особа діє як представник іншої особи, перевірити також наявність у цієї особи відповідних повноважень.

У разі необхідності нотаріус, має право витребувати у державних органів інформацію стосовно ідентифікації клієнта. Порядок надання державними органами на запит суб'єкта первинного фінансового моніторингу інформації про

ідентифікацію клієнта, затверджено Постановою Кабінету Міністрів України від 25 серпня 2010 року № 746 [6]. Ідентифікація клієнта здійснюється до/або під час встановлення з суб'єктом ділових відносин, укладання правочинів з клієнтом, але до проведення фінансової операції.

З метою визначення заходів, які необхідно вживати під час здійснення ідентифікації клієнта, суб'єкт здійснює класифікацію ризику клієнтів з урахуванням критеріїв ризиків, визначених Держфінмоніторингом.

Критерії класифікації ризику клієнтів можуть розроблятися на підставі такої інформації: резидент/нерезидент; країна походження або реєстрації клієнта; особи, які беруть участь у фінансовій операції клієнта; об'єкт фінансової операції; тривалість ділових відносин з суб'єктом; соціальний статус; характеристика ділової активності; фінансовий стан; репутація, інші показники, що можуть бути використані для визначення ознак ризику.

Керуючись пунктом 4.11 зазначеного Положення, при проведенні ідентифікації та вивченні фінансової діяльності клієнта суб'єкт може скласти анкету, яка формується за результатами здійснення ідентифікації та вивчення фінансової діяльності клієнта до, під час та в процесі обслуговування клієнта. Анкета є внутрішнім документом суб'єкта, який заповнюється і підписується працівником, уповноваженим на здійснення ідентифікації.

Документи щодо ідентифікації осіб, які є учасниками фінансової операції, що підлягає фінансовому моніторингу, зберігаються суб'єктом (нотаріусом) не менше п'яти років після завершення ділових відносин з клієнтом, а вся документація про здійснення такої фінансової операції – не менше п'яти років після її проведення.

3. Забезпечувати виявлення фінансових операцій, що підлягають фінансовому моніторингу, до початку, у процесі, в день виникнення підозр, після їх проведення або при спробі їх проведення чи після відмови клієнта від їх проведення (пункт 3 частини 2 статті 6 Закону).

Відповідно до пункту 15 Порядку взяття на облік суб'єктів первинного фінансового моніторингу, реєстрації ними фінансових операцій, що підлягають фінансовому моніторингу, і подання Державному комітетові фінансового моніторингу інформації про зазначені та інші фінансові операції, що можуть бути пов'язані з легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванням тероризму, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 25 серпня 2010 р. № 747 “Деякі питання організації фінансового моніторингу”, нотаріус забезпечує виявлення фінансових операцій до початку, в процесі, але не пізніше наступного робочого дня після їх проведення, або в день виникнення початку підозри, або під час спроби їх проведення чи після відмови клієнта від їх проведення.

Лише у разі виявлення фінансових операцій, учасниками або вигодо одержувачами яких є особи, включені до переліку осіб, пов'язаних із здійсненням терористичної діяльності або до яких застосовані міжнародні санкції, нотаріус у той же день вносить інформацію про таку операцію до реєстру.

4. Забезпечувати реєстрацію фінансових операцій, що підлягають фінансовому моніторингу, не пізніше наступного робочого дня з дати їх виявлення.

5. Повідомляти Спеціально уповноважений орган про.

- фінансові операції, що підлягають внутрішньому фінансовому моніторингу, якщо є достатні підстави підозрювати, що вони пов'язані з легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом, – у день виникнення підозр, але не пізніше ніж через десять робочих днів з дня реєстрації таких операцій або спроби їх проведення;

– виявлені фінансові операції, стосовно яких є достатні підстави підозрювати, що вони пов'язані, стосуються або призначені для фінансування тероризму, – в день їх виявлення або спроби їх проведення, а також інформувати про це визначені законом правоохоронні органи.

Рішення про подання або неподання Спеціально уповноваженому органу інформації про фінансову операцію, що підлягає внутрішньому фінансовому моніторингу, приймає нотаріус відповідно до ст. 16 Закону. У разі прийняття рішення про подання Спеціально уповноваженому органу інформації про фінансову операцію така

6. У разі отримання від Спеціально уповноваженого органу повідомлення про некоректне (неправильне) заповнення полів у повідомленні про фінансову операцію, що підлягає фінансовому моніторингу, подати протягом трьох робочих днів до Спеціально уповноваженого органу належним чином оформлене повідомлення про цю фінансову операцію.

7. Сприяти в межах чинного законодавства працівникам Спеціально уповноваженого органу в проведенні аналізу фінансових операцій.

8. Надавати на запит Спеціально уповноваженого органу додаткову інформацію з приводу фінансових операцій, які стали об'єктом фінансового моніторингу, копії первинних документів, на підставі яких були проведені такі операції та пов'язані з ними фінансові операції, відомості про їх учасників, а також іншу інформацію, зокрема ту, що становить банківську або комерційну таємницю, таємницю страхування, копії документів, необхідні для виконання покладених на Спеціально уповноважений орган завдань, протягом п'яти робочих днів з дати надходження запиту.

9. Надавати на запит Спеціально уповноваженого органу інформацію (у тому числі копії документів), необхідну для виконання ним запиту, що надійшов від уповноваженого органу іноземної держави, зокрема ту, що становить банківську або комерційну таємницю, протягом п'яти робочих днів з дати надходження запиту.

10. Надавати на запит відповідного суб'єкта державного фінансового моніторингу інформацію, необхідну для перевірки фактів порушення вимог законодавства у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму.

11. Вживати заходів щодо запобігання розголошенню (зокрема особам, стосовно фінансових операцій яких проводиться перевірка) інформації, що подається Спеціально уповноваженому органу, та іншої інформації з питань фінансового моніторингу (у тому числі про факт подання такої інформації або отримання запиту від Спеціально уповноваженого органу).

12. Зберігати документи щодо ідентифікації осіб, які провели фінансову операцію, що згідно з цим Законом підлягає фінансовому моніторингу, а також усі документи, що стосуються ділових відносин з клієнтом, не менше п'яти років після завершення ділових відносин, а всі необхідні дані про операції – не менше п'яти років після завершення операції (при цьому строки зберігання документів можуть бути продовжені відповідним суб'єктом державного фінансового моніторингу у порядку, встановленому законодавством).

13. Забезпечувати на документальний запит безперешкодний доступ суб'єктам державного фінансового моніторингу та правоохоронних органів до документів або інформації, що міститься в них, відповідно до вимог закону.

14. За дорученням Спеціально уповноваженого органу, наданим з метою виконання запиту уповноваженого органу іноземної держави про зупинення

відповідної фінансової операції як такої, що може бути пов'язана з легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванням тероризму, зупиняти проведення або забезпечити моніторинг фінансової операції відповідної особи у порядку, встановленому Спеціально уповноваженим органом за погодженням з відповідними суб'єктами державного фінансового моніторингу.

15. Аналізувати фінансові операції, спрямовані на виявлення тих, що підлягають внутрішньому фінансовому моніторингу відповідно до ст. 16 Закону.

При цьому нотаріус, як суб'єкт первинного фінансового моніторингу зобов'язаний самостійно здійснювати класифікацію своїх клієнтів з урахуванням критеріїв ризиків, визначених Спеціально уповноваженим органом та органами, що здійснюють регулювання та нагляд за їх діяльністю, під час проведення ними фінансових операцій, що можуть бути пов'язані з легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванням тероризму, і вживати застережних заходів щодо клієнтів, діяльність яких свідчить про підвищений ризик проведення ними таких операцій.

Відповідно до ст. 8 Закону виконання обов'язків суб'єкта первинного фінансового моніторингу забезпечується адвокатами, нотаріусами, особами, які надають юридичні послуги, аудиторами, аудиторськими фірмами, фізичними особами-підприємцями, які надають послуги з бухгалтерського обліку, якщо вони беруть участь у підготовці і здійсненні правочину щодо:

- купівлі-продажу нерухомості;
- управління активами клієнта;
- управління банківським рахунком або рахунком у цінних паперах;
- залучення коштів для утворення юридичних осіб, забезпечення їх діяльності та управління ними;
- утворення юридичних осіб, забезпечення їхньої діяльності чи управління ними, а також купівлі-продажу юридичних осіб.

Нотаріуси, як суб'єкти первинного фінансового моніторингу не повідомляють Спеціально уповноважений орган про свої підозри щодо фінансових операцій у разі, якщо відповідна інформація стала їм відома за обставин, що є предметом таємниці вчинюваних нотаріальних дій, крім випадків посвідчення договорів купівлі-продажу нерухомого майна, за умови, що сума такої операції дорівнює чи перевищує 400 000 грн. або становить чи перевищує суму в іноземній валюті, еквівалентну 400 000 грн.

Нотаріуси є відповідальними за проведення фінансового моніторингу, а у разі порушення вимог Закону України “Про запобігання та протидію легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму” несуть кримінальну, адміністративну та цивільно-правову відповідальність згідно із законом, а також можуть бути позбавлені права провадити певні види діяльності згідно із законом, а юридичні особи, які здійснювали фінансові операції з легалізації (відмивання) доходів або фінансували тероризм, можуть бути ліквідовані за рішенням суду.

Керуючись зазначеним вище, доцільно зазначити, що Законом України “Про запобігання та протидію легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму”, на нотаріусів покладено нові обов'язки та повноваження, за неналежне виконання яких настає не тільки адміністративна, але й кримінальна відповідальність. Тому для ефективного виконання зазначених повноважень необхідно внести зміни до чинного законодавства, в тому числі в Закон України “Про нотаріат” та Інструкцію про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України.

1. Голос України від 22.05.2010. – № 93.
2. Офіційний вісник України від 08.10.2010 – 2010 р., – № 74. С. 104. Ст. 2652, код акту 52919/2010.
3. Офіційний вісник України від 06.09.2010 р., – № 65. С. 77. Ст. 2261, код акту 52567/2010
4. Чижмарь К.І, Гаєвський І. М., Актуальні питання фінансового моніторингу у сфері запобігання та протидії легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом, для суб'єктів первинного фінансового моніторингу, державне регулювання і нагляд за діяльністю яких здійснює Міністерство юстиції України. Методичні рекомендації. Офіційне видання. К.: ПРАТ “Видавництво “Київська правда”. 2010. – С. 111.
5. Офіційний вісник України від 22.10.2010 - 2010 р., № 78, стор. 174, стаття 2783, код акту 53018/2010.
6. Офіційний вісник України від 06.09.2010 р., № 65, стор. 75, стаття 2260, код акту 52566/2010.

НОТАРИУС КАК СУБЪЕКТ ПЕРВИЧНОГО ФИНАНСОВОГО МОНИТОРИНГА.

М. Долинская

Главное управление юстиции во Львовской области

В статье идет речь о выполнении нотариусом полномочий субъекта первичного финансового мониторинга, порядок им регистрации, права и обязанности нотариуса, как субъекта финансового мониторинга, порядок идентификации лиц, которые обращаются за совершением нотариальных действий, в частности удостоверение договоров покупки – о дате недвижимого имущества на сумму равную или большую 400 000 гривен.

Ключевые слова: финансовый мониторинг, субъекты и объекты финансового мониторинга, нотариус.

NOTARY AS SUBJECT OF INITIAL FINANCIAL MONITORING

M. Dolyns'ka

Lviv Regional Administration of Justice

The article deals with the notary's powers exercising as initial financial monitoring subject, with registration procedure, notary's rights and obligations as financial monitoring subject, with order of individuals' identification, who apply for particular purchase agreements certifying of estate for a sum of 400, 000 hryvnias or more.

Key words: financial monitoring, subjects and objects of financial monitoring, notary.

Стаття надійшла до редколегії: 01.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ЗАПОВІТ ПОДРУЖЖЯ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ

М. Дякович

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті розглянуто особливості правового регулювання заповіту подружжя за цивільним законодавством України (ст. 1243 Цивільного кодексу України). Здійснено порівняльно – правовий аналіз ст. 1243 Цивільного кодексу України, якою регулюється порядок складення та реалізації заповіту подружжя, судової практики України, пов'язаної із реалізацією спадкових прав за заповітом подружжя, законодавства Німеччини у частині правового регулювання заповіту подружжя. Аналізуючи судову практику, автор акцентує увагу на типових помилках, які допускаються судами, у зв'язку з недосконалістю правової конструкції норми ст. 1243 Цивільного кодексу України та відсутністю передбаченого законом порядку переходу права власності на майно, що є предметом заповіту подружжя. Звертається увага на проблемні питання з якими стикаються нотаріуси як при посвідченні заповіту подружжя, так і при забезпеченні реалізації та захисту прав того з подружжя, який пережив іншого та спадкоємців. Як висновок, обґрунтовується необхідність законодавчого редагування змісту ст. 1243 Цивільного кодексу України.

Ключові слова: заповідальне розпорядження, односторонній правочин, заповіт, подружжя, спільна сумісна власність подружжя, заповіт подружжя, заповідач, спадкоємець, здійснення права на спадкування.

Поряд із спадкуванням прав та обов'язків за законом, законодавством України передбачено можливість спадкування за заповітом. З прийняттям Цивільного кодексу України у регулюванні майнових правовідносин громадян на випадок смерті з'явився новий правовий інститут – заповіт подружжя.

Досліджуючи особливості реалізації спадкових прав за заповітом подружжя, перш за все, слід відзначити, що заповітом є особисте розпорядження фізичної особи на випадок своєї смерті.

За загальним правилом, це односторонній правочин, у якому виражена воля однієї особи. Особистий характер заповіту логічно впливає із суті його понятійного визначення, адже кожна особа має право розпоряджатися тільки тим, що належить їй за життя.

Однак законодавець України запропонував у Цивільному кодексі України новий вид (підвид або різновид) заповіту – заповіт подружжя. Зрозуміло, що такий крок зумовлений не виключною новизною цього інституту у світовій практиці, а навпаки, запозиченням його із цивільного законодавства інших держав, зокрема Німеччини. У Німеччині заповіт подружжя називають ще “Берлінським заповітом”.

Пропонуємо спочатку з'ясувати суть заповіту подружжя за законодавством Німеччини. Слід відзначити, що норми, які регулюють зміст спільного заповіту є диспозитивними і надають подружжю можливість вибрати найбільш вигідну модель правового регулювання спадкових правовідносин, яка буде максимально відповідати конкретній життєвій ситуації та їх побажанням. Наприклад, подружжя як спадкодавці можуть обрати одну з правових моделей заповіту, при цьому вказавши, які із розпоряджень у заповіті будуть взаємопов'язаними і незмінними, а які навпаки, той з подружжя, хто пережив іншого, зможе змінити в односторонньому порядку.

Крім цього, закон Німеччини надає подружжю можливість включати у заповіт подружжя різного роду застереження (примітки, обмеження). Наприклад, у випадку повторного шлюбу того з подружжя, який пережив іншого, він повністю або частково повертає все спадкове майно померлого подружжя третій особі, яка вказана у заповіті, або ж, той з подружжя, хто пережив іншого, у випадку повторного шлюбу, повинен буде виплатити певну суму третій особі [1; с. 143].

За законодавством Німеччини спільний заповіт не обмежує можливість громадян змінити свою волю при їх житті, як за домовленістю один з одним, так і в односторонньому порядку.

Отже, допоки обидва з подружжя живі будь-хто із них може відкликати своє заповідальне розпорядження. Оскільки спільний заповіт подружжя складається із двох заповітів, у яких подружжя взаємно розглядаються у якості спадкоємців і на випадок смерті одного з них обов'язково зазначається, що все майно померлого переходить до того з подружжя, хто залишився живим, то у випадку відкликання заповідального розпорядження одним із подружжя, взаємопов'язані розпорядження другого з подружжя стають недійсними і він також отримує можливість вільно розпоряджатися своїм майном.

Після смерті одного із подружжя другий втрачає право відкликати заповіт. Це у значній мірі обмежує свободу щодо зміни чи скасування заповіту та розпорядження майном. Однак є спосіб змінити заповіт і після смерті одного з подружжя. Так, той із подружжя, який пережив другого, може відмовитися від всього належного йому за спільним заповітом майна, у результаті чого взаємопов'язані розпорядження втрачають свою обов'язкову силу. Крім цього, подружжя може у спільному заповіті передбачити можливість подальшої зміни такого заповіту.

Отже, спільний заповіт подружжя за законодавством Німеччини є чітко та логічно завершеним інститутом спадкового права, який надає широкі можливості заповідачам вибрати конкретний варіант розпорядження своїм майном на випадок смерті.

Порівняльно-правовий аналіз статті 1243 Цивільного кодексу України, якою регулюється порядок складення та реалізації заповіту подружжя, судової практики України, пов'язаної із реалізацією спадкових прав за заповітом подружжя, законодавства Німеччини у частині правового регулювання заповіту подружжя, ще раз підтверджує поспішність впровадження та недосконалість цієї норми як для заповідачів, так і для спадкоємців.

Серед сучасних науковців також немає одностайності стосовно цього правового інституту та доцільності його введення у законодавство України.

Зокрема, Ю. Заїка вважає таку новелу в цілому навряд чи вдалою [2; с. 91].

На думку, Т.П. Коваленко, спільний заповіт подружжя не тільки не створює якихось зручностей, переваг порівняно з укладенням кожним з подружжя окремого заповіту, а навпаки він може стати підставою для неабияких життєвих ускладнень [3; с. 626].

За Цивільним кодексом України подружжя має право скласти спільний заповіт лише щодо майна, яке належить їм на праві спільної сумісної власності.

Отже, подружжя як єдине ціле виступає суб'єктом цього правочину. Це, відповідно, підкріплюється тим, що після смерті одного з подружжя його частка у праві спільної сумісної власності переходить до того з подружжя, який його пережив. Механізм переходу права власності на частку у спільному майні подружжя не передбачений як у законі, так і в Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України.

На нашу думку, перехід права на частку у спільному майні подружжя після смерті одного з подружжя, у разі складення спільного заповіту, необхідно оформити у нотаріуса. По-перше, речове право автоматично перейти не може, законодавством передбачена спеціальна процедура переходу речових прав та його державна реєстрація. По-друге, такий висновок випливає із змісту п. 4 ст. 1243 ЦК України, зокрема, нотаріус зобов'язаний накласти заборону відчуження майна, яке зазначене у заповіті подружжя. Для цього необхідно, щоб той із подружжя, хто залишився живим, звернувся до нотаріуса для накладення ним заборони відчуження майна, що є предметом заповіту подружжя.

Однак, тут слід розглянути дві правові конструкції щодо оформленого права власності на майно подружжя, з яких виникають різні правові наслідки:

- право власності на спільне майно подружжя зареєстроване на чоловіка, який помер;
- право власності зареєстроване на дружину, яка пережила свого померлого чоловіка.

У першому випадку, дружині необхідно звернутися до нотаріуса для переоформлення частки у майні, яка належала померлому чоловіку і при цьому отримати свідоцтво на свою частку у спільному майні подружжя. Нотаріус у цій ситуації зможе виконати вимоги норми ст. 1243 ЦК України, а саме, видати дружині свідоцтво про право на спадщину на частку у спільному майні після смерті її чоловіка та свідоцтво про право власності дружині на її частку у цьому майні і накласти заборону відчуження майна, на яке подружжя зробило спільний заповіт.

У другому ж випадку дружині, по суті, звертатися до нотаріуса немає жодної потреби, оскільки право власності на спільне майно подружжя, яке, в тому числі, було предметом спільного заповіту, є зареєстроване на дружину, яка продовжує ним володіти, користуватись та розпоряджатись. Причому розпоряджатись вільно, оскільки жодних обмежень у цьому немає. Відповідно до абз. 3 п. 45 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, при посвідченні нотаріусом договору про відчуження або заставу майна від імені особи, у якої немає чоловіка або дружини (неодружена, неодружений, удова, удівець), нотаріусу відчужувачем подається письмова заява про це. Крім цього, договори про відчуження або заставу майна посвідчуються нотаріусом після перевірки відсутності лише заборони відчуження або арешту за даними Єдиного реєстру заборон відчуження об'єктів нерухомого майна та після перевірки відсутності податкової застави за даними Державного реєстру обтяжень рухомого майна. Таким чином, ми маємо ситуацію, яка приводить до порушення прав та законних інтересів спадкоємця за наявності заповіту подружжя на таке майно. Реально нотаріус немає можливості виконати вимоги ст. 1243 ЦК України, оскільки інформація про наявність заповіту подружжя та смерть одного з подружжя стане йому відомою після подання заяви тим з подружжя, хто залишився живим.

Якщо за німецьким законодавством заповіт подружжя лише частково обмежує права того з подружжя, хто залишився живим, то, заповіт подружжя за Цивільним кодексом України повністю обмежує свободу вибору поведінки того з подружжя, хто залишився живим, а тим більше свободу розпорядження своїм майном та можливості зміни самого заповіту.

Судова практика України на даний час є досить об'ємною та свідчить про те, що подружжя, які складають спільний заповіт, не до кінця розуміють правову суть та наслідки цього інституту спадкового права і його ефективності для того з них, хто пережив другого з подружжя та спадкоємців.

Аналіз судових рішень свідчить не на користь заповіту подружжя в існуючій на сьогодні редакції ст. 1243 Цивільного кодексу України.

Так, 29 грудня 2008 року Калуський міськрайонний суд Івано-Франківської області розглянув цивільну справу за позовом про визнання заповіту недійсним. Позовні вимоги обґрунтовувались порушенням процесуального порядку посвідчення заповіту нотаріусом. Заповіт посвідчувався за викликом – вдома, був записаний нотаріусом зі слів померлого та позивачки. Зі слів позивачки нотаріусом не було роз'яснено правових наслідків складення заповіту подружжя, вона та чоловік не читали заповіт і не читав його нотаріус вголос перед підписанням. Згодом вона дізналась, що не може відчужити належну їй частку будинку, після смерті чоловіка, так як заповіт може бути відмінено тільки при житті і згоді обох з подружжя.

Суд, вислухавши доводи сторін та проаналізувавши інші докази по справі, задовольнив позов з наступних підстав.

У відповідності до п. 157 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, нотаріус може на прохання особи записати заповіт з її слів або за допомогою загальноприйнятих технічних засобів, однак у цьому разі заповіт має бути прочитаний вголос заповідачем і підписаний ним, про що зазначається ним перед підписом. Нотаріус також зобов'язаний роз'яснити заповідачам зміст ст. 1307 ЦК України, як це передбачено п. 161 Інструкції. Як вбачається із вищезгаданого заповіту, відмітка про те, що заповіт прочитано нотаріусом та заповідачами вголос міститься після підписів заповідачів. Крім цього відсутня відмітка про роз'яснення ст. 1307 ЦК України.

У заповіті вказано про роз'яснення заповідачам ст. 1241 ЦК України, проте не зазначено в чому полягає її зміст. Сама позивачка з цього приводу пояснила, що нотаріус не роз'яснював їй наслідки складення такого заповіту, а саме, що заповіт може бути скасований за заявою заповідачів лише за життя їх обох. Оскільки чоловік помер, вона не може скасувати заповіт, а отже за життя розпорядитись своїм майном.

За таких обставин суд вважає, що заповіт, складений з порушенням п.п. 157, 161 Інструкції, керуючись ст.ст. 203, 215, 1241, 1307 ЦК України, слід визнати недійсним [4; Справа №2-2436/08].

З іншої сторони, нотаріуси не завжди правильно визначають предмет заповіту, а саме правовий режим заповіданого майна.

27 січня 2010 року Жовтневий районний суд міста Запоріжжя розглянув справу за позовом про визнання права власності в порядку спадкування за заповітом та встановлення додаткового строку для подання заяви про прийняття спадщини.

Відповідно до матеріалів справи, на розгляд суду подано заповіт подружжя, у якому було зазначено, що належну на праві спільної власності подружжю квартиру вони заповідають позивачу. Але, як встановлено з поданих доказів, у даному випадку, подружжя не мали права складати спільний заповіт. Спільна квартира не належала їм на праві спільної сумісної власності, оскільки набута у рівних частинах ще до укладення шлюбу. Таким чином, заповіт подружжя є нікчемним, що означає його недійсність з моменту вчинення, а отже встановлення його недійсності судом не вимагається. [4; Справа №2-79/10].

Так, 09 вересня 2010 року Шахтарський міськрайонний суд Донецької області розглянув справу за позовом про визнання заповіту подружжя недійсним. На підставі матеріалів справи судом встановлено, що заповідана квартира на час

складення заповіту належала подружжю на праві спільної часткової власності і кожному з них належала $\frac{1}{2}$ частина квартири, що підтверджується копією свідоцтва про право власності на житло. У відповідності з положенням ч. 1 ст. 1243 ЦК України, подружжя має право скласти спільний заповіт щодо майна, яке належить їм на праві спільної сумісної власності. Таким чином, вони не могли укласти правочин стосовно майна, яке належало їм на праві спільної часткової, а не права спільної сумісної власності. Згідно з ч. 1 ст. 203 ЦК України зміст правочину не може суперечити нормам цього Кодексу, іншим актам цивільного судочинства, а також моральним засадам суспільства і керуючись ч. 1 ст. 215 ЦК України суд визнав заповіт недійсним [4; Справа №2-5558/10].

25 лютого 2010 року Приморський районний суд міста Одеса розглянув цивільну справу за позовом про визнання недійсним заповіту подружжя. Дослідивши матеріали справи, вислухавши пояснення сторін, їх представників і допитавши свідків, суд встановив наступне.

27 жовтня 2004 року подружжям був складений спільний заповіт, посвідчений державним нотаріусом. У відповідності до цього заповіту подружжя зробили розпорядження на випадок своєї смерті, згідно якого належну їм на праві спільної сумісної власності квартиру заповідали племінниці. Квартира належала заповідачам на праві спільної сумісної власності на підставі розпорядження органу приватизації, проте, розпорядженням управління житлово-комунального господарства виконавчого комітету Одеської міської ради, одного з подружжя було виключено з розпорядження органу приватизації, а отже ця квартира на час складення спільного заповіту не була об'єктом їх права спільної сумісної власності, тому не могла бути предметом заповіту подружжя. Крім цього, за словами позивача, заповіт був складений ним та його дружиною під впливом помилки стосовно їх прав та обов'язків, які виникають у подальшому, що було пов'язано з їх душевним станом та необізнаністю стосовно суті заповіту, так як укладаючи заповіт, вони вважали, що право власності на майно перейде тому з подружжя, який переживе другого.

Суд також погоджується з доводами, що позивач та його померла дружина, у силу свого похилого віку, пригніченого стану, пов'язаного з тяжкою хворобою останньої, та їх юридичної необізнаності, при вчиненні ними спільного заповіту подружжя, дійсно забули про розпорядження органу приватизації та помилялися щодо суті заповіту та його наслідків, тобто до обставин, які мають істотне значення, а отже цей заповіт подружжя підлягає визнанню недійсним на підставі ч. 1 ст. 229 ЦК України [4; Справа №2-2351/2010].

Колегією суддів судової палати у цивільних справах Апеляційного суду Одеської області рішення Приморського районного суду апеляційний суд Одеської області залишив без змін [4; Справа №22ц-2680/10].

У законодавстві відсутні чіткі вказівки і щодо форми заповіту. Чи це має бути заповіт від чоловіка та дружини втілений в одному документі і скріплений двома підписами? Чи це можуть бути два різні взаємообумовлені та взаємопов'язані заповіти?

Наприклад, 18 грудня 2009 року Франківський районний суд міста Львова розглянув у відкритому судовому засіданні цивільну справу про встановлення факту спільного заповіту подружжя.

Позивач обґрунтовував свої вимоги тим, що 10 червня 2004 року приватним нотаріусом Львівського міського нотаріального округу було посвідчено два заповіти від Особа 1 та Особа 5 на спільне подружнє майно на користь своїх дітей.

Як вбачається з копії заповіту від 10 червня 2010 року, посвідченого приватним нотаріусом Львівського міського нотаріального округу за реєстровим номером 1527, Особа 5 заповів своїм синам належні йому на праві приватної власності будинок, прибудинкові споруди та прибудинкову земельну ділянку. Згідно копії заповіту від 10 червня 2004 року, посвідченого приватним нотаріусом Львівського міського нотаріального округу за реєстровим номером 1528, Особа 1 також заповіла своїм синам належні їй на праві приватної власності будинок, прибудинкові споруди та прибудинкову земельну ділянку. Зважаючи на те, що за своєю суттю обидва заповіти стосувались одного і того ж майна та передбачали одних і тих же ж спадкоємців їх треба розглядати як спільний заповіт подружжя.

З положень ст. 1243 ЦК України вбачається, що подружжя має право скласти спільний заповіт щодо майна, яке належить їм на праві спільної сумісної власності. Оцінивши всі зібрані докази, суд встановив, що хоча при посвідченні заповітів 10 червня 2004 року було вчинено два окремих правочини, їх слід розглядати як спільний заповіт подружжя [4; Справа №2о-230/09].

Аналізуючи вищеописану справу, можна зробити висновок, що законодавством України чітко визначена форма заповіту подружжя, оскільки відповідно до ст. 1243 ЦК України, заповіт подружжя – це спільне заповідальне розпорядження на випадок смерті, яке стосується тільки спільного сумісного майна подружжя та, виходячи із цього визначення, викладається у спільному тексті і підписується кожним з подружжя. Тому, на нашу думку, не можуть бути визнані два окремих заповіти чоловіка і дружини спільним заповітом подружжя, оскільки це суперечить процесуальному порядку посвідчення заповіту, зокрема, на заповіті обов'язково вказується година, о котрій заповіт посвідчений.

Таким чином, запитань до заповіту подружжя за законодавством України більше, аніж відповідей.

Це стосується, зокрема, питань роздільного майна подружжя, яке не може бути предметом заповіту подружжя, а окремий заповіт щодо цього майна вже є нікчемним, впливу наслідків визнання шлюбу недійсним на долю такого заповіту, а також чинності заповіту подружжя, у випадку розірвання шлюбу.

Недосконала конструкція заповіту подружжя за законодавством України приводить до виникнення суперечностей у його застосуванні та використанні цього виду заповіту як правового інструменту у реалізації прав як заповідачів так і спадкоємців.

Таким чином, пропонуємо наступну редакцію статті Цивільного кодексу України “Заповіт подружжя”, складену з урахуванням досвіду правового регулювання заповіту подружжя законодавством Німеччини та реалій законодавства України:

“Заповіт подружжя

- Подружжя має право скласти спільний заповіт щодо майна, яке належить їм на праві спільної сумісної власності.
- Подружжя у спільному заповіті призначають один одного спадкоємцями та зазначають, що після смерті того з них, хто пережив іншого, майно переходить до третьої особи.
- Заповіт подружжя складається з дотриманням вимог статті 1247 Цивільного кодексу України. Заповіт подружжя має бути підписаний особисто кожним з подружжя.
- У випадках визнання шлюбу недійсним або припинення шлюбу до смерті одного з подружжя, заповіт вважається нечинним в цілому.

- У випадку, якщо подружжя у спільному заповіті передбачили взаємопов'язані розпорядження, щодо яких можна припустити, що розпорядження одного з подружжя не буде реалізовано без розпорядження іншого, то недійсність або скасування одного розпорядження тягне за собою недійсність іншого.
- За життя дружини та чоловіка кожен з них має право відмовитися від спільного заповіту. Така відмова підлягає нотаріальному посвідченню.
- У разі смерті одного з подружжя нотаріус накладає заборону відчуження майна, зазначеного у заповіті подружжя.
- Один з подружжя, хто пережив другого, може відмінити своє розпорядження у випадку, якщо він відмовиться від усього майна, належного йому за спільним заповітом або, у випадку, якщо спадкоємець за спільним заповітом буде усунений від права спадкування відповідно до статті 1224 Цивільного кодексу України.”

1. Angela Meier-Kraut. Zur Wiederverheiraturungsklausel in gemeinschaftlichen Testament mit Einheitslosung //:NJW.,1992. – Heft 3
2. Заїка Ю. Заповіт подружжя// Право України – 2004 – №4
3. Цивільне право України: Підручник. У 2-х кн./ За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – с. 640
4. Інтернет ресурс: Єдиний державний реєстр судових рішень України// <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

ЗАВЕЩАНИЕ СУПРУГОВ: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ

М. Дякович

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статье рассмотрены особенности правового регулирования завещания супругов за гражданским законодательством Украины (ст. 1243 Гражданского кодекса Украины). Совершено сравнительно-правовой анализ ст. 1243 Гражданского кодекса Украины, которой регулируется порядок составления и реализации завещания супругов, судебной практики Украины, связанной с реализацией наследственных прав за завещанием супругов, законодательства Германии по части правового регулирования завещания супругов. Анализируя судебную практику, автор акцентирует внимание на типичных ошибках, которые допускаются судами, в связи с несовершенством правовой конструкции нормы ст. 1243 Гражданского кодекса Украины и отсутствием предусмотренного законом порядка перехода права собственности на имущество, которое является предметом завещания супругов. Обращается внимание на проблемные вопросы, с которыми сталкиваются нотариусы, как при удостоверении завещания супругов, так и при обеспечении реализации и защиты, прав того из супругов, который пережил другого из супругов. Как вывод, обосновывается необходимость законодательного редактирования содержимого ст. 1243 Гражданского кодекса Украины.

Ключевые слова: завещательное распоряжение, одностороннее правомочие, завещание, супруги, общая совместная собственность супругов, завещание супругов, завещатель, наследник, осуществление права на наследование.

MARRIEDS' WILL: ISSUES OF THEORY AND PRACTICE***M. Diakovych***

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

In the article legal regulation of marrieds' will peculiarities under the civil legislation of Ukraine (a. 1243 of Civil Code of Ukraine) is overviewed. Legal comparison analysis of a. 1243 of the Code on marrieds' will drawing up and realization, court practice of Ukraine on hereditary rights realization under the marrieds' will, as well as German legislation on this issue is provided. The author pays specific attention to typical judicial errors connected with imperfection of a. 1243 of the Code, as well as with legislation loopholes on property right transfer under the marrieds' will. Issues of marrieds' will certification by a notary, as well as marrieds' rights realization and protection are defined. Propositions as to legislative wording of a. 1243 of the Civil Code of Ukraine are made.

Key words: testament disposition, unilateral legal action, will, marrieds, matrimonial property, marrieds' will, testator, inheritor, hereditary right realization.

Стаття надійшла до редколегії: 07.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ОСОБЛИВОСТІ СТРУКТУРНИХ ЗМІН В СИСТЕМІ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА УКРАЇНИ В ЧАСТИНІ КАСАЦІЙНОГО ПЕРЕГЛЯДУ СПРАВИ

Н. Заяць

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

Проаналізовано хронологію, суть та перші наслідки реформування системи судочинства в Україні. Порівнюючи результати діяльності Верховного суду України та Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ, автор робить висновок щодо ефективності діяльності суду касаційної інстанції та потреби подальшого удосконалення правового регулювання перегляду цивільних справ.

Ключові слова: суд касаційної інстанції, Вищий спеціалізований суд з розгляду цивільних і кримінальних справ, реформування системи судочинства, відмова у відкритті провадження у справі.

Відповідно до ст. 8 Конституції, в Україні визнається і діє верховенство права. Це, зокрема, передбачає, що людина, її права і свободи є найвищими цінностями, які визначають зміст і спрямованість держави [1]. Правопорядок у правовій державі забезпечується ефективним нормативним регулюванням. Причому якість законотворчої діяльності залежить від рівня правової культури Законодавця, яка ґрунтується на визнанні загальнолюдської цінності права та вимог законності. Проте інколи наслідки законодавчої діяльності та її прояви у практиці судочинства дають вагомі підстави вагатися щодо правильного розуміння вітчизняним Законодавцем ролі правових інститутів в системі судочинства. З огляду на це, важливо дослідити хронологію, суть та наслідки створення Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ та доцільність передачі цьому судовому органу функцій касаційної інстанції.

Внесенням змін до Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) [2] від 7 липня 2010 року завершився тривалий законотворчий процес, який супроводжувався аргументованою науковою дискусією. Ключові її моменти, на нашу думку допоможуть краще проілюструвати суть питання, що розглядається.

На думку розробників закону, передання функцій касаційного перегляду Вищому спеціалізованому суду забезпечує єдиний підхід до розгляду справ у касаційному порядку та усуває можливість подвійної касації.

Обґрунтовуючи цю тезу розробники посилаються на рішення Конституційного Суду України № 8–рп/2010 від 11.03.2010 р. у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення термінів “найвищий судовий орган”, “вищий судовий орган”, “касаційне оскарження”, які містяться у статтях 125, 129 Конституції України. Свій висновок Конституційний Суд мотивує наступними обставинами. В Україні визнається і діє принцип верховенства права. Одним з фундаментальних аспектів верховенства права є принцип правової визначеності, який передбачає повагу до принципу *res judicata* – принципу остаточності рішень суду. Питання розподілу правосудних повноважень між Верховним судом і спеціалізованими судами, визначення стадій судочинства та форм провадження мають бути підпорядковані гарантіям права кожної людини на справедливий суд. Перевірка Верховним судом після розгляду справ вищими судами не може бути виправданою з точки зору забезпечення права на

справедливий судовий розгляд справи упродовж розумного строку. Крім того наявність двох касаційних інстанцій не відповідає засадам правової визначеності. Тому, правомірним може бути лише одноразове касаційне оскарження. Конституційний статус Верховного суду, як найвищого судового органу в системі судів загальної юрисдикції не передбачає наділення його законодавцем повноваженнями касаційної інстанції щодо рішень вищих спеціалізованих судів [3, с. 7–16].

Зазначимо, що при розгляді цього питання в Конституційному Суді України не було одностайності. Троє з сімнадцяти суддів вважали за доцільне висловити окрему думку. За рівнем свого правового обґрунтування ці документи заслуговують на увагу в межах цього дослідження.

Отже, аналіз Основного закону та чинного процесуального законодавства України дав підстави судді Конституційного Суду України М.А. Маркуш стверджувати, що у Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів відсутні конституційно визначені повноваження. Такі повноваження регулюються законами України та ґрунтуються на конституційному статусі Верховного Суду України як найвищого в системі судів загальної юрисдикції. Тому надання вищій судовій інстанції права переглядати відповідні рішення спеціалізованих судів в порядку касаційного провадження є формою реалізації однієї з основних засад судочинства – забезпечення касаційного оскарження рішень суду. Діяльність Верховного суду має контрольний характер з огляду на наділення його Законодавцем функцією забезпечувати однакове застосування законодавства усіма судами загальної юрисдикції. Адже однією з засад судочинства у Конституції України визначено законність. Аналізуючи конституційний статус Верховного Суду України можна також зробити висновок, що наділення законом вищих спеціалізованих судів повноваженнями здійснювати перегляд рішень в касаційному порядку не унеможливило здійснення наступного перегляду цих рішень в порядку касації Верховним судом (якщо таке право встановлено законами України). Повноваження щодо перегляду Верховним судом рішень спеціалізованих судів, таким чином, є додатковою гарантією захисту прав і охоронюваних законом інтересів учасників судового процесу. М. Маркуш вважає, що ухвалюючи Рішення № 8–рп/2010 від 11.03.2010 р., Конституційний суд вийшов за межі своїх повноважень і втрутився у виключну компетенцію законодавчого органу, оскільки у невстановлений законом спосіб (шляхом тлумачення) змінив межі повноважень Верховного Суду, звузивши їх на відміну від визначених законом, конкретизував конституційні засади у процесуальному законодавстві, а також межі формування специфічних засад судочинства в окремих судових юрисдикціях, що є предметом правового регулювання процесуальних законів, прийняття яких належить виключно до повноважень законодавчого органу. Крім того Конституційний суд вийшов за межі предмета регулювання статей Конституції України, яким давав тлумачення [4, с. 16–24]. Суддя Конституційного Суду України В.І. Шишкін наголошує, що Законодавець вільний у виборі порядку, за яким має здійснюватись перегляд справ у різних видах провадження і не повинен виписувати нові правила для окремих видів судочинства, але має право застосовувати принцип відсилки до вже відрегульованого порядку. Саме тому норми процесуальних кодексів, у яких зазначено, що при розгляді справ у післякасаційному провадженні можуть бути використані правила, визначені для розгляду справ у касаційному провадженні, не є аргументом для ототожнювання провадження, що здійснює Верховний суд, переглядаючи судові рішення після завершення розгляду справи у касаційній

інстанції, з власне касаційним провадженням. Суть конституційного статусу Верховного Суду як найвищого судового органу в системі судів загальної юрисдикції, вважає В.І. Шишкін, полягає в тому, що Законодавець країни визначає в законах межі його повноважень стосовно судових рішень, які ухвалюють будь-які суди України, і встановлює процедуру здійснення ним судочинства, зокрема з визначенням галузевих особливостей судового процесу [5, с. 27–31]. На думку судді Конституційного Суду України П.Б. Стецюка, за результатами звернення частини депутатського корпусу, орган конституційної юрисдикції мав припинити конституційне провадження у справі через невідповідність подання вимогам законодавства та невідомість Конституційному Судові України питань, порушених у поданні. Крім того позиція суду щодо здійснення касаційного провадження у відповідних судах вже проілюстрована в Рішенні № 20–рп\2003 від 11.12.2003 р. А в Ухвалі № 59–у\2007 суд наголошував, що визначення процедури оскарження рішень судів загальної юрисдикції є предметом винятково законодавчого регулювання [6, с. 24–27].

Критика реформ лунала і з боку юридичної громадськості. Зокрема, відповідно до Висновку Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України, положення, що регулюють діяльність Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ за змістом повторюють визнані неконституційними положення чинного Закону “Про судоустрій України” (Рішення Конституційного Суду України № 20–рп\2003 від 11.12.2003 р). Крім того було наголошено, що передання Вищому спеціалізованому судові повноважень з узагальнення судової практики та надання судам нижчого рівня рекомендаційних роз’яснень з питань застосування законодавства щодо вирішення справ відповідної судової юрисдикції, загрожує остаточному нівелюванню принципу єдності правозастосування. На думку розробників висновку, це зумовить утворення кількох відокремлених одна від одної, і замкнених на відповідних вищих спеціалізованих судах, різновидів судової практики, в кожному з яких по-різному будуть інтерпретувати і застосовувати одні й ті ж положення законів.

Позицією Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України є те, що ідея “повної спеціалізації” всіх існуючих судів суперечить Конституції України. Крім того, у експертному висновку зазначено, що створення Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ потребує значних матеріальних затрат, не передбачених у Державному бюджеті України на 2010 рік. Позбавлення ж Верховного Суду України існуючих повноважень щодо касаційного перегляду рішень судів фактично означає позбавлення його функції правосуддя як такої і змінює його конституційний статус як найвищого судового органу у системі судів загальної юрисдикції. Скорочення строку на касаційне оскарження суттєво звужує обсяг гарантій конституційного права особи на судовий захист, що суперечить ст. 55 Конституції України.

Представники Центру політико-правових реформ Ігор Коліушко та Роман Куйбіда вважають, що створення Вищого спеціалізованого суду в цивільних та кримінальних справах могло б розвантажити Верховний суд і надати йому можливість приділити належну увагу своїй основній функції – забезпечення однакового застосування законів судами загальної юрисдикції [7]. Але закладені законом процесуальні механізми фактично позбавляють Верховний суд можливостей впливати на практику судів загальної юрисдикції, оскільки він втрачає повноваження щодо надання роз’яснень щодо застосування законодавства і переглядає рішення вищих судів лише з їх дозволу і лише з питань неоднакового

застосування норм матеріального права, а у разі задоволення заяви про перегляд має право лише скасувати рішення і направити справу на новий розгляд.

Практикуючий адвокат М. Копейчиков поділився з представниками засобів масової інформації своїми сумнівами з приводу того, чи зможе Верховний суд, який внаслідок проведеної реформи позбавлений можливості здійснювати касацію і втратив значну частину своїх повноважень, надалі виконувати функції, покладені на нього Основним законом [8].

Незважаючи на недосконалість правового регулювання – реформування здійснено, і практика правозастосування Вищого спеціалізованого суду протягом перших п'яти місяців його роботи дозволяє зробити перші узагальнення. За їх результатами можемо побачити, що найчастіше подання до Вищого спеціалізованого суду касаційної скарги завершується відмовою у відкритті касаційного провадження з причин необґрунтованості скарги. Яскравими прикладами цьому є ухвали від 15.11.2010 р., 22.11.2010 р. та 23.11.2010 р. [9], характерною рисою яких є те, що в них не наведено ні мотивації прийняття судом рішення про відмову у відкритті касаційного провадження, ні пояснення, у чому ж саме виражається необґрунтованість касаційної скарги, з відповідними посиланнями на матеріали справи. Натомість, всюди дублюється формулювання: “із матеріалів касаційної скарги, оскаржуваних судових рішень вбачається, що скарга є необґрунтованою і наведені в ній доводи не дають підстав для висновків щодо незаконності і неправильності зазначених судових рішень”. Хоча п. 7 ч. 1 ст. 345 ЦПК України передбачає, що в ухвалі суду касаційної інстанції повинні зазначатися мотиви суду.

Аналіз статистичних даних про діяльність суду касаційної інстанції, що розміщені на його офіційній веб-сторінці, показує нам, що станом на 3 грудня 2010 року до суду надійшло 4 734 касаційні скарги, з них: за 586 відкрито провадження, за 1 021 винесено ухвали про відмову у відкритті касаційного провадження, 1 537 скаржникам надано строк для усунення недоліків, і лише у 16-ти випадках відбувся попередній розгляд справи. Про ухвалення судом касаційної інстанції нового рішення у справі інформації немає [10].

Причина такої невтішної ситуації, вбачається або у низькому правовому рівні скаржників або ж у небажанні суду з'ясувати обставини справ, і, як наслідок, – прийняття поверхневих рішень.

Понад тим, вже результати роботи Вищого спеціалізованого суду отримують доволі різку оцінку юридичної громадськості країни. Усе частіше лунають думки, що новостворена установа “працює на відмови”. Хоча голова Вищого спеціалізованого суду, член Вищої ради юстиції, заслужений юрист України Леонід Фесенко з цим не погоджується: в інтерв'ю для “Судово-юридичної газети” він спростовував усі закиди, посилаючись на ті ж, вже наведені вище, статистичні дані [11].

Щодо цього, доцільно проаналізувати діяльність органу, який виконував функції касаційної інстанції до судової реформи. Зазначимо, що за результатами роботи Судової палати у цивільних справах Верховного суду України протягом першого півріччя 2010 року здійснено узагальнення і встановлено, що Верховним судом скасовано та змінено 1,5 тис. рішень у тому числі: касаційною інстанцією скасовано 213 судових рішень апеляційних судів із залишенням в силі судових рішень місцевих судів; 346 – із поверненням цивільних справ на новий апеляційний розгляд; 174 нових рішення ухвалено у касаційному порядку [12]. Можемо зробити висновок, що Судова палата у цивільних справах Верховного суду більш повно забезпечувала реалізацію права громадян на касаційне

оскарження, ніж Вищий спеціалізований суд у цивільних і кримінальних справах. А отже, відбулося істотне ускладнення можливості особи захистити свої незвізані, порушені або оспорені права і свободи в судовому порядку.

Можливо, цим і пояснюється подальша спроба Законодавця розширити повноваження Верховного суду України надавши йому право переглядати рішення судів касаційної інстанції не лише у разі неправильного застосування норм матеріального права, але й у випадку порушення окремих процесуальних норм. А також, надавши Пленуму Верховного суду України право узагальнювати судову практику та давати рекомендаційні роз'яснення за наслідками перегляду рішень касаційних судів по конкретних справах.

У Верховній Раді вже пройшов перше читання Проект Закону України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення роботи Верховним Судом України” № 7447 від 09.12.2010 р. [13]. Однак суть і значення цього документа експерти оцінюють по різному.

Комітет Верховної Ради України з питань правосуддя вважає, що законопроект відповідає сьогоднішнім потребам суспільства та судової влади і його прийняття, сприятиме підвищенню ефективності роботи Верховного суду України, як найвищого судового органу у системі судів загальної юрисдикції. А Головне науково-експертне управління висловило ряд зауважень. Зокрема, у висновку Управління зазначено, що положення законопроекту суперечать загальновизнаним засадам судочинства, оскільки він містить норму, відповідно до якої рішення про допуск справи до Верховного суду України приймає відповідний вищий спеціалізований суд: тобто суд, рішення якого оскаржується. Таким чином, вищий спеціалізований суд фактично стає суддею щодо питання оскарження винесеного ним рішення, чим порушується принцип *nemo esse debet iudex in propria causa* (ніхто не може бути суддею у власній справі). Управління рекомендує запровадити єдиний порядок подання заяви про перегляд судового рішення до Верховного суду України. Зокрема, подавати заяву безпосередньо до цього органу, а він, натомість, витребуватиме відповідну справу та вирішуватиме питання про наявність підстав для перегляду. На думку В.І. Борденюка, зазначений порядок, міг би більш комплексно врегулювати процесуальні повноваження Верховного суду України, а також підвищив би рівень захищеності прав та свобод людини і громадянина.

Отже, можемо зробити висновок, що новостворена касаційна інстанція усе ще не повною мірою виконує покладені на неї законодавцем функції, а її діяльність потребує суттєвого вдосконалення, маючи на меті забезпечення в суспільстві верховенства права, та подальший розвиток України саме як правової держави.

1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України від 23.07.1996 – 1996 – № 30 – Ст. 141.
2. Цивільний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України від 08.10.2004 – 2004 – № 40 (40–42) – С. 1530, ст. 492.
3. Рішення Конституційного Суду України № 8-рп/2010 від 11 березня 2010 у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення термінів “найвищий судовий орган”, “вищий судовий орган”, “касаційне оскарження”, які містяться у статтях 125, 129 Конституції України // Вісник Конституційного Суду України – № 3. – 2010. – С. 7–16.
4. Окрема думка судді Конституційного Суду України Маркуш М.А. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення термінів “найвищий судовий орган”,

- “вищий судовий орган”, “касаційне оскарження”, які містяться у статтях 125, 129 Конституції України // Вісник Конституційного Суду України. – № 3. – 2010. – С. 16–24.
5. Окрема думка судді Конституційного Суду України Шишкіна В.І. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення термінів “найвищий судовий орган”, “вищий судовий орган”, “касаційне оскарження”, які містяться у статтях 125, 129 Конституції України // Вісник Конституційного Суду України. – № 3. – 2010. – С. 27–31.
 6. Окрема думка судді Конституційного Суду України П.Б. Стецюка стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення термінів “найвищий судовий орган”, “вищий судовий орган”, “касаційне оскарження”, які містяться у статтях 125, 129 Конституції України // Вісник Конституційного Суду України. – № 3. – 2010. – С. 24–27.
 7. Коліушко І. Новий закон про судоустрій: швидке і неякісне правосуддя від розумних, але залежних судців : [Електронний ресурс] / І. Коліушко, Р. Куйбіда // Українська Правда. – 15 липня 2010 року – Режим доступу до статті : <http://www.pravda.com.ua>
 8. Новий закон про судоустрій обмежить доступ українців до суду : [Електронний ресурс] // Інформаційне агентство УНІАН – 30.07.2010 – Режим доступу до статті : <http://www.unian.net/ukx/news/news-389079.html>
 9. Ухвали Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 15.11.2010 р., 22.11.2010 р., 23.11.2010 р. : [Електронний ресурс] – режим доступу: www.reyestr.court.gov.ua.
 10. Статистичні дані роботи вищого спеціалізованого суду України : [Електронний ресурс] – режим доступу: www.vss.in.ua.
 11. Мамченко Н. Высший специализированный суд по рассмотрению гражданских и уголовных дел – путь становления / Н. Мамченко // Судебно-юридическая газета : [Електронний ресурс] – режим доступу: www.vss.in.ua.
 12. Аналіз роботи судів загальної юрисдикції у I півріччі 2010 р. (за даними судової статистики) : [Електронний ресурс] – режим доступу : www.scourt.gov.ua.
 13. Проект Закону України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення роботи Верховним Судом України” № 7447 від 09.12.2010 р. : [Електронний ресурс] – режим доступу: www.rada.gov.ua.

ОСОБЕННОСТИ СТРУКТУРНЫХ ИЗМЕНЕНИЙ В СИСТЕМЕ ГРАЖДАНСКОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА УКРАИНЫ В ЧАСТИ КАССАЦИОННОГО ПЕРЕСМОТРА ДЕЛА

Н. Заяць

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

Проанализирована хронология, суть и первые последствия реформирования системы судопроизводства в Украине. Сравнивая результаты деятельности Верховного суда Украины и Высшего специализированного суда из рассмотрения гражданских и криминальных дел, автор делает вывод относительно эффективности деятельности суда кассационной инстанции и потребности последующего усовершенствования правовой регуляции пересмотра гражданских дел.

Ключевые слова: суд кассационной инстанции, Высший специализированный суд из рассмотрения гражданских и криминальных дел, реформирования системы судопроизводства, отказ в открытии осуществления по делу.

**PECULIARITIES OF STRUCTURAL CHANGES
IN THE SYSTEM OF CIVIL JUSTICE OF UKRAINE
ON CASSATION CASES REVIEW**

N. Zajats'

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

Chronology, gist and first consequences of the court system of Ukraine reforming are analyzed. Analysing the activity of the Supreme Court of Ukraine and the Superior specialized court in civil and criminal cases, the author comes to the conclusion that cassation instance is effective, and legal regulation improvement of civil cases review is necessary.

Key words: court of cassation instance, Superior specialized court in civil and criminal cases, court system reforming, refusal of case opening.

Стаття надійшла до редколегії: 14.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

УНІФІКАЦІЯ ПОНЯТТЄВОГО АПАРАТУ ВІДНОСИН ІПОТЕЧНОГО КРЕДИТУВАННЯ

Н. Квіт

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті проаналізовано поняттєвий апарат відносин іпотечного кредитування, передбачений чинним українським законодавством, що регулює іпотечні та іпотечні кредитні відносини. Особливий акцент зроблено на питанні уніфікації термінології та доцільності єдиного розуміння цієї термінології. Пропонуються авторські визначення основних термінів та зроблено пропозиції щодо внесення змін до відповідних нормативно-правових актів з метою уніфікації поняттєвого апарату відносин іпотечного кредитування.

Ключові слова: іпотека, іпотечне кредитування, іпотечний кредит, договір про іпотечний кредит.

Визначенню поняття "іпотечне кредитування" та "іпотечний кредит" цілком логічно передувє дослідження сутності іпотеки. В літературі досить часто під терміном "іпотека" розуміється саме іпотечний кредит. Хоча саме слово "іпотека" і вживається переважно в поєднанні зі словом "кредит", та все ж, це є зовсім різні поняття.

Іпотека (з грец. — застава) визначається як застава землі, нерухомого майна, при якій земля та/або майно, що становлять предмет застави, залишаються у заставодавця або третьої особи (майнового поручителя), а заставодержатель набуває право на задоволення забезпеченого іпотекою зобов'язання, яке не виконується за рахунок предмета іпотеки [1, с. 719,720].

Специфіка правового забезпечення сфери іпотеки певною мірою визначає її фінансову сторону і залежить, у свою чергу, від визначення предмета іпотеки та особливостей законодавства. Незважаючи на те, що поняття іпотеки ("mortgage": "gage" французькою мовою – це застава, "mort" – мертвий актив) історично склалось як застава нерухомого майна (земельної ділянки чи іншої нерухомості), сьогодні економічні межі іпотеки дещо розпливчасті і під іпотекою може позначатися не тільки передача нерухомості в іпотеку, але і передача рухомого майна, як наприклад у США та Нідерландах. Таке широке трактування терміну пояснюється специфікою законодавчого визначення предмету іпотеки у тій чи іншій країні. Традиційно даний термін застосовують у сфері житлового фінансування, а в деяких інших країнах під іпотекою розуміють тільки кредитування у житловій сфері (США). Особливості застави нерухомого майна та принципи іпотечного кредитування і його фінансування, що застосовуються в різних країнах, склались під впливом власне національних історичних подій, економічних змін і культурних традицій [2, с. 24]. Проте є ланка, що об'єднує їх – іпотека вважається додатковою угодою до основного (переважно грошового) зобов'язання між кредитором і боржником. Даний принцип закладено і в нормативно-правову базу іпотеки в Україні.

Незважаючи на існування іншого, більш широкого визначення іпотеки та безумовну важливість інших блоків системи іпотечного кредитування, її основу, все ж таки, безпосередньо складають кредитні відносини.

Якщо ж звернутися до законодавчого визначення цього поняття, то можна прослідкувати його розвиток в законодавстві України від Закону України "Про заставу" (ст. 30) – іпотекою визнавалася застава землі, нерухомого майна, за якої

земля та (або) майно, що становить предмет застави, залишається у заставодавця або третьої особи до сучасного визначення в Законі України "Про іпотеку", де відповідно до ст. 1 іпотека – це вид забезпечення виконання зобов'язання нерухомим майном, що залишається у володінні і користування іпотекодавця, згідно з яким іпотекодержатель має право в разі невиконання боржником забезпеченого іпотекою зобов'язання одержати задоволення своїх вимог за рахунок предмета іпотеки переважно перед іншими кредиторами цього боржника у порядку, встановленому законом.

З прийняттям Закону України "Про іпотеку", розділ, що регулював іпотеку в Законі України "Про заставу" був виключений. Таким чином, іпотечі зважаючи на те, що вона тепер регулюється окремим законом, як і в багатьох іноземних країнах, зокрема Німеччині, Франції, США та інших, цьому способу забезпечення виконання зобов'язань мав би бути наданий статус самостійного виду забезпечення виконання зобов'язань, а не різновиду застави, як це є передбачено чинним Цивільним кодексом України. Застава як і іпотека за своєю правовою природою є обмеженням речового права. Але суттєвою відмінністю іпотеки від застави є відмінність предмету, а саме, предметом застави можуть виступати рухомі речі (заклад), товари в обороті або у переробці, майнові права та цінні папери, а предметом іпотеки завжди виступає нерухоме майно (нерухомість) та як специфічний предмет іпотеки Закон України "Про іпотеку" в ст. 5 визначає майнові права на нерухомість, будівництво якої не завершено, а також право оренди чи користування нерухомим майном, яке надає орендарю чи користувачу право будувати, володіти та відчужувати об'єкт нерухомого майна (таке право оренди чи користування нерухомим майном відповідно до ч. 7 ст. 5 Закону України "Про іпотеку" вважається нерухомим майном). Нерухомість, а також об'єкти які прирівнюються цим законом до нерухомості, як предмет іпотеки спричиняє особливості даного виду забезпечення виконання зобов'язання щодо передумов виникнення іпотеки, щодо процедури укладення іпотечного договору, щодо порядку звернення стягнення на предмет іпотеки тощо. Специфіка предмету іпотеки є основним аргументом, що свідчить про її самостійність в системі способів забезпечення виконання зобов'язання.

Фактично, має місце колізія норм Цивільного кодексу та Закону України "Про іпотеку", оскільки відповідно до ст. 1 Закону іпотека – це вид забезпечення виконання зобов'язання нерухомим майном, що залишається у володінні і користуванні іпотекодавця, згідно з яким іпотекодержатель має право в разі невиконання боржником забезпеченого іпотекою зобов'язання одержати задоволення своїх вимог за рахунок предмета іпотеки переважно перед іншими кредиторами цього боржника у порядку, встановленому законом. З даного визначення випливає, що іпотека є самостійним видом забезпечення виконання зобов'язання, а не різновидом застави. В ст. 575 ЦК (окремі види застав), де дається її визначення, як різновиду застави. Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 575 ЦК, іпотекою є застава нерухомого майна, що залишається у володінні заставодавця або третьої особи.

Колізію норм вищезазначених нормативно-правових актів необхідно усунути, шляхом внесення змін до Цивільного кодексу України. На нашу думку, необхідно доповнити Цивільний кодекс України, зокрема главу 49 "Забезпечення виконання зобов'язання" книги п'ятої параграфом 8 "Іпотека". В цьому параграфі, у першій статті (поняття іпотеки) необхідно дати визначення іпотеки, як самостійного виду забезпечення виконання зобов'язання, а саме: "Іпотека – це вид забезпечення

виконання зобов'язання нерухомим майном іпотекодавця (боржника за основним зобов'язанням або майнового поручителя), що надає іпотекодержателю право в разі невиконання боржником зобов'язання, забезпеченого іпотекою, одержати задоволення своїх вимог (переважно перед іншими кредиторами) за рахунок предмета іпотеки". Дане визначення характеризує іпотеку як самостійний вид забезпечення виконання зобов'язання.

Крім визначення поняття іпотеки, в даній главі пропонується визначити, об'єкти, що можуть бути предметом іпотеки, та визначити умови передачі нерухомого майна в іпотеку. Також доцільно передбачити порядок оформлення іпотеки, зміст та форму іпотечного договору.

Внесення запропонованих змін До Цивільного кодексу України тягне за собою необхідність внесення змін до параграфу 6 (Застава), зокрема, запропоновано виключити зі ст. 575 частину першу даної статті. А з частини третьої - виключити слова "...іпотеку землі та...".

Термін "іпотека" в юридичному обороті охоплює собою поняття іпотеки як правовідношення – передача в іпотеку нерухомого майна з метою отримання іпотечного кредиту та як "заставної" – документу, що посвідчує передачу нерухомості в іпотеку [3, с. 14].

Аналіз наукової літератури доводить, що, незважаючи на різне тлумачення терміну, найбільш поширеним є використання "іпотеки" для позначення лише боргу з кредиту, що звужує сферу застосування іпотеки в якості забезпечення кредиту, тоді як іпотекою можуть забезпечуватись також інші операції (оренда, лізинг і т.д.).

Цікавою також є позиція фахівців центру наукових досліджень Національного банку України, які трактують іпотеку як власне застава нерухомого майна, а іпотечний кредит – як позику, надану за принципами банківського кредитування під заставу нерухомості, яка залишається в користуванні у позичальника [4, с. 13]. Можна не погодитись з таким підходом, зокрема стосовно розуміння іпотечного кредиту як позики, оскільки позика і кредит мають ряд суттєвих відмінностей. А саме, відмінність у вимогах до позикодавця та кредитодавця (лише фінансова установа), кредит, порівняно з позикою, завжди надається лише у грошовій формі, а предметом позики можуть бути і речі, визначені родовими ознаками, а також кредит завжди є оплатним, тоді, коли позика може бути і безоплатною, за винятком випадків, передбачених законодавством. Тому, видається, що не можна визначати іпотечний кредит, застосовуючи термін "позика".

В контексті дослідження іпотечного кредитування доцільно розкрити також зміст поняття "кредит". Поняття "кредит" походить від латинського "credere" - "вірити", "довіряти", а також від латинського "credītum" – "позика", "борг" і визначається як надання грошових коштів або товарів у борг (користування на певний строк та на умовах повернення) і, як правило, зі сплатою відсотка.

У цивільно-правовому розумінні поняття "кредит" розглядається В.Вітрянським як вид позикового зобов'язання, за яким одна сторона зобов'язується надати другій стороні грошову суму або відповідну кількість речей, що визначаються родовими ознаками, а остання – повернути в установленний строк конкретну грошову суму або таку ж кількість речей того ж роду та якості [5, с. 11]. Таким чином, на думку відомого цивіліста категорія "кредит" лежить у площині зобов'язальних відносин і визначається як різновид позикового зобов'язання. Це питання, а саме, питання співвідношення кредитних та позикових відносин у цивілістичній доктрині має дискусійний характер.

На основі аналізу чинного законодавства в літературі зроблено висновок, що кредит можна розглядати у вузькому та широкому значенні. У вузькому значенні під кредитом розуміються операції з розміщення банком від свого імені, на власних умовах та на власний ризик коштів на підставі кредитного договору. У широкому – до кредиту включаються також операції банків, які хоча і здійснюються на підставі договорів іншого виду (зокрема, договори лізингу, факторингу), але мають кредитний характер, у зв'язку із чим віднесені законодавцем до кредитних операцій [6, с. 243–244]. Водночас І.А. Безклубий, по іншому виділяє розуміння кредиту у вузькому та широкому розумінні. А саме, у вузькому значенні кредит це з одного боку, певна сума грошових коштів, що банк зобов'язується надати позичальникові в розмірі і на умовах, передбачених кредитним договором і яка підлягає поверненню разом з відсотками, що нараховуються на неї. З іншого боку кредит – це отримана позичальником від банку на підставі кредитного договору грошова сума, яка у тому ж самому розмірі підлягає поверненню разом з нарахованими на неї відсотками. У широкому розумінні названий автор визначає кредит як правовідносини кредитодавця (банка або іншої фінансової установи) та позичальника в зв'язку з виникненням, виконанням, забезпеченням виконання та припиненням грошових зобов'язань за кредитним договором [7, с. 302].

Необхідно також наголосити на тому, що поняття "кредитування" є відмінним від поняття "кредит", тому і зміст таких понять як "іпотечне кредитування та "іпотечний кредит" є різними. Отже, необхідно дослідити також суть терміну "кредитування".

Поняття кредитування означає сам кредитний процес, що включає в себе сукупність механізмів реалізації кредитних відносин. Юридичною основою системи кредитування є кредитний договір [8, с. 15]. Кредитування може розглядатися в контексті реалізації банком своєї діяльності шляхом вчинення певних дій, щодо надання відплатної кредитної послуги (послуги з надання кредиту) [7, с. 303, 304].

Розкривши зміст понять "іпотека", "кредит" та "кредитування", що є складовими терміну "іпотечне кредитування" спробуємо з'ясувати суть цього поняття.

На думку Г.І. Андреевої іпотечне кредитування слід розглядати як цілісний механізм, що поєднує інтереси позичальників і кредиторів, включаючи інтереси інвесторів, ріелторів, страхових компаній, забудовників та інших суб'єктів ринку [9, с. 8].

Найбільш поширене і найчастіше використовується розуміння іпотечного кредитування як "кредитування під заставу нерухомості, тобто кредитування з використанням іпотеки як способу забезпечення повернення кредитних коштів" [10]. Крім цього, в літературі висловлюється позиція, що "юридичним змістом іпотечного кредитування є обтяження майнових прав власності на об'єкти нерухомості при передачі їх у заставу, а правове підґрунтя іпотечного кредитування складає заставне право, яким досліджуються взаємовідносини суб'єктів права, в даному випадку заставодавця та заставодержателя" [11].

Всі вищенаведені підходи до визначення хоча й розкривають суть іпотечного кредитування, але на думку автора, розглядають його занадто вузько. На нашу думку, визначення даного поняття має бути сформульовано наступним чином: "Іпотечне кредитування – це правовідносини, які виникають між іпотечним позичальником та іпотечним кредитодавцем (банківською чи небанківською

кредитною установою) на підставі кредитного договору, виконання якого забезпечується іпотекою нерухомого майна, що є у власності іпотечного позичальника, іпотекою документально підтверджених майнових прав на нерухомість, яка буде придбана ним в майбутньому та майнових прав, пов'язаних з нерухомістю, передбачених законодавством". Вважаємо за необхідне викласти визначення іпотечного кредитування у ст. 1 Закону України "Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати" (далі-Закон "Про іпотечне кредитування ") саме у такій редакції.

При аналізі поняттєвого апарату відносин іпотечного кредитування, зокрема термінів, що вживаються у Законі "Про іпотечне кредитування" нами виявлено деякі неузгодженості та суперечності. Зокрема, після внесення останніх змін, відповідно до Закону України №3201- IV від 15.12.2005 року, терміни "іпотечний кредит" та "договір про іпотечний кредит" було замінено термінами "іпотечний борг" та "договір про іпотечний борг".

Визначення терміну "іпотечний борг" дане у ст. 1 Закону "Про іпотечне кредитування": іпотечний борг – це основне зобов'язання за будь-яким правочином, виконання якого забезпечене іпотекою. Далі у ст. 2 цього ж закону зазначено, що іпотечний борг виникає з цивільно-правових відносин між сторонами договору про іпотечний борг за умови дотримання встановлених цим законом вимог. Дане у ст. 1 визначення не можна назвати правильним з огляду на те, що іпотечний борг не можна визначати як зобов'язання за будь-яким правочином. Відповідно до ст. 509 ЦК України зобов'язання це є правовідношення, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію або утриматись від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку. Зобов'язання виникають з підстав, встановлених ст. 11 цього кодексу, а саме однією з підстав виникнення цивільних прав та обов'язків є договори та інші правочини. Правильно було б у даному визначенні використати таке формулювання: "правовідношення, що виникає на підставі будь-якого договору, виконання якого забезпечене іпотекою". А тлумачення дане у ст. 2 закону також є недосконалим, оскільки іпотечний борг виникає не з цивільно-правових відносин між сторонами договору про іпотечний борг, а він виникає на підставі зазначеного договору чи іншого договору, виконання якого забезпечене іпотекою.

Крім цього, важливо звернути увагу на те, що не зважаючи на внесення змін до Закону про іпотечне кредитування, зокрема заміну терміну "іпотечний кредит" терміном "іпотечний борг" в тексті закону, зокрема у ч. 4 ст. 45, надалі вживається термін "іпотечний кредит", визначення якого не дається законом. Видається, що поняття "іпотечний борг" та поняття "іпотечний кредит", якщо виходити із законодавчого тлумачення є тотожними за своїм змістом.

Перше визначення поняття іпотечний кредит" в законодавстві було дане у 1995 р. у Положенні "Про кредитування" (№246 від 28.09.1995 р., яке втратило чинність лише в 2004 році на підставі постанови Національного банку України №54 від 18.02.2004 р.), де "іпотечний кредит" – було визначено, як особливий вид економічних відносин з приводу надання кредитів під заставу нерухомого майна. А вже у першій редакції Закону України "Про іпотечне кредитування" до внесення вищезазначених змін у ст. 1 було дане визначення іпотечного кредиту як правовідносин, які виникають на підставі договору про іпотечний кредит між кредитором і боржником з приводу надання коштів у користування зі встановленням іпотеки. Це визначення відповідало правовій природі коментованих відносин.

Оскільки, на нашу думку, зазначені терміни є тотожними за змістом, видається доцільним уніфікувати термінологію. А саме, слід застосувати термін "іпотечний кредит", оскільки він акцентує увагу на особливому характері основного зобов'язання-його грошовому виразі. Такий висновок впливає із тлумачення терміну "кредит" цивільним законодавством, зокрема ст. 1054 ЦК України, як грошових коштів, що надаються позичальникові кредитодавцем за кредитним договором. Отже, ми пропонуємо, внести зміни до ст. 1 Закону України "Про іпотечне кредитування", де викласти визначення поняття іпотечний кредит у такій редакції: іпотечний кредит – це грошове зобов'язання, яке виникає між іпотечним кредитодавцем та іпотечним боржником на підставі договору про іпотечний кредит, що містить умову про забезпечення іпотекою чи кредитного договору, забезпеченого іпотекою.

Можна сформулювати і більш широке визначення поняття іпотечного кредиту, як правовідносин, які виникають між банківською чи іншою фінансовою установою (іпотечним кредитодавцем), що надає кредит фізичній чи юридичній особі (іпотечному позичальнику) для задоволення певних її потреб (цільове призначення) на підставі договору про іпотечний кредит або кредитного договору, забезпеченого іпотекою.

Аналізуючи термін "договір про іпотечний борг" також можна прослідкувати неточності у самому його визначенні та неузгодженість термінології.

Зокрема, відповідно до ст. 1 Закону України "Про іпотечне кредитування" договір про іпотечний борг (яким оформляються відносини щодо іпотечного кредитування) – це цивільно-правова угода, що спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, які виникають у кредитодавця та боржника з приводу основного зобов'язання за правочином, виконання якого забезпечене іпотекою. По-перше, такий термін як "угода" не вживається у цивільному законодавстві. Замість нього використовують термін "правочин". По-друге, договір про іпотечний борг це є правочином, що виступає підставою для виникнення між іпотечним кредитодавцем та іпотечним позичальником основного грошового зобов'язання, виконання якого забезпечене іпотекою, тобто іпотечного кредиту.

В Законі України "Про іпотечне кредитування" також прослідковується неузгодженість щодо вживання двох різних термінів "договір про іпотечний борг" та "договір про іпотечний кредит", як тотожних. Проте у ст. 1 цього закону дається визначення лише договору про іпотечний борг. А починаючи з розділу 2 цього закону багаторазово вживається термін "договір про іпотечний кредит". Наприклад, у ч. 3 ст. 11 Закону зазначається, що основне зобов'язання за договором про іпотечний кредит одночасно може бути реформоване тільки в один консолідований іпотечний борг. Видається за недоцільне наводити більше прикладів, оскільки зазначений термін вживається практично в кожній статті починаючи з розділу 2 цього закону, а саме у ст.ст. 11-13, 17, 19, 20, 24, 33, 34, 37-40. Очевидно, що зміст терміну "договір про іпотечний кредит" є тотожним із терміном "договір про іпотечний борг", який вживається у розділі 1 Закону України "Про іпотечне кредитування". Отже, необхідно уніфікувати термінологію, застосувавши єдиний термін. На нашу думку, це має бути термін "договір про іпотечний кредит". А також треба внести зміни до ст. 1 Закону України "про іпотечне кредитування", давши визначення договору про іпотечний кредит в наступній редакції: "Договір про іпотечний кредит – це домовленість між іпотечним кредитодавцем та іпотечним позичальником про надання кредиту за кредитним договором, виконання якого забезпечене іпотекою."

Отже, проаналізувавши чинне законодавство України, що регулює поняттєвий апарат іпотечного кредитування, а також дослідивши зарубіжний досвід у цій галузі можна обґрунтувати наступний висновок. По-перше, висловлено та обґрунтовано позицію щодо самостійності іпотеки в системі видів забезпечення виконання зобов'язання, у зв'язку із чим запропоновані відповідні зміни до чинного законодавства. По-друге, запропоновано свій підхід до формулювання поняттєвого апарату іпотечного кредитування.

1. Юридична енциклопедія. – Київ, Видавництво “Українська енциклопедія” імені М.П. Бажана, – 1999р., – т.2. – 744 с.
2. Кручок С.І. Іпотечне кредитування: Навчальний посібник. – К.: Мета, 2002. – 208с.
3. Александрова А.Ю. Совершенствование правового регулирования ипотечного кредитования в Российской Федерации: Автореф. дисс.... канд. юрид.наук./ 12.00.03. – М., 2005. – 19с.
4. Іпотечне кредитування: проблеми та перспективи розвитку в Україні. – К.: НБУ, 2004. – 140 с.
5. Витрянский В.В. Кредитный договор: понятие, порядок заключения и исполнения. – М.: Статут, 2005. – 221с.
6. Ващенко Ю.В. Банківське право: Навч. посіб. – К.: Центр навч. літ, 2006. – 344с.
7. Безклубий І.А. Банківські правочини: цивільно-правові проблеми: Монографія. К.: Видавничо-поліграфічний центр “Київський університет”, 2005 – 378с.
8. Лагутін В.Д. Кредитування: теорія і практика. Навчальний посібник. – К.: Знання, 2004. – 215с.
9. Андреева Г.І. Діяльність комерційних банків у системі іпотечного кредитування: Автореф. дисс.... канд. економ. наук / 08.04.01: Суми. – 2005. – 18с.
10. Сергеев Д.А. Влияние системы ипотечного кредитования на преодоление кризисных явлений в экономике. Финансовые проблемы РФ и пути их разрешения: теория и практика. Материалы Международной научно-практической конференции. – СПб.: Нестор, 2000.
11. Меркулов В.В. Мировой опыт ипотечного жилищного кредитования и перспективы его использования в России. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – 358с.

УНИФИКАЦИЯ ПОНЯТИЙНОГО АППАРАТА ОТНОШЕНИЙ ИПОТЕЧНОГО КРЕДИТОВАНИЯ

Н. Квіт

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статье проанализирован понятийный аппарат отношений ипотечного кредитования, предусмотренный действующим украинским законодательством, которое регулирует ипотечные и ипотечные кредитные отношения. Особенный акцент сделан на вопросе унификации терминологии и целесообразности единственного понимания этой терминологии. Предлагаются авторские определения основных сроков и сделаны предложения относительно внесения изменений в соответствующие нормативно правовые акты с целью унификации понятийного аппарата отношений ипотечного кредитования.

Ключевые слова: ипотека, ипотечное кредитование, ипотечный кредит, договор об ипотечном кредите.

**UNIFICATION OF NOTION APPARATUS OF MORTGAGE
CREDITING RELATIONS**

N. Kvit

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

The article deals with the analysis of notion apparatus of mortgage crediting relations under the current legislation of Ukraine. Specific attention is paid to terminology unification issues and necessity of unified interpretation of this terminology. The author makes her own propositions as to basic terms definition and normative legal acts amendment with the aim of notion apparatus unification of mortgage crediting relations.

Key words: mortgage, mortgage crediting, mortgage credit, mortgage credit agreement.

Стаття надійшла до редколегії: 20.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ЗАВДАННЯ І ФОРМИ УЧАСТІ ПРОКУРОРА В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Р. Лемик

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

В статті проаналізовано мету, завдання та форми участі прокурора в цивільних процесуальних відносинах. Автор характеризує кожен з форм участі прокурора в процесі. Зокрема, розглядаються підстави і порядок вступу прокурора в процес, його правовий статус, а також праві наслідки участі прокурора в процесуальних відносинах. Автор звертає увагу на недоліки законодавства і наводить власні міркування та пропозиції по зміні норм права, що регулюють відносини, які є предметом дослідження.

Ключові слова: участь прокурора, цивільний процес, правовий статус, юридичні наслідки, процесуальні відносини

Відповідно до Конституції України (ст.ст. 121–123) прокуратура – це самостійний інститут влади, що не належить до жодної з її гілок. Одним із головних завдань прокуратури як правозахисного органу є захист приватних і публічних інтересів громадянина або держави від імені держави.

Повноваження прокурорів, організація, засади та порядок діяльності прокуратури визначаються Конституцією України, Законом України “Про прокуратуру”, іншими законодавчими актами (ст. 3 ЗУ “Про прокуратуру”).

Представництво прокурора в цивільному процесі спрямоване на захист прав і законних інтересів громадян та інтересів держави, на сприяння судові у виконанні вимог закону про всебічний, повний і об’єктивний розгляд справ та ухвалення судових рішень, що ґрунтуються на законі, на своєчасне вжиття заходів до усунення порушень закону, від кого б вони не виходили, керуючись при цьому принципами законності, незалежності суддів, рівності фізичних осіб перед законом і судом.

Наказом Генерального прокурора України від 29.11.2006 № 6гн “Про організацію представництва прокурором в суді інтересів громадянина або держави та їх захисту при виконанні судових рішень” основними завданнями представництва у п. 2 визначено “реальний захист прав і законних інтересів осіб, які не спроможні з будь-яких причин самостійно захистити свої права або реалізувати процесуальні повноваження, невизначеного кола осіб, права яких одночасно порушуються, а також захист інтересів держави, що порушуються чи можуть бути порушені внаслідок протиправних діянь фізичних або юридичних осіб”.

В деяких сферах суспільних відносин, пов’язаних із забезпеченням прав, свобод і обов’язків особи, законодавець спеціально закріплює прокурорський нагляд. Наприклад, в Законі України “Про оплату праці” встановлено, що вищий нагляд за додержанням законодавства про оплату праці здійснює Генеральний прокурор України та підпорядковані йому прокурори (ст. 35). Нагляд за дотриманням законодавства про охорону навколишнього середовища здійснює Генеральний прокурор та підпорядковані йому органи прокуратури на підставі ст. 37 Закону України “Про охорону навколишнього природного середовища”.

Як бачимо, в ст. 45 ЦПК України поєднано право на участь у цивільному процесі осіб, що різняться змістом повноважень. Крім цього, юридичний інтерес прокурора у процесі завжди має державний характер, тоді як участь органів державної влади та місцевого самоврядування зумовлена посадовими обов’язками.

В юридичній літературі прокурорське представництво інтересів громадянина або держави в суді розглядається по різному: одні науковці вважають, що це судово-процесуальне представництво [6, с. 68–70], інші, як окремий вид представництва, що передбачений п. 2 ст. 121 Конституції України [5, с. 91–99], треті називають це офіційним представництвом конституційного рівня [2, с. 229–233].

Відмінність адвоката (процесуального представника) і прокурора є очевидною. Прокурор завжди є представником так званої публічної влади, а законодавство про прокуратуру – складовою частиною публічного права. При здійсненні нагляду і реалізації інших функцій прокурор використовує надані йому законом владні повноваження. Адвокат не має державного статусу і представляє інтереси фізичних та юридичних осіб (а не держави в цілому) як у публічно-правовій, так і в приватній сфері відносин. Навіть якщо прокурор виступає на захист інтересів окремої фізичної особи, він поряд з приватними захищає, насамперед, публічні інтереси, виходячи з того, що права особи є предметом публічного інтересу, так як вони перебувають під захистом держави. Однак це не дає підстави вважати представництво прокурора особливим видом процесуального представництва. Це підтверджує і Конституційний Суд України. У Рішенні від 8 квітня 1999 року N 3-рп/99 Справа N 1-1/99 зазначено, що представництво прокуратурою інтересів держави в суді є одним з видів судового представництва, що за своєю правовою природою є правовідносинами, у яких одна особа (представник) на підставі визначених повноважень виступає від імені іншої особи (довірителя) і здійснює процесуальні дії в суді в його інтересах здобуваючи (змінюючи, припиняючи) для нього права і обов'язки. Також у цьому рішенні було зазначено, що під представництвом прокуратурою інтересів держави в суді слід розуміти правовідносини, у яких прокурор, реалізуючи визначені Конституцією України та законами України повноваження, вчиняє в суді процесуальні дії з метою захисту інтересів держави. Відповідно до Закону України “Про прокуратуру” прокурор має право представляти в суді інтереси громадян, які за станом свого здоров'я, а також з інших поважних причин не можуть самостійно захистити свої права або реалізувати процесуальні повноваження. Державні інтереси прокурор представляє за наявності їх порушень чи загрози порушень економічних, політичних та інших аспектів таких інтересів унаслідок протиправних дій (бездіяльності) фізичних або юридичних осіб, що вчиняються у відносинах між ними або з державою (ст.–36-1 ЗУ “Про прокуратуру”).

Слід підкреслити, що на відміну від органів державної влади чи органів місцевого самоврядування, прокурор вправі відстоювати інтереси не усіх фізичних осіб, а лише громадян. В контексті міжнародних норм про права людини така, свого роду, дискримінація, є недоречною. В зв'язку з цим доцільно було б внести відповідні зміни в положення ЗУ “Про прокуратуру”.

Формами реалізації представництва прокуратурою інтересів громадян та держави в судах загальної юрисдикції є:

1) Подання позовів у інтересах окремих громадян, які за станом здоров'я, соціальним статусом або з інших поважних причин не можуть самі захистити свої права, а також в інтересах групи чи невизначеного кола громадян, права яких порушуються. Дані звернення оформлюються у відповідності з вимогами ст.ст. 119-120 ЦПК України.

Прокурор також вправі звертатися в суд з заявою про видачу судового наказу в інтересах заявника-стягувача відповідно до правил, передбачених статтями 95-96 ЦПК України. А також прокурор може звернутися в суд з заявою про розгляд справи в порядку окремого провадження.

При оформленні позовів (заяв), від прокурора додатково вимагається мотивувати свої вимоги відповідними нормативними актами як матеріального, так і процесуального права та обґрунтувати підставу звернення в суд в інтересах конкретного громадянина. Крім цього, прокурор повинен надати суду докази на підтвердження своїх вимог чи заперечень.

Згідно з практикою прокурор пред'являє позов, якщо:

- заінтересована особа не може або для неї украй важко захистити свої права;
- не вжиття заходів заінтересованою особою для захисту свого права перешкоджає захисту інтересів інших громадян, державних чи суспільних інтересів (наприклад, регресні позови в інтересах підприємства);
- позов має сприятливу перспективу [4, с. 166–167].

Генеральна прокуратура визначила пріоритетними при здійсненні представницької діяльності прокурорів у судах захист соціальних і майнових прав неповнолітніх, інвалідів, людей похилого віку, осіб, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи (п. 4 наказу Генерального прокурора України від 29.11.2006 № 6гн “Про організацію представництва прокурором в суді інтересів громадянина або держави та їх захисту при виконанні судових рішень”).

Згідно з п. 30 ст. 4 Декрету Кабінету Міністрів України “Про державне мито”, Генеральна прокуратура України та її органи звільняються від сплати державного мита у справах за позовом в інтересах громадян і держави. Якщо прокуратура звертається від свого імені в суд, як юридична особа, мито сплачується на загальних підставах. Також, відповідно до ч. 5 ст. 81 ЦПК України, прокурор, здійснюючи представництво інтересів фізичних осіб або держави в суді, не сплачує витрат на інформаційно-технічне забезпечення.

2) Подання позовів (заяв) на захист державних інтересів. Тут слід зазначити, що інтереси держави не слід ототожнювати з виключно матеріальними інтересами. Це поняття необхідно тлумачити в широкому розумінні слова, враховуючи економічні, політичні інтереси, інтереси в соціальній та інших сферах діяльності держави [1, с. 112–114].

Інтереси держави відрізняються від інтересів учасників інших правовідносин тим, що в основі перших завжди є потреба у здійсненні загальнодержавних дій, програм, спрямованих на захист суверенітету, територіальної цілісності, державного кодону України, гарантування її державної, економічної, інформаційної, екологічної безпеки, охорону землі, як національного багатства, захист прав усіх суб'єктів права власності та господарювання тощо.

У Рішенні Конституційного Суду України від 8 квітня 1999 р. у справі за конституційним поданням Вищого арбітражного суду України та Генеральної прокуратури України щодо офіційного тлумачення положень ст. 2 Господарського процесуального кодексу України, визначено, що під представництвом прокуратурою України інтересів держави в господарському суді за змістом п. 2 ст. 121 Конституції України та ст. ст. 2; 29 ГПК України слід розуміти правовідносини, в яких прокурор, реалізуючи визначені Конституцією та законами України повноваження, вчиняє в суді процесуальні дії з метою захисту інтересів держави. Так як зміст та форми участі прокурора в господарських процесуальних відносинах фактично не відрізняються від представницьких повноважень в цивільних процесуальних відносинах, дані положення можна застосовувати і в цивільному судочинстві.

Захист прокуратурою загальнодержавних і водночас загальносуспільних інтересів здійснюється у двох основних напрямках. По-перше, захищаються такі державні інтереси, які становлять велику соціально цінність. Їх не можна

визначити в грошовому еквіваленті. Сюди відноситься застосування законодавства, що регулює реформування у сфері економіки, підприємництва, зовнішньоекономічної діяльності тощо. По-друге, захищаються інтереси у бюджетній сфері шляхом виявлення, усунення і попередження протиправних посягань на кошти державного бюджету при їх надходженні, розподілі і використанні, насамперед, стосовно застосування податкового законодавства.

При зверненні в суд прокурор самостійно повинен визначити і обґрунтувати в позовній заяві, у чому полягає порушення інтересів держави чи в чому існує загроза інтересам держави. Звернення від імені підприємств, установ і організацій не залежно від їх підпорядкування і форм власності, як зазначає Конституційний Суд у вище згаданому Рішенні, слід розцінювати як позов в інтересах держави, а не в інтересах юридичної особи, від імені якої цей позов подано.

Пріоритетними справами на захист державних інтересів Генеральна прокуратура визначила справи, що стосуються оподаткування, стягнення сум до бюджету, відчуження державного майна, у т.ч. через процедуру банкрутства, земельних відносин, усунення порушень, пов'язаних з корупційними діями (п. 4 наказу Генерального прокурора України від 29.11.2006 № 6гн “Про організацію представництва прокурором в суді інтересів громадянина або держави та їх захисту при виконанні судових рішень”).

3) Здійснення контролю за станом виконання судових рішень, з використанням при цьому прокурорського нагляду. Дана форма реалізації представницьких повноважень прокурора суттєво обмежується законодавцем, що підтверджено і в постанові Пленуму Верховного Суду України від 26.12.2003 р. №14 “Про практику розгляду судами скарг на рішення дії чи бездіяльність органів і посадових осіб державної виконавчої служби та звернень учасників виконавчого провадження”. Відповідно до п. 1 цієї постанови, прокурор набуває статусу учасника виконавчого провадження за умови, що в передбачених ст. 36 ЗУ “Про прокуратуру” випадках він здійснював представництво інтересів громадян або держави в суді й відповідне провадження було відкрито на підставі виконавчого документа за його заявою (п.2 ст. 18 ЗУ “Про виконавче провадження”).

4) Участь у розгляді справ, порушених за позовами фізичних чи юридичних осіб. Відповідно до ч. 2 ст. 45 ЦПК, прокурор може здійснювати представництво на будь-якій стадії цивільного процесу. Якщо прокурору надається право на участь у справі на будь-якій стадії, це не означає, що прокурор має право вступити у справу, яка розглядається в суді першої інстанції, наприклад в частині судових дебатів. І тут, я вважаю, законодавець допустив недоречне обмеження права прокурора на здійснення представницьких повноважень в суді. Наприклад, якщо справу було розпочато з ініціативи фізичної чи юридичної особи, прокурор не вправі вступити у розпочатий процес на захист державного інтересу. Як вже було зазначено вище, інтерес держави є відмінним від майнового інтересу фізичних чи юридичних осіб. В таких випадках, доречним було б визначити участь прокурора у справі в інтересах третьої особи, тоді, як третьою особою у такій справі могла б бути держава. Треті особи, які заявляють самостійні вимоги щодо предмета спору, вступають в розпочатий процес до закінчення судового розгляду (ст. 34 ЦПК України), а треті особи, які не заявляють таких вимог, вправі вступити у справу до ухвалення судом рішення (ст. 35 ЦПК України). Отже ця обставина мала б надавати право прокурору на вступ у розпочатий процес у будь-якій частині стадії судового розгляду.

5) Оскарження в апеляційному і касаційному порядку справ, що розглядалися в першій інстанції. Прокурор віднесений до кола суб'єктів апеляційного та

касаційного оскарження (ст.ст. 292; 324 ЦПК України), як особа, яка бере участь у справі. Буквальне тлумачення положень ст.ст. 292; 324 ЦПК України дає підстави вважати, що право на апеляційне (касаційне) оскарження у прокурора є лише тоді, коли він брав участь у розгляді справи в суді першої інстанції. Однак положення ч. 4 ст. 46 ЦПК України дають право прокурору, який не брав участь в справі, з метою вирішення питання про наявність підстав для подання апеляційної чи касаційної скарги, заяви про перегляд рішення Верховним Судом України, заяви про перегляд рішення у зв'язку з нововиявленими обставинами, знайомитися з матеріалами справи в суді. Право бути суб'єктом оскарження в судах апеляційної і касаційної інстанції прокурору надає Закон України "Про прокуратуру". Відповідно до ст. 12 Закону України "Про судоустрій України", право на оскарження судового рішення належить учасникам судового процесу та іншим особам у випадках, передбачених процесуальним законодавством. Як відомо, це одна з ознак процесуальних відносин, коли виникнення, зміна чи їх припинення відбувається на підставі процесуального закону. Цивільне судочинство здійснюється на підставі Конституції України, ЦПК України та ЗУ "Про міжнародне приватне право" (ч. 1 ст. 2 ЦПК), тому застосовувати положення ЗУ "Про прокуратуру" в цьому випадку буде суперечити вимогам ЦПК України.

Очевидно, законодавець даючи можливість прокурору, який не брав участі у справі, вирішити питання про наявність підстав для оскарження та перегляду судового рішення, допустив помилку, не включивши його в перелік суб'єктів оскарження. Але допоки ця помилка не буде виправлена "де юре", прокурор залишиться з правом на ознайомлення з матеріалами справи без права оскарження судового рішення, якщо він не брав участі в суді першої інстанції.

Однак на практиці оскарження прокурором рішення суду першої інстанції, якщо він не брав участі в судовому розгляді є доволі поширене явище. Дивно, що судова практика Верховного Суду України заохочує такі порушення. Зокрема, Ухвалою колегії суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 19 грудня 2007 р. задоволено касаційне подання прокурора Замостянського району м. Вінниці в інтересах М. Ухвалу Апеляційного суду Вінницької області про повернення апеляційного подання прокурора в інтересах М. на рішення суду першої інстанції в якому прокурор участі не брав було скасовано. Касаційна інстанція мотивувала своє рішення положеннями ст. 121 Конституції України де зазначено, що на прокуратуру покладено представництво інтересів громадянина або держави в суді у випадках передбачених законом [7, с. 257–259]. Однак суд не взяв до уваги вище згадувані положення ЦПК України, зокрема, ст. 2 та ст. 292.

Для уникнення в майбутньому порушень такого роду, слід внести відповідні зміни в ст. 292 та ст. 324 ЦПК України, надавши право прокурору оскаржувати рішення суду в апеляційному та касаційному порядку також і у випадках, якщо він не брав участі в розгляді справи в суді нижчої інстанції. Однак, на нашу думку, не у всіх випадках слід надавати прокурору право на оскарження судових рішень. Якщо, наприклад, особа на рівні суду першої інстанції скористалася правом на судовий захист і суд відмовив їй у задоволенні позовних вимог, ніхто, в тому числі і прокурор, не вправі змусити таку особу застосувати право апеляційного оскарження. Тому оскаржувати рішення суду першої інстанції в апеляційному та касаційному порядку, якщо прокурор не брав участі в розгляді справи в суді нижчої інстанції, можна у випадку, якщо на час звернення до суду апеляційної чи касаційної інстанції виникли обставини, які перешкоджають особі самостійно

оскаржити судові рішення. Про ці обставини прокурор повинен повідомити суд у своєму апеляційному чи касаційному зверненні.

б) Ініціювання за наявності підстав перегляду судових рішень, що набрали законної сили, у зв'язку з нововиявленими обставинами, якщо цього вимагає захист державних інтересів або законних інтересів громадян, які з поважних причин самі не можуть захистити свої права. Тут, аналогічно як і у попередній формі здійснення представницьких повноважень, прокурор не є суб'єктом оскарження (ст. 362 ЦПК України), якщо він не брав участь у справі. Цікаво, що в колі суб'єктів, яких процесуальний кодекс наділяє правом подання заяви про перегляд за нововиявленими обставинами у ч. 1 ст. 362 ЦПК України не передбачена не лише участь прокурора, а й осіб, які не брали участі у справі, коли суд вирішив питання про їх права і обов'язки.

Форми представництва прокурора в цивільному процесі – це закріплена в процесуальному законі можливість впливу його діяльності на розвиток цивільного судочинства. Можна ще розглядати це питання не лише як вплив прокурора на виникнення процесуальних відносин, а також з врахуванням характеру (змісту) діяльності прокурора на різних стадіях судочинства. Адже різні стадії зумовлюють застосування різних форм представництва.

Вступ прокурора в процесуальні відносини можливий з власної ініціативи, а також на вимогу закону. Вступ у процес за власною ініціативою має факультативний характер, вступ на вимогу закону є обов'язковим.

Обов'язкова участь прокурора в цивільному процесі на вимогу закону передбачена, наприклад, у справах про надання психіатричної допомоги в обов'язковому порядку (ст. 22 ЗУ “Про психіатричну допомогу”). Наказом Генерального прокурора України від 29.11.2006 № бгн “Про організацію представництва прокурором в суді інтересів громадянина або держави та їх захисту при виконанні судових рішень” участь прокурорів за їх ініціативою обов'язкова при розгляді судами справ про: усиновлення дітей іноземцями; позбавлення батьківських прав; стягнення коштів за рахунок державного бюджету; звільнення від арешту майна, яке стягується в доход держави. Обов'язковою також буде участь прокурора в процесі і тоді, коли суд (суддя) визнає за необхідну участь прокурора в конкретній справі і постановить про це відповідну ухвалу. Наприклад, якщо за матеріалами справи є підстави вважати, що спірний правочин, укладений між сторонами, суперечить інтересам держави чи суспільним інтересам, але предмет позовної вимоги не стосується визнання цього правочину недійсним, суд, керуючись ч. 2 ст. 45 ЦПК України повинен визнати необхідною участь прокурора у справі [3, с. 5–18]. Ухвала суду про обов'язкову участь прокурора у справі оскарженню не підлягає, і прокурор не може відмовитися від її виконання.

Слід також зазначити, що чинний ЗУ “Про прокуратуру” (ст. 36-1) у повній відповідності до ст. 121 Конституції України встановлює, що прокурор самостійно визначає підстави представництва у суді, а також форму його здійснення на будь-якій стадії судочинства, у тому числі, шляхом внесення апеляційної, касаційної скарги на судові рішення (ухвали) або заяви про їх перегляд за нововиявленими обставинами.

Якщо особа, яка має цивільну процесуальну дієздатність і в інтересах якої подана заява, не підтримує заявлених вимог, суд залишає таку заяву без розгляду. Однак, якщо від поданої заяви в інтересах інших осіб відмовився прокурор або він скористався правом зміни предмету чи підстави вимоги, особи, на захист прав і інтересів яких подана заява, вправі вимагати від суду розгляду справи та вирішення первісної вимоги.

1. Валух В. Інтереси держави, як предмет представництва прокуратури в суді // Право України. – 2001. – №2. – С.112–114.
2. Гусаров К.В. Проблеми участя прокурора в гражданском процесі. – Збірник наукових праць.- Харків, ПК Генеральної прокуратури України. – 1998. – С. 229–233
3. Дзера О., Отраднова О. Недійсність правочину (угоди) за новим Цивільним кодексом України // Юридична Україна. – 2003. –№10. – С. 5–18.
4. Кравчук В.М., Угриновська О.І. Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України. К., В-во “Істина”. – 2006. – С. 166–167.
5. Кряжков А.В. Публичный интерес: понятие, виды и защита // Государство и право.- 1999. – №10. – С.91–99.
6. Фурса С. Теоретичні аспекти правового та процесуального становища прокурора в цивільному судочинстві// Право України. – 1998. – №12. – С. 68–70.
7. Цивільне судочинство. Судова практика. За заг. Ред. А.Г. Яреми. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 257–259.

ЗАДАЧИ И ФОРМЫ УЧАСТИЯ ПРОКУРОРА В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

Р. Лемик

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статті проаналізовано ціль, завдання і форми участя прокурора в гражданских процесуальных отношениях. Автор характеризує кожен з форм участя прокурора в процесі. В окремості, розглядаються пропозиції і порядок участя прокурора в процесі, його правовий статус, а також правові наслідки участя прокурора в процесуальных отношениях. Автор звертає увагу на недоліки законодавства і пропонує власні висновки і пропозиції в зміні норм права, які регулюють відносини, що стали предметом дослідження.

AIMS AND FORMS OF PROSECUTOR'S PARTICIPATION IN CIVIL PROCESS

R. Lemyk

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

The aim, tasks and forms of prosecutor's participation in civil procedural relations are analyzed. Each of the forms of prosecutor's participation in civil process is characterized. The author gives an overview of the grounds and order of prosecutor's entering into civil process, as well as his legal status and legal consequences of prosecutor's participation in procedural relations. Specific attention is paid to legislation imperfection on this issue. Propositions of current legislation amendment in the researched scope are made.

Key words: prosecutor's participation, civil process, legal status, legal consequences, procedural relations.

Стаття надійшла до редколегії: 26.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ВИЗНАННЯ ПРАВОЧИНУ КУПІВЛІ–ПРОДАЖУ НЕРУХОМОСТІ НЕДІЙСНИМ

К. Поляник

*Львівський національний університет ім. Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

Проаналізовано проблеми нерухомості. Розглянено підстави недійсності договорів, предметом яких є об'єкти нерухомості. Висвітлено особливості коментованого способу захисту прав та інтересів осіб у відносинах купівлі - продажу нерухомості. Обґрунтовано шляхи розв'язання проблемних питань правового регулювання в зазначеній сфері.

Ключові слова: нерухомість, недійсність правочинів, захист прав власників.

Одним з найактуальніших способів захисту порушених прав сторін за договором купівлі – продажу є визнання його недійсним. Дія, яка є змістом правочину, буде підставою виникнення цивільних прав та обов'язків, коли вона правомірна. Загальні вимоги, дотримання яких є необхідним для чинності правочину визначені ст. 203 Цивільного кодексу України [1] (далі – ЦК України). Зокрема, зміст правочину не може суперечити Цивільному кодексу України, іншим актам цивільного законодавств, а також моральним засадам суспільства.

Підстави недійсності правочинів конкретизуються в Цивільному кодексі України. Зазначені підстави можна класифікувати на такі групи. Перша – це підстави, пов'язані з недостатнім обсягом дієздатності учасників правочинів. Другу групу становлять правочини з недотриманням передбаченої законом форми. Йдеться про письмову форму та нотаріальне посвідчення правочинів у випадках встановлених законодавством. До третьої групи належать правочини з так званими пороками волі. Це правочини, в яких внутрішня воля не збігається із зовнішнім волевиявленням.

Недійсність правочинів в сфері передання прав власності на об'єкти нерухомості також пов'язано із загальними умовами дійсності. Але, застосування підстав недійсності та їх цивільно-правових наслідків має свої особливості з врахуванням правової специфіки договорів купівлі – продажу.

Обсяг дієздатності є важливою умовою участі суб'єкта права в цивільному обороті. Правовий режим нерухомості дає можливість дійти висновку, що правочини, предметом яких є об'єкти нерухомості не можуть належати до дрібних побутових.

Тому сторони договору купівлі – продажу нерухомості мають володіти повною цивільною дієздатністю. Підстави набуття цивільної дієздатності у повному обсязі визначені законодавством. За загальним правилом момент настання повної дієздатності пов'язується з досягненням повноліття. Однак Цивільний кодекс України встановлює випадки набуття повної дієздатності до досягнення 18-ти років. Фізична особа незалежно від віку, яка володіє повною дієздатністю може вчинити будь-які правочини.

На наш погляд, певні обмеження щодо відчуження нерухомості мають бути законодавчо встановлені для осіб, які набули повної дієздатності до досягнення повноліття. Це пояснюють тим, що нерухомість займає особливе місце серед інших об'єктів права власності. Нерухомі речі – земельні ділянки, квартири, житлові будинки, будівлі мають значну грошову вартість. У судовій практиці непоодинокі спори про визнання правочинів з відчуження житла недійсними з підстав нерозуміння правових наслідків вчинення такого правочину.

Тому доцільно в законодавстві передбачати перехідний період, протягом якого особа, яка досягла повноліття відчуження об'єктів нерухомості, могла здійснити за погодженням з батьками (усиновлювачами), а у разі їх відсутності або позбавлення батьківських прав - за погодженням з органами опіки та піклування.

У непрямій формі підтверджує доцільність впровадження певного контролю за такого роду правочинами положення ст. 1200 ЦК України, згідно з якою шкода, завдана смертю потерпілого, відшкодовується дитині – до досягнення нею вісімнадцяти років, а учневі, студентові до закінчення навчання, але не більш як до досягнення двадцяти трьох років.

Про те, що особа, якій виповнилось 18 років не завжди адекватно може сприяти дійсність свідчить такий приклад. Після смерті матері – власниці павільйона-кафе залишилися спадкоємцями її батьки та вісімнадцятирічна дочка. На думку її бабці спадкоємиця потрапила під негативний вплив спритників – ділків, які хотіли придбати спадок її матері, оскільки документи на право власності не були належно зареєстровані. Тому, 80-річний дід пропонував передати спадкове майно комунальну власність, оскільки 18 – річна онука в питаннях підприємництва некомпетентна [2].

Більшість позовів щодо визнання недійсним правочинів про відчуження об'єктів нерухомості внаслідок недостатнього обсягу дієздатності полягали у тому, що продавець під час вчинення правочину не розумів значення своїх дій та їхнього значення. Якщо з укладенням договору купівлі-продажу нерухомості малолітньою чи неповнолітнім, особою обмеженою в дієздатності або визнаною недієздатною не виникає особливих проблем у правозастосувальній практиці, то визнання правочину недійсним, вчиненим стороною, яка була недієздатною на момент його вчинення, пов'язано з певними проблемами.

У першому випадку правочин може навіть бути визнаний дійсним, якщо відповідає інтересам малолітнього чи неповнолітнього. Водночас виникає питання щодо потреби визнавати правочин дійсним, якщо його ніхто не оспорує. Адже у разі нотаріального посвідчення правочину та реєстрації права власності на об'єкт нерухомості набувач стає власником майна. Припинення права власності можливе лише на підставах, встановлених законом лише судом. Тому, якщо сторони (зацікавлені особи) не оскаржують правочину з метою визнання його недійсним, то немає сенсу визнавати його дійсним, оскільки цивільно-правові наслідки у вигляді виникнення, зміни або припинення цивільних прав та обов'язків вже існують після вчинення правочину.

Складніша ситуація з правочином, сторона якого в момент його виникнення не розуміла значення своїх дій та їх наслідків. У судовій практиці непоодинокі випадки, коли з позовом про визнання правочину недійсним сторона договору купівлі-продажу звертається через багато років в межах строку позовної давності.

Аналіз засвідчує, що більшість спорів по спливу досить тривалого часу виникають внаслідок певного незадоволення продавцем фактом продажу, безпосередньою причиною якого є інфляційні процеси, що знецінюють отримані грошові кошти за продаж нерухомості.

Питома вага спорів про визнання правочинів, зокрема, договорів купівлі-продажу нерухомості з підстав недотримання форми правочину невелика. Переважають спори про визнання дійсними договорів купівлі – продажу нерухомості, якщо одна із сторін виконала умови договору повністю або частково, а інша ухиляється від нотаріального посвідчення договору. У цьому випадку необхідно підтвердити факт виконання договору однією із сторін, прийняття

виконаного іншою стороною та ухилення нею від нотаріального посвідчення договору. При цьому сторони не можуть посилалися на показаних свідків.

Наслідком встановлення в суді за допомогою інших допустимих доказів факту вчинення правочину, який відповідно до законодавства повинен бути вчинений у нотаріальній формі, є його дійсність. Законодавством не передбачено деталь видів доказів. Це можуть бути будь-які обставини виражені в об'єктивній формі. В цьому аспекті заслуговує на увагу досвід інших країн. Зокрема, Цивільний кодекс Польщі [3] надає змогу сторонам за взаємною згодою використовувати також покази свідків. Видається, що таке можливе щодо правочинів, які повинні бути укладені у письмовій формі. Факт укладення договорів (правочинів), що повинні нотаріально посвідчуватися потрібно підтверджувати письмовими доказами (в тому числі аудіовізуальними, відеозйомкою тощо).

Визнання таких правочинів дійсними свідчить водночас про їх вчинення відповідно до інших вимог законодавства. Отже, визнання дійсним договору (правочину) підтверджує виникнення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків і наступного нотаріального посвідчення договору законом не вимагається.

Зокрема, у грудні 2004 р. А.Л. Шобанов пред'явив у суд позов до О.В. Сімонової, О.М. Конstantиненка. про визнання договору купівлі-продажу житлового будинку дійсним. Позивач зазначав, що на підтвердження свого наміру купити у відповідачки О.В. Сімонової буд. № 88 по вул. К-го в м. Донецьку, він уклав з нею нотаріально посвідчений договір авансу від 26 лютого 2004 р. та передав їй аванс у сумі 26 650 грн., що еквівалентна 5000 дол. США.

Посилаючись на те, що відповідачка ухиляється від укладення договору купівлі-продажу будинку, а він частково виконав свої зобов'язання за цим договором, позивач на підставах ст. 220 ЦК України просив визнати договір купівлі-продажу зазначеного житлового будинку дійсним.

Заперечуючи проти позову О.М. Константиненко звернувся в суд із зустрічним позовом до А.Л. Шабанова про визнання договору авансу недійсним, посилаючись на те, що цей договір не відповідає вимогам ст. 65 Сімейного кодексу України, оскільки він як чоловік О.В. Сімонової письмової угоди на його укладення не давав. З підстав, передбачених ст. 215 ЦК України, позивач просив задовольнити позов.

Рішенням Київського районного суду м. Донецька від 23 серпня 2005 р., залишеним без зміни ухвалою апеляційного суду Донецької області від 6 грудня 2005 р., позов А.Л. Шабанова задоволено: визнано дійсним договір купівлі - продажу буд. № 88 по вул. К-го в м. Донецьку, укладений між А.Л. Шабановим та О.В. Сімоновою, стягнуто із О.М. Сімонової 270 грн. витрат на оплату державного мита на користь А.Л. Шабанова та 1430 грн. державного мита в доход держави. У задоволенні зустрічного позову О.М. Константиненка відмовлено.

У касаційній скарзі О.В. Сімонова і О.М. Константиненко просять скасувати постановлені судом рішення, посилаючись на порушення судом норм матеріального та процесуального права, і постановити нове рішення, яким відмовити А.Л. Шабанові у задоволенні позову.

Верховний Суд України частково задовольнив скаргу. Задовольняючи позовні вимоги А.Л. Шабанова про визнання договору купівлі - продажу житлового будинку дійсним, суд керувався ч. 2 ст. 220 ЦК України і ґрунтувався на тому, що сторони домовилися щодо всіх суттєвих умов договору, що підтверджується письмовими доказами і відбулося повне або часткове виконання договору, але одна

із сторін ухилилася від його нотаріального посвідчення, суд може визнати такий договір дійсним. У цьому разі наступне нотаріальне посвідчення договору не вимагається.

З матеріалів справи вбачається, що 26 лютого 2004 р. між О.В. Сімоною та А.Л. Шабановим був укладений нотаріально посвідчений договір авансу, згідно з яким Шабанов А.Л. на підтвердження свого наміру купити в О.В. Сімонової будинок № 88 по вул. К-го в м. Донецьку передав відповідачеві аванс у сумі 26 650 грн., що еквівалентна 5000 дол США. За умовами цієї угоди сторони домовились укласти договір купівлі-продажу будинку не пізніше 26 травня 2004 р.

Проте договір купівлі-продажу в установленому законом порядку укладений не був. Суд постановив рішення без повного та всебічного з'ясування дійсних обставин справи, прав і обов'язків сторін у даних правовідносинах, належної правової оцінки зібраних у справі доказів.

Заперечуючи проти позову О.В. Сімонова зазначала, що договір купівлі - продажу будинку між нею та А.Л. Шабановим не був укладений, а підписавши договір авансу, вони лише домовилися про намір укласти такий договір. Задовольнивши позовні вимоги А.Л. Шабанова суд припустився помилки, розглядаючи виконання договору авансу як виконання договору купівлі-продажу будинку. Указані порушення закону залишилися поза увагою суду апеляційної інстанції. Тому колегія судів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України скасувала судові рішення судів першої та апеляційної інстанції з направленням справи на новий розгляд до суду першої інстанції [4].

В коментованому випадку договір від 26 лютого 2004 р. між О.В. Сімоною та А.Л. Шабановим варто розглядати як попередній договір, відповідно до якого сторони зобов'язувалися до 26 травня 2004 р. укласти основний договір купівлі-продажу. Передача в рахунок виконання договору авансу в розмірі 26 650 грн лише підтверджує, що сторони досягли згоди щодо купівлі-продажу будинку. Тому в цьому випадку повинно вирішуватися питання не про визнання договору дійсним, а про ухилення другої сторони від укладення основного договору купівлі-продажу.

Значною категорією справ є визнання правочинів недійсними на підставах неспівпадіння внутрішньої волі та зовнішнього її прояву – волевиявлення. Такі правочини в юридичній літературі часто називають “правочини з пороками волі”. Йдеться про випадки, коли особа хотіла досягти зовсім іншого правового результату або не бажала взагалі вчиняти правочин, тобто виникнення, зміни або припинення цивільних правовідносин. Такі ситуації досить часто трапляються у разі укладення договорів купівлі-продажу нерухомості.

Насильство у вигляді фізичних та психічних погроз є підставою визнання правочину недійсним. До підстав такого характеру належать також вчинення правочину внаслідок впливу помилки, обману, збігу тяжких обставин, зловмисної згоди представника однієї сторони з іншою. Особливістю цих правочинів є формування волевиявлення під впливом факторів, відсутність яких не дозволила б виникнення, зміну, припинення для учасника правочину певних цивільних прав і обов'язків.

Доволі велика кількість справ про визнання правочинів недійсними внаслідок їх вчинення під впливом помилки. Така підстава є актуальною для договорів купівлі – продажу нерухомості. Помилка повинна стосуватись істотних умов договору, його правової природи та наслідків.

Помилка щодо мотивів вчинення правочину (укладення договору) не є підставою для визнання його недійсним. Помилка не є наслідком протиправних дій

жодної і з сторін договору купівлі – продажу. Сторони помиляються щодо істотних обставин, що визначають зміст договору, його правову природу. Помилка щодо встановлення ціни предмета нижче ринкової не є підставою для визнання правочину недійсним, якщо не було встановлено факту укладення договору купівлі – продажу під впливом збігу тяжких обставин.

Згідно зі ст. 229 ЦК України суттєве значення має помилка щодо природи правочину, прав та обов'язків сторін, такої властивості речі, що значно знижують її цінність або можливість використання за цільовим призначенням. Від помилки варто відрізнити вчинення правочину під впливом обману. Якщо одна із сторін правочину навмисно ввела другу сторону в оману щодо обставин які мають істотне значення, такий правочин суд визнає недійсним. Обман має місце, якщо сторона заперечує наявність обставин, які можуть перешкодити вчиненню правочину, або якщо замовчує їх існування. На це звертають увагу в Постанові Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 р. Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними [5].

Аналіз засвідчує, що помилка стосується предмету договору купівлі-продажу. Сторона-покупець помиляється щодо стану об'єкта нерухомості за умови, що з боку продавця немає намагань введення набувача в оману. У багатьох випадках правочин визнається недійсним внаслідок вчинення під впливом помилки щодо його правової природи. Як зазвичай, йдеться про укладення замість договору довічного утримання (догляду) договору дарування. Але це стосується договорів, на підставі яких не здійснюється передання грошового еквіваленту.

Отже під час вчинення правочину (укладення договору) під впливом помилки немає протиправної поведінки жодної і з сторін договору. Натомість обман полягає в протиправних винних діях однієї і з сторін, спрямованих на введенні в оману іншої сторони з метою досягнення правового результату у вигляді виникнення, зміни чи припинення цивільних прав та обов'язків. У нашому випадку припинення права власності і набуття цього права іншою особою (покупцем) на об'єкт нерухомості.

Особливістю договорів купівлі-продажу нерухомості є те, що досить часто відчуження об'єкта нерухомості здійснюється з порушенням прав інших осіб, наприклад, співвласників або в наслідок протиправного заволодіння нерухомим майном. ЦК України не передбачає конкретної підстави для визнання таких правочинів недійсними. Різні думки побутують також в юридичній літературі щодо вибору конкретного способу захисту порушених прав третіх осіб. Адже вони не є стороною договору купівлі-продажу. У цьому випадку необхідно, на наш погляд, визнавати недійсним правочин (договір купівлі – продажу) як такий, що не відповідає вимогам закону. Якщо на момент визнання договору купівлі-продажу недійсним, майно отримане за договором відчужено набувачем (найчастіше це стосується квартир, будинків тощо), захист порушених прав власника (співвласника) шляхом визнання правочину недійсним є неможливим оскільки не можна застосувати правові наслідки недійсності – повернути сторони в попередній стан. В такому випадку як спосіб захисту слід застосувати ввідикацію (витребування майна з чужого незаконного володіння) з одночасним визнанням недійсним укладеного першого договору купівлі - продажу.

1. Цивільний кодекс України// Відомості Верховної Ради України. – 2003.-№40. – Ст. 356.
2. Сопов. Хочу зробити подарунок місцевій громаді // Урядовий кур'єр. – 2009. – 16 вересня.

3. Kodeks cywilny. Wydawnictwo C.H. Beck 2009
4. Справа №6 – 4007 від 20 вересня 2006р. Архів Верховного Суду України за 2006 р.
5. Постанова Пленуму Верховного суду України від 6 листопада 2009 р. “Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними”. Збірник постанов Пленуму Верховного суду України в цивільних справах та з загальних питань: – Х: ТОВ “Одісей”, 2010. 480 с.

ПРИЗНАНИЕ СДЕЛКИ КУПЛИ–ПРОДАЖИ НЕДВИЖИМОСТИ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОЙ

К. Поляник

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

Статья посвящена анализу проблем недействительности сделок купли-продажи недвижимости. Рассматриваются основания недействительности договоров, предметом которых являются объекты недвижимости. Раскрываются особенности применения этого способа защиты прав и интересов лиц-участников отношений купли-продажи недвижимости. Обосновываются пути преодоления противоречий в механизме правового регулирования в комментированной сфере.

Ключевые слова: недвижимость, недействительность сделок, защита прав собственников.

INVALIDATION OF REALTY PURCHASE AND SALE AGREEMENT

K. Polianyk

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

The article deals with the analysis of realty issues. Grounds for invalidation of purchase and sale of realty agreements are ascertained. Peculiarities of individual rights and interests protection in the relations of realty purchase and sale are highlighted. Ways of these issues resolution are substantiated.

Key words: realty, agreements invalidation, protection of owners' rights.

Стаття надійшла до редколегії: 19.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПОСМЕРТНИХ РЕПРОДУКТИВНИХ ПРОГРАМ

І. Рубець

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті автор досліджує сферу посмертної репродукції людини з погляду її правового регулювання. Особливу увагу приділено питанню можливості зачаття дитини після смерті її біологічних батьків, а також встановлення правового зв'язку із ними. Обґрунтовано висновок про допустимість посмертного зачаття на підставі належно оформленого на це волевиявлення донора та за його відсутності. Запропоновано внесення низки змін у національне законодавство. Надано пропозиції стосовно формулювання окремих норм.

Ключові слова: посмертна репродуктивна програма, факт встановлення посмертного батьківства/материнства, допоміжні репродуктивні технології, розпорядження репродуктивним матеріалом.

З давніх часів відомі ситуації, коли чоловік помирав від хвороби, нещасного випадку чи на полі бою після того, як дитина була зачата, але ще до її народження. Таких дітей було називали “посмертними”. У більшості випадків ці діти визнавались такими, які походять від батька лише за умови, якщо вони були народжені до спливу відповідного періоду часу після його смерті. У літературі наявні також і випадки, коли народження дитини відбувалося вже після фізичної смерті матері – при пологах чи в результаті нещасного випадку [1]. За Сімейним кодексом України 2002 р. (далі – СК України) діє норма, яка регулює такі відносини. У ч. 2 ст. 122 СК України міститься правило: “дитина, яка народжена до спливу десяти місяців після припинення шлюбу або визнання його недійсним, походить від подружжя”. Як відомо однією з підстав припинення шлюбу є смерть чоловіка або дружини.

У сьогоdnішній час новітні високорозвинуті наукові технології дають підстави розглянути поняття дітей, народжених після смерті їхніх батьків, по-новому. Застосування допоміжних репродуктивних технологій (далі – ДРТ) як методик лікування безпліддя, призводить до виникнення ситуацій, коли не лише народження дитини, але й її зачаття може відбутися вже після смерті біологічних батьків. Саме таких дітей мають на увазі у літературі сьогодні, називаючи “посмертними”. Якщо висловлюватися точніше, ідеться про дітей, посмертно зачатих. Заморожені гамети можуть зберігатися у відповідних умовах досить тривалий час. А тому визначення походження дитини, народженої з допомогою їх подальшого використання, жодним чином не пов'язане із моментом смерті батьків. І хоча в 1980 р. уже був описаний перший випадок не лише посмертного народження, а й посмертного відібрання репродуктивного матеріалу, належного правового врегулювання цієї процедури та подальших її наслідків немає практично у жодній державі світу [2]. Як наслідок, виникає низка проблемних ситуацій, пов'язаних із подальшою долею дітей, зачатих після смерті батьків (одного або обох), а також в принципі з можливістю їхнього народження.

Із питаннями посмертної репродукції людини зіткнулися чимало держав. В Німеччині, Швеції, Канаді, Австралії вона заборонена. В Англії дозволена, лише, якщо донор прижиттєво висловив на це чіткий намір. У Франції посмертна

репродукція заборонена після судового розгляду однієї гучної справи. В Україні закон не передбачає жодних положень “за” або “проти” посмертної репродукції.

Питання походження дітей, зачатих після смерті їхніх батьків, піднімали у працях зарубіжних авторів у контексті дослідження реалізації посмертних репродуктивних програм, а також аналізу окремих судових рішень. Зокрема, слід відмітити внесок таких науковців, як Джуді Хантер, Кетрін Ван Хойтен, Шарман Крістофер, Рус Зафран, Гейл Катс та ін. Оскільки законодавче регулювання окресленої проблематики в нашій державі повністю відсутнє, а без відповідного наукового обґрунтування створити будь-яку нормативну базу не видається реальним, існує гостра необхідність вітчизняних наукових напрацювань у зазначеній сфері.

Для того, щоб дитина була зачата вже після смерті батьків, передусім необхідно, аби її потенційна мати/батько залишила свій репродуктивний матеріал у кріобанку. Причини, з яких люди здійснюють цю процедуру, бувають різні, проте виділено два випадки, в яких заморожені гамети передаються на зберігання у кріобанку. Перший, коли особа проходить процедури штучного запліднення і для цього надає свої репродуктивні клітини. І другий, коли зразок генетичного матеріалу передається на зберігання в кріобанк перед проходженням хіміотерапії чи іншого лікування, яке своїм наслідком може викликати безпліддя або смерть [3].

Питання можливості зачаття дитини після смерті особи залежить від встановлення на це її наміру. Розглянемо кілька ситуацій. Перша, коли особа залишила своє волевиявлення щодо розпорядження кріоконсервованими гаметами на випадок смерті і друга, коли таке волевиявлення відсутнє. Видається, що намір стати батьком/матір'ю у випадку здавання гамет для лікування безпліддя більш очевидний, адже тут для зачаття дитини спрямовано конкретні дії. У другому випадку вважаємо, що гамети зберігалися з метою перестрахувати себе від можливого безпліддя. Така особа залишає за собою право вибору – стати в подальшому батьком/матір'ю, чи ні. Встановити її намір щодо народження дитини постає значно складнішим завданням. Проте, у жодній із цих ситуацій не можна сказати із упевненістю, чи бажання стати матір'ю/батьком поширювалося і на випадок смерті.

Якщо особа залишає волевиявлення щодо розпорядження її репродуктивним матеріалом після смерті, ситуація не викликає особливих труднощів. Такий випадок було простежено в 1993 р. у США. Сорокавосьмирічний чоловік на ім'я Вільям Кейн закінчив своє життя самогубством. Незадовго до цього він помістив на зберігання у кріобанк свої гамети і залишив право розпорядження щодо них своїй співмешканці Деборі, яка, на його думку, захотіла б народити від нього дитину. Дорослі діти Вільяма від попереднього шлюбу категорично заперечували це, проте, після тривалої судової тяганини Апеляційний суд Каліфорнії все ж таки присудив сперму померлого Деборі [4]. У 2008 р. Апеляційний суд Каліфорнії відмовив позивачці Айріс Ківернеджел використати для запліднення заморожені гамети її чоловіка. Джозеф Ківернеджел здав на зберігання у кріобанк сперму, проте зробив розпорядження знищити її на випадок його смерті [5]. У Великобританії у 2002 р. вдова вимагала отримання заморожених гамет померлого чоловіка, проте їй було у цьому відмовлено, оскільки напередодні смерті він відкликав свою згоду на розпорядження дружиною його гаметами після смерті. Позивачка наводила аргумент, що згода чоловіка була відкликана під тиском одного із медпрацівників закладу, проте суд відмовив їй, бо вважав, що намір чоловіка був повністю зрозумілим [7]. У кожному із цих випадків було виконано

волю померлих і такий підхід цілком логічний та обґрунтований. В Україні проведення посмертних репродуктивних програм нічим не регулюється. Інструкція про застосування ДРТ, затверджена наказом МОЗ України 2008 р. передбачає, що ДРТ застосовуються за письмово оформленою згодою пацієнта. Звідси доходимо висновку, що для зачаття дитини після смерті її батьків, потрібна обов'язкова згода на проведення такої репродуктивної програми, як і в разі застосування будь-якої ДРТ. Очевидно, що цей висновок є суто формальним і не може розглядатися як такий, що був свідомо закладений у зміст норми. Тому стверджувати з упевненістю про неможливість народження у нашій державі посмертно зачатої дитини без оформленої на це прижиттєвої згоди не варто.

Отож, розглянемо випадок, коли зазначеного волевиявлення особи немає. У Франції в 1984 р. трапився перший прецедент щодо визначення долі гамет (справа Parlaix проти банку сперми CECOS). Двадцятичотирирічний чоловік перед проходженням курсу хіміотерапії здав на зберігання у кріобанк свій генетичний матеріал. Жодних розпоряджень щодо його використання на випадок смерті він не залишив. Через два роки цей чоловік помер, а його дружина звернулася до банку з вимогою передати їй гамети покійного для проведення штучної інсеминації, стверджуючи, що таким був їх спільний намір із померлим чоловіком. Жінка отримала відмову. За захистом своїх прав вона звернулася до суду. Суд визначив сперму померлого як "сім'я життя", умову реалізації права людини на продовження роду та присудив передати її вдові [6]. У наступній справі Hall v. Fertility Institute of New Orleans, 647 So.2d 1348 (La. Ct. App. 1994) мати померлого чоловіка прагнула перешкодити партнерші, яка пережила її сина отримати його заморожені гамети, з приводу яких у заповіті нічого не йшлося. Партнерша пред'явила судові підписаний померлим "Act of Donation", що на її думку, підтверджував його бажання посмертно стати батьком. Суд першої інстанції визнав цей документ недійсним, проте суд другої інстанції не підтримав такого висновку і задовольнив вимогу заявниці [7]. Хоча цей документ фактично не встановлював наміру посмертного батьківства, проте в сукупності з іншими доказами він послугував підставою на його підтвердження. Як бачимо, встановлення істинного наміру особи щодо посмертного батьківства/материнства є обов'язковою умовою будь-яких розпорядчих дій щодо її гамет. А відсутність розпорядження щодо них не завжди засвідчує відсутність бажання подарувати життя дитині вже після власної смерті.

У таких справах дуже велика роль належить добросовісності, справедливості і уважності розгляду всіх обставин справи судом. Адже без волевиявлення особи дуже складно з'ясувати її реальне відношення до проведення посмертної репродуктивної програми. Одні фахівці стверджують, що якщо вже особа здала свої гамети на зберігання, то це слід вважати достатнім фактом на підтвердження її бажання стати батьком/матір'ю. З іншого боку, як визначити, чи мала вона намір набути цього статусу при житті і лише з метою самій виховувати власну дитину, чи воліла народження генетично рідної собі дитини за будь-яких умов, навіть у випадку смерті. Не думаю, що категоричний підхід є обґрунтованим у цій категорії справ. Варто розглядати можливими різні варіанти. Наприклад, якщо партнер, інші близькі родичі померлого наполягають на зачатті немовляти від його гамет та підтверджують таке бажання у померлого, очевидно, що відмовляти у зародженні ще одного бажаного людського створіння лише на підставі формальних неузгодженостей, було б, як мінімум, не гуманно. З іншого боку, свідчення спадкоємців померлого не на користь народження дитини можуть бути зумовлені

особистою зацікавленістю і не відповідати дійсності. З'ясувати всі обставини справи з особливою детальністю повинен суд.

Право на репродуктивну автономію особи потрібно розглядати як таке, що складається з обох складових – народжувати або не народжувати дітей [8]. Тому, спрямованими проти забезпечення цього права можна вважати як заборону у посмертному зачатті та народженні дитини, так і їх реалізацію. Видається, що відмова у народженні дитини повинна однозначно застосовуватися лише тоді, коли померлий дуже чітко висловив на це свій намір. В інших випадках варто застосовувати всі можливості, щоб життя все-таки було зароджене.

Саме тому, потрібно розглянути ще одну ситуацію. А саме, – коли намір особи щодо посмертного батьківства встановити майже неможливо. Що робити в такому випадку? Якщо близькі родичі померлого клопочуть про дозвіл використати його гамети для зачаття, мабуть варто надати таку можливість. Проте, що робити, коли ці особи не можуть дійти з приводу даного питання згоди? Наприклад, “проти” клопочуть особи, для яких ця дитина буде конкурентом при спадкуванні. У цьому випадку аргументів не на користь її зачаття та народження для суду може виявитися більше. Виникає питання, чи заперечували б ці особи проти її народження, якби це не зачіпало їхні інтереси? Можливо, в такій ситуації варто відмовити дитині у правовому зв'язку з померлим батьком/матір'ю, щоб не відмовляти у народженні? Наприклад, дружина померлого хоче народити від нього дитину. Визначити його намір щодо цього питання не виявляється можливим. Вона згідна взяти всі обов'язки по догляду і утриманню дитини на себе, без претензій на будь-які спадкові права. Такий варіант розвитку подій також не варто виключати. Адже його єдиним і, без сумніву, позитивним наслідком стає народження ще одного людського життя, а також надання ще одній жінці щастя відчуті радості материнства. Саме тут можна аналізувати ситуацію на основі описаного в літературі фактору наміру. Це означає взяти до уваги наміри всіх зацікавлених сторін. Прижиттєвий намір чоловіка, гамети якого використовуються, його партнерші, а також за наявності, так званої додаткової змінної – її нового партнера, який згідний взяти на себе батьківські обов'язки щодо майбутньої дитини. Не можна нехтувати наміром щодо розпорядження гаметами жодної із цих сторін, рішення повинно прийматися ціною найменшої шкоди [7]. У такому випадку відсутність походження дитини від її померлого батька/матері може послугувати підставою її народження. Цю ситуацію можна назвати, певною мірою, викривленою, оскільки, за загальним правилом, факт народження дитини викликає питання визначення її походження.

Можна виділити два підходи до визначення походження дітей, зачатих після смерті їхніх батьків. Перший, коли дитина походить тільки за умови наявності формальної згоди померлого на посмертне батьківство. І другий, коли намір померлого стати батьком/матір'ю можна довести іншим способом. У деяких законах містяться чіткі вказівки діяти згідно першого варіанту. В одному із законів США спеціальним розділом “Батьківський статус померлої особи” передбачено, що особа, яка здала свої гамети в цілях стати батьком/матір'ю за допомогою ДРТ, померла до зачаття дитини, така особа не може вважатися батьком/матір'ю майбутньої дитини, окрім випадків, коли померлий надавав згоду на застосування ДРТ до його гамет і після смерті. У Флориді, якщо дитина була зачата від гамет померлого, вона не матиме прав на його спадкове майно, окрім випадків, коли померлий давав згоду на таке зачаття [7]. У січні 2002 р. у штаті Масачусетс

уперше було визначено статус посмертно зачатих дітей, як законних спадкоємців своїх померлих батьків. У рішенні було зазначено, що такі діти, як плоди новітніх технологій, не повинні жодним чином бути дискриміновані порівняно з іншими дітьми. Втім, обов'язковою умовою їх правового зв'язку із померлими батьками має бути чітко висловлена прижиттєва згода на таке посмертне батьківство. Один лише факт залишення своїх гамет на зберігання не є достатнім аргументом підтвердження такого бажання [9]. Отож, у цьому випадку встановлення волевиявлення особи стати батьком/матір'ю посмертно і слугує підставою запису про таких осіб, як матір/батька дитини. В такій ситуації потрібно, щоб померлий батько/матір визнав/визнала батьком/матір'ю дитини за заявою зацікавлених осіб, пред'явивши документ, що підтверджує волевиявлення померлого. Дитина, з використанням гамет померлого, може бути народжена, використовуючи генетичний матеріал другого з подружжя, його партнера, донора, з використанням послуг сурогатної матері. Проте, батьком/матір'ю (окрім померлих) такої дитини записуватиметься ініціатор проведення репродуктивної програми по зачатті і народженні.

У випадку, коли закон не ставить чітких обмежень, намір посмертного батьківства/материнства особи можна доводити іншим способом. Необхідно встановити, чим саме підтверджується прийняте при житті рішення особи стати батьком/матір'ю після смерті. Доказами цього можуть бути свідчення другого з подружжя, партнера померлого, близьких родичів, листи, записи телефонних розмов тощо. Підтвердження правового зв'язку дитини та її померлих батьків може відбуватися шляхом встановлення факту посмертного батьківства/материнства за рішенням суду.

Якщо ситуація складеться так, що дитина все таки буде народжена та зареєстрована як законна дитина померлого, перед нею постає ще одна проблема – вибороти своє право на спадщину за померлим батьком/матір'ю. Внаслідок абсолютної законодавчої непристосованості до науково-технічного прогресу у сфері ДРТ, виникають значні труднощі під час реалізації спадкових прав посмертних дітей. Відповідно до ст. 1222 Цивільного кодексу України 2003 р. спадкоємцями за заповітом і за законом можуть бути фізичні особи, які є живими на час відкриття спадщини, а також особи, які були зачаті за життя спадкодавця і народжені живими після відкриття спадщини. Цивільний кодекс штату Луїзіана зазначає, що дитина може спадкувати за померлим батьком/матір'ю, якщо на момент їх смерті вона перебувала в утробі [7]. У Справі *Hart v. Shalala* у США суд відмовив матері, яка позивалася від імені своєї новонародженої дочки, у праві на спадкування, оскільки дитина була народжена пізніше, ніж через 300 днів від дня смерті батька [2]. Трапляються навіть випадки, коли відмова оформити правовий зв'язок дитини з померлими батьками спричинена звичайним бажанням уникнути ускладнень із спадковим майном [9]. Очевидно, що така ситуація жодним чином не може бути виправдана. Правове регулювання відносин має забезпечувати інтереси учасників цих відносин, а не діяти їм на шкоду. Про наслідки недосконалості, а точніше, відсутності нормативного забезпечення сфери посмертного батьківства та дитинства свідчать і інші, не менш шокуючі факти.

До таких, зокрема, зачисляють випадки відібрання репродуктивного матеріалу від осіб, які не давали на це згоди – тих, хто перебуває у комі, померлих на полі бою солдат тощо. Наскільки це етично і виправдано, яка доля таких гамет і народжених внаслідок їх використання дітей, чи можуть вони офіційно вважатися

дітьми своїх померлих батьків – питання спірні. Гадаю, що такі дії можна допускати і вважати виправданими у відповідних екстремальних ситуаціях загальнонаціонального значення, в умовах масових загибелей під час війни, загрози для генофонду та ін. Хоча, звичайно, відповіді на такі питання не повинні залишатися на рівні здогадок.

Окремим моментом постає проблема статусу ембріонів. Оскільки вона не з'ясована на загальноприйнятому рівні, немає змоги з точністю сказати, як правильно чинити з ембріонами померлих людей. Відповідь на питання, хто має ними розпорядитися і як можна це зробити, залишається нез'ясованою. Зарубіжна судова практика йде шляхом різних течій: можливості знищувати ембріони в разі небажання особи набуття статусу посмертного батьківства або залишення за ембріоном права на народження, як за таким, що має власну гідність і право на життя. Законодавство України з приводу даного питання також мовчить.

Очевидно, що розв'язки усіх вищезазначених проблем мають бути передбачені в окремому законодавчому акті, присвяченому регулюванню питань застосування ДРТ. Обов'язково варто детально врегулювати застосування посмертних репродуктивних програм з усіма наслідками для дітей, батьків та інших зацікавлених суб'єктів. Потрібно дати визначення посмертної репродуктивної програми, а також посмертного батьківства/материнства; передбачити обов'язкові умови договорів про передання репродуктивного матеріалу на зберігання та про проведення посмертних репродуктивних програм; передбачити для цих договорів обов'язкову письмову форму з нотаріальним посвідченням тощо. В контексті дослідження, зокрема, цієї статті, запропонуємо до включення у цей спеціалізований закон норми, які стосуються вирішення окреслених у ній проблемних питань, та сформулюємо їх так:

“Обов'язковою умовою договору про проведення посмертної репродуктивної програми та про передання репродуктивного матеріалу на зберігання є розпорядження щодо його використання на випадок смерті власника, або вказівка осіб, уповноважених приймати таке рішення. Якщо зазначені умови не були передбачені відповідними договорами, вони можуть вказуватись у заповіті”.

“Особа має право змінити своє рішення з приводу розпорядження репродуктивним матеріалом на випадок смерті чи щодо осіб, уповноважених приймати таке рішення, шляхом внесення змін у договір або включення відповідного пункту у заповіт, не залежно від того, яким із цих правочинів воно передбачалося”.

“Якщо особа, яка передала свій репродуктивний матеріал на зберігання, не залишила розпорядження щодо його використання на випадок смерті, або щодо осіб, уповноважених приймати таке рішення, питання можливості такого використання вирішується судом в порядку позовного провадження, на підставі з'ясування прижиттєвого наміру цієї особи”.

“Якщо неможливо з'ясувати прижиттєвий намір особи, яка передала свій репродуктивний матеріал на зберігання та не залишила розпорядження щодо його використання на випадок смерті, або щодо осіб, уповноважених приймати таке рішення, рішення про таке використання приймається судом з врахуванням інтересів усіх зацікавлених сторін”.

“Якщо є підстави вважати, що особа, яка залишила своє розпорядження щодо використання репродуктивним матеріалом на випадок смерті, або щодо осіб,

уповноважених приймати таке рішення, змінила своє рішення, проте не встигла належно його оформити, питання про таке використання чи осіб вирішується судом у позовному порядку”.

Необхідно буде внести також низку змін у чинне законодавство нашої держави і передусім у СК України. А саме, – передбачити окрему статтю 123-1 СК України під назвою “Визначення походження дитини, народженої в результаті застосування посмертних репродуктивних програм” та викласти її у такій редакції: “Дитина, народжена в результаті застосування посмертної репродуктивної програми, походить від своїх матері і (або) батька, після смерті яких вона була зачата, якщо при житті вони надали згоду на застосування посмертної репродуктивної програми, якщо таке рішення прийняли уповноважені ними, на випадок смерті, особи або суд. Походження дитини, народженої в результаті застосування посмертної репродуктивної програми, від своїх матері і (або) батька, після смерті яких вона була зачата, визначається на підставі рішення суду про встановлення факту посмертного батьківства/материнства, в порядку окремого провадження”. Відповідно потрібно до ст. 256 Цивільно-процесуального кодексу України 2004 р. під назвою “Справи про встановлення фактів, що мають юридичне значення”, додати пункт десятий, який сформулювати у редакції: “Факту посмертного батьківства/материнства особи”.

Зрозуміло, що ця стаття є лише вступом у надзвичайно складну і цікаву проблематику походження посмертно зачатих дітей. Для унормування правової бази цієї сфери, необхідно розробляти багато нових та вносити зміни у значну кількість діючих правових норм законодавства України. Проте вже сьогодні є гостра потреба робити перші кроки у цьому напрямку, адже для забезпечення суспільного розвитку будь-якої держави розвиток науки у ній повинен бути підкріпленим відповідним правовим забезпеченням.

1. Свитнев. К.Н. Жизнь после смерти. Юридические и этические аспекты посмертной репродукции. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.jurconsult.ru>
2. Cyrene Grothaus-Day, M.D., J.D., FCLM. From pipette to cradle, from immortality to extinction. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://org.law.rutgers.edu/publications>
3. Ruth Zafran. Dying to be a Father: Legal Paternity in Cases of posthumous conception. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.law.uh.edu/hjhlp>
4. Necht v. Superior Court (Kane) (1993) 16 Cal. App. 4th 836 [20 Cal. Rptr. 2d 275]. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.lawlink.com/research>
5. The Court of Appeal of the state of California third appellate district. C055516 (Sup.Ct.No. 05PR01333). [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://divorcedigestforum>.
6. Gail A. Katz. Parlaix c. CECOS: Protecting Intent in Reproductive Technology. Harvard Journal of Law & Technology. Volume, 11 Number 3 Summer 1998. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://jolt.law.harvard.edu/articles/v11.php>
7. Cheri L. Riedel Memphis, Tennessee. The Impact of Modern Reproductive Technology on the Law of Probate: “Frozen Pops” and Inheritance. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.actec.org/public/WenigCompetition/Winners/2004>
8. Katherine van Heugten and Judy Hunter. Assisted Human Reproduction. A brave new world: Where biotechnology and Human Rights Intersect. Chapter 2. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection/Iu199-6-2005E_Biotech_CH2.pdf
9. Christopher A. Scharman. Not Without My Father: The Legal Status of the Posthumously Conceived Child. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.google.com>

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОЙ РЕГУЛЯЦИИ ПОСМЕРТНЫХ РЕПРОДУКТИВНЫХ ПРОГРАММ

И. Рубець

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статье автор исследует сферу посмертной репродукции человека с точки зрения ее правового регулирования. Особое внимание уделено вопросу возможности зачатия ребенка после смерти его биологических родителей, а также установления правовой связи с ними. Обосновывается вывод о допустимости посмертного зачатия как на основании надлежаще оформленного на это волеизъявление донора, так и в его отсутствии. Предлагается внесение ряда изменений в национальное законодательство. Предоставляются предложения относительно формулировки отдельных норм.

Ключевые слова: посмертная репродуктивная программа, факт установления посмертного отцовства/материнства, вспомогательные репродуктивные технологии, распоряжение репродуктивным материалом.

ISSUES OF LEGAL REGULATION OF POST-MORTEM REPRODUCTIVE PROGRAMMES

I. Rubets'

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

The article is devoted to the research of legal regulation of post-mortem human-being reproduction. Specific attention is paid to the possibility of child conception after his/her biological parents' death, and to ascertainment of legal connection with them. Admissibility of post-mortem child conception on the ground of the duly drawn up donor's will, as well as without it, is substantiated. The author makes proposals as to current national legislation amendment by setting special provisions.

Key words: post-mortem reproductive program, fact of post-mortem parentity/maternity establishment, additional reproductive technologies, disposal of reproductive material.

Стаття надійшла до редколегії: 26.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ПРАВОВА ПРИРОДА БЕЗДОКУМЕНТАРНИХ ЦІННИХ ПАПЕРІВ

Л. Саванець

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
e-mail: lsavanets@gmail.com*

У статті досліджено питання правової природи бездокументарних цінних паперів. Проаналізовано й узагальнено існуючі погляди вчених стосовно цієї проблематики та обґрунтовано власний погляд автора з дискусійних питань вчення про правову природу бездокументарних цінних паперів. Сформульовано пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства України у сфері обігу бездокументарних цінних паперів.

Ключові слова: бездокументарні цінні папери, цінні папери, речі, об'єкти цивільних прав.

У класичній теорії права цінних паперів під цінними розуміли документ, що посвідчує майнові права, реалізація яких можлива лише шляхом пред'явлення цього документа. З появою бездокументарних цінних паперів перед доктриною постало питання необхідності здійснення дослідження їх правової природи, проте це питання не було однозначно вирішено, що й зумовлює актуальність досліджуваної проблематики.

Питання правової природи бездокументарних цінних паперів у науковій літературі є дискусійним. Зокрема, зачислення їх до цінних паперів та поширення на них режиму речі обстоюють у своїх працях такі дослідники, як Є. Демушкіна, Д.В. Мурзін, Л. Добриніна, Д. Степанов, Г.Н. Шевченко, М. Крилова, протилежну ж позицію, з трактуванням бездокументарних цінних паперів як нового інституту з властивою лише їм специфікою правового регулювання, відмінною від правового регулювання цінних паперів, обґрунтовують у своїх дослідженнях такі науковці як В.А. Белов, Є.О. Суханов, Є.А. Крашенінников, Є.Ю. Трегубенко, Ф.С. Карагусов.

Метою статті є спроба проаналізувати, дослідити й узагальнити погляди вчених щодо правової природи бездокументарних цінних паперів та обґрунтувати своєї погляд з дискусійних питань вчення про правову природу бездокументарних цінних паперів.

Розвиток доктрини права цінних паперів, починаючи із XIX ст., характеризується різноманітністю поглядів науковців щодо правової природи цінних паперів, які можна згрупувати у дві основні теоретичні концепції: концепцію класичної теорії права цінних паперів та концепцію сучасної теорії права цінних паперів.

Концепція класичної теорії права цінних паперів сформувано у XIX столітті, а її засновниками та представниками були такі відомі цивілісти, як Савіньї, Дан, Хофманн, Бруннер, Н.О. Нерсесов, Г.Ф. Шершеневич, М.М. Агарков, О.А. Красавчиков, В.Ф. Маслов, А.А. Пушкін та інші.

Зазначені науковці у своїх працях обґрунтовували власну позицію на основі подвійної правової природи цінних паперів, характеризуючи їх у двох площинах: як право на цінний папір, тобто паперовий носій, та права з цього цінного паперу, які становлять його зміст і нерозривно пов'язані з паперовим носієм, а суттю цінного паперу є вияв цього взаємозв'язку, причому реалізація прав, що становлять зміст цінних паперів можлива лише шляхом пред'явлення самого документа.

Концепція сучасної теорії права цінних паперів виникла у кінці ХХ ст., і пов'язана з розвитком світових фондових ринків, процесом дематеріалізації цінних паперів та появою на ринках цінних паперів нової форми їх існування – бездокументарних цінних паперів.

Визначення правового статусу бездокументарних цінних паперів у наукових колах дискусійним та характеризується множинністю запропонованих підходів, які теоретично можна розділити на бездокументарний та документарний. Одна група науковців, представники бездокументарного підходу, до яких належать Є. Демушкіна, Д.В. Мурзін, Л. Добриніна, Д. Степанов, Г.Н. Шевченко, М. Крилова, зачисляють бездокументарні цінні папери до цінних паперів, виділяючи лише певні особливості їх правої природи, зокрема вказуючи на те, що цінні папери у формі паперового бланка відрізняються від цінних паперів у формі електронного запису на рахунку лише способом передачі та набуття прав за цими паперами. Інша ж група вчених, представники документарного підходу, зокрема В.А. Белов, Є.О. Суханов, Є.А. Крашенінніков, Є.Ю. Трегубенко, Ф.С. Карагусов, у своїх наукових дослідженнях вказує на цілковиту відмінність між документарними та бездокументарними цінними паперами, заперечуючи приналежність бездокументарних цінних паперів до цінних паперів, встановлюючи при цьому необхідність формування нового інституту бездокументарних цінних паперів, з властивою лише їм специфікою правового регулювання. Вважаємо за необхідне зупинитися на детальнішому розгляді цих підходів.

Обстоюючи позицію приналежності бездокументарних цінних паперів до цінних паперів як об'єктів цивільних прав, Є. Демушкіна зазначає, що не тільки документ, який вміщує визначені майнові права та інший спосіб фіксації, може розглядатися як цінний папір [1, с. 20]. На думку Д.В. Мурзіна, цінним папером як безтілесною річчю є зобов'язальне договірне право, яке регулюється нормами речового права [2, с. 79]. Л. Добриніна зазначає, що бездокументарними цінними паперами є інформація про права, засвідчені іменним або ордерним цінним папером, зафіксована (з допомогою засобів електронно-обчислювальної техніки) на специфічному матеріальному носії, легальним утримувачем якого є особа, яка одержала в установленому порядку спеціальну ліцензію [3, с. 72]. Інший науковець, Д. Степанов, під бездокументарними цінними паперами має на увазі ідеальну оболонку, те що розуміється як цінний папір [4, с. 133]. Аналогічної думки дотримується Г.Н. Шевченко, зазначаючи, що якщо і класичні документарні цінні папери, і бездокументарні цінні папери є оболонкою виражених в них майнових і немайнових прав, які мають ідентичний характер, то важливо дійти висновку, що юридична природа цінних паперів – не залежно від форми їх вираження – однакова [5, с. 31]. М. Крилова, досліджуючи зв'язок та взаємозалежність між цінним папером та його матеріальним носієм, папером, дійшла висновку, що між папером та цінним папером як об'єктом цивільного обігу немає рівності чи необхідної залежності, тому визначати цінний папір через поняття паперу було б неправильним [6, с. 60]. Підтримуючи погляди науковця щодо критики ототожнення цінного паперу та паперового бланка, зазначимо, що папір – не обов'язкова ознака цінного паперу, і тим більше не робить його цінним, а відповідно, цінний папір є не папером, який закріплює майнові права, а ідеальною цілісною сукупністю майнових і немайнових прав.

Одним із яскравих противників віднесення бездокументарних цінних паперів до об'єктів цивільних правовідносин є В.А. Белов, який стверджує, що під цінними паперами як об'єктами цивільних правовідносин необхідно розуміти лише

документи, а не вміщені в них суб'єктивні цивільні права [7, с. 23]. Не погоджуючись із такою позицією дослідника, зазначимо, що бездокументарним цінним папером є специфічний об'єкт цивільних прав, дуалістичність правової природи якого виражається комплексом правомочностей власника щодо майнових та немайнових прав, ним посвідчених, а також сукупністю прав управомоченої за ним особи щодо учасників Національної депозитарної системи. Документи і вміщені в них суб'єктивні цивільні права є у тісному і нероздільному взаємозв'язку, оскільки набуття цінних паперів за неможливості реалізації посвідчених ними майнових та немайнових прав втрачає для набувача будь-який сенс. Науковець вважає, що “цінні папери” і бездокументарні цінні папери - це інститути, які мають різну правову природу, і відповідно інститути, які повинні мати різний правовий режим. І саме зовнішня форма вираження майнових прав є фактором, який визначає правовий режим цих прав [7, с. 23]. Схожих поглядів дотримується Є.О. Суханов, зазначаючи у вступній статті до книги В.А. Белова Цінні папери в російському цивільному праві, що цінний папір як документ належить до рухомих речей, а бездокументарний цінний папір не є цінним папером в прямому значенні слова, а є лише способом фіксації майнових прав [8, с. 14].

Є.А. Крашенінніков також визнає лише документарні цінні папери, констатує, що бездокументарні цінні папери не мають нічого спільного із цінними паперами, і є стосовно них як дещо якісно інше. Своє міркування дослідник обґрунтовував тим, що на відміну від цінного паперу як документа, що втілює визначене суб'єктивне право, “запис про права в пам'яті ЕОМ” слугує лише засобом доказу цих прав і не знаходиться з ним в тому взаємозв'язку, який є між цінним папером і вираженому в ньому праві. Крім того, бездокументарний цінний папір з огляду на свою природу, не має ознаки початку презентації, а статус цінного паперу може набути тільки презентаційний документ. На противагу цінним паперам “запис про права в пам'яті ЕОМ” не може слугувати ні об'єктом речових прав (його неможливо утримувати на праві власності, праві господарського відання тощо), ні об'єктом цивільно-правових договорів (його неможливо продати, подарувати), що слугує додатковим доказом неможливості прирівнювання цього запису до цінного паперу [9, с. 56–57]. Схожі позиції дотримується у своїй праці Є.Ю. Трегубенко [10, с. 13].

Дослідник Ф.С. Карагусов зазначає, що цінний папір є юридичним документом, який містить встановлені законодавцем необхідні умови, а посвідчувальне ним майнове право неодмінно має бути виражене саме на папері. Вимогу матеріалізованості майнових прав на папері доцільно закріпити законодавчим шляхом, оскільки ідея так званих “дематеріалізованих” цінних паперів не відповідає юридичній сутності і правовій природі цінних паперів. Далі вчений зазначає, що цінні папери необхідно розглядати лише як один із способів посвідчення цивільних правовідносин на одній позиції з звичайним цивільно-правовим договором, нотаріальним написом тощо. І якщо права підтверджуються цінним папером, ці ж права не можуть підтверджуватися в о один час якимось іншим способом. А “дематеріалізація” є зовсім інше правовим явищем. На основі наведених міркувань науковець доходить висновку, що сама “дематеріалізація” слугує ще одним самостійним способом закріплення цивільних правовідносин [11, с. 29].

Отже, вище наведені міркування науковців другої групи зводяться у розумінні ними цінного паперу лише як паперового документа, та заперечення можливості існування цінних паперів поза цим матеріальним носієм. Віддаючи належне

систематичності і наполегливості в доведенні власної позиції вищеперелічених дослідників, вважаємо все ж таки їх висновок дещо категоричним і таким, що не зовсім відображає специфіку інституту цінних паперів, та не враховує сучасних вимог його розвитку, зокрема існування бездокументарних цінних паперів, не пов'язаних із паперовими бланками. Критики бездокументарних цінних паперів не хочуть зрозуміти, що не дійсність прислуговує праву, а право – дійсності. Безперечно, враховувати знання, зокрема правові конструкції цінних паперів, одержані результатом столітньої наукової діяльності необхідно, проте не варто ототожнювати при застосуванні таких знань рівень життя суспільства, в тому числі розвитку ринку цінних паперів, у час коли ці міркування висловлювалися і в сьогоденні. Зрозуміло, що в XIX ст., з його розвитком науки та техніки, жоден із цивілістів не міг уявити існування цінних паперів поза паперовим носієм, і саме тому матеріалізованість цінного паперу у папері була необхідною умовою його існування, проте у XXI ст., з розвитком електронно-обчислювальної техніки, це стало цілком можливим, тобто на зміну рівня технічного розвитку суспільства прийшла зміна способу фіксації виражених в цінних паперах прав. Нелогічним вважається надання гіпертрофованого значення паперу як частини матеріального світу, та перенесення правової доктрини минулого у сучасність без врахування новосформованих правовідносин.

Цивільний кодекс України (далі – ЦК України) встановив для цінних паперів титул об'єктів цивільних прав, зачислюючи їх до речей та можливість існування цінних паперів в документарній та бездокументарній формі. Тобто, бездокументарні та документарні цінні папери законодавець розуміє як два одиничні поняття, які входять до єдиного цілого поняття – цінні папери – речі – об'єкти цивільних прав, вважаючи бездокументарні цінні папери речима з поширенням на них речових прав, в тому числі й права власності.

Варто зазначити, що незважаючи на таку позицію законодавця, у правовій доктрині простежується позиція науковців щодо неможливості віднесення бездокументарних цінних паперів до речей. Так, Є.О. Суханов, заперечуючи можливість зачислення бездокументарних цінних паперів до речей, стверджує, що стосовно бездокументарних цінних паперів не можуть виникати речові правовідносини, а лише зобов'язальні [8, с. 14]. В.А. Белов теж вважає, що неможливо поширювати режим речових прав на бездокументарні цінні папери, оскільки права, складові бездокументарних цінних паперів, оборотоздатні самі собою, і становлять самостійний об'єкт цивільних прав, який неможливо вважати речима [7, с. 26]. К.К. Лебедев зачислює до речей документарні цінні папери, які випускаються у вигляді особливого письмового документа, аргументуючи свої міркування тим, що речі – це матеріальні цінності, користування якими можливе доти, поки зберігається їх матеріальна субстанція, а бездокументарні цінні папери, не маючи матеріальної оболонки, навіть умовно не можуть розглядатися як речі, і відповідно, бути об'єктом права власності та інших речових прав [12, с. 2].

Не підтримуючи позицію наведених науковців, спробуємо навести власні міркування та зауваження з цього приводу. Заперечуючи можливість зачислення бездокументарних цінних паперів до речей, дослідники обґрунтовують свої погляди відсутністю документа як предмета матеріального світу. Проте, вважаємо, що і для бездокументарних цінних паперів такий документ є, він лише трансформований з паперового бланку на електронний запис на рахунок. Предмет матеріального світу, річ, при цьому не зникає, а існує як документ, вже не паперовий, а електронний. Зрештою, ЦК України, не визначає цінний папір як

папір, а як документ. Для підтвердження нашої позиції спробуймо з'ясувати, що розуміють під документом в національному законодавстві та у довідковій юридичній літературі.

Слово документ латинського походження (*documentum*) і означає повчальний приклад, свідчення, доказ.

Відповідно до ч. 1 ст. 27 Закону України Про інформацію документом є передбачена законом матеріальна форма одержання, зберігання, використання і поширення інформації шляхом фіксації її на папері, магнітній, кіно-, відео-, фотоплівці або на іншому носіїві. Схоже поняття містить і ст. 1 Закону України Про обов'язковий примірник документів. А ч. 1 ст. 5 Закону України Про електронні документи та електронний документообіг дає визначення електронного документа як документа, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, у тім числі обов'язкові реквізити документа. З наведених визначень робимо висновок, що розуміння документа не обмежується лише паперовим носієм, і електронний запис теж підпадає під таке розуміння, отже є документом.

У довідковій юридичній літературі під документом розуміють матеріальну форму відображення, поширення, використання і зберігання інформації, яка надає їй юридичної сили. Документ може фіксуватися не лише на папері, а й на магнітних чи інших носіях, кіно-, відео-, та фотострічці [13, с. 218].

З наведених визначень доходимо висновку, що електронний запис здійснений зберігачем цінних паперів як форма існування бездокументарних цінних паперів є документом, тобто доказовістю існування бездокументарних цінних паперів у матеріальному світі.

У разі бездокументарної форми існування цінних паперів їх рахунок виступає юридичною категорією, а запис на ньому – як відповідник матеріального об'єкта.

З урахуванням того, що без документарні, так і документарні цінні папери є документом, викликає здивування побудована законодавцем термінологія: бездокументарний документ, тобто законодавець допускає використання двох цілком протилежних термінів. У разі бездокументарної форми існування цінного паперу документ таки існує, відсутнім є лише папір, тому до цієї форми цінного паперу логічніше було б застосовувати термін безпаперовий цінний папір, а сам термін розуміти як історично усталене у наслідок теоретичного та практичного застосування мовне кліше.

Отже, видається необхідним проведення низки змін до чинного законодавства, яке регулює обіг цінних паперів шляхом заміни назв форм існування цінних паперів на безпаперову та паперову, або електронну та паперову.

Вважаємо, що цінні папери незалежно від форми їх існування містять у собі елементи як речового та зобов'язального права. Проте законодавець їх зачисляє до речей, і тим самим поширює на них норми речового права з метою спрощення, універсалізації майнового обороту, захисту прав їх власників. Віднесення ним бездокументарних цінних паперів до цінних паперів підкреслює їх розуміння не як особливого різновиду зобов'язальних прав, а як носія прав, які є однаковими, незалежно від зовнішньої оболонки, форми їх фіксації.

Під час обігу бездокументарних цінних паперів виникають зобов'язальні правовідносини, у яких праву активного суб'єкта, власника бездокументарних цінних паперів, відповідає обов'язок визначеної особи здійснювати певні дії, наприклад емітенту акцій виплачувати вчасно визначену кількість дивідендів або емітенту облігацій здійснювати їх викуп у визначений для цього час, або

утримуватись від них, наприклад емітенту акцій не перешкоджати реалізації акціонером права голосу, тощо.

Проведене дослідження дає підстави для формулювання таких основних висновків:

- Бездокументарні цінні папери існуючі у формі електронного запису на рахунку відрізняються від документарних цінних паперів, у формі паперового бланка лише способом передачі та набуття прав за цими паперами.
- Бездокументарні цінні папери є певною оболонкою, формою зовнішнього вираження інкорпорованих в них майнових та немайнових прав, що мають ідентичний характер з правами посвідченими документарними цінними паперами, а їх виникнення є проявом того самого процесу підвищення оборотоздатності майнових прав, елементом якого є й виникнення документарних цінних паперів.
- Електронний запис на рахунку, який робить зберігач цінних паперів, як форма існування бездокументарних цінних паперів є документом, трансформованим з паперового бланку на електронний запис на рахунку, тобто є доказовістю існування бездокументарних цінних паперів у матеріальному світі, при цьому рахунок слугує юридичною категорією, а запис на ньому - відповідником матеріального об'єкта.
- З урахуванням того, що як документарні, так і бездокументарні цінні папери є у вигляді документа, вважаємо за необхідність проведення низки змін до чинного законодавства, яке регулює обіг цінних паперів шляхом заміни назв форм існування цінних паперів на безпаперову та паперову, або електронну та паперову.

1. Демущкина Е. Становление системы безналичных ценных бумаг в России: правовые проблемы // Экономика и жизнь. – 1995. – № 25. – С. 19 – 25.
2. Мурзин Д.В. Ценные бумаги - бестелесные вещи. Правовые проблемы современной теории ценных бумаг. – М: Статут, 1998. – 176 с.
3. Добрынина Л. Понятие и признаки бездокументарных ценных бумаг // Хозяйство и право. – 1999. – № 6. С.49–52.
4. Степанов Д. Современное российское правопонимание ценных бумаг // Журнал российского права. – 2000. № 7. С. 123 – 134.
5. Шевченко Г.Н. Эмиссионные ценные бумаги: понятие, эмиссия, обращение – М. : Статут, 2006. – 269 с.
6. Крылова М. Ценная бумага – вещь, документ или совокупность прав // Рынок ценных бумаг. – 1997. № 4. С. 57–60.
7. Белов В.А. Юридическая природа бездокументарных ценных бумаг и безналичных денежных средств // Рынок ценных бумаг. – 1997. № 5. С.23–26.
8. Белов В.А. Ценные бумаги в российском гражданском праве / Под ред.проф. Е.А. Суханова. Вступительная статья проф. Е.А. Суханова. – М.: Учебно-консультационный центр “ЮрИнфоР”. 1996. 448 с.
9. Крашенинников Е. А. Понятие и виды предъявительских ценных бумаг // Российский юридический журнал. – 1994. № 2. С.55 - 64.
10. Трегубенко Е.Ю. Ордерные ценные бумаги - Ярославль / Ярославский гос. ун-т им. П.Г. Демидова., 2002. - 104 с.
11. Карагусов Ф.С. Правовой режим ценных бумаг в Республике Казахстан / НАН Республики Казахстан; Институт государства и права {Алматы}. -Алматы: Гылым, 1995. – 216 с.

12. Лебедев К.К. Защита прав обладателей бездокументарных ценных бумаг (материально-и процессуально-правовые аспекты разрешения споров, связанных с отчуждением бездокументарных ценных бумаг) – М. : Волтерс Клувер, 2007. – 167 с.
13. Великий енциклопедичний юридичний словник / За ред. Акад. НАН України Ю. Шемшученка. – К: ТОВ Видавництво “Юридична думка”, 2007. – 992 с.

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА БЕДОКУМЕНТАРНЫХ ЦЕННЫХ БУМАГ

Л. Саванец

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина
e-mail: lsavanets@gmail.com*

В статье исследован вопрос правовой природы бездокументарных ценных бумаг. Проанализированы существующие взгляды ученых относительно этой проблематики и обоснованно собственную точку зрения автора по дискуссионным вопросам учения о правовой природе бездокументарных ценных бумаг. Сформулированы предложения относительно совершенствования действующего законодательства Украины в сфере обращения бездокументарных ценных бумаг.

Ключевые слова: бездокументарные ценные бумаги, ценные бумаги, вещи, объекты гражданских прав.

LEGAL NATURE OF UNCERTIFICATED SECURITIES

L. Savanets'

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
e-mail: lsavanets@gmail.com*

The article is devoted to the issue of the legal nature of uncertificated securities. Different researchers' opinions concerning these issues are analyzed and generalized; author's position on the legal nature of uncertificated securities is grounded. The author makes proposals as to perfection of current legislation of Ukraine on uncertificated securities circulation.

Key Worde: uncertificated securities, securities, items, objects of civil rights.

Стаття надійшла до редколегії: 12.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ТРУДОВЕ ПРАВО ТА ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

СУБСИДАРНЕ ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ ДО ТРУДОВИХ ВІДНОСИН НАЙМАНОЇ ПРАЦІ

В. Гураш

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті досліджується субсидарне застосування норм цивільного права до трудових відносин найманої праці у сучасних умовах розвитку правової системи України. На основі аналізу поглядів українських вчених обґрунтовується можливість та окреслюються умови субсидарного застосування таких.

Ключові слова: субсидарне застосування норм права, аналогія закону, субсидарне застосування норм цивільного права, трудові відносини найманої праці.

Стрижневою проблемою науки трудового права є визначення його місця у системі права України. Її вирішення неможливе поза з'ясуванням взаємодії між галузями трудового і цивільного права, яка втілена у субсидарному застосуванні норм цивільного права до трудових відносин найманої праці. Проблему застосування норм цивільного права до трудових відносин найманої праці розглядали М.Й. Бару, П.Д. Пилипенко, О.І. Процевський, О. Рачинські, П.Р. Ставіській, однак їх погляди є полярно протилежними. Тому дослідження зазначеної проблеми є актуальним, а ця стаття спрямована на вирішення наступних завдань: обґрунтувати можливість та визначити умови субсидарного застосування норм цивільного права України до трудових відносин найманої праці.

Науковці по-різному трактують субсидарне застосування норм права, об'єднавши їх погляди, можна виокремити дві основоположні позиції стосовно цього поняття.

Одна частина авторів (наприклад, М.Й. Бару, А. Боннер, М.І. Брагінський) розглядають субсидарне застосування норм права самостійним правовим явищем, що є застосуванням одних і тих же норм у різних галузях права з метою уникнення повторень однакових норм у цих галузях; при цьому, субсидарне застосування норм права не пов'язане з подоланням прогалін у праві [2, с. 17; 3, с. 11; 4, с. 8].

Наведена позиція щодо суті поняття субсидарного застосування норм права є спірною, адже не узгоджується з теоретичними положеннями про ознаки і систему позитивного права. Так, позитивне право має “вольовий характер, це означає, що сфера дії тієї чи іншої норми права визначається волею нормотворця” [7, с. 47]. Наприклад, якщо законодавець закріпив норми про майнову відповідальність у Цивільному кодексі, то він цим самим, окреслив сферу дії останніх винятково майновими та особистими немайновими відносинами, які є предметом цивільного права. Отож, хоча б ці норми цивільного права об'єктивно могли регулювати суспільні відносини інших галузей права, така можливість обмежена законодавцем. Тобто, законодавець, за загальним правилом, не дозволяє довільно застосовувати норми однієї галузі права до відносин іншої, а тому, навряд чи, свідомо уникає повторень однакових норм у різних галузях права. До того ж, як відомо, відносини

кожної галузі права є специфічними, що обумовлює специфіку їх правового регулювання. З огляду на вказане, помилковим є міркування, що існують абсолютно однакові норми у різних галузях права.

Інша частина науковців (зокрема С.С. Алексєєв, В.В. Лазарєв, П.Р. Ставіській) вважає, що субсидарне застосування норм права є різновидом аналогії закону, де до відносин однієї галузі права, нерегульованих її нормами, застосовується норма іншої галузі права, що регулює подібні (чи найбільш близькі) за змістом суспільні відносини [1, с. 273; 6, с. 179; 14, с. 130]. Іншими словами, у межах поняття аналогії закону, вчені виокремлюють субсидарне застосування норм права.

Щоб з'ясувати, чи субсидарне застосування норм права є різновидом аналогії закону, потрібно визначитися з поняттям останньої. Так, аналогія закону – це застосування до відносин, котрі не регулюються конкретно нормою права, норми, що регулює подібні за змістом суспільні відносини. З огляду на зазначену думку про поняття аналогії закону, висловлену українським законодавцем [16] та науковцями [8, с. 461; 10, с. 427], можна назвати ознаки, що розкривають суть цього правового явища:

- аналогія закону можлива винятково тоді, коли існує прогалина у праві та спрямована на її подолання;
- в аналогії закону застосуванню підлягає чинна норма права, що регулює подібні (чи найбільш близькі) за змістом суспільні відносини;
- аналогія закону не обмежена лише певною галуззю права, тобто відносини, які потребують правового регулювання і подібні за змістом відносини, які врегульовані нормою права, можуть належати, як до однієї, так і до різних галузей права.

Таким чином, підтримуємо думку тих вчених, які вважають, що субсидарне застосування норм права як подолання прогалин в одній галузі права за допомогою норми права іншої галузі, не виходить за межі поняття аналогії закону. У той же час, науковці наголошують, що субсидарне застосування норм права є різновидом аналогії закону, отже як видове поняття характеризується певними специфічними рисами, порівняно із “звичайною” аналогією закону, а не тотожне останній. Вважається, що такою рисою є застосування за аналогією, виключно, норми іншої галузі права. Погоджуємося із зазначеною особливістю, яка відображає саме субсидарний характер застосування норм права. Зокрема слово “субсидарний” (subsidiium) є латинським, якому в українській мові за лексичним значенням відповідають слова “допоміжний”, “такий, що надає підтримку” [5, с. 1214]. Тобто, субсидарне застосування норм права – це допоміжне застосування норм права. Кожна галузь права є порівняно самостійною і, за загальним правилом, регулює суспільні відносини свого предмету власними нормами права. Якщо ж у певній галузі права існують прогалини і для їх подолання за аналогією застосовується норма іншої галузі права, то застосування таких має допоміжний (чи субсидарний) характер.

Науковці застерігають, що можливість субсидарного застосування норм права є обмеженою та існує винятково між галузями права, котрі походять зі спільного “кореня” [1, с. 273]. Яскравим прикладом таких генетично пов’язаних галузей є цивільне та трудове право, які у минулому були єдиною галуззю права, однак внаслідок розвитку суспільних відносин відмежувалися одна від іншої. Відтак, проаналізуємо можливість субсидарного застосування норм цивільного права до трудових відносин найманої праці.

Наукові позиції про можливість субсидарного застосування норм цивільного права до трудових відносин найманої праці, можна поділити на ті, що її заперечують, і ті, що її визнають.

Так, О.І. Процевський наголошує, що субсидіарне застосування норм цивільного права до трудових відносин найманої праці непотрібне і неможливе у жодному разі. Автор зайняв таку негативну позицію, адже, вбачає у субсидіарному застосуванні норм цивільного права посягання на самостійність трудового права, яке володіє власним науковим і технічним інструментарієм, достатнім для вирішення усіх практичних питань цієї галузі [11, с. 11–12]. Поділяємо позицію автора про самостійність трудового права у системі права України. Отож, розглянемо питання чи справді субсидіарне застосування норм цивільного права до трудових відносин найманої праці спростовує самостійність галузі трудового права.

Вважаємо, що субсидіарне застосування норм цивільного права до трудових відносин найманої праці базується на тому, що останні мають спільні риси з майновими договірними відносинами цивільного права. Такими рисами є: спрямованість відносин на отримання економічних цінностей (майновий характер), а також договір як підстава виникнення відносин (договірний характер). Окрім цього, методу трудового і цивільного права властиві спільні риси, якими є: свобода волевиявлення суб'єктів та їх рівність на етапі виникнення відносин. Однак, варто застерегти, що існування спільних рис між майновими договірними відносинами цивільного права і трудовими відносинами найманої праці не означає, що останні позбавлені специфіки. Далеко не всі ознаки трудових відносин найманої праці є притаманні для майнових договірних відносин цивільного права. Наприклад, ознака підпорядкованості людини господарській владі роботодавця характерна для трудових відносин найманої праці, але вона не властива майновим договірним відносинам цивільного права. Аналогічно методу трудового і цивільного права, хоча й притаманні спільні риси, однак є і такі ознаки, які їх розмежовують. Зокрема ознаками методу трудового права, яких немає у методі цивільного права є: поєднання централізованого та локального встановлення прав та обов'язків суб'єктів; застосування спеціальних юридичних санкцій у вигляді заходів дисциплінарної і матеріальної відповідальності.

Окрім цього, висновок про неможливість субсидіарного застосування норм цивільного права до трудових відносин найманої праці є невиправданим з огляду на забезпечення прав людини, що демонструє судова практика. Так, економіст була повідомлена про скорочення її посади. Їй запропонували переведення на іншу посаду, на що працівниця погодилась. Через деякий час на посаду економіста був прийнятий інший працівник. Тоді працівниця оспорила своє переведення, оскільки погодилась на таке під впливом обману. Оскільки у трудовому праві немає норм, за якими зміна умов трудового договору внаслідок обману однієї із його сторін є підставою для визнання недійсності цієї зміни, суд субсидіарно застосував відповідні норми цивільного права [2], які належно регулюють спірні правовідносини. На наш погляд, наведене рішення суду є цілком правомірним.

Таким чином, побоювання, що субсидіарне застосування норм цивільного права до трудових відносин найманої праці є посяганням на самостійність трудового права не мають підґрунтя.

На можливості субсидіарного застосування норм цивільного права до трудових відносин найманої праці наголошували О. Рачиньскі, П.Р. Ставіській, М.Й. Бару, П.Д. Пилипенко. Цю ідею вчені обґрунтовували по-різному.

О. Рачиньскі з однієї сторони відзначав, що трудові відносини найманої праці є предметом трудового права і окреслив їх особливості порівняно з майновими договірними відносинами цивільного права. Попри це, він вказував, що трудовий договір є різновидом цивільного зобов'язання і через це норми загальної частини

(część ogólna) Кодексу зобов'язань 1933 р.¹ слід застосовувати до трудових відносин найманої праці у тій мірі, в якій вони не регулюються спеціальним державним (administracyjne) законодавством і колективними договорами [17, с. 70–86]. Отже, автор вважав, що трудові відносини найманої праці регулюються загальними нормами, якими є норми цивільного права та спеціальними нормами, якими є норми трудового права. Така думка характеризує трудові відносини найманої праці як складову предмету цивільного права, з чим ми не погоджуємося.

П.Р. Ставіській вважав, що можливість субсидіарного застосування норм цивільного права до трудових відносин найманої праці, обумовлена існуванням прогалин у трудовому праві. Автор підкреслював, що застосування таких набуло особливого поширення на етапі становлення трудового права в Україні, коли у ньому ще не було сформульовано багатьох власних галузевих норм. З розвитком трудового права потреба субсидіарного застосування норм цивільного права поступово зникає. Для обґрунтування своєї позиції вчений наводив приклад, що до 1929 р. матеріальна відповідальність працівників трудовим правом не регулювалася, це приводило до субсидіарного застосування норм цивільного права про майнову відповідальність. Після прийняття відповідних норм у трудовому праві, необхідність субсидіарного застосування норм цивільного права зникла. Відповідно норми трудового права, за загальним правилом, обмежили матеріальну відповідальність працівників, порівняно з майною відповідальністю за цивільним правом [14, с. 136–137].

Підтримуємо погляди П.Р. Ставіського, адже він вірно обґрунтовує можливість субсидіарно застосовувати норми цивільного права до трудових відносин найманої праці, необхідністю подолання прогалин у трудовому праві. Так, тільки тоді, коли норм трудового права немає, можуть субсидіарно застосовуватися норми цивільного права. Пояснюється це тим, що норми трудового права у найбільшій мірі відповідають природі трудових відносин найманої праці, тому є найефективнішими правовими регуляторами останніх. Більше того, наведена ідея закріплена законодавцем у ч. 1 ст. 9 Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р. № 435-VI [15]. Відзначимо, що у судовій практиці України трапляються випадки застосування норм цивільного права у порушення зазначеного законодавчого положення. Наприклад, працівник працював за трудовим договором у м. Дубно. 1 червня 2009 року він не вийшов на роботу і повідомив телефоном роботодавця, що перебуває у Республіці Польща на заробітках і бажає розірвати з ним трудовий договір. Роботодавець звернувся до суду з вимогою про розірвання трудового договору з цим працівником. Суд розірвав трудовий договір, керуючись нормою цивільного права за якою, договір може бути розірвано за рішенням суду на вимогу однієї із сторін у разі істотного порушення договору другою стороною [12]. У наведеній ситуації, трудові відносини найманої праці з належною повнотою регулюються нормами трудового права, якими передбачено вичерпний перелік підстав припинення трудового договору, серед яких немає ініціативи однієї із сторін у разі істотного порушення договору другою стороною. Відтак, на наш погляд, повне вичерпне регулювання відносин щодо підстав припинення трудового договору нормами трудового права, унеможливує субсидіарне застосування норм цивільного права з цього питання.

¹ Кодекс зобов'язань ухвалений 27 жовтня 1933 року розпорядженням президента Другої Речі Посполитої і діяв на території Галичини. Цей акт був джерелом цивільного права, регулював цивільні зобов'язання, складався з загальної і спеціальної частини, налічував 645 статей.

М.Й. Бару підкреслював, що субсидіарне застосування норм цивільного права до трудових відносин найманої праці є можливим, адже суспільним відносинам, що є предметом трудового і цивільного права властиві спільні ознаки. З огляду на вказане, М.Й. Бару наголошував на тому, що у трудовому і цивільному праві є норми права і поняття, які однаково трактуються і застосовуються у цих галузях права. Такими поняттями є: договір, умова договору, строк, зобов'язання, регресні зобов'язання, вина тощо [2, с. 17–18].

Підтримуємо думку автора про те, що однією із умов, яка дозволяє субсидіарно застосовувати норми цивільного права є спільність ознак трудових відносин найманої праці і майнових договірних відносин цивільного права. Однак вчений не окреслює, які ж ці спільні ознаки. До того ж, вважаємо, що для субсидіарного застосування норм права недостатньо спільних ознак у предметі двох різних галузей права, адже це не означає, що спосіб їх правового регулювання є однаковим. Поруч із спільними ознаками предмета суміжних галузей права, потрібні спільні ознаки методу їх правового регулювання. Застереження викликає також те, що поняття, які автор вважає однаковими для трудового і цивільного права, такими не є. Їх особливості виявляється у межах конкретної галузі права. Наприклад, на відміну від цивільних договорів, сторони трудового договору є рівними лише на стадії його укладення. Так само, можливість договірного встановлення умов трудового договору обмежується централізованим законодавством у більшій мірі, ніж умов цивільного договору.

П.Д. Пилипенко наголошує на тому, що субсидіарне застосування норми цивільного права до трудових відносин найманої праці є можливим, але це повинно відповідати принципам трудового права [9, с. 52]. Як бачимо, вчений обґрунтовує можливість субсидіарного застосування норм цивільного права до трудових відносин найманої праці винятково дотриманням однієї умови застосування таких, а саме відповідність принципам трудового права.

Наведена думка вченого є слушною, адже, принципи трудового права відображають сутність, засадничі закономірності правового регулювання трудових відносин найманої праці. Через це невідповідність їм, означає, що трудові відносини найманої праці регулюються неналежно і неефективно. З огляду на вказане, узгодження з принципами трудового права є надійною гарантією того, що норма цивільного права, яка застосовується субсидіарно, відповідатиме природі трудових відносин найманої праці. І навпаки, недотримання принципів трудового права має наслідком обмеження трудових прав працівників. Це підтверджує судова практика. Так, громадянин уклав строковий трудовий договір з ТзОВ “Хмельницьклегпром”. У цьому договорі сторони передбачили умову, за якою працівник зобов'язується виплатити ТзОВ неустойку у розмірі 6000 (шість тисяч) гривень, за умови розірвання трудового договору з ініціативи працівника до закінчення строку його дії. Працівник виявив бажання розірвати трудовий договір з власної ініціативи до закінчення строку його дії, однак відмовився платити неустойку. Роботодавець звернувся до суду з вимогою стягнути з працівника неустойку. Суд відмовив у задоволенні позову [13]. Вважаємо, що рішення суду є правомірним, оскільки він виходив з того, що чинним трудовим законодавством України не передбачено жодних штрафних санкцій для працівників, за ініціативою яких розірвано строковий трудовий договір. У свою чергу, незаконність умов договорів про працю, які погіршують правове становище працівників у трудових правовідносинах порівняно з умовами, встановленими у централізованому законодавстві і договорах про працю вищого рівня є одним із принципів трудового

права України. Тому суд відмовився від субсидіарного застосування норм цивільного права про неустойку, оскільки це не узгоджується з принципом трудового права та обмежує свободу укладення трудового договору.

На основі аналізу поглядів українських вчених, які обґрунтовували можливість субсидіарного застосування норм цивільного права до трудових відносин найманої праці, можна визначити, що кожен автор виокремлював лише певну умову, яка забезпечує правомірність їх застосування, разом з тим, ніхто не врахував усієї повноти таких умов.

Дослідивши субсидіарне застосування норм цивільного права України до трудових відносин найманої праці, можна зробити такі висновки:

1. В умовах існування прогалин у трудовому праві України, без субсидіарного застосування норм цивільного права до трудових відносин найманої праці, практично неможливо вирішити низку правових ситуацій щодо забезпечення трудових прав працівників. Тому з огляду на необхідність охорони трудових прав людини і подолання прогалин у трудовому праві, субсидіарне застосування норм цивільного права до трудових відносин найманої праці є можливим. Така можливість не спростовує самостійного становища трудового права у системі права України, оскільки не заперечує існування специфічних рис у його предметі і методі правового регулювання.

2. Правомірність субсидіарного застосування норм цивільного права до трудових відносин найманої праці забезпечується дотриманням наступних умов у поєднанні:

- трудовим відносинам найманої праці і майновим договірним відносинам цивільного права властиві спільні ознаки, якими є: їх спрямованість на отримання економічних цінностей і договір як підстава виникнення;
- методу трудового і цивільного права характерні спільні риси, такі, як: свобода волевиявлення суб'єктів та їх рівність на етапі виникнення відносин;
- відповідність принципам трудового права, адже вони мають основоположне значення у правовому регулюванні трудових відносин найманої праці, їх порушення неодмінно приводить до порушення трудових прав людини.

1. Алексеев С.С. Проблемы теории права: Курс лекций в двух томах. Т.2. – Свердловск, 1973 – 401 с.
2. Бару М.И. О субсидиарном применении норм гражданского права к трудовым отношениям // Советская юстиция. – 1963. – № 14. – С. 17–18.
3. Боннер А. Субсидиарное применение законодательства при разрешении судом гражданских дел // Советская юстиция. – 1979. – № 10. – С. 11–12.
4. Брагинский М.И. Гражданский кодекс. Часть первая. Три года спустя // Хозяйство и право. – 1998. – № 1. – С. 3–20.
5. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / Уклад і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.: Ірпінь, 2005. – 1728 с.
6. Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. – М.: «Юридическая литература», 1974. – 184 с.
7. Леушин В.И. Способы применения права при пробелах в советском законодательстве. – В кн.: Проблемы применения советского законодательства. – Свердловск, 1973. – С. 42–59.
8. Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. – М.: Госюриздат, 1960. – 511 с.
9. Пилипенко П.Д. Підстави виникнення індивідуальних трудових правовідносин. – К.: Товариство “Знання”, 2003. – 146 с.

10. Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов / Под общ. ред. академика РАН, д.ю.н., проф. В.С. Нерсисянца. – М.: Норма, 2004. – 832 с.
11. Процевский А.И. Метод правового регулирования трудовых отношений. – М.: “Юридическая литература”, 1972. – 288 с.
12. Рішення Дубенського міськрайонного суду Рівненської області від 18 грудня 2009 року [Електронний ресурс] / Єдиний державний реєстр судових рішень України. – Режим доступу до документа: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/7117632>.
13. Рішення Хмельницького міськрайонного суду Хмельницької області від 18 червня 2009 року № 2-3758-09 [Електронний ресурс] / Єдиний державний реєстр судових рішень України. – Режим доступу до документа: <http://www.reyestr.court.gov.ua>.
14. Стависский П.Р. Проблемы материальной ответственности в советском трудовом праве. – Киев-Одесса: “Вища школа”, 1982. – 183 с.
15. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 року № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40-44. – Ст. 356.
16. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 року № 1618-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40-42. – Ст. 492.
17. Raczynski A. Polskie prawo pracy. – Warszawa, 1930.

СУБСИДИАРНОЕ ПРИМЕНЕНИЕ НОРМ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА УКРАИНЫ К ТРУДОВЫМ ОТНОШЕНИЯМ НАЕМНОГО ТРУДА

В. Гураш

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статье исследуется субсидиарное применение норм гражданского права к трудовым отношениям наемного труда в современных условиях развития правовой системы Украины. На основании анализа взглядов украинских ученых обосновывается возможность и очерчиваются условия субсидиарного применения таких.

Ключевые слова: субсидиарное применение норм права, аналогия закона, субсидиарное применение норм гражданского права, трудовые отношения наемного труда.

SUBSIDIARY APPLICATION OF CIVIL LAW NORMS OF UKRAINE TO EMPLOYMENT RELATIONS

V. Gurash

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

In the article subsidiary application to employment relations in current conditions of Ukraine's legal system development is researched. On the basis of Ukrainian scholars' views analysis, the possibility and outlined conditions of civil law norms subsidiary application are substantiated.

Key words: law norms subsidiary application, analogy of law, civil law norms subsidiary application, employment relations.

Стаття надійшла до редколегії: 07.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

МІСЦЕ АКТИВ ОРГАНІВ СУДОВОЇ ВЛАДИ У СИСТЕМІ ДЖЕРЕЛ СУЧАСНОГО ТРУДОВОГО ПРАВА

O. Kim

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул.Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

Стаття присвячена визначенню місця активів органів судової влади в системі джерел сучасного трудового права. У статті аналізуються окремі види активів органів судової влади та виділяються їх характерні ознаки.

Ключові слова: трудові правовідносини, джерела права, акти органів судової влади, нормотворча діяльність.

В умовах реформування судової системи України, з'ясування можливостей судових органів творити право є саме на часі. Актуальність досліджень у цій сфері зумовлена зміною пріоритетів державної політики, її цільового спрямування. Проголошення людини, її прав і свобод найвищою цінністю держави, а головним завданням держави – їх визнання, добримання і захист, зумовлюють необхідність проведення наукових досліджень з метою визначення шляхів досягнення цих цілей. Одним з таких є визнання у межах вітчизняної правової системи різних форм права, у тому числі і активів судових органів.

Потрібно зазначити, що питання визнання за судами нормотворчих функцій дискутується давно. У своїх дослідженнях їм приділяли увагу такі вчені як Р.З. Лівшиц, А.Ф. Черданцев, О.В. Попов, Є.В. Семянов, Е.А. Єршова, С.В. Шевчук, О.М. Ярошенко, Л.А. Луць та інші.

Необхідність забезпечення тотального панування центральних органів державної влади часів Радянського Союзу обумовили доктринальне і практичне невизнання активів органів судової влади джерелами права. У СРСР право створювати норми права безапеляційно належало органам законодавчої та виконавчої влади, а судам у цьому відмовляли. Це призвело до того, що за радянських часів панувало негативне ставлення до судової нормотворчості.

З часу панування командно-адміністративних методів управління і до сьогодні ситуація кардинально не змінилась. Як і тоді, акти органів судової влади не відносять до джерел права. При цьому, основним аргументом противників наділення судів нормотворчими функціями є покладення на них повноважень щодо застосування вже чинних норм права, а не їх творення.

Нагадаємо, що свого часу розподіл влад на законодавчу, виконавчу та судову був здійснений головним чином з метою недопущення домінування однієї з гілок влади над іншими. Відтак, можливість нормотворення визнавалась винятково за органам законодавчої влади, виконання ухвалених норм права мало забезпечуватись виконавчими органами, а судам відводилась роль по застосуванню правових норм у разі виникнення спору. Однак, як показує практика цей механізм стимувань і противаг у “чистому” вигляді функціонувати не може. Адже вже сьогодні органи виконавчої влади на повну творять нові норми, хоч це і протирічить меті їх створення і завданням, котрі на них покладаються згідно з теорією розподілу влад.

Тобто вже сьогодні право проявляється у різних формах. А тому, як справедливо зазначає Р.З. Лівшиць, усе це примушує замислитись над тим, чому, відійшовши від чистої схеми: джерело права – закон, ми охоче надали місце в

низці творців права органам управління, але категорично відмовили в цьому третій владі – судовій [1, с. 4]. Справа в тому, що суд через його більшу незалежність і кваліфікацію набагато менше був прийнятний і зручний для тоталітарного радянського режиму як орган влади. І в цьому, очевидно, причина багаторічного невизнання за судами нормотворчих функцій у тогочасній теорії держави і права.

Після відмови від ідеї тоталітаризму у 90-х роках ХХ ст., на жаль, вітчизняна юридична наука так і не змогла позбутись старих стереотипів про постійний і всеохоплюючий контроль законодавчої та виконавчої влад над суспільним життям. Тому органи судової влади не вважались суб'єктами нормотворення.

Існуючі тенденції розвитку вітчизняного права обумовлюють потребу вкотре повернутись до питання про наділення органів судової влади нормотворчими повноваженнями.

Нездатність вітчизняного права вчасно реагувати на потреби суспільного життя, позбуватись дефектних норм та адекватно оновлюватись свідчать про відсутність в Україні ефективного правового механізму, який би відповідав об'єктивним закономірностям функціонування суспільства. За таких обставин найбільш об'єктивно та оперативно виявляти прогалини та колізії чинного законодавства можуть саме органи судової влади. Проте, видається, виявити і вказати на правові упущення не є достатнім. Такі органи повинні мати повноваження усувати правові колізії та прогалини. З урахуванням цього, визнання за судами нормотворчих функцій здатне забезпечити якісне вдосконалення права та очищення його від тягаря недоліків.

Потреба наділення актів судової влади нормативністю зумовлена також тим, що в процесі застосування деяких законодавчих норм у реальних життєвих обставинах суди змушені тлумачити, конкретизувати їх, внаслідок чого формуються нові правила. Серед чинників, що сприяють цьому, О.М. Ярошенко справедливо вирізняє: подолання судами правових прогалин і колізій, застосування “оціночних” понять трудового законодавства (грубе порушення трудових обов'язків, аморальний проступок, поважна причина) та ін. [2, с. 235].

Загалом юридична наука визнає *de facto* акти органів судової влади джерелами трудового права [2, с. 223–236; 3, с. 114–118; 4, с. 29; 5, с. 234]. Тобто, офіційне невизнання нормотворчих функцій судової влади як одного з проявів її публічно-правового характеру, компенсується доктринальним визнанням.

Аналіз вітчизняної правової системи дозволяє зробити висновки про те, що окремі акти судів загальної юрисдикції та Конституційного Суду України уже сьогодні вважаються джерелами права. Зокрема, про це уже давно відзначалось у науковій літературі [2, с. 235; 3, с. 114–118; 4, с. 29; 5, с. 234; 6, с. 69; 7, с. 1–38].

Наприклад, джерелами трудового права уже сьогодні вважають рішення Конституційного Суду про визнання неконституційними законів чи підзаконних нормативно-правових актів, а також рішення про офіційне тлумачення Конституції України та законів України. При цьому, треба звернути увагу на те, що нормотворення – це не тільки процес створення норм права, але також і процес їх скасування. Як справедливо зазначає В.В. Невинський, правотворення у широкому значенні розуміють як цілеспрямовану діяльність органів державної влади або самого народу щодо створення, зміни або скасування загальнообов'язкових правил поведінки (норм права) шляхом визначеної формально-юридичної процедури [6, с. 69]. Тобто, скасовуючи норму права, Конституційний Суд фактично здійснює нормотворчу діяльність – створює нову норму.

Крім цього, Н.В. Федоренко та З.С. Лусегенова переконують, що за своїм змістом право доповнювати закон та вказувати на межі його застосування не відрізняється від права створювати закони [8, с. 95]. Тому, рішення Конституційного суду про офіційне тлумачення Основного закону нашої держави та інших законів теж за своєю природою є джерелом права. Суть норми, яка створюється у цьому випадку, полягає у встановленні обов'язку розуміти певне правове положення так, а не інакше. І саме в цьому ми вбачаємо прояв позитивної нормотворчої діяльності Конституційного Суду України.

Сьогорні також і суди загальної юрисдикції створюють і скасовують норми права. Наприклад, постанови судів, які у порядку судового нормоконтролю, визнають такими, що не відповідають закону певні підзаконні нормативно-правові акти, скасовують їх. Постанова суду у такій справі після набрання законної сили зумовлює втрату чинності відповідного підзаконного нормативно-правового акту, або його частини, а також тих нормативно-правових актів, які базувались на акті, що його визнано незаконним. Визнання судом нормативно-правового акта незаконним і позбавлення його в такий спосіб юридичної сили по суті рівнозначне прийняттю іншого нормативного акта, який скасовує перший.

Прикладом позитивного нормотворення судів загальної юрисдикції вважають прийняття судового рішення за аналогією закону чи на основі оціночних понять трудового права, зміст яких не розкривається у нормативно-правових актах чи договорах. У кожному такому випадку суд створює нову норму, фактично прецедент, адже зазначає як потрібно розуміти те чи інше погочення. А, як вже було зазначено, тлумачення норми права за своїм змістом близьке до нормотворення.

Створювати норми права у такий спосіб можуть суди загальної юрисдикції всіх рівнів. Хоч на перший погляд, увити собі ситуацію, коли рішення районного суду у конкретній справі, що має індивідуальний характер, стане обов'язковим у певній мірі для сусіднього районного суду тієї ж області важко, проте, все ж можливо.

Упродовж багатьох років найбільш актуальні судові рішення, які мають прецедентний характер, з метою уніфікації судової практики публікуються у Віснику Верховного Суду України, Віснику Господарського судочинства, Віснику Вищого адміністративного суду України. Офіційне опублікування цих рішень покликане спрямувати і зорієнтувати суди при вирішенні аналогічних справ дотримуватись позиції, яка у них викладена. А, як відомо, для нищестоящих судів загальної юрисдикції все, що опубліковано у вказаних вісниках *de facto* було, є і буде керівними вказівками при розгляді конкретних справ. При цьому, офіційно публікуються не лише рішення вищих спеціалізованих судів та Верховного Суду України, але також і рішення судів, які розглядали спір по першій інстанції і ці рішення при перегляді їх у апеляційному та касаційному порядку не були скасовані. Це свідчить про підтримку і підтвердження правильності позиції, якої притримувався суд, вирішуючи справу по першій інстанції. У контексті дослідження цих питань, доцільно послатись на відомого російського вченого-правника дореволюційного періоду Н.М. Коркунова, який ще свого часу вважав однакове застосування судами законодавства однією з умов здійснення правосуддя. А таке, на його думку, неможливе без одноманітної, стійкої судової практики. Саме тому суд завжди схильний підтримувати те положення, яке вже усталене попередньою практикою. Тому, найбільш вірогідно, що правова позиція, висловлена у рішенні суду, яке переглядалось всіма вищестоящими судами і після

цього набрало законної сили, буде підтримуватись також і іншими судами в аналогічних справах [9, с. 298].

Досвід використання правових позицій, що виражається в рішеннях судів у конкретних справах, у тому числі і вищих судових органів, причому принципового характеру, у літературі отримав назву прецедентна практика [10, с. 354]. Та на відміну від прецедента як джерела права, деякі науковці прецедентну практику не розглядають як форму права [2, с. 227]. На їх думку, у результаті такої діяльності нові норми права не створюються, а лише пропонується приклад розуміння й використання вже існуючої правової норми. Одночасно, ними ж звертається увага, що у певних випадках суди таки можуть творити право. Але це швидше винятки із загального правила, переконані вони. Зокрема, такі виключення трапляються у разі, коли практика стикається з прогалинами у праві. За таких обставин суди вимушені заповнювати пустоти, застосовуючи інститути аналогії закону або аналогії права. Таку діяльність судів у літературі пропонують вважати “правонаповнювальною”. Оскільки подібне заповнення завжди матиме тимчасовий характер і припинятиметься законодавцем, то його інколи називають не “заповненням”, а “подоланням”, підкреслюючи його вимушений характер [2, с. 227].

Проте, на нашу думку, наведені аргументи не є достатньо переконливими. Швидше навпаки, вони доводять можливість суду творити норми права у випадках, коли законодавчого регулювання певних відносин бракує і, як наслідок, утворюються правові прогалини.

Ще одним прикладом суддівського нормотворення є правові позиції, висловлені у постановках вищих органів судової влади.

Згідно з чинним Законом України “Про судоустрій та статус суддів” від 7 липня 2010 р. № 2453-VI у системі судів загальної юрисдикції діють пленум Вищого Господарського Суду України та пленум Вищого Адміністративного Суду України, а також діятиме пленум Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ. Зазначені колективні органи наділені правом узагальнювати судову практику з метою вироблення роз’яснень рекомендаційного характеру з питань застосування судами законодавства при вирішенні справ. Відповідні повноваження у Пленумі Верховного Суду України відібрані.

Проте позбавлення повноважень Пленуму Верховного Суду України, не припинило наукову дискусію щодо правової природи його постанов. Адже Пленум Вищого Господарського Суду України у силу специфіки справ, які підвідомчі господарським судам, нових норм права для регулювання трудових відносин у своїх постановках не наводить. А Пленум Вищого Адміністративного Суду України (діє з 2006 року) і досі не ухвалив постанови з питань застосування законодавства при вирішенні трудових спорів. Хоча такі складають значну частку суддівського навантаження. Йдеться, насамперед, про спори пов’язані із регулюванням відносин проходження державної служби.

Потрібно звернути увагу на те, що у контексті вирішення питання про можливість визнання актів органів судової влади джерелами трудового права, чи не найбільш запеклою у його складі є дискусія щодо віднесення до джерел права саме постанов Пленуму Верховного Суду України.

У юридичній літературі упродовж довгого часу панувала думка, згідно якої постанови пленумів вищих судових інстанцій не можуть бути джерелами права. Натомість сьогодні, все більше науковців переконують у тому, що постанови пленумів вищих судових органів усе таки є формами права. Попри те, що по своїй

суті діяльність пленумів вищих органів судової влади зводиться до тлумачення права, прихильники такої позиції зазначають, що це тлумачення стає обов'язковим зразком для судів при вирішенні конкретних справ. Роз'яснення закону, яке пропонується у постановах пленумів вищих органів судової влади, вказує на єдність підходів у вирішенні аналогічних правових спорів, сприяє стабілізації та стійкості судової практики.

Дуже важливим для характеристики значимості постанов пленумів вищих органів судової влади є аналіз постанови Пленуму Верховного Суду України № 14 від 18.12.2009 р. "Про судові рішення у цивільній справі", де зазначається, що у необхідних випадках суд зазначає про урахування постанов Пленуму Верховного Суду України з питання застосування норм процесуального та матеріального права, які підлягають застосуванню у справі [11, с. 4]. Відтак рішення суду, який не врахував під час розгляду справи правові позиції, наприклад Пленуму Верховного Суду України, може бути скасоване під час перегляду його вищестоящими судами. І, у підсумку, справа все ж таки буде розглянута із врахуванням цих позицій або самим Верховним Судом України, або при повторному її розгляді.

При цьому треба підкреслити, що роз'яснення пленумів вищих органів судової влади мають саме нормотворчий, а не правозастосувальний характер. А судова практика відіграє роль емпіричної бази, яка властива будь-якому нормотворчому процесу. Адже нормотворення ґрунтується на вивченні суспільних відносин і пошуку способів їх регулювання, а не на самовільному вигадуванні [12, с. 229].

Акти органів судової влади, котрі наводились вище, ухвалюються ними у результаті нормотворчої діяльності і є зовнішнім виразом (формами) такої. Сам термін нормотворча, або ж правотворча, діяльність судових органів широко використовується у науковій літературі. Наприклад, російський науковець О. Попов під терміном "судова правотворчість" розуміє особливий різновид правотворчості, діяльність вищих органів судової влади з метою створення необхідних умов для здійснення правосуддя, що не суперечить конституції й загально визнаним принципам та нормам міжнародного права, спрямована на внесення вторинних (допоміжних, додаткових) змін до чинної системи права, що обумовлена необхідністю усунення невизначеності права, результатом якої стають норми, що закріплені у судових актах [13, с. 54].

Інший сучасний російський дослідник Є. Сем'янов зазначає, що судова правотворчість це похідний процес формування права. Він зумовлюється діяльністю по здійсненню правосуддя (юрисдикційна діяльність) та завершується на підставі аналізу судової практики. Ця діяльність здійснюється державними компетентними судовими органами і спрямована на створення правових норм, а також на їх подальше вдосконалення, зміну та скасування, - та здійснення впливу на соціальне життя [14, с. 31].

Запропоновані визначення російських науковців мають одну характерну спільність: у процесі судової правотворчості створюються, змінюються або скасовуються правові норми. Що, очевидно, є вірним і відповідає теперішнім тенденціям розвитку правового регулювання.

У контексті вирішення питань судового нормотворення не можемо не звернути увагу на ще один бік цієї проблеми. Йдеться про визначення місця цих форм права у системі джерел трудового права України.

Одним із найпоширеніших критеріїв формування системи джерел права є їх ієрархічність, тобто встановлення суворих правил співвідношення джерел права. За таким критерієм поділу система джерел трудового права набуває вертикальної

структури. На правильність такої побудови свого часу звертав увагу С.Л. Зівс вказуючи на замкнутий характер системи[15, с. 34].

Використання цього критерію було притаманне радянській системі джерел трудового права, адже дозволяло закріпити тоталітарний режим державного управління. А місце в системі для того чи іншого джерела права визначалось в залежності від значимості органу – творця норми та його розташування в системі державних органів. Така позиція науковців того часу заслуговує на увагу лише частково. Адже принцип ієрархічності неодмінно залишається і повинен зберігатися при формуванні сталої системи джерел трудового права. Однак він не може вважатись єдиним критерієм побудови. Система джерел трудового права повинна бути органічною і володіти рядом горизонтальних внутрішніх зв'язків між актами різних органів.

Нагадаємо, що у теорії трудового права виділяють наступні джерела права: нормативно-правові акти, нормативно-правові договори, звичаї та акти органів судової влади. При цьому, основний масив джерел права складають нормативно-правові акти. А роль інших джерел права, у тому числі і актів органів судового влади, полягає у конкретизації положень нормативно-правових актів, у заповненні прогалин правового регулювання певних суспільних відносин, у створенні цілком нових норм права, якщо у цьому виникає практична потреба. Враховуючи це можна констатувати, що такі джерела трудового права мають допоміжний характер. Але це аж ніяк не свідчить про їх факультативність. Навпаки, вони застосовуватимуться тоді, коли поза увагою нормативно-правових актів залишились певні суспільні відносини, що потребують правового забезпечення. Або ж зміст нормативно-правових актів не дозволяє однозначно тлумачити певну норму права. У цій ситуації тлумачення норми права судовими органами набуває ознак нормативності.

Відтак, будучи частиною системи джерел трудового права, акти органів судової влади взаємодіючи з іншими видами джерел трудового права разом формують цілісну систему. І незалежно від критеріїв класифікації джерел, їх видів, поняття і змісту всі вони виступають у межах тієї чи іншої правової системи як єдине ціле, що її формує й наповнює конкретним нормативним змістом.

1. Лившиц Р.З. Судебная практика как источник права/ Р.З. Лившиц // Судебная практика как источник права. – М.: Институт государства и права Российской Академии наук, 1997.– 48 с.
2. Ярошенко О.М. Джерела трудового права України: Дис... д-ра юрид. наук: 12.00.05 / О.М. Ярошенко// Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2007. — 476 с. — Бібліогр.: арк. 425–476.
3. Трудове право України: Академічний курс: [підручн. для студ. вищ. навч. закл./ П.Д. Пилипенко, В.Я. Бурак, З.Я. Козак та ін.]; за ред. П.Д. Пилипенка. – 4-те вид., переробл. і доповн. - К.: Ін Юре, 2010. – 536 с.
4. Созонтова А.В. Европейское трудовое право: понятие, основополагающие источники и их значений для трудового права России: Дис.... канд. юрид. наук: 12.00.05/ Пермь, 2006.- 193 с.
5. Ершова Е.А. Сущность, источники и формы трудового права в Российской Федерации/ Е.А. Ершова.- М.: РАП, 2008.- 452 с.
6. Невинский В.В. Конституционный Суд Российской Федерации и правотворчество в России/ В.В. Невинский // Вестник Конституционного Суда РФ. – 1997. – № 3. – С. 69 – 72.

7. Шевчук С.В. Загальнотеоретичні проблеми нормативності актів судової влади: автореф. дис... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / С.В. Шевчук// Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2008. — 38с.
8. Федоренко Н.В., Лусегенова З.С. Некоторые аспекты правоприменения в арбитражном процессе/ Н.В. Федоренко, З.С. Лусегенова // Вестник ВАС РФ. – 2002. – № 6. – С. 91 – 97.
9. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права / Авт. предисл. И.Ю. Козлихин. — науч. изд., [репринтное]. — М.: Юридический центр Пресс, 2003. — 430 с.
10. Алексеев С.С. Общая теория права: Учебник: В 2-х т. – Т. 1. – М.: Юрид. лит., 1981. – 359 с.
11. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 18.12.2009 р. № 14 “Про судові рішення у цивільній справі”//Вісник Верховного суду України від 00.01.2010 - 2010 р., № 1, стор. 4.
12. Черданцев А.Ф. Теория государства и права: Учебник для вузов. -М.: Юрайт, 2000. – 432 с.
13. Попов О.В. Теоретико–правовые вопросы судебного правотворчества в РФ: дис... кандидата юрид. наук: 12.00.01 / Попов О.В. — Тольятти, 2004. — 221 с.
14. Семьянов Е.В. Судебное правотворчество (вопросы общей теории права): дис... кандидата юрид. наук: 12.00.01 / Семьянов Е.В. — М., 2005. — 193 с.
15. Источники права/ Зивс С.Л.; Отв. ред.: Казимирчук В.П. - М.: Наука, 1981. - 239 с.

МЕСТО АКТОВ ОРГАНОВ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ В СИСТЕМЕ ИСТОЧНИКОВ СОВРЕМЕННОГО ТРУДОВОГО ПРАВА

O. Kum

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетська, 1, 79000 Львов, Украина*

Статья посвящена определению места актов органов судебной власти в системе источников современного трудового права. В статье анализируются отдельные виды актов органов судебной власти и выделяются их характерные признаки.

Ключевые слова: трудовые правоотношения, источники права, акты органов судебной власти, нормотворческая деятельность.

PLACE OF JUDICIAL BODIES' ACTS IN THE SYSTEM OF CURRENT LABOUR LAW SOURCES

O. Kit

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

The article is devoted to definition of the place of judicial bodies' acts in the system of current labour law sources. Some kinds of judicial bodies' acts are analyzed, their attributing features are singled out.

Key words: employment legal relations, law sources, judicial bodies' acts, rule-making.

Стаття надійшла до редколегії: 21.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ВИДИ ПРОЦЕДУРНИХ ПРАВОВІДНОСИН У СФЕРІ СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ НА ВИПАДОК БЕЗРОБІТТЯ

Г. Чернявська

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000, Львів, Україна
e-mail: chernyavska.g@gmail.com*

Проаналізовано види процедурних правовідносин у сфері соціального забезпечення на випадок безробіття. Автор обґрунтувала доцільність об'єднання досліджуваних правовідносин в окремі групи. Зроблено висновок про недосконалість правового регулювання процедурних правовідносин у сфері соціального забезпечення на випадок безробіття, що суттєво знижує ефективність процедури реалізації права на соціальне забезпечення на випадок безробіття.

Ключові слова: процедурні правовідносини у сфері соціального забезпечення на випадок безробіття, реалізація права на соціальне забезпечення на випадок безробіття.

Конституцією України закріплено курс на побудову соціальної правової держави. Одним із напрямів її соціальної політики є створення умов для реалізації конституційного права на соціальний захист, складовою якого є право на соціальне забезпечення у разі безробіття. Однак здійснити його неможливо без дотримання встановленої законодавством процедури призначення виплати чи надання соціальної послуги.

Процедурні правовідносини у сфері соціального забезпечення на випадок безробіття є допоміжними. Їх головною функцією призначенням є сприяння у виникненні і створенні умов для реалізації матеріальних правовідносин. Водночас, порушення процедури у разі встановлення окремих юридичних фактів чи юридичного фактичного складу може призвести до відмови компетентного органу у призначенні того чи іншого виду забезпечення на випадок безробіття.

Комплексно дослідив процедурні правовідносини у сфері соціального забезпечення В.К. Суботенко у 80-х роках ХХ ст. [1], а тому до певної міри втратило свою актуальність. Досліджувані правовідносини також були предметом наукового аналізу, зокрема, таких вітчизняних вчених-правників: П.Д. Пилипенка [2; 154], С.М. Синчук [3], Н.М. Стаховської [4;], Б.І. Шашківа [5] та ін. Окремі аспекти соціального захисту безробітних досліджували, зокрема, такі українські науковці: Н.Б. Болотіна (як різновид правовідносин соціального захисту в Україні) [6; 154], В.В. Юровська (особливості правового регулювання соціально-страхових відносин на випадок безробіття) [7], О.В. Басай (правове забезпечення соціального захисту безробітних) [8] та ін.

Загалом вчені досліджують правові аспекти матеріального забезпечення безробітних. Водночас, у правовій науці бракує наукових досліджень саме процедурних правовідносин у сфері соціального забезпечення на випадок безробіття, без яких реалізація конституційного права на соціальне забезпечення стає неможливою.

Метою цього дослідження є комплексний аналіз видів процедурних правовідносин у сфері соціального забезпечення на випадок безробіття.

Проаналізувавши чинне законодавство, можна дійти висновку, що за цільовим призначенням усі процедурні правовідносини у сфері соціального забезпечення на

випадок безробіття поділяють на правовідносини: 1) пов'язані із встановленням фактів, що мають правове значення для соціального забезпечення на випадок безробіття; 2) спрямовані на встановлення юридичного фактичного складу та призначення соціального забезпечення на випадок безробіття; 3) змішані правовідносини; 4) пов'язані із виплатою соціального забезпечення на випадок безробіття.

Головним фактом, який має правове значення для призначення соціального забезпечення на випадок безробіття та потребує встановлення, є наявність статусу безробітного.

Процедура встановлення факту безробіття регулюється Порядком реєстрації, перереєстрації та ведення обліку громадян, які шукають роботу, і безробітних [9].

Усі процедурні правовідносини, що регулюються цим Порядком, можна поділити на такі, що виникають: 1) з приводу реєстрації особи як такої, що шукає роботу; 2) з приводу пошуку роботи, щоб задовольняла; 3) з приводу реєстрації особи, яка шукає роботу, як безробітної; 4) з приводу перереєстрації у державній службі зайнятості.

На підставі усного звернення особи, яка бажає отримати безоплатне сприяння державної служби зайнятості у працевлаштуванні, виникають процедурні правовідносини з приводу її реєстрації як такої, що шукає роботу. Правомочною у них є особа, яка звертається за сприянням у працевлаштуванні, оскільки вона має право вимагати від державної служби зайнятості зареєструвати її. На цьому етапі особа повинна пред'явити паспорт, трудову книжку, цивільно-правовий договір, а в разі потреби також військовий квиток, диплом чи інший документ про освіту. За допомогою працівника державної служби зайнятості особа, яка звертається за сприянням у працевлаштуванні, заповнює облікову картку. Надалі до картки заносять відомості про всі дії, які вчиняються стосовно такої особи. Юридичним фактом, що завершує вказані процедурні правовідносини, є реєстрація особи такою, яка шукає роботу. Особливістю досліджуваних правовідносин є те, що рішення про набуття статусу особи такою, котра шукає роботу, не оформляється окремим письмовим документом. Підтвердженням реєстрації особи є занесення даних про неї у відповідну базу даних державної служби зайнятості та облікову картку.

Реєстрація особи такою, що шукає роботу, є водночас підставою виникнення процедурних правовідносин з приводу пошуку роботи, що влаштовувала б. Пошук останньої є об'єктом цих правових відносин. Поняття підходящої роботи визначено у Законі України "Про зайнятість населення" [10]. Згідно зі ст. 7 цього Закону для громадян, які втратили роботу і заробітну плату (трудоий дохід), робота, яка б влаштовувала, – це робота, що відповідає їхній освіті, професії (спеціальності), кваліфікації, доступності послуг транспортного обслуговування, встановленій рішенням місцевих державних адміністрацій, виконавчих органів місцевих рад. Заробітна плата має відповідати рівневі, який громадянин мав за попереднім місцем роботи, з урахуванням середнього рівня заробітної плати, що ustalений у відповідній сфері економічної діяльності в регіоні за минулий місяць.

Суб'єктами досліджуваних правовідносин є особа, яка шукає роботу, та державна служба зайнятості в особі її місцевих органів. У процедурних правовідносинах з приводу пошуку підходящої роботи відбувається зміна правового становища суб'єктів: правомочною вважається державна служба зайнятості, оскільки вона має право вимагати від особи, яка звернулася за сприянням у працевлаштуванні, з'явитися у визначений час, проходити співбесіди із потенційними роботодавцями, виконувати інші рекомендації.

Особливістю цих правовідносин є те, що їх припиняють у випадку працевлаштування особи, яка шукає роботу, оскільки навіть набуття статусу безробітного не є підставою для припинення пошуку підходящої роботи. Зазначена послуга є однією із тих, що надаються особам, визнаним безробітними, відповідно до ст. 7 Закону України “Про загальнообов’язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття” [11].

Важливе значення у досліджуваних процедурних правовідносинах має закінчення семиденного строку пошуку роботи. Оскільки чинним законодавством встановлено, що у разі відсутності на ринку праці підходящої роботи протягом семи днів її пошуку, особа має право звернутися до державної служби зайнятості з проханням про реєстрацію її як безробітної. У заяві має бути зазначено, що вона не займається видами діяльності, визначеними ч. 3 ст. 1 Закону України “Про зайнятість населення” [10], і не отримує пенсію на пільгових умовах.

Звернення із вищезазначеною заявою є підставою виникнення процедурних правовідносин з приводу реєстрації особи, яка шукає роботу, як безробітної. Їхніми суб’єктами є особа, яка шукає роботу, та державна служба зайнятості. У досліджуваних правовідносинах зобов’язаним знову стає державна служба зайнятості, яка повинна визначити наявність всіх умов для набуття статусу безробітного (наявність статусу особи, яка шукає роботу, відсутність підходящої роботи на ринку праці, наявність чи відсутність поважних причин пропуску строку звернення в державну службу зайнятості тощо). З’ясувавши всі обставини, зобов’язаний суб’єкт приймає рішення про реєстрацію особи безробітною чи про відмову в цьому.

Об’єктом досліджуваних правовідносин є рішення про реєстрацію, яке оформляють наказом державної служби зайнятості. Його номер і дата зазначаються в особовій картці безробітного. Він ознайомлюється з наказом під розписку в картці обліку прийнятих рішень державної служби зайнятості.

Отже, вищезазначений аналіз чинного законодавства дає підстави зробити висновок про те, що набуття статусу безробітного відбувається у три послідовні етапи. На кожному з них виникають, відповідно, процедурні правовідносини з приводу: 1) реєстрації особи як такої, що шукає роботу; 2) пошуку підходящої роботи; 3) реєстрації особи, яка шукає роботу, як безробітної. Головною причиною виділення процедурних правовідносин з приводу пошуку підходящої роботи в окрему групу є те, що підставою їх припинення є працевлаштування особи. А останнє унеможливорює виникнення процедурних правовідносин з приводу реєстрації особи як безробітної.

Кожному із вищезазначених видів процедурних правовідносин, пов’язаних із встановленням фактів, що мають правове значення, властиві власні підстави виникнення та припинення, суб’єкти, об’єкти, особливий зміст прав та обов’язків сторін. При цьому процедурні правовідносини з приводу набуття статусу особи, яка шукає роботу, та з приводу пошуку роботи утворюють групу правовідносин, у які зацікавлена особа вступає з метою встановлення передумов набуття статусу безробітного. Натомість, призначенням процедурних правовідносин з приводу реєстрації особи безробітною є набуття статусу безробітного.

Отже, ґрунтуючись на вищезазначеному дослідженні, можна зробити такий висновок: процедурні правовідносини, пов’язані з встановленням фактів, що мають правове значення для призначення соціального забезпечення на випадок безробіття, об’єднують в собі дві групи правовідносин залежно від мети, з якою вони виникають. Зокрема, до першої належать ті, в які сторони вступають з метою підтвердження передумов встановлення необхідного юридичного факту. Другу

групу становлять правовідносини, в яких сторони беруть участь безпосередньо для встановлення факту, що має правове значення.

Іншою групою є правовідносини, спрямовані на встановлення юридичного фактичного складу та призначення соціального забезпечення на випадок безробіття. Проаналізувавши чинне законодавство, ми прийшли до такого висновку. Зазначені правовідносини доцільно класифікувати залежно від виду забезпечення, щодо якого вони виникають, оскільки законодавець передбачив різний порядок їх надання. За наведеним критерієм можна виділити процедурні правовідносини, що виникають з приводу призначення: 1) допомоги по безробіттю; 2) одноразової виплати допомоги по безробіттю для організації безробітним підприємницької діяльності; 3) допомоги по частковому безробіттю; 4) матеріальної допомоги у період професійної підготовки, перепідготовки чи підвищення кваліфікації безробітного; 5) допомоги на поховання.

До зазначеної класифікації необхідно зробити одне застереження. Статтею 7 Закону України “Про загальнообов’язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття” [11] не передбачено такого окремого виду матеріального забезпечення, як одноразова допомога по безробіттю для організації безробітним підприємницької діяльності. Остання є одним із способів виплати допомоги по безробіттю. Водночас, виділення процедури одноразової виплати допомоги по безробіттю в окремий вид важливий для класифікації процедурних правовідносин, оскільки законодавством передбачено специфічний порядок її призначення.

Основними відмінностями у правовому регулюванні процедурних правовідносин з приводу призначення допомоги по безробіттю та одноразової її виплати для організації безробітним підприємницької діяльності є, по-перше, законодавче забезпечення. Зокрема, процедура призначення допомоги по безробіттю регулюється двома підзаконними нормативно-правовими актами. Частково вона закріплена у Порядку реєстрації, перереєстрації та ведення обліку громадян, які шукають роботу, і безробітних [9]. У п.11 цього Порядку зазначено правила визначення розміру допомоги, ознайомлення із наказом про її призначення тощо. Більш детально процедура передбачена Порядком надання допомоги по безробіттю, у тому числі одноразової її виплати для організації безробітними підприємницької діяльності [12].

Другою відмінністю є різні передумови та підстави виникнення досліджуваних видів правовідносин. Зокрема, передумовами виникнення процедурних правовідносин з приводу встановлення юридичного фактичного складу та призначення соціального забезпечення на випадок безробіття є: 1) набуття статусу безробітного; 2) закінчення семиденного строку пошуку підходящої роботи та її відсутність на ринку праці. Підставою виникнення зазначених процедурних правовідносин є особисте подання безробітним письмової заяви, а також необхідних документів.

Натомість передумовами виникнення процедурних правовідносин з приводу одноразової виплати допомоги по безробіттю для організації безробітним підприємницької діяльності є: 1) наявність статусу безробітного; 2) досягнення повноліття; 3) неможливість працевлаштування за сприянням державної служби зайнятості протягом одного місяця у зв’язку із відсутністю на ринку праці підходящої роботи; 4) відсутність підстав для відмови у призначенні допомоги; 5) бажання особи отримати одноразову виплату допомоги для організації підприємницької діяльності. За наявності всіх вищеперелічених передумов державна служба зайнятості або залучає таких безробітних за їх згодою до участі в семінарах, або організовує навчання основам бізнесу відповідно до чинного законодавства.

Особисте подання заяви про надання допомоги шляхом одноразової її виплати та бізнес-плану є підставою виникнення правовідносин, що розглядаються.

По-третє, особливістю процедурних правовідносин з приводу призначення допомоги по безробіттю є також те, що після закінчення семиденного строку пошуку підходящої роботи особа може подати до центру зайнятості одну заяву, в якій просити і про реєстрацію її як безробітної, і про призначення допомоги по безробіттю. Натомість процедура отримання одноразової виплати допомоги по безробіттю відбувається у два окремі етапи: перший – набуття статусу безробітного; другий – подання заяви про одноразову виплату допомоги після закінчення місячного строку пошуку підходящої роботи. Чинне законодавство не забороняє особі отримувати допомогу по безробіттю з моменту реєстрації безробітним до виникнення права звернення за одноразовою виплатою допомоги для організації підприємницької діяльності. У цьому випадку безробітному виплачуватиметься тільки не отриманий залишок допомоги по безробіттю.

Процедурні правовідносини з приводу призначення допомоги по безробіттю та одноразової її виплати відрізняються також і за суб'єктивним складом. Зокрема, перші виникають між безробітним та державною службою зайнятості. У других з'являється такий особливий суб'єкт, як комісія з питань одноразової виплати допомоги по безробіттю для організації підприємницької діяльності. Відповідно до п. 7.4 Порядку надання допомоги по безробіттю, у тому числі одноразової її виплати для організації безробітним підприємницької діяльності [12], комісія готує висновок щодо здатності безробітного до підприємницької діяльності на основі результатів професійної діагностики безробітного, набутих ним знань з організації підприємницької діяльності та аналізу його бізнес-плану. Він має обов'язковий характер та є підставою прийняття рішення про одноразову виплату допомоги по безробіттю для організації підприємницької діяльності.

Процедурні правовідносини з приводу надання матеріальної допомоги у період професійної підготовки, перепідготовки або підвищення кваліфікації також мають свої особливості. Вони регулюються Порядком надання матеріальної допомоги у період професійної підготовки, перепідготовки чи підвищення кваліфікації безробітного [13].

Передумовою виникнення процедурних правовідносин з приводу призначення матеріальної допомоги у період професійної підготовки, перепідготовки або підвищення кваліфікації безробітного є професійне навчання за скеруванням державної служби зайнятості у професійно-технічних та вищих навчальних закладах, у тому числі в навчальних закладах державної служби зайнятості, на підприємствах, в установах, організаціях незалежно від форми власності чи відомчого підпорядкування. Досліджувані правовідносини виникають на підставі особистої заяви безробітного і припиняються за ухваленням рішення про призначення матеріальної допомоги у період професійного навчання. Останнє оформляється наказом державної служби зайнятості, номер і дату якого заносять до картки персоналізованого обліку безробітного.

Недоліком правового регулювання зазначених процедурних правовідносин є відсутність чітких строків розгляду заяви та прийняття рішення про надання матеріальної допомоги у період професійного навчання або про відмову у її наданні.

Ще одним видом процедурних правовідносин, спрямованих на визначення юридичного фактичного складу та призначення соціального забезпечення на випадок безробіття, є правові відносини з приводу надання допомоги на поховання безробітного зазначеного виду забезпечення регулюється Порядком надання

матеріальної допомоги по безробіттю, одноразової матеріальної допомоги безробітному та непрацевдатним особам, які перебувають на його утриманні, допомоги на поховання у разі смерті безробітного чи особи, яка перебувала на його утриманні [14]. Варто зазначити, що вище зазначений Порядок також регулює процедуру призначення видів матеріального забезпечення, які вже не надаються. Закон України “Про внесення змін до Закону України “Про Державний бюджет України на 2005 рік” та деяких інших законодавчих актів України” [15] такі види соціального забезпечення, як матеріальна допомога по безробіттю та одноразова матеріальна допомога безробітному та непрацевдатним особам, які перебувають на його утриманні, вилучає з ст. 7 Закону України “Про загальнообов’язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття” [11]. Водночас Порядок не втратив чинності в частині призначенням вищезазначених видів соціального забезпечення. Вважаємо це недоліком правового регулювання процедурних правовідносин у сфері соціального забезпечення на випадок безробіття. Адже неузгодженість нормативно-правових актів створює ілюзію наявності більшої кількості видів забезпечення на випадок безробіття, ніж це передбачено законами України.

На нашу думку, розгляд правовідносин з приводу надання допомоги на поховання варто розпочати з аналізу їх правомочних суб’єктів. Особами, які мають право на отримання допомоги на поховання, є: 1) безробітний, який здійснив поховання свого утриманця; 2) інша особа, яка здійснила поховання безробітного; 3) інша особа, яка здійснила поховання утриманця безробітного. Підставою виникнення вказаних правовідносин є подання правомочною особою відповідної заяви до державного центру зайнятості. Від суб’єкта права на отримання допомоги залежить перелік документів, які необхідно додати до заяви. Наприклад, документ, що засвідчує факт перебування на утриманні безробітного, подається у таких випадках: 1) отримання допомоги на поховання утриманця безробітного; 2) отримання допомоги на поховання утриманцем безробітного. Відповідно до чинного законодавства смерть особи, поховання якої здійснено, є єдиним фактом, що підлягає встановленню у всіх випадках. Він підтверджується свідоцтвом або довідкою про смерть, що видаються органами державної реєстрації актів цивільного стану.

Водночас варто зазначити, що для призначення цього виду забезпечення не вимагається подання документів, які підтверджують факт поховання. На нашу думку, це є недоліком правового регулювання зазначених правових відносин зважаючи на таке. По-перше, чинне законодавство визначило, що допомогу виплачують особам, які здійснили поховання; по-друге, звернення за допомогою можливе протягом шести місяців після смерті безробітного. Вище зазначені тези дають підстави стверджувати, що на момент звернення за допомогою, поховання померлого вже повинно відбутися. А відтак, факт поховання необхідно підтвердити. Доказами у цьому випадку можуть слугувати квитанції про купівлю похоронного інвентаря, замовлення похоронних послуг тощо. Іншим аргументом на користь необхідності підтвердження факту поховання є те, що це дасть змогу уникнути неправомірного призначення допомоги особам, які фактично не здійснювали поховання померлого.

Недоліком правового регулювання зазначених правовідносин є відсутність чітко визначеної процедури прийняття та розгляду документів. Зокрема, не визначено строків звернення безробітного за отриманням допомоги на поховання утриманця, строків прийняття та форми рішення, порядку ознайомлення особи із ним. Не передбачено також і порядку отримання виплати.

Виділення змішаних процедурних правовідносин в окремий вид зумовлено наявністю таких правовідносин, які неможливо зачислити до жодного із трьох

розглянутих видів. Вони виникають з приводу підтвердження права на отримання допомоги по частковому безробіттю та отримання коштів для її виплати, чим істотно відрізняються від правовідносин з приводу встановлення фактів, що мають правове значення, з приводу визначення юридичного фактичного складу і призначення соціального забезпечення.

Допомога по частковому безробіттю є одним із видів забезпечення згідно зі ст. 7 Закону України “Про загальнообов’язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття” [11]. Статті 24, 25 зазначеного Закону, які регулюють умови надання вказаного виду матеріального забезпечення, були введені в дію на період економічної кризи до 01 січня 2010 р. З метою реалізації цих статей Міністерством праці та соціальної політики було розроблено Порядок фінансування виплат по частковому безробіттю та надання допомоги по частковому безробіттю [16]. Незважаючи на те, що призначення та виплату цього виду соціального забезпечення припинено у зв’язку із закінченням терміну дії наведених статей Закону, вважаємо за доцільне розглянути особливості процедури надання допомоги по частковому безробіттю для отримання комплексного дослідження процедурних правовідносин у сфері соціального забезпечення на випадок безробіття.

Особливостями процедурних правовідносин з приводу підтвердження права на допомогу по частковому безробіттю та отримання коштів для її виплати є: по-перше, вони спрямовані одночасно на підтвердження юридичного факту, встановлення юридичного фактичного складу в цілому та отримання фінансування для виплати допомоги по частковому безробіттю. У цих правовідносинах не відбувається встановлення факту наявності права на допомогу по частковому безробіттю. Воно визначається самостійно роботодавцем, який звертається до державної служби зайнятості для отримання коштів на виплату допомоги. Водночас, регіональний центр зайнятості підтверджує наявність чи відсутність цього права. Передусім це необхідно для встановлення простою, за наявності якого виплачується допомога, а також для визначення розміру фінансування з розрахунку на кількість правоможних осіб.

По-друге, процедурні правовідносини з приводу підтвердження права на допомогу по частковому безробіттю та отримання коштів для її виплати мають особливі передумови їх виникнення. А саме: 1) настання простою, що може призвести до часткового безробіття; 2) повідомлення роботодавцем державної служби зайнятості про початок такого простою; 3) дотримання строку звернення про виділення коштів для виплати допомоги.

Особливістю досліджуваних правовідносин є те, що вони виникають між суб’єктом права на отримання фінансування допомоги, а не суб’єктом права на допомогу по частковому безробіттю, та державною службою зайнятості.

Підставою виникнення вказаних правовідносин є подання підприємством заяви про виділення коштів для виплати допомоги по частковому безробіттю до державної служби зайнятості за місцем реєстрації. Разом із заявою подаються документи, які підтверджують: 1) факт провадження діяльності не менше ніж 24 календарних місяці до дня звернення; 2) факт простою, який має невідворотний і тимчасовий характер, не має регулярного та сезонного характеру і відповідає іншим умовам, за яких є можливим отримання фінансування допомоги; 3) факт наявності у працівників права на отримання допомоги по частковому безробіттю [15].

Державна служба зайнятості, в якій зареєстроване підприємство, приймає документи, готує пропозицію щодо виплати допомоги і разом з інформацією про сплату внесків підприємством протягом 12 календарних місяців перед місяцем

подання заяви подає їх до регіонального центру зайнятості. Він приймає рішення про виділення підприємству коштів для виплати допомоги або про відмову у виділенні, яке оформляється наказом директора та є підставою для припинення правовідносин з приводу підтвердження права на отримання допомоги по частковому безробіттю та отримання коштів для її виплати.

Останнім видом є процедурні правовідносини з приводу виплати соціального забезпечення на випадок безробіття. Вони також мають свої особливості залежно від виду допомоги, яку виплачують. Наприклад, передумовами виникнення процедурних правовідносин з приводу одноразової виплати допомоги по безробіттю для організації безробітним підприємницької діяльності є: 1) рішення про призначення одноразової виплати допомоги по безробіттю; 2) державна реєстрація фізичної особи-підприємця чи юридичної особи та подання копії відповідних свідоцтв та установчих документів; 3) дотримання строків подання вказаних копій документів: у випадку реєстрації фізичної особи-підприємця – протягом 10 днів з моменту прийняття рішення про одноразову виплату допомоги по безробіттю; для юридичної особи – протягом 30 днів.

Інші процедурні правовідносини – з приводу виплати допомоги по частковому безробіттю – мають такі особливості. По-перше, вони виникають тільки між роботодавцем та працівником, який завжди є застрахованою особою. По-друге, передумовою їх виникнення є отримання коштів на фінансування допомоги, а підставою – наказ про виплату допомоги по частковому безробіттю, а не заява суб'єкта права на цей вид забезпечення. Припиняються ці правовідносини у зв'язку із здійсненням виплати допомоги по частковому безробіттю, що оформляється як підпис суб'єкта права на допомогу у відповідній розрахунковій відомості або платіжним дорученням про перерахування коштів на рахунок працівника. Варто також зазначити, що досліджувані правовідносини є тривалими, оскільки виникають щомісяця аж до закінчення простою, що зумовив часткове безробіття.

Як бачимо, процедурні правовідносини у сфері соціального забезпечення на випадок безробіття є неоднорідними. Всі вони мають свої особливості, що й зумовлює їхній поділ на окремі види.

Водночас варто відзначити недосконалість їх правового регулювання, що суттєво знижує ефективність процедури реалізації конституційного права на соціальне забезпечення у випадку безробіття.

1. Басай О.В. Правове забезпечення соціального захисту безробітних в Україні // Автореф. ... канд. юрид.наук. – Харків. – 2005. – 25 с.
2. Болотіна Н.Б. Право соціального захисту України: Навч.посіб. – К., 2005. – 615 с.
3. Порядок надання допомоги по безробіттю, у тому числі одноразової її виплати для організації безробітним підприємницької діяльності: наказом Мініпраці та соціальної політики № 207 від 20.11.2000 р. // Офіційний вісник України. – 2000. - № 51. – Ст. 215.
4. Порядок надання матеріальної допомоги по безробіттю, одноразової матеріальної допомоги безробітному та непрацездатним особам, які перебувають на його утриманні, допомоги на поховання у разі смерті безробітного або особи, яка перебувала на його утриманні: наказ Міністерства праці та соціальної політики України № 309 від 20.11.2000 р. // Офіційний вісник України. – 2000. - № 51. – Ст. 237.
5. Порядок надання матеріальної допомоги у період професійної підготовки, перепідготовки або підвищення кваліфікації безробітного: наказ Міністерства праці та соціальної політики України № 308 від 20.11.2000 р. // Офіційний вісник України. – 2000. – № 51. – Ст. 227.

6. Порядок реєстрації, перереєстрації та ведення обліку громадян, які шукають роботу, і безробітних: постанова Кабінету Міністрів України № 219 від 14.02.2007 р.// Офіційний вісник України. – 2007. - № 12. – Ст. 65.
7. Порядок фінансування виплат по частковому безробіттю та надання допомоги по частковому безробіттю: наказ Міністерства праці та соціальної політики № 45 від 07.02.2009 р. // Офіційний вісник України. – 2009. - № 17. – Ст. 643.
8. Право соціального забезпечення: Навч. посіб. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / П.Д. Пилипенко, В.Я. Бурак, С.М. Синчук та ін./ За заг.ред. П.Д. Пилипенка. – К.: Видавничий Дім “Ін Юре”, 2006. – 496 с.
9. Про внесення змін до Закону України “Про Державний бюджет на 2005 рік” та деяких інших законодавчих актів України” : Закон України від 25 березня 2005 року // Відомості Верховної Ради України. – 2005. - № 17, № 18-19. – Ст. 276.
10. Про загальнообов’язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття: Закон України від 2 березня 2000 року // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 22. – Ст. 171.
11. Про зайнятість населення: Закон України від 1 березня 1991 року // Відомості Верховної Ради України. – 1991. - № 14. - Ст. 171.
12. Синчук С. Процедурні правовідносини у сфері соціального забезпечення // Матеріали XIII регіональної науково-практичної конференції “Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні”. – 2007. – с. 410-414.
13. Стаховська Н.М. Відносини в праві соціального забезпечення // Дис...канд. юрид. наук. Київ, 2000. – 203 с.
14. Сташків Б. Процедурні правовідносини у сфері соціального забезпечення: поняття, структура, види // Підприємництво, господарство і право. - № 12. - 95 – 98 с.
15. Субботенко В.К. Процедурные правоотношения в социальном обеспечении. – Томск: Издательство ТГУ. 1980. – 195 с.
16. Юровська В.В. Правове регулювання відносин в системі загальнообов’язкового державного соціального страхування на випадок безробіття // Автореф. дис. ...канд. юрид.наук. – Харків. – 25 с.

ВИДЫ ПРОЦЕДУРНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ В СФЕРЕ СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ В СЛУЧАЕ БЕЗРАБОТИЦЫ

Г. Чернявская

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина
e-mail: chernyavska.g@gmail.com*

Статья посвящена анализу видов процедурных правоотношений в сфере социального обеспечения в случае безработицы. Автор обосновывает необходимость объединения указанных правоотношений в отдельные группы. Сделано вывод о несовершенстве правового регулирования процедурных правоотношений в сфере социального обеспечения в случае безработицы, что существенно снижает эффективность процедуры реализации права на социальное обеспечение в случае безработицы.

Ключевые слова: процедурные правоотношения в сфере социального обеспечения в случае безработицы, реализация права на социальное обеспечение в случае безработицы.

**KINDS OF PROCEDURAL LEGAL RELATIONS
IN THE SPHERE OF SOCIAL SECURITY IN CASE
OF UNEMPLOYMENT**

G. Cherniavs'ka

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

Kinds of procedural legal relations in the sphere of social security in case of unemployment are analyzed. Admissibility of the researched legal relations consolidation is reasoned. The author makes a conclusion about legal regulation imperfection of procedural legal relations in the sphere of social security in case of unemployment, that essentially decreases efficiency of the right to social security procedure realization.

Key words: procedural legal relations in the sphere of social security in case of unemployment, right to social security in case of unemployment realization.

Стаття надійшла до редколегії: 08.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ЗЕМЕЛЬНЕ ТА АГРАРНЕ ПРАВО

ПРАВОВІ АСПЕКТИ ОХОРОНИ ҐРУНТІВ УКРАЇНИ ВІД ДЕГРАДАЦІЇ

Н. Гавриш

*Національний університет “Одеська юридична академія”
вул. Піонерська, 2, м. Одеса, Україна
тел. (048)719-88-32 e-mail:star.mmm.star@gmail.com*

У статті висвітлюються правові аспекти охорони деградованих ґрунтів України, зокрема розглянуто особливості поширення деградаційних процесів і типів деградації ґрунтів та застосування відповідних правових санкцій при нанесенні ґрунтові деградаційної шкоди.

Ключові слова: деградація ґрунтів, ґрунтовий покрив, деградаційна шкода, штрафні санкції, охорона ґрунтів, правовий захист ґрунтів

Деградація ґрунтів на загальному фоні зростаючої загрози глобальної екологічної кризи в останні десятиріччя займає провідне місце. Важливість цієї проблеми визначається тим, що неможливо зберегти рослинний покрив і тваринний світ, чисту воду й повітря без збереження ґрунтового покриву та подолання процесів деградації ґрунтів, що унеможлиблює нормальне функціонування біосфери й екологічне благополуччя людей.

Усвідомлюючи небезпеку зникнення, руйнування, забруднення, засмічення і загальної деградації ґрунтів, Перша Всесвітня конференція ООН з навколишнього середовища в 1972 р. звернула увагу на необхідність охорони ґрунтів. Міжнародна організація з продовольства (ФАО) 1982 р. прийняла Всесвітню хартію ґрунтів, в якій закликала уряди і народи всіх країн розглядати ґрунтовий покрив як всесвітнє надбання людства.

Деградація ґрунтів приносить величезну економічну шкоду, порушує екологічну рівновагу, погіршує соціальні умови життя людей.

Деградовані ґрунти є небезпечними природними об'єктами, оскільки перестають виконувати екологічні захисні функції і можуть ініціювати процеси загальної деградації земної поверхні та зміну кліматичних умов. Не вироблено чіткого визначення поняття “деградація ґрунтів” з науково-практичної та юридичної точки зору. В це поняття так чи інакше включаються процеси погіршення властивостей ґрунтів і їхньої якості з позицій отримання первинної продукції.

Деградація ґрунтів – це спричинений людиною процес погіршення і/або втрати властивостей і якості ґрунту, результат якого сприяє збільшенню затрат різного роду ресурсів для досягнення раніше отримуваної кількості та якості продукції і/або збільшення обмежень на подальшу діяльність людини [8, с. 22].

Аналогічне визначення може бути застосоване і до поняття “деградація ґрунтового покриву”.

Поняття “деградація ґрунтів” і “деградація ґрунтового покриву” розглядаються з суто антропоцентричних позицій, тобто з вигоди і благополуччя для людини і довкілля. Це дуже важливий методологічний аспект, оскільки для ґрунтів, як складних біокосних систем, їхня деградація в наведеному вище розумінні аж ніяк не завжди є деградацією з погляду загальної теорії систем, тобто втратою елементів і спрощенням

структури цієї системи аж до зникнення самої системи. Очевидно, що системне поняття деградації відповідає поняттю деградації ґрунтів у випадку впливів і процесів, що руйнують ґрунт (ерозія, дефляція, дегуміфікація), проте не цілком співвідноситься з ним у інших випадках, наприклад, при формуванні засолених чорноземів при зрошенні. Очевидно, ці різні сторони поняття “деградація” необхідно розрізняти, проте на сьогодні абсолютно домінуючим є енвайроменталістичний погляд, що впливає із вчення про навколишнє природне середовище.

Не повністю вироблене уявлення про причини деградації ґрунтів і ґрунтового покриву. Завжди найбільше досліджуються деградаційні явища, пов’язані з діяльністю людини.

Зміни, які відбуваються при цьому, носять в основному локальний або регіональний характер, територіально обмежені тим чи іншим типом господарської діяльності. Близькі за проявом деградаційні процеси, проте пов’язані з природними змінами чинників ґрунтоутворення, проявляються поступово або катастрофічно, спричиняючи глобальні зміни клімату, складу поверхневих порід і рельєфу на значних просторах. Стосовно ґрунтів, то їхня деградація супроводжується частковою або повною втратою родючості чи їхнім руйнуванням і знищенням.

Ґрунти, що реально виникли на Землі, стійкі до різних видів деградації. Проте вони стійкі до того часу, поки не піддалися спрямованому впливу людини. Тому, залучаючи ґрунти до певного виду використання, не потрібно застосовувати заходи, які виводять ґрунти зі стійкого стану. Нерозуміння цієї принципової умови раціонального використання є причиною значного поширення антропогенної деградації на Землі, різноманітних її проявів. Деградація ґрунтів здебільшого відбувається у випадку комбінованого впливу природних і антропогенних чинників, при цьому антропогенний вплив створює передумови для різкої активзації природних впливів.

За проявом деградаційних процесів виділяють декілька ступенів деградації ґрунтів. У Міжнародних вказівках з деградації ґрунтів виділяють п’ять ступенів кожного з типів деградації: відсутня, слабка, середня, сильна і екстремальна. Серед типів деградації ґрунтів розрізняють хімічну, фізичну, біологічну, профільну, географічну і загально біосферну [4, с. 53].

За даними міжнародного наукового проекту “Глобальна оцінка деградації ґрунтів”, процеси деградації ґрунтів поширені на площі близько 2 млрд. га. Ін. них частка ґрунтів, що зазнали водної ерозії, становить 55,6%, вітрової – 27,9%, хімічних чинників деградації (засолення, забруднення, виснаження на елементи живлення) – 12,2%, фізичного ущільнення та підтоплення – 4,2% [2, с. 1].

За історичний період людство втратило близько 2 млрд. га колись родючих ґрунтів, перетворивши їх у пустелі і непридатні для землеробства простори, так звані бедленди. Це більше ніж уся площа сучасного світового землеробства, яка становить приблизно 1,5 млрд га. Із сільськогосподарського використання кожен рік вибуває приблизно 8 млн га ґрунтів за рахунок використання їх для господарських потреб і близько 7 млн га – через розвиток деградаційних процесів. Відповідно щороку людство втрачає близько 15 млн га біологічно продуктивних ґрунтів [3, с. 17].

Аналіз розвитку і поширення деградаційних процесів у ґрунтах України засвідчив, що головною їхньою причиною є надмірне розорювання території, високий рівень агротехногенного навантаження, недотримання заходів з раціонального використання та охорони.

До деградаційних процесів, що погіршують властивості ґрунтів і порушують ґрунтовий покрив належать ерозія, дефляція, дегуміфікація, заболочування,

вторинне засолення та осолонцювання, ущільнення, хімічне забруднення промисловими відходами, агро- і отрутохімікатами, пірогенна і термічна трансформація торфів, техногенні порушення в межах будівництва магістральних трубопроводів, ліній електропередач і газових свердловин тощо.

Приблизно 90% ґрунтів, які використовуються як орні землі, деградовані, з них близько 11 млн га – еродовані, 16,5 млн га – дефляційно небезпечні, 2,5 млн га – перезволожені та заболочені, близько 4 млн га – забруднені радіонуклідами та іншими поллютантами [5, с. 56].

Розорювання ґрунтів на значних територіях призводить до інтенсивного розвитку водної та вітрової ерозії. Маючи найвищі в Європі показник розораності (57,5%) та відсоток сільськогосподарських угідь (72,3%), в Україні 30,7% земель різною мірою зазнають ерозії. Водна та вітрова ерозія призводять до щорічних втрат 450–600 млн т родючого шару ґрунту, втрачається від 2 до 20 млн т гумусу, 0,5–0,9 млн т азоту, 0, 4–0,7 млн т фосфору, 0,7–1,3 млн т калію. Дегуміфікацією охоплено 39 млн га сільськогосподарських угідь. В абсолютних величинах найбільших щорічних втрат (0,6–0,8 т/га) зазнають чорноземи типові.

Набуває глобальних масштабів кислотна деградація ґрунтів. Підкислення у багатьох випадках має вторинний характер. Вагомими причинами підкиснення ґрунтів є насамперед кислотні дощі, низький рівень внесення органічних добрив, часто необґрунтоване проведення хімізації в землеробстві. В Україні є понад 11 млн га ґрунтів з підвищеною кислотністю, з яких 7,8 млн га – рілля, понад 3 млн га – природні кормові угіддя.

Істотним чинником розвитку фізичної деградації ґрунтів є застосування важких сільськогосподарських агрегатів, що призводить до зменшення глибини кореневмісного шару, зниження польової вологості, діапазону активної вологи, її доступності рослинам, а також зниження рухомості поживних елементів. В Україні домінують ґрунти зі щільністю будови 1,1–1,5 г/см³. Найбільше змінюється щільність будови орного шару, її максимальні значення досягають 1,35–1,45 г/см³ після 4–7 проходів сільськогосподарських машин.

Найпоширенішими деградаційними процесами на зрештованих чорноземах і каштанових ґрунтах є підняття рівня ґрунтових вод, підтоплення, глеєутворення, злитизація, осолонцювання, підлугування, вторинне засолення, оглинення тощо [6, с. 27].

На осушених землях за традиційної технології регулювання водного режиму виносення з ґрунтового товщі азоту збільшується в 3–9 разів, кальцію і калію – в 4–6 разів. Посилюється мінералізація органічної речовини торфу, яка за інтенсивного осушення спричиняє щорічні втрати понад 10 т/га торфу.

Значних деградаційних впливів зазнали ґрунти міських агломерацій, що зумовлено високим рівнем урбанізації, забрудненням ґрунтів у зонах промислового виробництва, засмічення, поховання ґрунтів під твердим покриттям міст.

Посилення в останні роки деградаційних процесів у ґрунтах зумовлює необхідність прийняття законодавчих рішень. Основне призначення правових заходів полягає в тому, щоб запобігти в процесі землекористування можливим негативним наслідкам, шкідливим для стану ґрунтів, забезпечити раціональне використання ґрунтових ресурсів та їхню охорону.

У діючому законодавстві України окремі правові норми, які регулюють відношення в сфері використання і охорони ґрунтів розосереджені по різних галузях права, проте переважно містяться в земельному законодавстві, частково в природоохоронному і екологічному, а також у законодавстві, в якому регулюються

окремі аспекти сільськогосподарської діяльності. Необхідно відзначити, що на законодавчому рівні відсутнє чітке розмежування понять “земля” і “ґрунт” [1, с. 15].

Відсутність у діючій нормативно-правовій базі екологічної та природоохоронної регламентації антропогенного навантаження на ґрунти, недостатня правова захищеність ґрунтів як одного з головних компонентів екосистем, що визначає цінність земель, відсутність діючого правового механізму, закріплення за правонаступниками відповідальності за деградацію ґрунтів при зміні форм власності, а також відсутності державного обліку природно-господарської якості, екологічних функцій і екологічного стану ґрунтів при кадастровій оцінці земель і визначення вартісних показників земельних ділянок не дає змоги стабілізувати ситуацію із запобігання розвитку процесів деградації ґрунтів [7, с. 67].

Необхідність розмежування на понятійному рівні змісту і застосування термінів “земля” і “ґрунт”, відповідного відображення цього в законодавстві, яке регулює відносини в галузі природокористування, охорони навколишнього природного середовища та в інших сферах діяльності, зумовлене тим, що “земля” – це, насамперед, соціально-економічна категорія, просторовий базис життєзабезпеченості людини і її господарської діяльності, тобто територіальний природний ресурс, з одного боку, і об’єкт речовинних відносин, прав власності, нерухоме майно – з іншого. “ґрунт” – природно-географічна категорія, компонент природного середовища, самоцінний об’єкт природного різноманіття, який виконує в природі дуже суттєві загальнобіосферні та часткові екологічні функції, і водночас об’єкт праці і засіб виробництва в технологіях природокористування, де використовують його родючість, тобто здатність ґрунтів забезпечувати умови росту рослин.

Відсутність поділу на правовому рівні понять “земля” і “ґрунт” спричиняє те, що в галузях діяльності, не пов’язаних з використанням родючості ґрунтів, цінність, а отже і вартість просторового базису (земельної ділянки), не пов’язується не тільки з цінністю ґрунту як природного об’єкту, але і з цінністю його як засобу виробництва в інших технологіях природокористування. У галузях діяльності, пов’язаних з використанням родючості, цінність просторового базису значною мірою визначається природно-господарською якістю ґрунту, тобто сукупністю його властивостей, які визначають характер та ефективність господарського використання земель, а також участь ґрунтового покриву в забезпеченні функціонування екосистем, у тім числі агроекосистем. Проте навіть у цих галузях якість ґрунту оцінюють переважно з боку його родючості за практично повного ігнорування природно-екологічних функцій ґрунту. Закріплена в земельному законодавстві норма зобов’язує знімати і зберігати для подальшого використання родючий шар ґрунту у випадку проведення будівництва та інших робіт, пов’язаних з порушенням земель. Проте ця норма у багатьох випадках не забезпечена економічними механізмами, оскільки оцінка ґрунту лише з погляду його родючості виявляється заниженою порівняно з загальною природно-господарською цінністю ґрунтів.

У випадку відчуження земель під промислове й адміністративне будівництво, окрім єдиної закріпленої в законодавстві нормативної вимоги про зняття і збереження родючого шару ґрунту або компенсації втрати екологічних і природорегулюючих функцій ґрунту відсутні. Як наслідок складається вкрай несприятлива екологічна ситуація в регіонах з розвинутою гірничодобувною, нафтогазовидобувною і переробною промисловістю.

З огляду на значну різноманітність і поширеність проявів деградації ґрунтів, починаючи з 60-х років минулого століття, діяла державна програма підвищення

родючості ґрунтів. В останні роки дія програми призупинена, проте сьогодні є всі підстави сподіватися на відновлення процесів, спрямованих на захист ґрунтів від деградації.

Найпоширенішим методом правового захисту земель від псування виступають адміністративно-правові стягнення у вигляді штрафів для службових осіб відповідно до ст. 52 Кодексу про адміністративні правопорушення. У ній зазначено, що псування і забруднення сільськогосподарських та інших земель тягне за собою накладання штрафу на громадян від шести до двадцяти неоподаткованих мінімумів доходів громадян і на посадових осіб – від восьми до п'ятнадцяти неоподаткованих мінімумів. Згідно з Законом “Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо посилення відповідальності у вигляді штрафу від 7 лютого 1997 р.” встановлено нові розміри штрафів за адміністративні правопорушення відповідно до величини неоподаткованого мінімуму доходів громадян.

До адміністративного методу впливу на правопорушників належить також припинення права володіння і користування землею. Його застосовують у випадках, коли земельною ділянкою користуються законні користувачі, але способами, які призводять до зниження родючості, тобто псують надані їм угіддя, погіршують екологічний стан (ст. 141 ЗК).

Важливе місце в раціональному використанні землі та збереженні її родючості займає правовий захист ґрунтів від водної та вітрової ерозії. Згідно зі ст. 164 Земельного Кодексу, власники землі та землекористувачі, у тім числі орендарі, захищають землі (ґрунти) від водної та вітрової ерозії. Зважаючи на це, Земельний Кодекс (ст. 164) зобов'язує власників землі, землекористувачів і орендарів здійснювати комплекс заходів щодо охорони ґрунтів від водної та вітрової ерозії. За невиконання вимог природоохоронного режиму використання землі і, насамперед, сприяння розвитку ерозійних процесів ст. 211 Земельного Кодексу передбачає адміністративну, кримінальну та цивільну відповідальність службових осіб (ст. 164, 211 ЗК).

Наведені порушення норм земельного законодавства дають підстави для застосування відповідних правових санкцій. При цьому найчастіше адміністративно-правові стягнення застосовують до службових осіб у вигляді штрафу. У випадку, коли службова особа сільськогосподарського підприємства недбало або несумлінно ставиться до своїх обов'язків у справі боротьби з водною та вітровою ерозією ґрунтів, завдаючи суттєвої шкоди господарським землям, має місце суспільно-небезпечна діяльність, яка карається санкцією ст. 367 Кримінального Кодексу України (ст. 367 КК).

Важливе значення для оцінки деградації ґрунтів має визначення та обчислення шкоди, яка наноситься ґрунті, а також санкції у випадку нанесення йому шкоди.

Деградаційна шкода, яка наноситься ґрунті, повинна визначатися при повторному плановому картографуванні ґрунтів (як загальному, так і агрохімічному) на територіях всіх категорій землекористування. Шкода від водної та вітрової ерозії, втрати гумусу, поживних речовин та інших видів деградації фіксується в натурі та на карті. Визначається охоплена ними площа і рівень втрати родючості ґрунту, який переводиться в бали бонітету, що встановлені в державі. Дальше переведення цих даних у гектари-бали, базуючись на їхній вартості на даний момент, дає змогу визначити шкоду, яка наноситься ґрунтам, в грошовому еквіваленті. Вона повинна обчислюватися для кожної земельної ділянки чи для господарства загалом.

У випадку нанесення шкоди ґрунті у розмірі менше 3 балів бонітету землевласника чи землекористувача повідомляють про відповідальність і зобов'язують

протягом 3–5 років ліквідувати втрату, повернувши ґрунтові його попередній бонітет. Повторне обстеження ґрунтів з визначення виконання попередження проводять за рахунок землевласника, землекористувача або орендаря і у випадку його виконання їх звільняють від зробленого попередження. У період 3–5 років, відведений на відновлення ґрунту, земельний податок стягується за початковим балом бонітету.

У випадку нанесення шкоди в розмірі більшому 3 балів на землевласника, землекористувача, орендаря накладають штрафні санкції у розмірі вартості нанесеної шкоди. Штраф може бути погашений готівкою, зняттям грошей з банківського рахунку, накладанням арешту на нерухомість та інше майно. У випадку незгоди землевласника, землекористувача, орендаря справа може розглядатися в судовому порядку на основі незалежної експертизи. При підтвердженні правильності розміру шкоди судові затрати і оплата експертизи проводиться за рахунок землевласника, землекористувача, орендаря. У випадку помилкового визначення шкоди у суттєвих розмірах (більше 2 балів бонітету) судові затрати і експертиза погашаються за рахунок підприємства, що проводило обстеження.

Нанесення сильної шкоди ґрунтові (більше 8 балів) тягне за собою конфіскацію пошкодженої земельної ділянки і включення її до складу земельного фонду з подальшою передачею іншому власникові за існуючими правилами оренди або іншим шляхом. Колишньому власникові ділянки компенсується її вартість за вирахуванням усіх видатків, необхідних на повне відновлення ґрунтового покриву до вихідного його стану.

У випадку дуже сильної шкоди, нанесеної ґрунтові через недодержання правил його охорони, що спричинило катастрофічну деградацію – сильну ерозію, утворення ярів, засолення і осолонцювання тощо, винні, окрім санкцій, передбачених вище, несуть кримінальну відповідальність, для чого повинна бути розроблена відповідна стаття чи статті Кримінального Кодексу України.

Розмір шкоди, перерахований вище, може обчислюватися і за нормативами шкоди в грошовому вираженні окремо за всіма видами деградації ґрунтів, нормативи яких повинні бути розраховані і затверджені Кабінетом Міністрів України.

Всі кошти від штрафних санкцій, передбачених вище, повинні бути занесені на спеціальний рахунок Державного агентства земельних ресурсів України і використані лише для цілей покращення ґрунтів, а також на підтримку наукових і технічних розробок з цього аспекту.

Землевласники, землекористувачі, орендарі, які покращили ґрунт, що можна обчислити за його оцінкою, виплачують земельний податок за вихідним балом бонітету ґрунту. Посадові особи за приховування фактів псування ґрунтів несуть адміністративну або кримінальну відповідальність.

Отже, інтенсивне використання ґрунтів зумовлює потребу розробити системи організації раціонального використання, захисту і примноження родючості ґрунтів. Унаслідок впровадження екологічних систем господарювання інтенсифікується процес підвищення родючості та поліпшуються властивості ґрунтів. Однією з вимог чинного законодавства є обов'язок власників земельних ділянок забезпечувати використання їх за цільовим призначенням; дотримуватися вимог законодавства про охорону довкілля; своєчасно сплачувати податок; не порушувати прав власності суміжних земельних ділянок і землекористувачів; підвищувати родючість ґрунтів і зберігати їхні корисні властивості; своєчасно надавати відповідним органам виконавчої влади та органам місцевого самоврядування дані про стан і використання земель та інших природних ресурсів у порядку, встановленому законом; дотримуватися правил добросусідства та обмежень, пов'язаних зі встановленням

земельних сервітутів та охоронних зон; зберігати геодезичні знаки, протиерозійні споруди, мережі зрошувальних та осушувальних систем тощо.

1. Гавриш Н. С. Правова охорона ґрунтів в Україні / Н. С. Гавриш. – Одеса, 2008. – 288 с.
2. Деградація і охорона почв / [под ред. Г. В. Добровольського]. – М. : Изд-во Моск. ун-та, 2002. – 655 с.
3. Добровольский Г. В. Задачи почвоведения в решении современных экологических проблем / Г. В. Добровольский // Сохраним планету Земля. Сб. докл. Межд. экол. Форума. – Санкт-Петербург, 2004. – С. 15–18.
4. Крупеников И. А. Черноземы. Возникновение, совершенство, трагедия деградации, пути охраны и возрождение / И. А. Крупеников. – Кишинев : Pontos, 2008. – 288 с.
5. Новаковський Л. Я. Консервація деградованих і малопродуктивних орних земель України / Л. Я. Новаковський, О. П. Канащ // Вісник аграрної науки. – К., 2000. С. 54–60.
6. Позняк С. П. Орошаемые черноземы юго-запада Украины / С. П. Позняк. – Львов : ВНТЛ, 1997. – 240 с.
7. Титова Н. І. Землі сільськогосподарського призначення: права громадян України / Н.І. Титова. – Львів : Паїс, 2005. – 368 с.
8. Хитров Н. Б. Деградація почв и почвенного покрыва: понятия и подходы к получению оценок / Н. Б. Хитров // Тез. Докл. Всерос. конф. “Агрогенная деградация почвенного покрыва и меры ее предупреждения”. – М., 1998. – Т. 1. – С. 20–26.

ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ОХРАНЫ ПОЧВ УКРАИНЫ ОТ ДЕГРАДАЦИИ

Н. Гавриш

*Национальный университет “Одесская юридическая академия”
ул. Пионерская, 2, 65009 Одесса, Украина*

В статье рассматриваются правовые аспекты охраны деградированных почв Украины, а также особенности распространения деградационных процессов и типов деградации почв, применение соответствующих правовых санкций при нанесении почвам деградационного ущерба.

Ключевые слова: деградация почв, почвенный покров, деградационный ущерб, штрафные санкции, охрана почв, правовая защита почв.

LEGAL ASPECTS OF SOILS PROTECTION FROM DEGRADATION

N. Gavrysh

*“Law Academy of Odessa” National University
Pioners'ka Str. 2, UA Odessa, Ukraine*

The article highlights the legal aspects of soils of Ukraine degradation. Peculiarities of degradation processes spreading, and types of soils degradation are analyzed. The author reveals legal sanctions for degradationally damaged soils.

Key words: soils degradation, topsoil, degradation harm, punitive sanctions, soils protection, soils legal protection.

Стаття надійшла до редколегії: 22.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ІНСТИТУТ ДЕРЖАВНОГО КОНТРОЛЮ В СІЛЬСЬКОМУ ГОСПОДАРСТВІ УКРАЇНИ: ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА

М. Кравчук

*Національний університет біоресурсів і природокористування України
вул. Героїв Оборони, 15, к. корп. 3, 03041, Київ, Україна*

У статті сформульовано поняття інституту державного контролю в сільському господарстві України. Змістовно викладено структуру статті, глави 9 “Адміністративні правопорушення у сільському господарстві. Порушення ветеринарно-санітарних правил” Кодексу України про адміністративні правопорушення. Визначено способи реалізації норм адміністративного права, що притаманні інституту державного контролю в сільському господарстві. Розкриття даного питання забезпечить широкий спектр для наукових досліджень у майбутньому.

Ключові слова: інституту права, інститут державного контролю в сільському господарстві, адміністративно-правова норма, структура адміністративно-правової норми, реалізація норм адміністративного права.

Поряд із численними дослідженнями загальної характеристики державного контролю, безпосередньо вивченого питання державного контролю в сільському господарстві України немає. Аналіз різних джерел свідчить, що в адміністративно-правовій науці увага вчених зосереджується на поверхневому розгляді інституту державного контролю в сільському господарстві України.

Актуальність проблеми дослідження полягає у тому, що незважаючи на спеціальні дослідження таких вчених, як О.Ф. Андрійко, І.А. Бачило, Ю.П. Битяк, В.М. Гарашук, Я.А. Здир, С.Г. Стеценко та інших науковців, питання інституту державного контролю в сільському господарстві України носило фрагментний характер у рамках загальної характеристики державного контролю.

Метою даної статті є детальний розгляд внутрішньої структури інституту державного контролю в сільському господарстві України, а також визначення його особливостей.

У ході пошуку найкращого варіанту щодо розгляду даного питання, особливу увагу необхідно приділити поняттю інституту та його складовим.

Інститут права – це відносно відокремлений комплекс юридичних норм, що регулюють певний однорідний вид, групу суспільних відносин [11, с. 167].

Ознаками інституту права є:

- наявність сукупності нормативних приписів;
- юридична однорідність названих приписів;
- об’єднання правових норм стійкими закономірностями і зв’язками, які віддзеркалюються в юридичних приписах і в цілому в праві [11, с. 169].

Виходячи з даних загальнотеоретичних визначень, можна сформулювати поняття та ознаки інституту державного контролю в сільському господарстві України.

Інститут державного контролю в сільському господарстві – це розрізнений, нормативно-встановлений комплекс норм, що спрямований на регулювання суспільних відносин у сфері сільського господарства України. Такі суспільні відносини охоплюють наступні питання: розведення сільськогосподарських тварин, якість харчових продуктів, неїстівні продукти тваринного походження,

виращування сільськогосподарських культур, стан рослин сільськогосподарського призначення, використання і відтворення водних живих ресурсів, технічні засоби для агропромислового комплексу тощо. Однак найважливішим питанням є відносини, що складаються в процесі здійснення державного контролю.

Враховуючи багатоаспектність інститут державного контролю в сільському господарстві України, дозволено виділити його *основні ознаки*:

1. Присутність значної нормативної бази в законодавстві України, зокрема: Конституції України, Кодексу України про адміністративні правопорушення, законів України “Про захист рослин”, “Про карантин рослин”, “Про насіння і садивний матеріал”, “Про охорону прав на сорти рослин”, “Про племінну справу у тваринництві”, “Про систему інженерно-технічного забезпечення агропромислового комплексу України”, “Про якість та безпеку харчових продуктів і продовольчої сировини” та ін., Постанов Кабінету Міністрів України, наказів Мінагрополітики тощо.

2. Юридична однорідність даних нормативних засад.

3. Тісний взаємозв'язок між правовими нормами.

4. Реалізація юридично-однорідних приписів на засадах законності, дисципліни, соціальної справедливості, ефективності та гуманізму. Суттєво зазначити, що дані поняття є невід'ємними одне від одного. Термін “законність” трактується як режим державного і суспільного життя, при якому забезпечується повне й неухильне дотримання і виконання законів, підзаконних актів усіма без винятку органами держави, громадськими організаціями, посадовими особами і громадянами [12, с. 154]. Це означає, що законність обов'язкова для всіх інституцій держави й суспільства. Вона також є обов'язковою умовою, що забезпечує безперешкодну реалізацію прав громадян, громадських утворень на самовираження та вільний розвиток [5, с. 237]. Дотримання закону є необхідною умовою існування будь-якого організованого суспільства. Законність – це комплексне політико-правове явище, яке характеризується неухильним дотриманням вимог чинного законодавства всіма суб'єктами права [13, с. 192]. Для неї характерні такі основні риси: 1) універсальність, тобто положення законів регулюють суспільні відносини незалежно від місця і часу виникнення суспільних відносин; 2) загальнообов'язковість – у цій рисі проявляється вища юридична сила законів, оскільки приписи норм права обов'язкові для всіх суб'єктів права, незалежно від майнового статусу, належності до державної влади тощо; 3) обґрунтованість – положення законів мають об'єктивний характер, вони насправді спрямовують суспільні відносини у вигідні для суспільства напрями, коли досягається баланс інтересів людини та держави; 4) наявність у державі органів, які забезпечують дотримання законності [13, с. 192–193].

Принцип законності безпосередньо закріплений в ст. 7 Кодексу України про адміністративні правопорушення, в якій говориться, що законність – це принцип, обов'язкова вимога, метод, режим і стан неухильного дотримання, виконання і застосування законів та заснованих на них інших правових актів усіма учасниками суспільних відносин у всіх сферах суспільного життя.

Обов'язок дотримуватися вимог законності поширюється на всіх суб'єктів права. Це положення закріплене багатьма конституційними положеннями. Так, ст. 6 Конституції України проголошується, що органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України. Стаття 68 Основного Закону визначає, що кожен зобов'язаний неухильно додержуватися Конституції України та законів України, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей.

Законність можлива лише при суворому дотриманні дисципліни всіма фізичними і юридичними особами, а дисципліна, у свою чергу, обумовлюється рамками закону [6, с. 4].

Дисципліна – це свідоме додержання встановлених правовими та іншими соціальними нормами правил поведінки у державному і суспільному житті. Говорячи про дисципліну, слід відзначити, що вона, на відміну від законності, більш наближена до людини. Остання може не знати чинного законодавства, не володіти інформацією щодо того, як норми права регулюють ті чи інші суспільні відносини, водночас про дисципліну людина знає [13, с. 193]. Особливими рисами дисципліни є: 1) наявність певної системи норм, правил поведінки людей; 2) вказану систему сформовано набагато раніше, ніж систему законодавства; 3) існування певних різновидів дисципліни залежно від варіантів людських колективів; 4) нерідко норми дисципліни не закріплено в чинному законодавстві [13, с. 193].

Законність і дисципліна є необхідними умовами існування демократичної держави [13, с. 193].

У дієвості (ефективності) контролю відображений його зміст і призначення. Контроль не повинен бути лише засобом реєстрації упущень та недоліків. Недостатньо виявити порушення, необхідно знайти причини і вжити заходів до їх усунення [10]. При цьому ефективність державного контролю не визначається кількістю проведених перевірок, ревізій, рейдів, звітів чи різних розпоряджень, наказів, постанов, прийнятих у процесі контролю. Це може створювати лише видимість дієвості, яка не має нічого спільного з результативністю контролю, запобіганням чи попередженням неправомірних дій, його охоронною функцією [2, с. 22–23].

5. Наявність суб'єктів, об'єктів управління та владної підпорядкованості між ними. Управління полягає у здійсненні цілеспрямованого впливу суб'єкта управління на його об'єкт. Тому для здійснення управлінського процесу необхідним є суб'єкт і об'єкт управління – тільки між ними й можливе налагодження управлінських відносин [7, с. 14].

Суб'єкт управління – це той, хто керує, виконує функції управління [7, с. 14]. Важливе місце в системі органів державного управління сільським господарством належить спеціальним органам – державним інспекціям.

Актуальним в даному питанні є позиція Я.А. Здіра щодо розмежування компетенції між органами державного управління і держінспекціями. Він зазначає, що органи галузевого або функціонального управління виконують завдання щоденного керівництва дорученою їм сферою і безпосередньо організовують виконання законів, рішень, директив. Держінспекції ж виконують більш обмежені завдання: вони здійснюють контроль та нагляд за виконанням та дотриманням визначених правил, при чому контроль суворо обмежений щодо права держінспекції втручатися в оперативно-організаторську діяльність підконтрольного об'єкта [8, с. 98].

В організаційному відношенні відзначається подвійна природа інспекційних органів – з одного боку, кожна держінспекція являє собою немов би складову частину відповідного апарату галузевого управління (наприклад міністерства, з яким держінспекція безпосередньо пов'язана спільністю завдань, і відповідно своєю структурою). Але, з іншого боку, в силу специфіки повноважень і методів діяльності держінспекції наділені і певною організаційною відокремленістю. Знаходячись у більшості випадків у віданні якого-небудь галузевого органу державного управління і керуючись його завданнями, кожна держінспекція разом з тим в організаційно-структурному відношенні отримує певну автономію, має

особливе становище, в якому передбачена структура, повноваження і порядок діяльності держінспекцій [8, с. 10].

Державні інспекції є специфічними органами державного управління. Ця специфіка обумовлена рядом рис, які виділяють державні інспекції із усієї сукупності органів управління. По-перше, вони, як правило, не утворюють самостійної системи органів виконавчої влади, а входять до складу інших органів як структурні підрозділи. По-друге, їх діяльність має вузькоспеціалізований характер. По-третє, повноваження державних інспекцій поширюються на організації і посадових осіб незалежно від їх відомчої підпорядкованості, а також на громадян. По-четверте, діяльність державних інспекцій в необхідних випадках включає застосування заходів адміністративного примусу, в тому числі адміністративних стягнень [1, с. 47-52].

Необхідною передумовою до безпосереднього аналізу контрольних повноважень інспекційних органів у сфері сільського господарства є визначення їх правового статусу.

В теорії держави і права правовий статус суб'єкта правовідносин визначається, як сукупність прав та обов'язків. Під правовим статусом державного органу, як спеціального суб'єкта правовідносин прийнято розуміти певну сукупність його повноважень, юридично-владного характеру, реалізація яких забезпечує виконання покладених на нього завдань, а також його організаційну структуру, відповідальність тощо.

До основних елементів правового статусу такого суб'єкта відносять: компетенцію, організаційну структуру, відповідальність.

Головним елементом правового статусу державного органу інспектування є компетенція, що включає в себе права і обов'язки.

Організаційна структура виступає наступним складовим елементом правового статусу даного суб'єкта. До неї належать положення, які визначають порядок утворення і структуру органу, порядок встановлення посади, а також порядок призначення до складу органу і заміщення відповідної посади. Оскільки державні інспекції, тобто їх співпрацівники, є представниками виконавчої влади, які займають різні посади в державних органах, то всі організаційні елементи їх правового статусу закріплені у відповідних положеннях про інспекції [1, с. 111].

Відповідальність є невід'ємною частиною правового статусу державних інспекцій, які зобов'язані її нести у випадку порушення законності, прав особи в процесі здійснення своїх функцій [4, с. 70]. Згідно з ч. 2. ст. 19 Конституції України органи державної влади, органи місцевого самоврядування, їх посадові та службові особи зобов'язані діяти тільки на основі, в межах повноважень і засобами, які передбачені Конституцією і законами України. Стаття 56 Конституції України передбачає, що кожен має право на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб під час здійснення ними своїх повноважень [9].

При цьому слід зазначити, що правовий статус інспекційних органів визначається відповідно до законодавчої бази України.

Об'єкт управління – є те, на що спрямовано керівний вплив суб'єкта [7, с. 14]. Відповідно до Кодексу України про адміністративні правопорушення в галузі сільського господарства об'єктами управління виступають суспільні відносини, пов'язані з: потравою посівів, зіпсуття або знищення зібраного врожаю

сільськогосподарських культур, пошкодженням насаджень колективних сільськогосподарських підприємств, інших державних і громадських чи фермерських господарств; порушенням порядку та умов ведення насінництва та розсадництва; порушенням вимог щодо виконання фітосанітарних заходів; ввезенням в Україну, вивезенням з України, транзитом через її територію, вивезенням з карантинних зон або ввезенням до них об'єктів регулювання, які не пройшли фіто санітарного контролю; невжиттям заходів щодо забезпечення охорони посівів снотворного маку чи конопель, місць їх зберігання та переробки; незаконним посівом та вирощуванням снотворного маку чи конопель; порушенням правил щодо карантину тварин та інших ветеринарно-санітарних вимог; порушенням законодавства про племінну справу у тваринництві; грубим порушенням механізаторами правил технічної експлуатації сільськогосподарських машин і техніки безпеки.

6. Державно-владний характер відносин, тобто один із суб'єктів наділений державою владними повноваженнями стосовно інших суб'єктів. В.Г. Афанасєв відзначав, що мета такої діяльності полягає у виявленні результатів впливу суб'єктів на об'єкт, допущених відхилень від прийнятих вимог, діючих принципів організації і регулювання, а також визначенні причин цих відхилень і шляхів подолання виявлених перешкод для ефективного функціонування всієї системи [3, с. 12].

7. Інформаційність щодо отриманих даних в галузі сільського господарства, виявлення правопорушень. Так, контроль слугує засобом отримання інформації про процеси, що відбуваються у суспільстві і різних його утвореннях.

8. Вплив на підконтрольний суб'єкт за допущені правопорушення.

Згідно загальнотеоретичної класифікації інститути права поділяються на: галузеві та міжгалузеві.

Галузеві – це такі інститути, які утворюються нормами однієї галузі права, а міжгалузеві – об'єднують норми, які належать до різних галузей права [11, с. 170].

Інститут державного контролю в сільському господарстві можна віднести до галузевого інституту, так як регулятором даних суспільних відносин є адміністративно-правові норми. Це пояснюється тим, що виразний процес управління неможливий без регулюючої ролі адміністративно-правової норми.

Норма права – це офіційне формально визначене, загальнообов'язкове правило поведінки, яке встановлене або санкціоноване державою, направлене на регулювання найбільш важливих суспільних відносин і охорону соціальних цінностей шляхом закріплення юридичних обов'язків і прав суб'єктів правовідносин [11, с. 148].

Адміністративно-правова норма – це загальнообов'язкове правило поведінки, що встановлено державою з метою регулювання суспільних відносин у сфері державного управління і забезпечується заходами державного примусу [7, с. 12].

Норми адміністративного права класифікують за наступними критеріями: предмет регулювання; юридичний характер припису; дія в часі; коло осіб; ступінь загальності; повнота правил поведінки; юридична сила.

За предметом регулювання адміністративно-правові норми поділяються на:

- організаційні;
- норми, що визначають підстави і порядок застосування адміністративної відповідальності;
- матеріальні норми;
- процесуальні норми.

За юридичною характеристикою адміністративно-правові норми класифікуються на:

- зобов'язуючі – містять юридично-владну вимогу до виконавців здійснити відповідні дії;
- уповноважуючі – встановлюють право суб'єкта адміністративних правовідносин на здійснення відповідних дій;
- забороняючі – передбачають юридично-владний припис, який вказує на недопустимість відповідної поведінки під страхом застосування адміністративного припису.

За дією в часі адміністративно-правові норми поділяються на: обмежені та необмежені строком дії.

За колом осіб розподіляються на: адміністративно-правові норми, які регулюють діяльність органів державної виконавчої влади та які встановлюють компетенцію посадових осіб, права та обов'язки державних службовців тощо.

За ступенем загальності адміністративно-правові норми класифікують на : загальні (розповсюджуються на всіх або більшість суб'єктів відносин) та спеціальні (встановлюються лише з окремих спеціальних питань).

В залежності від повноти викладання правил поведінки адміністративно-правові норми розподіляються на: визначені та бланкетні. Визначена норма має повно викладене правило поведінки, бланкетна – зазначає відповідне правило неповно, посилаючись на інші норми або акти.

За юридичною силою норми адміністративного права класифікують на конституційні, норми законодавчих адміністративно-правових актів, норми, що містяться в Указах Президента України, Постановах Кабінету Міністрів України, нормативних актах місцевих державних адміністрацій [7, с. 12–13].

Структура адміністративно-правової норми – це її внутрішня будова, порядок взаємозв'язку її складових частин [7, с. 13].

Структура адміністративно-правової норми складається, як правило, з:

- гіпотези, що вказує на фактичні умови, за наявності яких слід керуватися даною нормою;
- диспозиції – самого правила поведінки;
- санкції, що встановлює юридичні наслідки, які настають у випадку порушення тих чи інших правил, передбачених нормою [7, с. 13].

Для кращого розуміння проаналізуємо на вибір адміністративно-правову норму, тобто статтю, глави 9 “Адміністративні правопорушення у сільському господарстві. Порушення ветеринарно-санітарних правил” Кодексу України про адміністративні правопорушення. Наприклад, *стаття 105. Порушення вимог щодо виконання фітосанітарних заходів*. Порушення вимог щодо виконання фітосанітарних заходів - тягне за собою накладення штрафу на громадян від трьох до десяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян і на посадових осіб - від восьми до п'ятнадцяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Структура даної адміністративно-правової норми:

гіпотеза – порушення вимог щодо виконання фітосанітарних заходів;

диспозиція – виконання фітосанітарних заходів;

санкція – накладення штрафу на громадян від трьох до десяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян і на посадових осіб - від восьми до п'ятнадцяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Реалізація норм адміністративного права – це практичне втілення в життя загальнообов'язкових приписів, що містяться в адміністративно-правових нормах з метою регулювання управлінських відносин [7, с. 13].

Фігурують чотири способи реалізації:

- дотримання – полягає у пасивній поведінці суб'єктів, що не допускає порушення адміністративно-правових норм (це є форма реалізації забороняючих норм);
- виконання – полягає в активній поведінці суб'єктів, що виявляється у виконанні юридичних обов'язків, зафіксованих в адміністративно-правових нормах (це є форма реалізації зобов'язуючих норм);
- використання – полягає в активній поведінці суб'єктів, що виявляється у здійсненні наданих їм адміністративно-правовими нормами юридичних прав (це є форма реалізації уповноважуючих норм);
- застосування – полягає у владній діяльності державних виконавчо-розпорядчих органів і виявляється у виданні індивідуальних юридичних актів. Особливістю цієї форми реалізації є те, що вона здійснюється винятково державою через уповноважені нею органи [7, с. 13].

Всі вищезазначені способи реалізації притаманні як галузі адміністративного права загалом, так і інституту державного контролю в сільському господарстві зокрема.

Виходячи із вищенаведеного можна відмітити, що на сьогодні інститут державного контролю в сільському господарстві України відкриває широкий спектр для наукових досліджень, які в майбутньому ґрунтовно дозволять охарактеризувати “пишноту” даного питання.

1. Актуальні теоретико-методологічні та організаційно-практичні проблеми державного управління: Матеріали наук.-практ. конф. за міжнар. участю, (28 травня 2004р., Київ): У 2 т. / Національна академія держ. управління при Президентіві України / В.І. Луговий (гол.ред.) — К. : Видавництво НАДУ, 2004. — 416с. — Бібліогр.: в кінці робіт. Т. 2 — 416с. — ISBN 966-619-150-4. Індекс рубрикатора НБУВ: Х819(4УКР) я431(0)Шифр зберігання книги в НБУВ: В348256.
2. Андрійко О.Ф. Державний контроль в Україні: організаційно-правові засади. – К.: Наукова думка. 2004. – 300 с.
3. Афанасьев В.Г. Научное управление обществом. /Афанасьев В. Г. – М.: Политиздат, 1973. – 288 с.
4. Бачило И.А. Функции органов управления: (Правовые пробл. оформл. и реализации). – М.: Юрид. лит., 1976. – 198 с.
5. Битяк Ю. П. Адміністративне право України: Підручник. – К.: Юрінком інтер, 2006. – 544 с.
6. Гарашук В.М. Контроль та нагляд у державному управлінні: Навч. посіб. – Харків: Нац. юрид. акад. України, 1999. – 55 с.
7. Гладун З.С. Адміністративне право України: Опорні конспекти лекцій. Видання друге – Тернопіль, 2002. – 224 с.
8. Здир, Я. А. Государственные инспекции в СССР. -М.:Госюриздат, 1960. -134 с.
9. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
10. Костилен В.В. Організаційно-правові засади контрольної діяльності державних інспекцій у соціальній сфері: Дис... канд. юрид. наук: 25.00.01. – Харків, 2003.
11. Кравчук М. В. Теорія держави і права (опорні конспекти): Навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. – Тернопіль, 2002. – 286 с.
12. Теорія держави і права: Навчальний посібник / Спілка юристів України А.М. Колодій, В.В. Копейчиков та ін. – К.: Юрінформ, 1995. – 191с.
13. Стеценко С. Г. Адміністративне право України: Навч. посібник. – К.: Атіка, 2007. – 624 с.

**ИНСТИТУТ ГОСУДАРСТВЕННОГО КОНТРОЛЯ
В СЕЛЬСКОМ ХОЗЯЙСТВЕ УКРАИНЫ:
ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА.**

М. Кравчук

*Национальный университет биоресурсов и природопользования Украины
ул. Героев Обороны, 15, к. корп. 3, 03041, Киев, Украина*

В статье сформулировано понятие института государственного контроля в сельском хозяйстве Украины. Содержательно изложено структуру статьи, главы 9 “Административные правонарушения в сельском хозяйстве. Нарушения ветеринарно-санитарных правил” Кодекса Украины об административных правонарушениях. Определены способы реализации норм административного права, характерные институту государственного контроля в сельском хозяйстве. Раскрытие данного вопроса обеспечит широкий спектр для научных исследований в будущем.

Ключевые слова: институт права, институт государственного контроля в сельском хозяйстве, административно-правовая норма, структура административно-правовой нормы, реализация норм административного права.

**STATE CONTROL INSTITUTE IN AGRICULTURE
OF UKRAINE: GENERAL CHARACTERISTICS**

M. Kravchuk

*Bioresources and Environment Use National University of Ukraine
Geroiv Oborony Str. 15, UA – 03041 Kyiv, Ukraine*

Notion of state control institute in agriculture of Ukraine is framed. The author presents his own structure of the article, chapter 9 “Administrative infractions in agriculture. Infractions of veterinary-sanitary rules” of the Code of Ukraine On administrative infractions. Methods of administrative law norms realization concerning state control institute in agriculture are defined.

Key words: law institute, state control institute in agriculture, administrative-legal norm, administrative-legal norm structure, administrative law norms realization.

Стаття надійшла до редколегії: 12.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ

ПОНЯТТЯ “ПРОНИКНЕННЯ” ПРИ ДИФЕРЕНЦІАЦІЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ВИКРАДЕННЯ

Н. Антонюк

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті досліджено поняття проникнення, співвідношення між термінами “проникнення” і “вторгнення”. Проведено поділ проникнень на види, виходячи із різних критеріїв. Досліджено окремі питання, що виникають під час кримінально-правової оцінки викрадень із проникненням.

Ключові слова: проникнення, житло, приміщення, сховище, злочин, власність.

Термін “проникнення” у науці кримінального права зазвичай досліджують аналізуючи склад злочину “Порушення недоторканості житла” (ст.162 КК України), або ж з’ясовуючи зміст такої диференціюючої ознаки викрадень як “проникнення у житло, інше приміщення чи сховище”. У багатьох дослідженнях проникненням вважають незаконне вторгнення у певні приміщення. Фактично терміни “проникнення” і “вторгнення” часто вживають як синоніми. Однак, таке отождошення є хибним. Разом з тим вказана теза потребує аргументації. З огляду на це зупинимося на дослідженні змісту терміну “проникнення”, що використовується законодавцем у кваліфікованих складах крадіжки, грабежу та розбою і висловимо деякі аргументи щодо дискусійних питань, які стосуються зміту та ознак “проникнення”.

Поняття “проникнення” і його ознаки було предметом дослідження у наукових дослідженнях, що стосувалися злочинів проти власності (в т.ч. викрадень) загалом. Зокрема, вказане питання досліджували П.П. Адрушко, О.І. Бойцов, В.В. Векленко, Г.В. Веріна, С.А. Єлісеєв, О.В. Ільїна, Н.А. Лопашенко, П.С. Матишевський, В.О. Навроцький, Є. Савкін та інші вчені. Разом з тим у наукових дослідженнях здебільшого пропонувалося найбільш оптимальне, на думку авторів, визначення проникнення і не досліджувалися ознаки проникнення, співвідношення цього поняття із суміжними поняттями. Завданням цього дослідження є визначення поняття проникнення, виділення суб’єктивних і об’єктивних ознак проникнення, з’ясування співвідношення між термінами “проникнення” і “вторгнення”, виділення окремих видів проникнення за певними критеріями.

Судова практика проникнення розглядає як незаконне вторгнення будь-яким способом (із застосуванням засобів подолання перешкод або без їх використання; шляхом обману; з використанням підроблених документів тощо або за допомогою інших засобів), який дає змогу винній особі викрасти майно без входу до житла, іншого приміщення чи сховища. Виходячи із вказано розуміння проникнення можна виділяти чотири ознаки проникнення: 1) незаконність; 2) факт вторгнення; 3) спосіб вторгнення; 4) ціль, яку переслідує винний. Ці ознаки слід поділити на дві групи: суб’єктивні і об’єктивні ознаки проникнення. Суб’єктивними ознаками

проникнення будуть усвідомлення незаконності проникнення, ціль проникнення, яка полягає у бажанні викрасти майно. Об'єктивними ознаками – факт вторгнення певним способом.

Цікавим є підхід до використання критеріїв проникнення, зазначений В.Г. Гончаренком. Науковець виділяє юридичний (психологічний) і фізичний (технічний) критерії проникнення [1, с. 560]. Юридичний критерій на думку вченого полягає в усвідомленні факту незаконного проникнення з певною метою – викрадення майна. Фізичний критерій полягає у фізичному проникненні, або проникненні з використанням спеціальних пристроїв.

Незаконність проникнення полягає у відсутності законних підстав для входження і перебування у житлі, приміщенні чи сховищі. Правильно у кримінально-правовій літературі конкретизують, що незаконним слід вважати таке проникнення, при якому винний не мав жодних юридичних або гаданих прав на вторгнення у вказані об'єкти [2]. Однак, окрім вказівки на цю ознаку, слід пам'ятати, про ще одну ознаку незаконності проникнення. Встановлюючи наявність у діях винного ознаки проникнення у житло, інше приміщення чи сховище необхідно констатувати, що доступ до вказаних об'єктів був обмеженим. Якщо у приміщення дозволено вільний доступ, кваліфікуюча ознака “проникнення...” не може бути застосована під час кримінально-правової оцінки вчиненого, оскільки немає самого факту незаконного проникнення. Входження і знаходження у певних приміщеннях може бути обмеженим або вільним залежно від часу доби. Так, у період робочого дня входження у музеї, магазини, бібліотеки і схожі приміщення є вільним. Однак, у позаробочий час вони закриті для зовнішнього доступу. Така ж обмеженість доступу має місце під час обідньої перерви, перезміни тощо.

Семантичне значення терміну “проникнення” – пробиратися, прокрадатися [3, с. 1161]. У постанові Пленуму ВСУ “Про судову практику у справах про злочини проти власності” від 06.11.2009 р. № 10 (далі - Постанова) для позначення дії у проникненні вжито термін “вторгнення” [4]. Цей термін близький за змістом, однак не тотожний. Він підкреслює ознаку незаконності дій винного. До законного входження термін “вторгнення” застосувати неможливо. Разом з тим вторгнення передбачає застосування сили. На вказаний недолік звертають увагу С.А. Єлісеєв, С.М. Кочої, Є. Савкін [5, с. 157; 6, с. 150; 7, с. 47]. Вчені правильно зауважують, що проникнення і вторгнення не тотожні поняття. Вони співвідносяться як частина і ціле. Проникнення буває насильницьким (вторгнення) і ненасильницьким (поза волею власника). Позначення дій у проникненні як вторгнення звужує зміст цього терміну. Якщо вживати вказані терміни як синоніми, матиме місце очевидна підміна понять. На жаль, інколи у науковій літературі не зважають на точний зміст термінів і ототожнюють проникнення із вторгненням [2; 8].

Р.А. Абрамовський пропонує давати визначення проникнення шляхом використання терміну “потрапляння” замість “вторгнення” [9]. Слід відзначити, що терміном “потрапляти” позначають проходження, проникнення крізь щось, просовування, досягання чогось [3, с. 1090]. Цей термін охоплює як насильницьке так і ненасильницьке проникнення, а тому може бути використаний для позначення дії у проникненні. Він може бути використаний як до позначення безпосереднього входження у житло, приміщення чи сховище, так і для позначення дій, що полягають у вилученні майна за допомогою спеціальних знарядь.

Факт проникнення традиційно пов'язують із входженням у середину. Злочинець повністю всім тілом, частиною тіла, за допомогою технічного пристрою

або іншим чином проникає у житло, приміщення чи сховище і викрадає звідти майно. Використання для викрадення майна дресированих собак, птахів, залучення до вчинення такого викрадення неделіктоздатних осіб слід розглядати як проникнення, вчинене “іншим чином”. Неделіктоздатні особи, тварини, птахи виступають знаряддями вчинення злочину. Виконавцем посягання є та особа, яка залучила неделіктоздатних осіб, тварин чи птахів до вчинення злочину.

Дискусію викликала позиція О.І. Бойцова щодо кримінально-правової оцінки так званого “опосередкованого вторгнення” [11, с. 629]. Вчений до опосередкованого вторгнення відносить заволодіння рідкими або сипучими речовинами, що знаходяться в таких ємкостях, проникати в які непотрібно, оскільки майно саме висипається. Ця позиція була піддана критиці Н.А. Лопашенко [10, с. 150]. Н.А. Лопашенко вказала, що у таких випадках ознаки проникнення немає, оскільки немає вторгнення всередину.

На нашу думку, більш аргументованою є позиція О.І. Бойцова. Для обґрунтування доцільності кваліфікації заволодіння рідкими або сипучими речовинами як опосередкованого вторгнення можна навести такі аргументи:

у винного немає потреби проникати всередину відповідних ємкостей, оскільки вказані речовини витікають, висипаються самі;

якщо таке бажання у винного виникне, він може безперешкодно проникнути всередину (наприклад, він захоче пришвидшити випадіння сипучої речовини і допомагатиме звичайному фізичному процесу нагріваючи речовину рукою).

Якщо слідувати позиції Н.А. Лопашенко слід вказувати, що проникнення не буде і у випадку, коли винний відчинить сейф і висипе із нього цінності або вони випадуть самі. Думаю, що викрадення із ємкостей, які необхідно було попередньо вскрити, слід розглядати (за наявності інших обов’язкових ознак) як викрадення із проникненням у сховище.

О.І. Бойцов і Н.А. Лопашенко у своїх працях наводять однаковий приклад із судової практики, яким ілюструють необхідність врахування у деяких випадках “глибини” проникнення [10, с. 104; 11, с. 631]. Мова йде про вчинення гр. Кіріковим крадіжки речей із підвіконня відкритого вікна без вторгнення у житло. Кіріков, проїжджаючи ввечері велосипедом повз відчинене вікно побачив на підвіконні пакет. Переконавшись, що його ніхто не бачить, Кіріков викрав пакет, у якому знаходилися чайний сервіз, набір рюмок і комплект постільної білизни.

Президія Кіровського обласного суду у своєму рішенні вказала, що дії Кірікова не правильно кваліфіковані як крадіжка із проникненням у житло, оскільки він лише протягнув руку і не проникав у житло. Кіріков не застосовував ніяких пристроїв чи спеціальних знарядь для викрадення майна. Тому, в його діях немає ознак крадіжки з проникненням.

В.В. Векленко у своїх праці також згадує вказану справу, однак не погоджується із рішенням суду [12, с. 118]. Вчений вказує, що підвіконня знаходиться у середині житла, а тому у діях винного є ознака проникнення.

Вважаємо, що кваліфікація дій Кірікова як крадіжки без проникнення у житло є неправильною. Адже, наявність чи відсутність вказаної ознаки не можна ставити в залежність від того на скільки сантиметрів винний протягнув руку у житло, щоб вилучити майно. Правильно вказує В.В. Векленко, що підвіконня – це складова житла. Воно міститься всередині житла. Ніякою межею між житлом і “вулицею” підвіконня не є. Межею є саме вікно, яке розташоване після закінчення підвіконня. Та частина будівлі, яка міститься “за склом”, після вікна, так звані “зливи”,

знаходиться поза межами житла. Тому викрадення виставлених для охолодження пакетів, саморобних ящиків-холодильників слід кваліфікувати як викрадення без ознаки проникнення. А от у випадку з кваліфікацією дій Кірікова, жодних підстав для виключення із формули кваліфікації ознаки проникнення не було.

Способи вторгнення можуть бути різноманітними. Однак їх слід згрупувати за визначеними критеріями. С.А. Єлісеєв виділяє типові прийоми проникнення:

- повне або часткове порушення цілісності закриваючих пристроїв, елементів будівель (дверей, вікон, стель, підлог, фундаментів тощо), спеціальних сховищ;
- обман осіб, які знаходяться у житловому чи нежитловому приміщенні, на охоронюваній території;
- застосування пристроїв, що дозволяють вилучити викрадене без фактичного входження злочинця у будівлю, сховище;
- використання заздалегідь підібраних чи виявлених на місці вчинення злочину ключів, “злочинських знарядь”;
- “вільний доступ” (через відчинене вікно, незакриті двері тощо);
- використання неуважності потерпілого (винний ховається у приміщенні з метою викрадення майна) [5, с. 157–158].

Вказані прийоми автор ділить на три групи: взлом (усунення перешкод, замків), “спеціальні пристрої і дії” (технічні пристрої, обман) і “вільний доступ” (викрадення з незачинених приміщень).

У кримінально-правовій літературі зазначають, що “вільний доступ” до певного приміщення не завжди слід кваліфікувати як проникнення [7, с. 47–48]. Так, Є. Савкін вказує, що якщо винний увійшов у житло через навстіж відчинені двері – проникнення немає, оскільки він не вжив ніяких додаткових заходів для входження у житло. Якщо ж він увійшов через зачинені двері (просто зачинені, не на ключ) – має місце проникнення, бо винний вжив мінімальні зусилля для проникнення у житло. Видається, що підхід до кримінально-правової оцінки в обох вказаних Є. Савкіним випадках має бути однаковим. Ступінь суспільної небезпеки у вказаних прикладах ніяк не відрізняється. Навряд чи можна погодитися із автором, що згинання клямки, щоб відчинити не замкнені на ключ двері слід вважати більш суспільно небезпечним, ніж входження у відчинені двері. Суспільна небезпека викрадення з незамкнутого приміщення зумовлена особистими якостями винного, його нахабністю, так званою “злочинною установкою”. Викрадення із незачиненого на ключ приміщення, як і викрадення із приміщення, двері якого відкриті навстіж слід кваліфікувати як викрадення з “проникненням...”.

Для констатації кваліфікуючої ознаки “проникнення у житло, інше приміщення чи сховище” необхідно встановити ціль, з якою вчинено проникнення, момент виникнення умислу на заволодіння майном. Якщо умисел на викрадення майна виник після входження у житло, тобто особа опинилась у житлі без наміру вчинити злочин, а потім заволоділа чужим майном, – її дії не можна кваліфікувати як вчинені з проникненням. У постанові Пленуму ВСУ зазначено, що викрадення майна не можна розглядати за ознакою проникнення в житло або інше приміщення чи сховище, якщо умисел на викрадення майна у особи виник під час перебування в цьому приміщенні (абз. 3 п. 22). Детально питання кримінально-правової оцінки дій винного у випадку, коли умисел на вчинення викрадення виник у винного після того як він з дозволу господаря потрапив до житла, приміщення або сховища досліджено О.В. Ільїною [13]. Разом з тим слід відзначити, що ця проблема є цікавою і дискусійною, а тому потребує окремого з’ясування в межах іншого дослідження.

Видається, що виходячи із ряду критеріїв можна виділити такі види проникнення:

- за ознакою відкритості: відкрите і таємне;
- залежно від факту застосування насильства: насильницьке і без застосування насильства;
- залежно від наявності перешкод: з подоланням перешкод і “вільне”;
- залежно від кількості осіб, які вчинюють проникнення: одноособове і групове;
- залежно від входження всередину житла, приміщення чи сховища: фізичне проникнення і проникнення з використанням спеціальних знарядь.

Насильницьке проникнення передбачає застосування насильства до власника чи інших осіб. Як наслідок, насильницьке проникнення кваліфікуватиметься залежно від характеру застосованого насильства як грабїж або розбій. Ненасильницьке проникнення – це проникнення шляхом застосування обману, взлому, підбору ключів, входження у відчинене приміщення та інших способів.

Фізичним проникненням є фактичне проникнення всередину житла, приміщення чи сховища. Фізичне проникнення може бути повним і частковим, залежно від того чи винний викрадав майно шляхом повного входження чи за допомогою частини тіла. Фізичне проникнення буває безпосереднім і опосередкованим. Під час безпосереднього проникнення в житло, приміщення чи сховище проникає сам злочинець, а під час опосередкованого проникнення – саме проникнення вчиняють невідкритою особою, тварини, птахи, тобто має місце так зване опосередковане виконання злочину.

Проникненням із використанням спеціальних знарядь визнається проникнення шляхом використання різноманітних крюків, гаків, вудочок тощо, якими підчіплюється і витягується зсередини майно.

У кримінально-правовій літературі використовується термін “подвійне проникнення”. Цим терміном позначаються випадки викрадення майна зі сховищ, що знаходяться у приміщеннях (в т. ч у житлі). Однак, у формулі кваліфікації ознака проникнення зазначається один раз і таке проникнення розглядається як єдине посягання.

Ознака “проникнення...” враховується під час кваліфікації дій всіх співучасників, не залежно від того, чи проникали вони у приміщення чи виконували іншу функцію (наприклад, наглядали, щоб не повернувся власник тощо). Так, якщо злочин вчинено співвиконавцями, характер виконуваних ними функцій ніяк не змінює оцінки дій всіх співвиконавців як викрадення з проникненням. Адже, співвиконавці можуть діяти паралельно:

- разом проникати у житло, приміщення чи сховище і викрадати звідти майно;
- вони можуть діяти паралельно з розподілом функцій: один передає майно зсередини, інших завантажує його в машину, ще інший слідкує за “обстановкою” тощо;
- можуть діяти послідовно: один відчинив приміщення, другий проникнув і виніс майно, третій відвіз майно у безпечне місце.

Якщо мова йде про складну співучасть, слід вказати, що викрадення із проникненням, як правило, усвідомлюється всіма учасниками посягання: організатор і підбурювач усвідомлюють факт проникнення, виходячи із змісту їх функцій, пособник – виходячи із характеру допомоги, яку він надає (передача фомки, надання консультації щодо проникнення тощо). Разом з тим, якщо хтось із співучасників не усвідомлював того, що викрадення вчинюватиметься із проникненням, цю кваліфікуючу ознаку йому у вину ставити не можна. Має місце так зване, різне

усвідомлення фактичних обставин вчинюваного посягання і дії співучасників можуть кваліфікуватися за різними частинами чи статтями КК. Доцільність кваліфікації дій співучасників за різними статтями КК у такому випадку обґрунтував В.О. Навроцький [14, с. 224]. Якщо ж умисел співучасників був неконкретизований, вони повинні нести відповідальність за фактично вчинене діяння.

Вихід когось із учасників за межі домовленості (наприклад, домовилися вчинити крадіжку без проникнення, а один з учасників вчинив проникнення), - слід кваліфікувати з врахуванням ексцесу когось із співучасників.

Отже, викладені у дослідженні положення дозволяють вказати, що проникнення і вторгнення не є тотожними, вони співвідносяться як частина і ціле, оскільки вторгнення – це лише насильницьке проникнення. Насильницьке проникнення передбачає застосування насильства до власника чи інших осіб, а ненасильницьке проникнення вчинюється шляхом застосування обману, взлому, підбору ключів, входження у відчинене приміщення та інших способів. Для правильного розуміння змісту проникнення доцільно виділяти суб'єктивні і об'єктивні ознаки проникнення: суб'єктивні ознаки - усвідомлення незаконності проникнення та ціль, з якою вчинюється проникнення (бажання викрасти майно); об'єктивні ознаки проникнення - факт потраплення у житло, інше приміщення чи сховище вчинений певним способом.

1. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України : У 2 т. – Т. 1 [Текст] / За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 3-тє вид., перероб. та доп. – : Алерта ; КНТ; Центр учбової літератури. – 2009. – 964 с.
2. Раздобудько, Е.А. Уголовная ответственность за хищения, совершаемые с незаконным проникновением в помещение либо иное хранилище, и роль ОВД в их предупреждении [Электронный ресурс]: Автореф. дис... кандидата юридических наук : 12.00.08. / Раздобудько Евгений Александрович ; Москва, 2006. // <http://www.lib.uar.ru.net/diss/cont/218424.html>.
3. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) [Текст] / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ "Перун", 2005. – 1728 с.
4. Постанова Пленуму Верховного Суду України “Про судову практику у справах про злочини проти власності” від 06.11.2009 р. № 10 [Електронний ресурс] // <http://www.scourt.gov.ua>.
5. Елисеєв, С.А. Преступления против собственности по уголовному законодательству России [Текст] / С.А. Елисеєв. – Томск. 1999. – 213 с.
6. Кочои, С.М. Ответственность за корыстные преступления против собственности. Учебно-практическое пособие [Текст] / Кочои С.М.. – 2-е изд., доп. и перераб. – М., 2000. – 288 с.
7. Савкин, Е. Понятие проникновения в жилище, помещение либо иное хранилище [Текст] / Е. Савкин // Законность. – 2003. – № 8. – С. 46–48.
8. Севрюков, А.П. Криминологическая и уголовно-правовая характеристика грабежей и разбоев, совершаемых с незаконным проникновением в жилище, и их предупреждение [Электронный ресурс]: Автореф. дис.... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Севрюков Александр Павлович: Москва, 2000 198 с. // <http://www.dslib.net/kriminal-pravo/sevrjukov.html>.
9. Абрамовский, Р.А. Ненасильственные хищения с незаконным проникновением в жилище : уголовно-правовые и криминологические аспекты [Электронный ресурс]: Автореф. дис... кандидата юридических наук : 12.00.08 / Абрамовский Роман Александрович; Челябинск, 2007. – 172 с. // <http://www.lib.uar.ru.net/diss/cont/224732.html>.

10. Лопашенко, Н.А. Преступления против собственности. Теоретико-прикладное исследование [Текст] / Лопашенко Н.А. – М.: ЛексЭст, 2005. – 408 с.
11. Бойцов, А.И. Преступления против собственности [Текст] / А. Бойцов – С– Пб.: Юрид. центр Пресс, 2002. – 755 с.
12. Векленко, В.В. Квалификация хищений. Монография [Текст] / В.В.Векленко – Омск: Изд-во Ом. акад. МВД России. – 2001. – 256 с.
13. Ільїна, О.В. Кримінально-правова характеристика обтяжуючих обставин (кваліфікуючих ознак) корисливих злочинів проти власності. [Електронний ресурс]– Автореф. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.08 / Ільїна Оксана Валеріївна ; Київський національний університет імені Тараса Шевченка,. – Київ, 2007. // <http://referatu.net.ua/referats/7569/170778>.
14. Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: Навч. посібник. [Текст] / В.О.Навроцький – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 704 с.

ПОНЯТИЕ “ПРОНИКНОВЕНИЯ” ПРИ ДИФФЕРЕНЦИАЦИИ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА ПОХИЩЕНИЕ

Н. Антонюк

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статье исследовано понятие проникновения, соотношение между терминами “проникновение” и “вторжение”. Проведено разделение проникновений на виды, исходя из ряда критериев. Исследованы отдельные вопросы, возникающие во время уголовно-правовой оценки похищений с проникновением.

Ключевые слова: проникновение, жилище, помещение, хранилище, преступление, собственность.

“ENTERING” NOTION DURING LIABILITY FOR STEALING DIFFERENTIATION

N. Antonjuk

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

“Entering” notion in criminal law is researched. The author asserts that “entering” is divided into kinds taking into consideration different criteria. A stress is made on some issues that arise during stealing with entering criminal legal estimation.

Key words: entering, habitation, premise, place of safety, crime, property.

Стаття надійшла до редколегії: 20.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ДОСВІД ДЕРЖАВ-УЧАСНИЦЬ СНД У БОРОТБІ ЗІ ЗНИЩЕННЯМ АБО ПОШКОДЖЕННЯ МАЙНА

Р. Боднарчук

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

Розглянуто у порівняльному плані питання кримінальної відповідальності за умисне чи необережне знищення чи пошкодження майна у кримінальних кодексах держав-учасниць СНД. Зроблені відповідні пропозиції щодо вдосконалення вітчизняного кримінального законодавства.

Ключові слова: умисне чи необережне знищення або пошкодження майна.

Дослідження іноземного досвіду боротьби зі знищенням чи пошкодженням майна носить не лише пізнавальний характер, а й сприяє гармонізації й удосконаленню національного кримінального законодавства.

Потрібно зазначити, що певний вклад у дослідження питання знищення чи пошкодження майна у радянський період зроблено у працях М.М. Гернет, О.О. Жижиленка, М.М. Ісаєва, П.С. Матишевського, Б.С. Нікіфорова, С.І. Сироти, І.С. Тишкевича та інших, присвячених загальним питанням кримінально-правового вчення про злочини проти власності. Єдиною монографічною працею того періоду по знищенню чи пошкодженню майна була робота Б.С. Волкова “Ответственность за уничтожение и повреждение имущества по советскому уголовному праву”. В сучасній науці кримінального права питання знищення чи пошкодження майна в окремих аспектах досліджувалися у наукових працях таких російських вчених, як А.Г. Безверхова, А.І. Бойцова, Г.Н. Борзенкова, Г.В. Веріної, С.А. Єлісеєва, А.Н. Ігнатова, Н.О. Лопашенко, В.В. Мальцева, В.І. Плохової, Е.С. Тенчова та ін. В Російській федерації проблема знищення чи пошкодження майна була предметом дисертаційних досліджень Є.В. Нікітіної (2000 р.), Л.М. Файзрахманової (2002 р.), Є.М. Плютиної (2005 р.), А.М. Шаріпова (2005 р.), І.І. Коваленко (1995 р.), С.А. Тимко (2000 р.) та І.Г. Шевченко (2007 р.). В Україні питання лише умисного знищення або пошкодження майна стало предметом дисертаційного дослідження А.В. Сакун “Кримінально-правова характеристика умисного знищення або пошкодження майна” (2010 р.). Тому, слід констатувати, що в період значного збільшення кількості порівняльних досліджень у сфері кримінального права, в сучасній українській науці відсутнє дослідження, яке б носило узагальнюючий глобальний характер й комплексно розкривало у порівняльному плані питання кримінальної відповідальності як за умисне, так і за необережне знищення чи пошкодження майна у кримінальних кодексах держав-учасниць СНД на етапі становлення нових кримінальних законодавств у пострадянському просторі за сучасних умов.

Найбільш прикметною рисою сучасного розвитку кримінального законодавства цих держав і СНД у цілому є складне переплетення процесів взаємодії та розмежування і як наслідок суверенне формування національних кримінальних законодавств в умовах неможливості повної ліквідації закладеної раніше взаємозалежності. Тому основним завданням цієї статті виступає дослідження діючого кримінального законодавства та інших джерел кримінального права країн – учасниць СНД й проведення його порівняльного аналізу з метою з'ясування спільних підходів й основних відмінностей у регулюванні питання

кримінальної відповідальності за знищення чи пошкодження майна у кримінальних кодексах держав-учасниць СНД.

Як видно з автореферату дисертації А.В. Саун дійшла висновку, що: по-перше, кримінальне законодавство країн СНД, як і України, охороняє чуже майно від умисного знищення або пошкодження шляхом виділення окремої кримінально-правової норми з цього приводу; по-друге, диспозиції кримінально-правових норм країн СНД за деякими винятками схожі між собою; по-третє, кваліфікуючі ознаки та санкції цих норм є суперечливі та містять суттєві відмінності [1, с. 8]. Однак, ми схильні вважати, що кримінальні кодекси всіх держав-учасниць СНД лише подібним чином встановлюють кримінальну відповідальність за умисне чи необережне знищення чи пошкодження чужого майна, адже кожній із держав властиві свої особливості у вирішенні цих питань, як щодо ознак основних, кваліфікованих та особливо кваліфікованих складів цих злочинів, термінів, якими позначається, розміру та одиниць вимірювання заподіяної шкоди, так і інших особливостей, а тому висновок А.В. Саун про те, що “диспозиції кримінально-правових норм країн СНД за деякими винятками схожі між собою” навряд чи можна назвати таким, що відповідає дійсності.

Зокрема, що стосується умисного знищення чи пошкодження чужого майна, то, зважаючи на заподіяну шкоду, як ознаку основного складу цього злочину, можна виділити такі їх види:

1) основний склад умисного знищення чи пошкодження чужого майна, який вимагає наявності *значної шкоди* (ч. 1 ст. 255 КК Республіки Таджикистан [2], ч. 1 ст. 174 КК Республіки Киргизія [3, с. 185], ч. 1 ст. 173 КК Республіки Узбекистан [4], ч. 1 ст. 235 КК Туркменістану [5], ч. 1 ст. 167 КК Російської Федерації [6], ч. 1 ст. 187 КК Республіки Казахстан [7], ч. 1 ст. 187 КК Грузії [8], ч. 1 ст. 218 КК Республіки Білорусія [9, с. 273], ч. 1 ст. 185 КК Вірменії [10, с. 225], ч. 1 ст. 186 КК Азербайджанської республіки [11]), притаманний кримінальним кодексам десяти країн СНД;

2) основний склад умисного знищення чи пошкодження чужого майна, який вимагає наявності заподіяної *шкоди у великому розмірі* (ч. 1 ст. 197 КК Республіки Молдова [12], ч. 1 ст. 194 КК України [13]), притаманний кримінальним кодексам лише двох країн СНД.

Наголосимо на тому, що КК України зайняв не найбільш поширену у СНД позицію, практично єдину, встановивши кримінальну відповідальність за умисне знищення чи пошкодження майна при заподіянні такими діями *шкоди у великих розмірах* (ч. 1 ст. 194 КК України), адже *великий розмір* заподіяної шкоди, передбачений у КК Республіки Молдова для умисного знищення чи пошкодження майна у значній мірі втрачає свій, з першого погляду, “великий” розмір, зважаючи на існування кримінальної відповідальності за вандалізм (осквернення споруд чи інших приміщень, а також знищення майна у громадському транспорті чи інших громадських місцях (ст. 288 КК Республіки Молдова) без вказівки на мінімальний розмір заподіяної шкоди [12].

Для зручності здійснення порівняння спробуємо вирахувати мінімальну суму, умисно заподіяної знищенням чи пошкодженням шкоди у мінімальній заробітній платі, яка виступає показником грошового забезпечення мінімально – необхідного рівня, для кримінально-караного діяння у кожній із держав-учасниць СНД.

Зважаючи на положення пункту 5 підрозділу 1 розділу 20 перехідних положень Податкового кодексу України [14], для кримінального законодавства у частині кваліфікації злочинів, сума неоподаткованого мінімуму встановлюється

на рівні податкової соціальної пільги, яка згідно підпункту 169.1.1 пункту 169.1 статті 169 розділу IV цього Кодексу дорівнює 100 відсоткам розміру прожиткового мінімуму для працездатної особи (у розрахунку на місяць), встановленому законом на 1 січня звітного податкового року, – для будь-якого платника податку. Однак, до 31 грудня 2014 року для цілей застосування цього підпункту податкова соціальна пільга надається в розмірі, що дорівнює 50 відсоткам розміру прожиткового мінімуму для працездатної особи (у розрахунку на місяць), встановленому законом на 1 січня звітного податкового року, – для будь-якого платника податку (ч. 8 п. 1 розділу 19 прикінцевих положень Податкового кодексу України) [14]. Звернімо увагу на те, що згідно ч. 4 ст. 21 та ч. 1 ст. 22 Закону України “Про державний бюджет України на 2011 рік” [15] розмір прожиткового мінімуму для працездатної особи дорівнює розміру мінімальної заробітної плати (з 1 січня 2011 року – 941 гривня) [15]. Тому, *великий розмір* заподіяної шкоди умисним знищенням чи пошкодженням майна згідно КК України дорівнює *щонайменше 125 мінімальним заробітним платам* (прожитковим мінімумам).

У кримінальних кодексах тих держав-учасниць СНД, де поняття “*значної шкоди*” не є оціночним (оціночним воно є у Туркменістані, Грузії та Республіці Таджикистан) й визначене безпосередньо у кримінальних кодексах, *значною шкодою* є (для зручності порівняння переводимо усі розміри “значної шкоди” у розміри, визначені у мінімальній заробітній платі):

1) шкода, що визначається із врахуванням майнового становища потерпілого, але не менше 2500 (двох тисяч п’ятсот) рублів (п. 2 примітки до ст. 158 КК Російської Федерації) [6], що еквівалентне приблизно *0,6 мінімальних заробітних плат* з розрахунку, що мінімальна заробітна плата у першому кварталі 2011 року у Російській Федерації становить 4330 (чотири тисячі триста тридцять) рублів;

2) шкода у сумі, яка у 40 і більше разів перевищує розмір базової величини, встановленої на день вчинення злочину (п. 3 примітки до підрозділу 24 “Злочини проти власності” КК Республіки Білорусія) [9, с. 259]. Якщо, цю суму перевести у мінімальну заробітну плату, враховуючи, що базова величина з 01.12.2007 року становить 35000 (тридцять п’ять тисяч) рублів, а мінімальна заробітна плата станом на 01.01.2011 року – 460000 (чотириста шістьдесят тисяч) рублів, то отримуємо *3 (три) мінімальні заробітні плати*;

3) сума (вартість) у розмірі, що перевищує *п’ятикратний але не перевищує п’ятсоткратний розмір мінімальної заробітної плати*, встановленої на момент вчинення злочину (ч. 4 ст. 175 КК Вірменії) [10; с. 211];

4) розмір шкоди, яка у 100 разів перевищує місячний розрахунковий показник (примітка до ст. 187 КК Республіки Казахстан) [7], що еквівалентне приблизно *9,4 розмірам мінімальних заробітних плат* (враховуючи, що згідно Закону “Про республіканський бюджет на 2011–2013 роки” місячний розрахунковий показник становить 1512 (одну тисячу п’ятсот дванадцять) тенге, а мінімальна заробітна плата – 15999 (п’ятнадцять тисяч дев’ятсот дев’яносто дев’ять) тенге);

5) вартість майна, що у *10 разів перевищує мінімальну місячну заробітну плату*, встановлену законодавством Республіки Киргизія на момент вчинення злочину (примітка 2 до ст. 164 КК Республіки Киргизія) [3, с. 174];

6) шкода у межах від *30 до 100 мінімальних розмірів заробітної плати* (розділ 8 Особливої частини “Правове значення термінів” КК Республіки Узбекистан) [4];

7) сума у розмірі від *однієї до семи тисяч мінімальних заробітних плат* (п. 1 примітки до ст. 177 КК Азербайджанської республіки) [11].

Що стосується *великого розміру* шкоди, передбаченого у КК Республіки Молдова, то він обчислюється в умовній одиниці, курс якої визначений в окремій статті Загальної частини й дорівнює 20 леям (ч. 2 ст. 64 КК Республіки Молдова [12]), а самі ж розміри заподіяної шкоди визначені в одній статті Загальної частини КК Республіки Молдова (ст. 126) [12] та є однаковими для всіх злочинів, у яких є така шкода. Так, *шкода у великих розмірах* - виражена у грошах вартість знищених матеріальних цінностей чи вартість шкоди, заподіяної особою чи групою осіб, яка перевищує 2500 (дві тисячі п'ятсот) умовних одиниць (50000 (п'ятдесят тисяч) лей, що, зважаючи на розмір мінімальної заробітної плати у 900 лей, дорівнює 55,6 мінімальним заробітним платам). Потрібно сказати, що такий підхід, згідно якого законодавець визначив у окремій статті всі розміри шкоди, які згадуються у КК, заслуговує на увагу, так як спрощує роботу з кримінальним кодексом на практиці та й виключає необхідність використання оціночних понять, а це у свою чергу сприяє попередженню неправильного застосування законодавства та неоднакового його тлумачення різними суб'єктами правозастосування.

Як бачимо, значна шкода: 1) є оціночним поняттям у трьох державах-учасниках СНД (Туркменістані, Грузії та Республіці Таджикистан); 2) у шести державах-учасниках СНД знаходиться у межах від 0,6 до 30 мінімальних заробітних плат (*середнім розміром є 10,6 мінімальних заробітних плат*); 3) лише у Азербайджанській республіці становить 1000 мінімальних заробітних плат, що значною мірою перевищує попередньо вказані межі. Тому, дійсно можна назвати "великим", зважаючи на мінімальну межу, розмір заподіяної шкоди умисним знищенням чи пошкодженням майна згідно КК України, який відповідно дорівнює щонайменше 125 мінімальним заробітним платам, у порівнянні як із значною шкодою, передбаченою кримінальними кодексами шести держав-учасниць СНД (не беручи до уваги КК Азербайджанської республіки, оскільки така практика практично декриміналізувала б це діяння в Україні), так і з великим розміром заподіяної шкоди за КК Республіки Молдова (55,6 мінімальних заробітних плат).

Звернімо увагу не те, що значна шкода у більшості (десяти) країн СНД виступає ознакою основного складу умисного знищення чи пошкодження майна та, водночас, ознакою кваліфікованого складу ряду злочинів проти власності (наприклад, крадіжки). Шкода ж у великому розмірі часто виступає ознакою кваліфікованого складу злочину "Умисне знищення чи пошкодження майна" (Азербайджан, Республіка Таджикистан, Республіка Узбекистан, Вірменія та Республіка Білорусія) та, водночас, ознакою особливо кваліфікованого складу ряду злочинів проти власності. Тому, навряд чи оправданим можна назвати криміналізацію діянь щодо умисного знищення чи пошкодження майна, починаючи від 125 мінімальних заробітних плат (*шкода у великому розмірі* згідно КК України) у той час, коли у більшості країн-учасниць СНД розмір мінімальної шкоди в основному складі умисного знищення чи пошкодження майна знаходиться у межах від 0,6 до 55,6 мінімальних заробітних плат. Така ситуація призводить до того, що стаття про умисне знищення чи пошкодження майна залишатиметься рідко застосованою ("мертвою") на практиці. На нашу думку, видається доцільним перейняти досвід держав-учасниць СНД із криміналізації умисного знищення чи пошкодження майна починаючи зі значної шкоди. Великий же розмір заподіяної шкоди зробити ознакою кваліфікованого складу злочину, як це зроблено у ч. 2 ст. 173 КК Республіки Узбекистан [4], ч. 2 ст. 255 КК Республіки Таджикистан [2], ч. 2 ст. 218 КК Республіки Білорусія [9, с. 273], ч. 2 ст. 186 КК Республіки Азербайджан [11] та ч. 2 ст. 185 КК Республіки Вірменія [10, с. 225].

Як бачимо, використання навіть у більшості кримінальних кодексів держав-учасниць СНД терміну “значна шкода”, не свідчить про однотайність підходів при визначенні суми (вартості) заподіяної шкоди, яка охоплюється цим поняттям, адже, ця шкода не завжди визначається у розмірах, кратних мінімальній заробітній платі, хоча й у більшості з них. Так у Республіці Казахстан значна шкода визначається з урахуванням місячного розрахункового показника – коефіцієнту, який встановлюється законом про бюджет на відповідний рік (примітка до ст. 187 Республіки Казахстан [7]), у Республіці Білорусія – базової величини, встановленої на день вчинення злочину (п. 3 примітки до підрозділу “Злочини проти власності” КК Республіки Білорусія [9, с. 259]), у Російській Федерації та Грузії - грошових одиниць – рублів (примітка 2 до ст. 158 КК Російської Федерації [6]) та ларі (п. 1 примітки до ст. 177 КК Грузії [8]), а у Республіці Молдова - умовних одиниць (курс умовної одиниці визначений в окремій статті Загальної частини (ч. 2 ст. 64 КК Республіки Молдова [12]). Зазначимо, що будь-які гроші з часом знецінюються. Якщо у кримінальних кодексах прописувати фіксовані суми заподіяної шкоди (як Російська Федерація, Грузія), вираженої у грошових одиницях, то через деякий час в результаті інфляції у ці кодекси прийдеться вносити численні зміни. Тому замість вказівки конкретних сум у кримінальних кодексах вважаємо за доцільне використовувати коефіцієнт (наприклад, неоподатковуваний мінімум доходів громадян, мінімальну заробітну плату чи ін.).

Лише у КК Республіки Азербайджан (ст. 186 “Умисне знищення чи пошкодження майна”) у диспозиції статті основного складу злочину “Умисне знищення чи пошкодження майна” робиться вказівка на те, що шкода заподіюється *потерпілому*, що, на нашу думку, значним чином обмежує коло діянь, передбачених цією статтею.

Що ж стосується ознак кваліфікованих чи особливо кваліфікованих складів умисного знищення чи пошкодження майна, то ними у СНД виступають:

- хуліганські мотиви (ч. 2 ст. 167 КК Російської Федерації) [6];
- мотиви соціальної, національної, расової чи релігійної ворожнечі (ч. 2 ст. 173 КК Республіки Узбекистан [4], ч. 2 ст. 187 КК Республіки Казахстан [7], ч. 2 ст. 185 КК Республіки Вірменія [10, с. 225]);
- у зв’язку з виконанням особою чи її близьким родичем свого службового чи громадського обов’язку (ч. 3 ст. 173 КК Республіки Узбекистан [4], ч. 2 ст. 187 КК Республіки Казахстан [7], ч. 2 ст. 185 КК Республіки Вірменія [10, с. 225]);
- організованою групою чи в її інтересах (ч. 3 ст. 173 КК Республіки Узбекистан [4], ч. 3 ст. 218 КК Республіки Білорусія [9, с. 273]);
- пам’ятники історії, культури, природні комплекси чи об’єкти взяті під охорону держави (ч. 3 ст. 187 КК Республіки Казахстан [7]);
- предмети та документи, які мають особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність (ч. 3 ст. 187 КК Республіки Казахстан [7], ч. 3 ст. 185 КК Республіки Вірменія [10, с. 225]);
- вчинення цих діянь шляхом підпалу, вибуху чи іншим загальнонебезпечним способом (ч. 2 ст. 167 КК Російської Федерації [6], ч. 2 ст. 174 КК Республіки Киргизія [3, с. 185], ч. 2 ст. 194 КК *України* [13], ч. 2 ст. 173 КК Республіки Узбекистан [4], ч. 2 ст. 235 КК Туркменістану [5], ч. 2 ст. 187 КК Грузії [8], ч. 2 ст. 255 КК Республіки Таджикистан [2], ч. 2 ст. 218 КК Республіки Білорусія [9, с. 273], ч. 2 ст. 187 КК Республіки Казахстан [7], ч. 2 ст. 186 КК Республіки Азербайджан [11], ч. 2 ст. 185 КК Республіки Вірменія [10, с. 225]);

- шкода у великому розмірі (ч. 2 ст. 173 КК Республіки Узбекистан [4], ч. 2 ст. 255 КК Республіки Таджикистан [2], ч. 2 ст. 218 КК Республіки Білорусія [9, с. 273], ч. 2 ст. 186 КК Республіки Азербайджан [11], ч. 2 ст. 185 КК Республіки Вірменія [10, с. 225]);
- шкода в особливо великому розмірі (ч. 2 ст. 194 КК України [13], ч. 3 ст. 218 КК Республіки Білорусія [9, с. 273], ч. 3 ст. 185 КК Республіки Вірменія [10, с. 225]);
- необережне спричинення тяжкої чи середньої тяжкості шкоди здоров'ю (ч. 2 ст. 187 КК Республіки Казахстан [7]);
- необережне заподіяння смерті людині (ч. 2 ст. 167 КК Російської Федерації [6]; ч. 2 ст. 235 КК Туркменістану [5], ч. 3 ст. 187 КК Грузії [8], ч. 2 ст. 255 КК Республіки Таджикистан [2], ч. 3 ст. 218 КК Республіки Білорусія [9, с. 273], ч. 2 ст. 197 КК Республіки Молдова [12], ч. 3 ст. 187 КК Республіки Казахстан [7], ч. 3 ст. 185 КК Республіки Вірменія [10, с. 225]);
- загибель людей (ч. 2 ст. 194 КК України [13]);
- інші тяжкі наслідки (ч. 2 ст. 167 КК Російської Федерації [6], ч. 2 ст. 174 КК Республіки Киргизія [3, с. 185], ч. 2 ст. 194 КК України [13], ч. 2 ст. 235 КК Туркменістану [5], ч. 3 ст. 187 КК Грузії [8], ч. 2 ст. 255 КК Республіки Таджикистан [2], ч. 3 ст. 218 КК Республіки Білорусія [9, с. 273], ч. 2 ст. 197 КК Республіки Молдова [12], ч. 2 ст. 186 КК Республіки Азербайджан [11]).

Як бачимо, при диференціації кримінальної відповідальності Україна зайняла найбільш поширену у СНД практику й встановила кримінальну відповідальність за умисне знищення чи пошкодження чужого майна у різних частинах ст. 194 КК України, враховуючи спосіб (*шляхом підпалу, вибуху чи іншим загальнонебезпечним способом*), суму майнової шкоди (*шкода в особливо великому розмірі*) та шкоду здоров'ю та життю (*загибель людей чи інші тяжкі наслідки*). При переліченні ознак кваліфікованих та особливо кваліфікованих складів умисного знищення чи пошкодження майна, така ознака, як “загибель людей” (ч. 2 ст. 194 КК України) свідомо не ототожнена такій ознаці, як “необережне заподіяння смерті людині”, ознаці, що використовується у більшості КК країн-учасниць СНД, і використання якої у КК України, на нашу думку, поклато б кінець дискусії про те, чи охоплюється поняттям “загибель людей” смерть принаймні однієї людини. Такі ознаки, як “вчинення цих діянь у зв'язку з виконанням особою чи її близьким родичем свого службового чи громадського обов'язку”, “з мотивів національної, расової, релігійної ненависті чи релігійного фанатизму” та “предметів, які мають особливу історичну, наукову чи культурну цінність” у КК України не названі, як ознаки кваліфікованого чи особливо кваліфікованого складу умисного знищення чи пошкодження чужого майна, хоча перші дві можуть бути враховані при призначенні покарання згідно статті 67 КК України, як обставини, які обтяжують покарання, а умисне знищення або пошкодження майна, що належить службовій особі чи громадянину, який виконує громадський обов'язок, у зв'язку з їхньою службовою чи громадською діяльністю а також вчинення таких дій щодо їх близьких родичів утворює самостійний склад злочину (ст. 352 КК України) [13]. Зазначимо, що А.В. Сакур пропонує доповнити ч. 2 ст. 194 такою кваліфікуючою ознакою, як “з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості”, обґрунтовуючи свою позицію результатом проведеного автором опитування працівників правоохоронних органів (56,3% респондентів), хоча, на нашу думку, підставою для такої диференціації мав би послужити принаймні суттєвий відсоток наявності такого мотиву у вивчених А.В. Сакур кримінальних справах (а це лише 3,0 % випадків) [1].

Що стосується заподіяної шкоди, як ознаки основного складу необережного знищення чи пошкодження майна, то у кримінальних кодексах держав-учасниць СНД думки розходяться у значній мірі. Можна виділити такі види основних складів необережного знищення чи пошкодження майна в залежності від заподіяної шкоди:

- основний склад, ознакою якого є шкода у *значному розмірі* (ч. 1 ст. 188 КК Грузії [8], ч. 1 ст. 187 КК Республіки Азербайджан [11]);
- основний склад, ознакою якого є шкода у *великому розмірі* (ч. 1 ст. 236 КК Туркменістану [5], ч. 1 ст. 188 КК Республіки Казахстан [7], ч. 1 ст. 186 КК Республіки Вірменія [10, с. 226], ст. 168 КК Російської Федерації [6], ст. 176 КК Республіки Киргизія [3, с. 186]);
- основний склад, ознакою якого є шкода в *особливо великому розмірі* (ст. 219 КК Республіки Білорусія [9, с. 274]);
- основний склад, ознакою якого є шкода у *великому розмірі або тяжкі наслідки* (256 КК Республіки Таджикистан [2]);
- основний склад, ознакою якого є шкода у вигляді *тяжкого тілесного ушкодження чи загибелі людей* (ст. 196 КК України [13]).

Слід зазначити, що КК Республіки Узбекистан та КК Республіки Молдови (після виключення статті 198 КК Республіки Молдова) не містять загальної норми про необережне знищення чи пошкодження майна. В той же час, КК Республіки Узбекистан передбачена відповідальність за “Недобросовісне відношення до охорони майна” (ст. 172), “Порушення правил пожежної безпеки” (ст. 259), “Пошкодження, знищення посівів, лісів чи інших насаджень” (ст. 198), “Недбале відношення до служби” (ст. 302) та інші склади злочинів, ознаками яких є необережне знищення чи пошкодження майна, й у більшості з яких законодавцем робиться вказівка на *шкоду у великому розмірі чи тяжкі наслідки (тяжкі тілесні ушкодження)* [4]. Спеціальних норм, ознаками яких є необережне знищення чи пошкодження майна, що спричинило шкоду у *великому розмірі чи тяжкі наслідки*, не позбавлений й КК Республіки Молдова (наприклад, “Знищення чи пошкодження лісових масивів” (ст. 232), “Порушення правил пожежної безпеки” (ст. 296) та “Знищення чи пошкодження військового майна через необережність” (ст. 380)) [12]. Зміни торкнулися й норми про “Знищення чи пошкодження майна через необережність” у КК Російської Федерації, адже, на даний момент необережне знищення чи пошкодження майна є кримінально-караним лише тоді, коли шкода у *великому розмірі*, заподіяна лише *шляхом необережного поводження з вогнем чи іншими джерелами підвищеної небезпеки* (ст. 168 КК Російської Федерації) [6]. У попередній же редакції ст. 168 КК Російської Федерації в основному складі робилася вказівка на шкоду у великому розмірі незалежно від способу її спричинення, а вчинення цих же діянь *шляхом необережного поводження з вогнем чи іншими джерелами підвищеної небезпеки або спричинили тяжкі наслідки були ознаками кваліфікованого складу* “Знищення чи пошкодження майна через необережність” [16]. На нашу думку, відсутність, виключення або зміна загальної норми про необережне знищення чи пошкодження майна та одночасне існування спеціальних норм, ознаками яких є необережне знищення чи пошкодження майна, свідчить про декриміналізацію частини діянь з необережного знищення та пошкодження майна та процес лібералізації кримінальної відповідальності у цих державах.

Таким чином можна констатувати наступне: по-перше, у переважній більшості кодексів держав-учасниць СНД (7 держав) в основному складі необережного

знищення чи пошкодження майна робиться вказівка на великий розмір заподіяної шкоди, а по-друге, лише Кримінальний кодекс України з поміж усіх кримінальних кодексів держав-учасниць СНД не містить вказівки в основному складі необережного знищення чи пошкодження майна на мінімальний розмір заподіяної майнової шкоди, що видається дивним, враховуючи, що даним складом перш за все охороняється власність, мінімальний розмір шкоди заподіяної якій, на нашу думку, повинен визначатися у диспозиції статті (наприклад, як це зроблено у ст. 270 “Порушення встановлених законодавством вимог пожежної безпеки”) [13].

Спробуймо порівняти мінімальну суму шкоди (у великому, значному та особливо великих розмірах), заподіяної через необережне знищення чи пошкодження майна, вираховавши її у мінімальній заробітній платі, яка виступає показником грошового забезпечення мінімально-необхідного рівня для кримінально-караного діяння у кожній із держав-учасниць СНД.

Під шкодою у великому розмірі у кримінальних кодексах СНД розуміється:

- - розмір шкоди, яка у 500 разів перевищує місячний розрахунковий показник, встановлений законодавством на момент вчинення злочину (п. 2 примітки до ст. 175 КК Республіки Казахстан [7]), що еквівалентне приблизно 47 розмірам мінімальних заробітних плат (враховуючи, що згідно Закону “Про республіканський бюджет на 2011–2013 роки” місячний розрахунковий показник становить 1512 (одну тисячу п’ятсот дванадцять) тенге, а мінімальна заробітна плата – 15999 (п’ятнадцять тисяч дев’ятсот дев’яносто дев’ять) тенге);
- - вартість майна, що перевищує 250000 (двісті п’ятдесят тисяч) рублів (п. 4 примітки до ст. 158 КК Російської Федерації [6]), що еквівалентне приблизно 58 мінімальним заробітним платам з розрахунку, що мінімальна заробітна плата у першому кварталі 2011 року у Російській Федерації становить 4330 (чотири тисячі триста тридцять) рублів;
- вартість майна, яка у 200 (двісті) і більше разів перевищує мінімальну місячну заробітну плату, встановлену законодавством на момент вчинення злочину (п. 3 приміт. до ст. 164 КК Республіки Киргизія [3, с. 174]);
- - вартість майна, яка у 100 (сто) і більше разів перевищує середньомісячну заробітну плату (п. 2 примітки до ст. 227 КК Туркменістану [5]), що еквівалентне приблизно 210 (двісті десяти) мінімальним заробітним платам (з розрахунку, що у 2011 році мінімальна заробітна плата становить 350 (триста п’ятдесят) манатів, середньомісячна заробітна плата – 746 (сімсот сорок шість) манатів);
- - сума (вартість) у розмірі від 500 (п’ятисот) до 3.000 (трьох тисяч) мінімальних заробітних плат, встановлених на момент вчинення злочину (ч. 4 ст. 175 КК Республіки Вірменія [10, с.211]);
- вартість майна, яка у 1.000 (одну тисячу) і більше разів перевищує мінімальний розмір заробітної плати (п. 2 примітки до 244 КК Республіки Таджикистан [2]).
- Значна шкода, як ознака основного складу необережного знищення чи пошкодження майна, є оціночним поняттям й у КК Грузії не розкривається (ч. 1 ст. 188 КК Грузії [8]), а в Республіці Азербайджан – це сума у розмірі від однієї до семи тисяч мінімальних заробітних плат (п.1 примітки до ст. 177 КК Азербайджанської республіки) [11].
- Особливо великим розміром відповідно до п. 3 примітки до підрозділу 24 “Злочини проти власності” КК Республіки Білорусія визнається шкода у сумі,

яка у 1000 і більше разів перевищує розмір базової величини, встановленої на день вчинення злочину [9, с. 259]. Якщо, цю суму перевести у мінімальну заробітну плату, враховуючи, що базова величина з 01.12.2007 року становить 35000 (тридцять п'ять тисяч) рублів, а мінімальна заробітна плата станом на 01.01.20011 року – 460000 (чотириста шістьдесят тисяч) рублів, то отримуємо 77 (*сімдесят сім*) мінімальних заробітних плат.

- Як бачимо, один і той же розмір заподіяної шкоди у різних державах може позначатись різними термінами (наприклад, 1000 мінімальних заробітних плат є *значною шкодою* у Азербайджанській республіці але шкодою у *великому розмірі* у Республіці Таджикистан), а вжиття терміну “*особливо великий розмір заподіяної шкоди*” не завжди може бути свідченням того, що вартість її буде вищою ніж вартість шкоди у *значному* чи *великому розмірі*, передбаченої у інших державах (наприклад, *особливо великий розмір* у КК Республіки Білорусія становить лише 77 мінімальних заробітних плат і є значно меншим у порівнянні із *великим розміром* заподіяної шкоди згідно КК Туркменістану (210 мінімальних заробітних плат)). Тому, більше значення має не те, якими термінами оперувати при визначенні заподіяної шкоди, а та сума (вартість), яку ми у неї закладаємо.
- Якщо вивести *середній мінімальний розмір шкоди*, заподіяної необережним знищенням чи пошкодженням майна у СНД, то вийде приблизно 387 *мінімальних заробітних плат*, що приблизно відповідає “*шкоді в особливо великому розмірі*” для злочинів проти власності в Україні. Тому постає питання доцільності доповнення основного складу необережного знищення чи пошкодження майна наслідками у вигляді *шкоди в особливо великому розмірі* й відповідно криміналізації цих діянь. Напрошується й інші запитання: чи взагалі криміналізовано в Україні необережне знищення чи пошкодження майна, зважаючи, що найтяжчим покаранням згідно ст. 196 може бути позбавлення волі на строк до трьох років, в той час, коли за вбивство через необережність (яке має охоплюватись поняттям “загибель людей”) згідно ч. 1 ст. 119 КК України найтяжчим є позбавлення волі на строк від трьох до п'яти років. При санкції можна дати негативну відповідь.
- Що ж стосується ознак кваліфікованих чи особливо кваліфікованих складів необережного знищення чи пошкодження майна, то ними у СНД виступають:
- внаслідок необережного поводження з вогнем чи іншим джерелом підвищеної небезпеки (ч. 2 ст. 236 КК Туркменістану [5], ч. 2 ст. 188 КК Республіки Казахстан [7], ч. 2 ст. 186 КК Республіки Вірменія [10, с. 226], ч. 2 ст. 188 КК Грузії [8], ч. 2 ст. 187 КК Республіки Азербайджан [11]);
- шкода у великому розмірі (ч. 2 ст. 187 КК Республіки Азербайджан) [11];
- шкода в особливо великих розмірах (ч. 2 ст. 186 КК Республіки Вірменія [10, с. 226]);
- смерть людини (ч. 2 ст. 198 КК Республіки Молдова [12, с. 267], ч. 3 ст. 188 КК Грузії [8]);
- інші тяжкі наслідки (ч. 2 ст. 198 КК Республіки Молдова [12, с. 267], ч. 2 ст. 236 КК Туркменістану [5], ч. 2 ст. 188 КК Республіки Казахстан [7], ч. 3 ст. 188 КК Грузії [8], ч. 3 ст. 187 КК Республіки Азербайджан [11]).

У п'яти державах-учасниках СНД серед кваліфікуючих ознак необережного знищення чи пошкодження майна часто зустрічається вчинення зазначених діянь “внаслідок *необережного поводження з вогнем чи іншим джерелом підвищеної небезпеки*”, а у Російській Федерації та Республіці Таджикистан ця ознака виступає

ознакою основного складу цього злочину. Так, вона є *обов'язковою* ознакою основного складу злочину “Знищення чи пошкодження майна через необережність” (ст. 168 КК Російської Федерації [6]) та однією з *альтернативних* ознак основного складу цього злочину поряд із *шкодою у великих розмірах* та *тяжкими наслідками* (ст. 256 КК Республіки Таджикистан [2]). Український же законодавець пішов дещо іншим шляхом, встановивши кримінальну відповідальність за порушення встановлених законодавством вимог пожежної безпеки в окремій статті (ст. 270 КК України [13]), однак криміналізував лише ті діяння, якими лише *пожежею (вогнем)* заподіяно *шкоду здоров'ю людей* або *майнову шкоду у великих розмірах*, чим поставив проблему у співвідношенні складів злочинів, передбачених статтями 196 та 270 КК України та їх застосуванні на практиці.

У двох кримінальних кодексах держав-учасниць СНД – Республіці Молдові та Республіці Азербайджан, простежується єдиний підхід до регламентації кримінальної відповідальності як щодо умисного, так і щодо необережного знищення чи пошкодження майна, адже законодавці закріпили однакові як розміри заподіяної шкоди, так і ознаки кваліфікованого та особливо кваліфікованого складів і для умисного, і для необережного знищення чи пошкодження чужого майна, що видається, на нашу думку неправильним, так як ступінь суспільної небезпеки у цих двох злочинах є різним, а тому криміналізація принаймні з однакової межі заподіяної шкоди вважаємо неприпустимим.

Кримінальна відповідальність за необережне знищення чи пошкодження чужого майна у ст. 196 КК України не диференційована ані кваліфікованими, ані особливо кваліфікованими ознаками, й містить лише основний склад злочину, що передбачає відповідальність за дане діяння лише в тому разі, коли заподіяні *тяжкі тілесні ушкодження* або *загибель людей*. Тому можна зробити висновок про те, що, по-перше, кримінальна відповідальність за необережне знищення або пошкодження чужого майна у ст. 196 КК України не диференційована в залежності від розміру заподіяної шкоди (ані у значному, ані у великому чи особливо великому розмірі), а по-друге, даним складом злочину не охоплюються ті діяння, якими було необережно заподіяно шкоду у великому чи особливо великому розмірі, коли тяжкі тілесні ушкодження чи загибель людей відсутні, тому простежується певна непослідовність у формулюванні диспозиції ст. 196 КК України.

Привертає увагу положення примітки до ст. 187 КК Азербайджану, яка містить спеціальні підстави звільнення від кримінальної відповідальності за необережне знищення чи пошкодження майна у тих випадках, коли ці діяння вчинені вперше а заподіяна значна або велика шкода потерпілому (у тому числі, заподіяна внаслідок необережного поводження з вогнем чи іншими джерелами підвищеної небезпеки) є повністю відшкодована. Таким чином, КК Азербайджану не передбачає звільнення від кримінальної відповідальності, коли необережним знищенням чи пошкодженням чужого майна заподіяні *тяжкі наслідки*. Згідно ж українського законодавства необережне знищення чи пошкодження чужого майна, що спричинило *тяжкі тілесні ушкодження* або *загибель людей*, відноситься до необережних злочинів середньої тяжкості, а тому таку особу можливо звільнити від кримінальної відповідальності за підставами, передбаченими у Загальній частині КК України, в чому й простежується надто лояльне ставлення українського законодавця.

Дослідження досвіду боротьби зі знищенням чи пошкодженням чужого майна у державах-учасниках СНД дає підстави вважати, що: по-перше, кримінально-правові норми зі знищення чи пошкодження чужого майна є невід'ємною частиною їх

кримінального законодавства, а існування кримінальної відповідальності за умисне чи необережне знищення чужого майна у КК України є необхідним та актуальним на сьогоднішній день, хоча в деяких державах процес лібералізації кримінальної відповідальності та декриміналізації частини діянь торкнувся необережного знищення чи пошкодження майна; по-друге, навряд чи оправданим можна назвати криміналізацію діянь щодо умисного знищення чи пошкодження майна згідно КК України (у цьому положенні Україна є єдиною), починаючи від *шкоди у великому розмірі*, видається доцільним та необхідним перейняти досвід держав-учасниць СНД із криміналізації умисного знищення чи пошкодження майна починаючи зі *значної шкоди*; по-третє, заміна ознаки “*загибель людей*”, що використовується у КК України на “*необережне заподіяння смерті людині*”, ознаці, що використовується у більшості КК країн-учасниць СНД, покляло б кінець дискусії про те, чи охоплюється поняттям “загибель людей” смерть принаймні однієї людини; по-четверте, постає питання про те, чи взагалі криміналізовано у ст.196 КК України, за такого формулювання диспозиції та санкції, діяння по необережному знищенню чи пошкодженню майна, що і є підтвердженням необхідності розробки цього питання з наступним внесенням до неї змін; по-п’яте, в основному складі необережного знищення чи пошкодження майна доцільно зробити вказівку на *особливо великий розмір заподіяної шкоди*, зважаючи на те, що перш за все цією нормою охороняється власність, мінімальний розмір шкоди заподіяної якій, на нашу думку, повинен визначатися у диспозиції статті.

1. Сакун, А. В. Кримінально-правова характеристика умисного знищення або пошкодження майна : Автореф. Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Сакун Анна Вікторівна. - К., 2010. – 19 с.
2. Уголовный кодекс Республики Таджикистан принят 21.05.1998 г. со следующими изменениями и дополнениями [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://mmk.tj>.
3. Уголовный кодекс Кыргызской Республики принят 18 сентября 1997 г. со следующими изменениями и дополнениями. – СПб : Юридический центр Пресс, 2002. – 352 с.
4. Уголовный кодекс Республики Узбекистан от 22.09.94 г. со следующими изменениями и дополнениями [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.legislationline.org>.
5. Уголовный кодекс Туркменистана принят 01 января 1997 г. со следующими изменениями и дополнениями [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.legislationline.org/ru/documents/action/popup/id/14380/preview>
6. Уголовный кодекс Российской Федерации принят 24 мая 1996 г. со следующими изменениями и дополнениями [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://base.garant.ru/10108000-022.htm#par1172>
7. Уголовный кодекс Республики Казахстан принят 16 июля 1997 г. со следующими изменениями и дополнениями [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.legislationline.org>
8. Уголовный кодекс Грузии принят 22 июля 1999 года со следующими изменениями и дополнениями [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://law.edu.ru>.
9. Уголовный кодекс Республики Беларусь принят 2 июня 1999 года со следующими изменениями и дополнениями. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2001. – 474 с.
10. Уголовный кодекс Республики Армения принят 18 апреля 2003 г. со следующими изменениями и дополнениями. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. – 450 с.
11. Уголовный кодекс Азербайджанской Республики принят 31.01.2005 со следующими изменениями и дополнениями. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.legislationline.org/ru/documents/action/popup/id/14108/preview>

12. Уголовный кодекс Республики Молдова принят 18.04.2002 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://lex.justice.md/viewdoc.php?action>.
13. Кримінальний кодекс України Відомості Верховної Ради України від 05.04.2001 № 2341-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25–26. – Ст. 131.
14. Податковий кодекс України від 02.12.2010 № 2755-VI [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>
15. Закон України “Про Державний бюджет України на 2011 рік” // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 7-8. – Ст. 52 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>
16. Уголовный кодекс Российской Федерации. – М. : ЭКМОС, 2001. – 112 с.

ОПЫТ ГОСУДАРСТВ-УЧАСТНИЦ СНГ В БОРЬБЕ С УНИЧТОЖЕНИЕМ ИЛИ ПОВРЕЖДЕНИЕМ ИМУЩЕСТВА

Р. Боднарчук

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

На основании анализа криминальных кодексов стран-участниц СНГ, автором анализируются положения относительно ответственности за умышленное и неосторожное уничтожение или повреждение имущества, в частности, минимальный размер причиненного вреда и квалифицирующие признаки. Автором делаются предложения по совершенствованию действующего законодательства на основе сравнения положений криминальных кодексов стран СНГ.

Ключевые слова: преднамеренно или неосторожное уничтожение или повреждение имущества

EXPERIENCE OF CIS STATE-PARTICIPANTS IN FIGHTING AGAINST PROPERTY DESTRUCTION OR DAMAGE

R. Bodnarchuk

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

The article addresses the comparison of criminal liability for intentional or negligent property destruction or damage under the Criminal Codes of CIS states-participants. Proposals as to national criminal legislation improvement are made.

Key words: intentional or negligent property destruction or damage.

Стаття надійшла до редколегії: 06.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

НЕДОЛІКИ СИСТЕМИ ПРАВОСУДДЯ У СТРУКТУРІ ДЕТЕРМІНАЦІЇ КОРУПЦІЇ В УКРАЇНІ

А. Бойко

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті дана кримінологічна оцінка недоліків системи правосуддя в Україні як однієї з умов зростання корупції. Значна увага приділена тим недолікам у системі правосуддя, які безпосередньо впливають на стан і характер корупції.

Ключові слова: кримінологія, система правосуддя, корупція, корупція у судових органах, недоліки системи правосуддя як чинник корупції.

У структурі детермінації корупції в сучасній Україні важливим криміногенним чинником є недоліки системи правосуддя.

Система правосуддя в Україні відповідно до ст. 55 Конституції України спрямована захищати всі права і свободи людини і громадянина. Відповідно, громадяни України мають право розраховувати на справедливий і неупереджений судовий розгляд. І саме дієвість системи правосуддя може забезпечити верховенство права, стабілізацію суспільних процесів і поступальний характер їхнього розвитку. Динамізм і суперечливість сьгоднішніх соціальних процесів вимагають від держави адекватних правореґулюючих заходів та ефективної системи правосуддя.

Однак нашій державі повною мірою не вдалось забезпечити створення дієвої системи правосуддя. Перманентні безсистемні зміни процесуального законодавства та законодавства про судоустрій та статус суддів не сприяли покращенню правосуддя. Більше того, політична й адміністративна залежність судових органів, активна “співпраця” окремих суддів з певними бізнес-групами залишаються тими умовами, що сприяють зростанню корупції в Україні.

Недоліки системи правосуддя як криміногенні чинники, що впливають на стан корупції, вже частково висвітлювались у кримінологічній літературі. Зокрема необхідно відзначити вагомий доробок з цієї проблематики В.О. Тулякова, Є.Ю. Полянського [1, с. 213–217], О.В. Дамаскіна [2, с. 39–45], С.С. Сулакшина, С.В. Максимова, І.Р. Ахметзянова [3, с. 206–215], та інших. Проте окремі питання ще не знайшли належного висвітлення і потребують подальших наукових досліджень.

Зокрема, і надалі важливими завданнями для забезпечення протидії і запобігання корупції в судових органах залишаються: забезпечення незалежності суддів; прозорості і відкритості у здійсненні правосуддя; удосконалення процесуального законодавства та системи доступу до суддівської професії і добору допоміжного апарату судів.

Окрім того, сама соціально-економічна ситуація, яка склалася в країні, та постійні зміни законодавства негативно впливають на діяльність судових органів. Багато суддів виявились не готовими до роботи у складних правових умовах. Відтак значно низилась їхня ефективність й авторитет серед населення.

З таким категоричним висновком багато хто може не погодитись, адже загалом судові органи належно розглядають правові спори, забезпечуючи охорону та відновлення прав і свобод людини й громадянина, але це відбувається лише в тому випадку, коли розгляд конкретної справи не стосується інтересів тих осіб, хто

має можливість впливати на суддів. Окрім того, деякі судді використовують особливі повноваження судді у судовому розгляді для власного незаконного збагачення й утвердження свого впливу.

Прагнення мати значні матеріальні статки, зберегти свою впливовість спонукає окремих суддів до прийняття протиправних судових рішень.

Такий стан системи правосуддя засвідчує її серйозну деформацію, невиконання повною мірою функцій правосуддя, спрямованість окремих суддів на власне збагачення, а не на сумлінне і відповідальне здійснення судового розгляду.

Небажання окремих суддів усвідомлювати соціальну значущість своєї професійної діяльності, а іноді і відверте нехтування суддівською гідністю негативно впливає на ефективність протидії та запобігання корупції в Україні.

Поширення зловживань у судовій системі та свідомий вихід за межі функцій зі здійснення правосуддя підтверджують кризу судової системи, її низьку ефективність і як наслідок слабку активність у протидії та запобіганні корупції.

Наголосимо, що такий стан судової системи найперше потребує усунення залежності від адміністративного та політичного впливу, а також докорінної зміни системи доступу до суддівської професії, формування мотивації у суддів до чесної і неупередженої професійної діяльності. Цілком вірно висловився О.В. Дамаскін, зазначаючи, що правосуддя не може існувати без чесного і незалежного суддівського корпусу [2, с. 40].

Ті кроки, які вжиті щодо реформування судової системи у зв'язку з набранням чинності Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [4] не мають цілісного концептуального характеру, а тільки покращують окремі аспекти судової системи та доступу до суддівської професії.

Зокрема, позитивним є впровадження єдиного для всіх претендентів на посаду судді кваліфікаційного іспиту, проведення конкурсу на зайняття вакантної посади судді, проведення навчання та підвищення професійних вимог до кандидатів на посаду судді, посилення повноважень Вищої кваліфікаційної комісії суддів та запровадження обов'язкової діяльності членів цієї комісії на постійній основі тощо.

Відкритим, правда залишається питання об'єктивності у проведенні кваліфікаційного іспиту. Зазначений вище закон не передбачає механізму, який би забезпечував об'єктивність у його проведенні.

Важливим також, з точки зору антикорупційної перспективи, є і запровадження у Законі України «Про засади запобігання і протидії корупції» [5] з 01 січня 2012 р. спеціальної перевірки осіб, які будуть претендувати на посаду судді, а також запровадження контролю з боку держави за майном, доходами та витратами і зобов'язаннями фінансового характеру суддів. Обов'язок судді кожного року декларувати своє майно, доходи та витрати і зобов'язання фінансового характеру безсумнівно ускладнить формування корисливої мотивації зловживань суддями своїми повноваженнями при здійсненні судочинства.

Необхідно також визнати, що Закон України «Про судоустрій і статус суддів» [4] значно зменшив можливості незаконного використання інструментів судової системи у корпоративній боротьбі бізнес-груп, але натомість породив небезпеку монопольного впливу на судову систему однієї політичної еліти і відповідно орієнтованих на неї бізнес-груп.

Але, на превеликий жаль, невіршеними залишаються питання, що пов'язані із забезпеченням незалежності суддів, відкритості і доступності правосуддя, а також статусу суддів, особливо суддівського імунітету.

Так само, не вирішеними залишаються питання соціальної зрілості претендентів на посаду судді, а також оцінка їх психологічних якостей (проблема психологічного тестування). З цією метою можливо варто б запровадити відповідну перевірку, у тому числі, і з використанням поліграфу.

Також напевно необхідно посилити професійні вимоги до працівників апарату судів.

Складною залишається і проблема псевдо зв'язків суддів з іншими учасниками судового провадження, особливо адвокатами, які досить часто є просто посередниками у вирішенні бажаного для свого клієнта судового рішення. Це і проблема попередніх зв'язків. Згідно з експертними даними, присутність колишніх працівників юридичних сфер серед суддів наступна: на першому місці – помічники суддів, на другому – прокурорські працівники, на третьому – адвокати, на четвертому – працівники міліції, на п'ятому – інші категорії.

Хоча, безсумнівно, найскладнішою проблемою залишається політичний та адміністративний вплив на судові органи, постійні спроби використати їхній потенціал у партійних або групових інтересах.

Необхідно також розуміти, що ефективність судової системи потребує і збільшення фінансових витрат на її функціонування. Поліпшення матеріально-технічного, кадрового та фінансового забезпечення судових органів, фахового рівня їхніх працівників, упровадження критеріїв і методик оцінювання їхньої функціональної діяльності та її результатів необхідна умова підвищення ефективності судової системи.

Повинна також діяти система постійного моніторингу оцінки населенням якості роботи судових органів та окремих суддів.

Відсутність незалежної системи правосуддя становить перешкоду в формуванні цивілізаційних ринкових відносин, оскільки суб'єкти господарювання, як і прості громадяни, не можуть бути впевнені у тому, що їх права й інтереси будуть захищені відповідно до букви закону. Окрім того, сьогодні значно збільшились нарікання на зловживання суддів, зокрема, у сфері захисту корпоративних прав, санкціонування протиправного захоплення чужої власності та ін. Можливість для суб'єкта господарської діяльності "вирішити" майже кожне спірне питання в судовому порядку за відповідну винагороду або через інші механізми впливу позбавило будь-якого сенсу положення ч. 3 ст. 509 Цивільного кодексу України про те, що зобов'язання повинно ґрунтуватися на засадах сумлінності, розумності й справедливості. Правосуддя у системі господарських та адміністративних судів перетворилось на своєрідний бізнес з обігом капіталу в багатомільйонному вимірі. У цьому бізнесі задіяні окремі адвокатські компанії, а також родичі або близькі особи, наближені до суддів. "Ціна вирішення" спору починається з 10% від "ціни питання" (суми позовних вимог).

Саме зловживання з боку окремих суддів сприяє поширенню протиправних форм господарської діяльності. Чого тільки вартують рішення окремих судів про відшкодування з Державного бюджету України податку на додану вартість на багатомільйонні суми за сумнівними, з правового погляду, договорами, навіть без встановлення у процесі судового розгляду змісту названих договорів, передання недержавним суб'єктам господарювання державного майна на мільярди гривень через організовані справи про банкрутство та ін. Верховний суд України, надаючи рекомендації про забезпечення законності під час розв'язання корпоративних спорів і посилення боротьби з рейдерством, зазначив, що численні корпоративні

конфлікти можливі у зв'язку з неоднаковим застосуванням законів судами під час вирішення справ цієї категорії, а нерідко – з ухваленням незаконних і необґрунтованих судових рішень [6]. Тож наші окремі суди перетворилися на засіб задоволення політичних чи економічних інтересів відповідних суб'єктів впливу. Наголосимо, що відповідні державні органи не реагують з повною відповідальністю на відверті порушення та зловживання, які відбуваються в організації роботи судів, якості й оперативності розгляду справ, забезпеченні єдиної судової практики та однакового застосування законів. Це стосується, насамперед, тих органів, які внаслідок своєї компетенції зобов'язані реагувати на прояви порушення суддівської присяги.

Однак зловживання також поширені і в діяльності тих органів, які повинні здійснювати контроль за якістю правосуддя. Засоби масової інформації неодноразово вміщували інформацію про недоліки у діяльності Вищої ради юстиції України та Комітету Верховної Ради України з питань правосуддя.

На превеликий жаль, ці органи не стали достатньо дієвими у системі доступу до професії судді та забезпечення дисциплінарної відповідальності суддів. Тому, крім реформування системи доступу до професії судді та розв'язання проблеми дисциплінарної відповідальності суддів, необхідно реформувати й органи, до функцій яких належить вирішення цих питань, у першу чергу Вищої ради юстиції України. Зміна порядку формування Вищої ради юстиції України, засад її діяльності, уникнення колізії інтересів і низка інших питань повинна бути розв'язана в процесі її реформування. У цьому плані цілком необґрунтованим є розширення повноважень Вищої ради юстиції України у частині покладення на неї відповідно до ст. 20 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [4] призначення на посади голови місцевого суду та його заступника, голови апеляційного суду та його заступників, голови вищого спеціалізованого суду та його заступників. Покладення цих повноважень на Вищу раду юстиції України суперечить самій природі цього органу, як і положенням Конституції України, але це створює додаткові можливості впливу на судові органи.

Вирішення проблеми незалежності судових органів є ключовою умовою, що унеможливить суддівське свавілля, забезпечить верховенство права, підвищення довіри суспільства до системи правосуддя й створення умов для розвитку ринкових інститутів, а відповідно і до зниження рівня корупції.

Адже, суспільство може розраховувати на ефективну протидію та запобігання корупції лише тоді, коли в державі діє ефективна і незалежна система правосуддя. В іншому випадку результати діяльності судових органів маскуватимуться за “переконливими” статистичними даними, а реальний стан буде далекий від бажаного суспільству.

1. Туляков В.А. Коррупция и суды: функциональный анализ /В.А. Туляков, Е.Ю. Полянский // Коррупция: Региональные и отраслевые тенденции: Сб. науч. статей / Под ред. М.Ф. Орзиха, В.Н. Дремина. – Библиотека журнала «Юридический вестник». – Одесса: ФЕНІКС, 2003. – 240 с.
2. Дамаскин О.В. Коррупция: Состояние, причины, противодействие / О.В. Дамаскин. – М.: ИД «Триумфальная арка», 2009. – 304 с.
3. Сулакшин С.С. Государственная политика противодействия коррупции и теневой экономике в России : Монография в 2 томах / С.С. Сулакшин, С.В. Максимов, И.Р. Ахметзянова и др. – Т.1. – М.: Научный эксперт, 2008. – 464 с.

4. Закон України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 р. № 2453-VI. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2453-17>. – Загл. з екрану.
5. Закон України «Про засади запобігання і протидії корупції» від 7 квітня 2011 р. № 3206-VI. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?page=1&nreg=3206-17>. – Загл. з екрану.
6. Мариненко О. Верховний суд вивчив і узагальнив досвід рейдерів / О. Мариненко // Дзеркало тижня. – 2008 – № 4 (683) 2 лют.

ПРОБЛЕМЫ СИСТЕМЫ ПРАВОСУДИЯ В СТРУКТУРЕ ДЕТЕРМИНАЦИИ КОРРУПЦИИ В УКРАИНЕ

А. Бойко

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статье дается криминологическая оценка проблем системы правосудия в Украине как одного из условий увеличения коррупции. Основное внимание сосредоточено к тем проблемам в системе правосудия, которые непосредственно влияют на состояние и характер коррупции.

Ключевые слова: криминология, система правосудия, коррупция, коррупция судебных органах, проблемы системы правосудия как фактор коррупции.

SHORTCOMINGS OF THE SYSTEM OF JUSTICE IN THE SCOPE OF CORRUPTION DETERMINATION IN UKRAINE

A. Boiko

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

The article is devoted to criminological analysis of the system of justice shortcomings, which cause corruption rate increase. A stress is made on the shortcomings that directly influence the state and kind of corruption.

Key words: criminal science, system of justice, corruption, corruption in the judiciary, shortcomings of justice system as cause of corruption.

Стаття надійшла до редколегії: 06.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

СПІВВІДНОШЕННЯ СКЛАДІВ ВІЙСЬКОВИХ ЗЛОЧИНІВ ЗІ СКЛАДАМИ ЗЛОЧИНІВ, ЩО МАЮТЬ З НИМИ ТОТОЖНІ ЗА ЗМІСТОМ ОЗНАКИ

Л.Брич

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, м.Львів, 79000, Україна
(larysabrych@gmail.com)*

Розглянуто співвідношення складів військових злочинів зі складами злочинів, що мають з ними тотожні за змістом ознаки. Визначено типи такого співвідношення. Показано прояви ієрархії співвідношень між відповідними складами злочинів.

Ключові слова: конкуренція норм про військові злочини, суміжні склади злочинів, ієрархія співвідношень між складами злочинів.

В результаті військових злочинів, які вчиняються з небезпечною регулярністю [1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9], потерпають як військовослужбовці, так і мирне населення, заподіюється не лише шкода життю та здоров'ю людей, а й колосальна майнова шкода державі, забруднюється навколишнє середовище. Всі ці факти потребують належної кримінально-правової оцінки.

Відносна стабільність законодавства, що регламентує кримінальну відповідальність за військові злочини, не означає, що у застосуванні норм про кримінальну відповідальність за військові злочини відсутні труднощі. В узагальненнях судової практики з цієї категорії справ зазначається, що практика застосування судами законодавства про відповідальність за військові злочини свідчить про наявність проблем, що виникають при кваліфікації протиправних дій, а їх неоднакове вирішення спричиняє судові помилки [10]. Вивчення матеріалів практики застосування норм про військові злочини дало можливість виявити порушення принципу законності, котре виявилось в тому, що різні суди дали не однакову кримінально-правову оцінку юридично тотожним діям. Так, Військовим місцевим судом Рівненського гарнізону громадянин С. був визнаний винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 422 КК України “Розголошення відомостей військового характеру, що становлять державну таємницю, або втрата документів чи матеріалів, що містять такі відомості” за те, що “будучи начальником командного пункту – заступником начальника штабу з бойового управління військової частини... залучив свого підлеглого, який не мав відповідного допуску, до роботи з таємним документом, який містив відомості, що становлять державну таємницю...”[12]¹. Кримінальна справа щодо нього була закрита на підставі амністії.

А Військовий апеляційний суд Західного регіону заклав за відсутністю складу злочину кримінальну справу щодо громадян К., Ш., В, порушену за тією ж ч. 1 ст. 422 КК України. Останні органами досудового слідства звинувачувались в тому, що вони всупереч вимогам конкретних нормативно-правових актів розголосили відомості військового характеру, що становлять державну таємницю, неодноразово допустили до бойового чергування військовослужбовців строкової служби за відсутності у них належно оформлених допусків до державної таємниці. Під час несення бойового чергування і стажування ці військовослужбовці ознайомились із

¹ Вивчення матеріалів справи показує, що таке засудження слід визнати обґрунтованим.

матеріальними носіями таємної інформації і працювали з відомостями військового характеру, що становлять державну таємницю [12]. Верховний Суд України відмовив [13] у задоволенні обґрунтованого, на мою думку, касаційного подання по цій справі на постанову судді Військового апеляційного суду Західного регіону від 12.08.05 р. [14], поданого державним обвинувачем

Складність у застосуванні кримінально-правових норм про військові злочини зумовлюється й необхідністю вирішення ситуацій конкуренції цих норм із нормами про, так звані, загальнокримінальні злочини, розмежування складів військових злочинів із суміжними складами злочинів.

Існування проблеми для практики в розмежуванні складів військових злочинів зі складами інших злочинів підтверджують судові органи. Зокрема, це відображено в листі Верховного Суду України від 7 вересня 2000 р., адресованого кафедрі кримінального права і криминології Львівського національного університету імені Івана Франка, в якому містилося прохання дати роз'яснення з приводу кваліфікації перевищення військовою посадовою особою влади чи посадових повноважень, що спричинило заподіяння потерпілому тяжких тілесних ушкоджень. Готуючи роз'яснення з приводу поставлених у листі запитань, О.К. Марін і автор цих рядків акцентували увагу на фактах існування конкуренції відповідних норм і необхідності враховувати правила її подолання у кримінально-правовій кваліфікації.

Тому метою цієї праці є з'ясування питань кримінально-правової кваліфікації у разі вчинення злочинів, окремі ознаки яких відповідають ознакам одразу кількох складів злочинів.

Для того щоб знати, які конкретні правила кримінально-правової кваліфікації застосовувати в кожному конкретному випадку дуже важливо правильно встановити характер співвідношення між відповідними складами злочинів і нормами, що їх передбачають. У науці кримінального права, в тому числі, автором цих рядків були запропоновані критерії, за якими можна визначити характер співвідношення між складами злочинів, що містять спільні, тобто тотожні за змістом ознаки [15, с. 263–282; 16]. Такі склади злочинів, можуть співвідноситись як суміжні, або як такі, що передбачені конкуруючими нормами. Характер співвідношення між відповідними складами злочинів встановлюється за такими критеріями: характером співвідношення норм, якими передбачені ці склади злочинів; характером співвідношення спільних ознак цих складів злочинів; характером співвідношення ознак, зміст яких не співпадає у складах злочинів, про які йдеться.

Стан дослідження. Незважаючи на достатню кількість праць, присвячених військовим злочинам, проблема комплексного розмежування складів цих злочинів залишилась до кінця не з'ясованою. Навіть у монографічних роботах ці питання лише зачіпались [17, с. 83-84; 18, с. 7]. Так, у праці М.І. Панова, В.І. Касинюка, С.О. Харитонова міститься лише пропозиція користуватись правилами конкуренції загальної та спеціальної норми при відмежуванні суміжних складів злочинів [18, с. 7]. Ці автори не врахували, що норми про військові злочини можуть вступати з іншими нормами у конкуренцію й інших видів, щодо кожного з яких притаманні інші правила його подолання. Та й суміжні склади злочинів як кримінально-правове явище не слід ототожнювати зі складами, передбаченими конкуруючими нормами.

Ґрунтовне дослідження розмежування самовільного залишення військової частини або місця служби (ст. 407 КК України) з іншими складами злочинів, проведене В.К. Гришуком та М.М. Сеньком [19, с. 211–255] стосується співвідношення лише одного зі складів військових злочинів з тими, що мають з ним спільні ознаки. Ці вчені вичерпно визначили коло складів злочинів, що мають

спільні ознаки зі складом самовільного залишення військової частини або місця служби. Автори розкрили зміст спільних та відмінних ознак порівнюваних складів злочинів. Проте, це дослідження також не позбавлене певних недоліків, характерних для більшості праць. Так, до кола суміжних складів злочинів автори включили всі склади, що мають спільні ознаки зі складом самовільного залишення військової частини або місця служби. Вони не з'ясували при цьому, що співвідношення складів злочинів зі спільними ознаками, крім типу суміжних, може мати й інший характер. Наприклад, важко погодитись, що склади злочинів "Самовільне залишення поля бою під час бою" (ст. 429 КК України) та "Самовільне залишення військової частини або місця служби", вчинене в бойовій обстановці (ч.4 ст. 407 КК України) є суміжними складами злочинів. Тут є підстави стверджувати про наявність іншого характеру співвідношення між наведеними складами злочинів та нормами, що їх передбачають. Практичне значення розмежування складів злочинів не зводиться лише до з'ясування змісту спільних та відмінних ознак порівнюваних складів злочинів. Воно спрямоване на те, щоб застосувати саме ту норму, яка передбачає вчинене діяння. Тому, щодо кожного випадку розмежування конкретних складів злочинів потрібно пропонувати правила кримінально-правової кваліфікації, не останнє значення у виборі котрих належить тому, який характер співвідношення між собою мають склади злочинів зі спільними ознаками. А цього у аналізованій праці не визначено.

Так само М.І. Карпенко задекларував дослідження розмежування лише стосовно порушення статутних правил взаємовідносин між військовослужбовцями від "суміжних злочинів"[20, с. 141–153]. Цей автор для ілюстрації розмежування відповідного складу злочину з іншими навів для порівняння вироки суду у двох різних справах. Зосередившись на оцінці судом фактичних обставин справи, М.І. Карпенко не звернув уваги на те, що кваліфікуючи дії винної особи, суд, проігнорував правила подолання конкуренції кримінально-правових норм і тим порушив один з принципів кримінально-правової кваліфікації – non bis in idem. Це виявилось у тому, що заподіяння потерпілому тяжких тілесних ушкоджень в результаті порушення військовослужбовцем статутних правил взаємовідносин між військовослужбовцями за відсутності між ними відносин підлеглості було оцінене судом як ознака злочину "Умисне тяжке тілесне ушкодження" і одночасно як тяжкий наслідок у особливо кваліфікованому складі злочину "Порушення статутних правил взаємовідносин між військовослужбовцями за відсутності відносин підлеглості" й відповідно кваліфіковано ним за ч. 3 ст. 406 та ч. 1 ст. 121 КК України [20, с. 143–144]. Таким чином, одне й те саме діяння, було кваліфіковано судом одночасно і за загальною, і за спеціальною нормою. Як відомо, загальна і спеціальна норми можуть фігурувати у одній формулі кримінально-правової кваліфікації лише у випадку, якщо ця формула відображає реальну сукупність злочинів, чого у розглядуваному випадку не було.

Системно розглянуто питання співвідношення військових злочинів та загально кримінальних злочинів В.О. Навроцьким. Проте, В.О. Навроцький аналізував таке співвідношення за КК України 1960 р. і встановлення співвідношення військових та загально кримінальних злочинів зводив до "з'ясування того, які норми про військові злочини є спеціальними стосовно відповідних загальних норм, передбачених іншими главами Особливої частини КК" [21, с. 702–706]. Як уже зазначалося автором цих рядків, крім створення передумови для потенційної конкуренції загальної і спеціальної норм, існує ще кілька типів співвідношення між складами злочинів.

Таким чином в українській кримінально-правовій літературі досі не було комплексного дослідження проблеми розмежування складів військових злочинів зі складами злочинів, що мають з ними спільні ознаки.

Більшість із передбачених статтями розділу XIX Особливої частини КК України складів злочинів мають спільні, тобто повністю чи частково збіжні за змістом, ознаки зі складами злочинів, передбачених статтями як розділу XIX, так і інших розділів Особливої частини КК України. Норми про більшість військових злочинів є результатом диференціації кримінальної відповідальності за ті чи інші злочини за таким критерієм як спеціальний суб'єкт злочину – військовослужбовець. Ця обставина й обумовлює потребу в їх розмежуванні. Визначаючи коло складів злочинів, котрі підлягають розмежуванню, тобто мають спільні ознаки з конкретними складами військових злочинів, будемо групувати їх за характером співвідношення між відповідними складами злочинів.

У тих випадках, коли норма про військовий злочин є нормою, що має вужчий обсяг, й, відповідно, ширший зміст, вона є спеціальною відносно іншої норми (проти особи, проти власності, проти громадської безпеки, проти безпеки руху та експлуатації транспорту, у сфері службової діяльності, проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку). Термінологічно однакові ознаки у таких нормах мають однаковий зміст. Відповідно є підстави відносити їх до спільних ознак певних складів злочинів. Ознаками, що визначають спеціальний характер норми (специфічними ознаками) про військовий злочин відносно норми про загально кримінальний злочин, є ознаки спеціального суб'єкта складу злочину, що передбачений нормою про військовий злочин. Спеціальним суб'єктом стосовно всіх військових злочинів виступає військовослужбовець, щодо окремих – військовозобов'язаний, який призваний на навчальні (перевірні) або спеціальні збори. Ознаки, яким повинен відповідати суб'єкт для того, щоб бути визнаним суб'єктом військових злочинів та умови його віднесення до таких суб'єктів досить повно проаналізовані у кримінально-правовій літературі [17, с. 81–92; 21, с. 679–692; 22, с. 97–100]. Незважаючи на це, у практиці застосування права виникають проблеми, в тому числі, пов'язані з визначенням впливу на визнання особи суб'єктом військового злочину факту прийняття присяги. В зв'язку з проблемою, що розглядається, показовою є кримінальна справа громадянина Б., який у травні 1991р., будучи рядовим військовослужбовцем строкової служби з метою зовсім ухилитися від проходження військової служби самовільно залишив військову частину і зник у невідомому напрямку. Громадянин Б., переховувався від органів влади і був затриманий 2 травня 2003р.

У працівників слідства виникло питання, чи може бути особа, яка вчинила діяння у 1991 р, будучи військовослужбовцем Збройних Сил СРСР, суб'єктом військового злочину, передбаченого ч. 1 ст. 408 КК України. Підставою для їхніх сумнівів став той факт, що цей громадянин приймав присягу на вірність СРСР.

У підготовленому мною висновку кафедри кримінального права і кримінології Львівського національного університету з приводу запиту військової прокуратури Львівського гарнізону у справі громадянина Б. вказано на таке:

“Суб'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 408 КК України “Дезертирство”, який інкримінується громадянину Б. є військовослужбовець Збройних Сил України, Служби безпеки України, Прикордонних військ України, внутрішніх військ України та інших військових формувань, утворених відповідно до законів України.

На момент вчинення злочину – 17 травня 1991 р. – його дії охоплювались п. а) ст. 241 КК України 1960 р. І громадянин Б., будучи військовослужбовцем строкової служби повністю відповідав ознакам спеціального суб'єкта цього злочину.

Якби на сьогодні був чинним КК 1960 р., то особа, яка вчинила злочин 17 травня 1991 р. підлягала б відповідальності за п. а) ст. 241 цього кодексу.

Але на час чинності КК 2001р., особа, яка вчинила дезертирство, до вступу в силу цього Кодексу повинна нести відповідальність за ст. 408 КК України, оскільки у ст. 408 КК України пом'якшено кримінальну відповідальність порівняно зі ст. 241 КК України 1960р.

В зв'язку з тим, що поняття військовослужбовця у КК України 2001 р. уточнено, і зроблено вказівку, що це військовослужбовець відповідних військових формувань України, то виникає питання, чи відповідає особа, яка вчинила суспільно-небезпечне діяння, будучи військовослужбовцем Збройних Сил СРСР, ознакам спеціального суб'єкта військових злочинів за КК України 2001 р.

У актах, якими проголошено створення самостійної Української держави та врегульовано питання правонаступництва України, немає прямої вказівки про підпорядкування збройних сил. У Заяві Президії Верховної Ради України щодо Збройних Сил України, затвердженій постановою Президії Верховної Ради України від 22 листопада 1991 р., сказано, що військові формування, які дислокувались на території України, стають власними Збройними Силами України. Логічно було б припустити, що військовослужбовці цих військових формувань стають військовослужбовцями Збройних Сил України. Але вказівки про це названий нормативний акт не містить. Крім того, у складі військових формувань, що дислокувались на момент проголошення незалежності України, на її території, були громадяни інших суверенних держав – колишніх республік СРСР. Очевидно, що на них не може автоматично поширюватися загальний військовий обов'язок щодо України. Та й громадянство України не поширювалось автоматично на всіх осіб, які на момент проголошення незалежності України знаходились на її території. Тому не можна стверджувати, що всі військовослужбовці, які перебували у складі військових формувань, що дислокувались на момент проголошення незалежності України на території України можуть бути визнані суб'єктами військових злочинів за КК України.

Усе сказане вище показує, що проблема визнання особи, яка вчинила діяння, передбачене статтями глави XI “Військові злочини” Особливої частини КК України 1960 р., суб'єктом військових злочинів за КК України 2001 р. не має однозначного вирішення. Припущення ж, навіть логічні, не можуть бути поставлені в основу рішень, які мають кримінально-правове значення. Тому на підставі принципу кримінально-правової кваліфікації “всі сумніви тлумачаться на користь особи, дії якої кваліфікуються” можна стверджувати, що громадянин Б. не може визнаватись суб'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 408 КК України”.

Правило подолання конкуренції загальної і спеціальної норм відоме – перевагу у кваліфікації має спеціальна норма над загальною. Як спеціальна і загальна норми співвідносяться (спеціальна норма названа першою): ч. 1 ст. 404 – ст. 342; ст. 405 – ст. 129, ст. 195; ст. 406 – ст. 126, ст. 122; ст. 410– ст. 262; ст. 411 –ст. 194; ст. 412 – ст. 196; ст. 414 – ст. 267; ст. 415 – ст. 286; ст. 416 – ст. 276; ст. 417 – ст. 276; ст. 422 – ст. 328 і ст. 329; ст. 423 – ст. 364; ст. 424 – ст. 365; ст. 425 - ст. 367; ст. 426; ст. 433 – ст. 438; ст. 434 – ст. 438; ст. 435 – ст. 445 КК України.

Наявність у Особливій частині КК статті, що містить норму, котра у потенційній конкуренції кримінально-правових норм може бути спеціальною, не означає, що загальна норма за жодних обставин не може бути застосована до кожного діяння, якому властиві ознаки, що відповідають тим, котрі визначають спеціальний характер певної кримінально-правової норми. Як відомо, конкуренція

кримінально-правових норм – явище, що виникає у правозастосуванні у тих випадках, коли одне діяння охоплюється двома або більше кримінально-правовими нормами. Але, якщо діяння не підпадає під ознаки жодної зі спеціальних норм, то вчинене кваліфікується за загальною нормою, оскільки конкуренції в такому випадку не виникає. Виходячи зі сказаного не можна погодитися з М.І. Хавронюком, котрий стверджував, що “зловживання владою, яке заподіяло матеріальні збитки, вчинене цивільною службовою особою, є кримінально караним, якщо шкода у сто і більше разів перевищила н.м.д.г., а такий самий злочин, вчинений військовою службовою особою, – якщо шкода у двісті п’ятдесят і більше разів перевищила вказаний мінімум” [23, с. 49–50]. Тобто, за М.І. Хавронюком виходить, що зловживання владою, вчинене військовою службовою особою, суспільно небезпечні наслідки якого полягають лише у майновій шкоді, яка є меншою, ніж двісті п’ятдесят неоподатковуваних мінімумів, злочином визнати не може.

Мабуть в основі наведених міркувань М.І. Хавронюка лежать ті самі теоретичні підходи, котрі в узагальненому вигляді формулює Л.Д. Гаухман, який негативними ознаками складів злочинів, передбачених загальними нормами, вважає ознаки, що містяться у спеціальних щодо них нормах [24, с. 258, 261–263]. Але сформульоване цим вченим правило справджується лише щодо випадків повної конкуренції загальної і спеціальної норм, тобто, коли склад злочину, передбачений спеціальною нормою включає в себе всі ознаки складу злочину, закріпленого у загальній нормі. У наведеному ж прикладі, конкуренція кримінально-правових норм може виникнути лише у разі вчинення військовою службовою особою злочину, майнова шкода, заподіяна яким, у двісті п’ятдесят і більше разів перевищуватиме неоподатковуваний мінімум доходів громадян, оскільки саме така сума визначає мінімальний розмір суспільно-небезпечних наслідків у вигляді істотної шкоди, як ознаки основного складу зловживання військовою службовою особою владою або службовим становищем (ч. 1 ст. 423 КК України). Це означає, що конкуренція розглядуваних кримінально-правових норм (мається на увазі закріплених у ч. 1 ст. 364 і ч. 1 ст. 423 КК України) може бути лише частковою.

Таким чином, зловживання військовою службовою особою владою або службовим становищем, яке заподіяло матеріальні збитки в розмірі, що перевищує сто неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, але не досягає двісті п’ятдесят таких одиниць, також є кримінально караним. Воно просто має кваліфікуватись за ч. 1 ст. 364 КК “Зловживання владою або службовим становищем”.

Бувають випадки, коли норми про військові злочини перебувають у конкуренції частини і цілого із, наприклад, нормами про злочини проти основ національної безпеки України, де норма про військовий злочин є нормою по частину. Такий характер співвідношення обумовлений тим, що сукупність ознак описаних у статті (частині статті) розділу XIX Особливої частини КК як окремих склад злочину, у конкретному випадку правозастосування становлять лише частину єдиного цілого, яким є інший склад злочину. Так, “знищення або пошкодження військового майна”, що назване як суспільно небезпечне діяння у ч. 1 ст. 411 КК України може бути способом вчинення диверсії, тоді, вчинене кваліфікується лише як диверсія за ст. 113 КК України.

Ті норми, що містять склади військових злочинів, які мають додатковий безпосередній об’єкт, можуть конкурувати із нормами про загально кримінальні злочини як ціле і частина. Про наявність додаткового об’єкта у відповідних

складах злочинів можна зробити висновок, виходячи із законодавчої вказівки на суспільно-небезпечні наслідки типу: загибель людей (ч. 2 ст. 411, ч. 2 ст. 412 КК України), інші тяжкі наслідки (ч. 2 ст. 411, ч. 2 ст. 412 КК України), тяжкі наслідки (ч. 2 ст. 402 КК України), шкоду у великих розмірах (ч. 2 ст. 412 КК України); а також проаналізувавши зміст суспільно небезпечного діяння (ч. 1 ст. 405 КК України “Погроза або насильство щодо начальника”). Заподіяння вчиненням військового злочину шкоди названим об’єктам не потребує додаткової кваліфікації за статтями про злочини проти життя, здоров’я, власності, а охоплюється відповідними нормами про військові злочини, які в цій ситуації потенційної конкуренції кримінально-правових норм є нормами про ціле.

“Судді військових судів, військові дізнавачі, працівники військової прокуратури є працівниками органів, що здійснюють правосуддя й одночасно можуть виступати начальниками щодо військовослужбовців та військовозобов’язаних. Тому у разі вчинення посягання щодо таких осіб, у зв’язку з їх діяльністю з розкриття, розслідування, судового розгляду кримінальних справ також виникає проблема конкуренції кількох спеціальних норм” [21, с. 706]. В.О. Навроцький цілком обґрунтовано вважає, що перевагу у кваліфікації мають норми, якими встановлюється більш сувора відповідальність – норми про військові злочини [21, с. 706]. Адже таке правило кваліфікації застосовується у всіх випадках конкуренції кількох спеціальних норм з обтяжуючими ознаками.

Можливою є конкуренція норм і в межах розділу XIX Особливої частини КК. Так, обвинуваченим у справі про “Скнилівську авіакатастрофу” (так звана “справа льотчиків”) було пред’явлено обвинувачення у вчиненні злочинів, передбачених ст. 416 КК України “Порушення правил польотів або підготовки до них” та ч. 2 ст. 425 КК України “Недбале ставлення до військової служби”. Звісно, що реальна сукупність цих, як і всіх інших злочинів можлива. Але ідеальна сукупність, виходячи з принципу “non bis in idem” – ні. У цьому конкретному випадку названі норми перебувають у конкуренції загальної і спеціальної норм. Спеціальною є норма про “Порушення правил польотів або підготовки до них” (ст. 416 КК України). Тому цілком обґрунтовано судом ч. 2 ст. 425 КК України була виключена із обвинувачення. З цього приводу у вироку вказано таке: “Вказані вище причини катастрофи та настання інших тяжких наслідків, за переконанням суду, повністю охоплюються складом злочину, передбаченого ст. 416 КК України, оскільки саме порушення правил польотів та підготовки до них спричинило катастрофу та інші тяжкі наслідки. Тому дії підсудних Третьякова, Яцюка, Топонаря та Єгорова суд кваліфікує саме за цією статтею Кримінального Кодексу України, виключивши з їх обвинувачення за необґрунтованістю інші обвинувачення, які інкриміновані їм органами досудового слідства, а саме – Третьякову – за ст.ст. 425 ч. 2 та 403 КК, Яцюку, Топонарю та Єгорову – за ст. 425 ч. 2 КК” [5, с. 62]. Відзначаючи обґрунтованість виключення судом ч. 2 ст. 425 КК із обвинувачення, не можна не звернути увагу на недосконалість мотивації у вироку такого кроку.

Крім конкуренції кримінально-правових норм у кваліфікації військових злочинів існує й проблема розмежування їх із суміжними складами злочинів. Ця проблема не зводиться до розмежування складів військових злочинів в межах розділу XIX Особливої частини КК.

Суміжними є склади злочинів, передбачені такими статтями:

1) ст. 402 КК України “Непокора” і ст. 403 КК України “Невиконання наказу”. Розмежування суміжних складів злочинів, передбачених ст. 402 КК України “Непокора” та ст. 403 КК України “Невиконання наказу” може викликати чи

найбільші труднощі порівняно з розмежуванням інших суміжних складів військових злочинів. Можливо, це є однією з причин, що ці статті майже не застосовуються на практиці. За інформацією військового суду апеляційного суду Західного регіону, військового місцевого суду Львівського гарнізону, станом на грудень 2002 р., відповідними судами кримінальні справи за ст.ст. 402, 403 КК України 2001 р. та аналогічними статтями КК 1960 р. за останні 10 років не розглядалися.

Спільними ознаками названих складів злочинів крім об'єкта, ознак спеціального суб'єкта є суспільно небезпечне діяння, що полягає у невиконанні наказу начальника.

Наказ – це обов'язкова для виконання, законна, віддана в інтересах служби вимога начальника щодо здійснення або нездійснення підлеглим певних дій по службі, яка мусить бути виконана дозволеними способами та засобами.

Наказ може бути звернений як до одного військовослужбовця, так і до групи, може бути відданий усно, письмово, переданий безпосередньо або через інших осіб. Але якщо за конкретними питаннями служби передбачено тільки письмову форму наказу, усний наказ не є правомірним.

Розмежувальними ознаками наведених складів злочинів М.І. Хавронюк називає форму вини. У складі злочину, що закріплений у ст.402 КК України вона умисна, – у ст. 403 КК України – необережність у виді злочинної самовпевненості.

Думаю, що однозначно з цим погодитись важко. За названим М.І. Хавронюком критерієм не можливо розмежувати склади злочинів, передбачені ч. 1ст. 403 КК і ч. 1 ст. 402 КК. Адже і в одному, і в другому випадку відношення до тяжких наслідків може полягати у злочинній самовпевненості.

Акцент у розмежуванні потрібно зробити на ознаках суспільно-небезпечного діяння – способі вчинення злочину, ознаки якого закріплені у ст. 402 КК. Непокора це бездіяльність – невиконання наказу, яке супроводжується дією – відкритою, тобто явною відмовою виконати наказ. Ця відмова може бути вербальною, може бути вчинена шляхом конклюдентних дій.

Вчинення ж злочину, передбаченого у ст. 403 КК характеризується лише бездіяльністю. Відповідно таке невиконання наказу не є явним, зухвалим.

2) ст.407 КК України “Самовільне залишення військової частини або місця служби” – ст. 408 КК України “Дезертирство”. Спільною ознакою цих суміжних складів злочинів виступає суспільно-небезпечне діяння, яке може виражатися у самовільному залишенні військової частини або місця служби або у нез'явленні на службу. Розмежувальною ознакою виступає мета. У дезертирстві – це ухилитися від військової служби. Такої мети не переслідує особа, яка вчиняє злочин, передбачений ст. 407 КК.

Так, 20 грудня 1996 р. рядовий строкової служби М. З метою тимчасово ухилитися від військової служби самовільно залишив місце служби – Львівський обласний збірний пункт і проводив час на власний розсуд за місцем проживання. В січні 1997 р. у нього виник намір взагалі ухилитися від військової служби, в зв'язку з чим він 20 січня 1997 виїхав у Росію, де влаштувався на роботу. 22 липня 1998 р. М. Був затриманий працівниками МВС РФ та етапований в Україну. Військовим судом М. визнаний винним у вчиненні злочину, передбаченого п. а ст. 241 КК України 1960 р., тобто у вчиненні дезертирства, яке нині передбачене ст. 408 чинного КК України ¹. В наведеному прикладі мало місце переростання менш небезпечного злочину у більш небезпечний.

¹ Викладено за: [25, с. 451–460].

Кваліфікація за сукупністю статей, як самовільне залишення місця служби (п. в. ст. 240 КК України 1960 р.) і дезертирство (п. а ст. 241 КК України 1960 р.) мала місце у випадку реальної сукупності злочинів.

Так, 1 жовтня 1994 р. рядовий строкової служби О. з метою відпочити від військової служби самовільно залишив військову частину та виїхав за місцем проживання своїх батьків. 24 листопада 1994 р. він був затриманий представником військової частини і повернутий до місця служби. 30 листопада 1994 р. з метою взагалі ухилитись від військової служби О. повторно залишив місце служби і ухилився від військової служби до 19 травня 1997 р., коли був затриманий працівниками міліції¹. В цьому випадку, на відміну від попереднього, було вчинено два окремих діяння, кожне з яких становить самостійний склад злочину – мала місце реальна сукупність злочинів.

3) ст. 406 КК України “Порушення статутних правил взаємовідносин між військовослужбовцями за відсутності відносин підлеглості” – ст. 414 КК України “Порушення правил поведження зі зброєю, а також із речовинами і предметами, що становлять підвищену небезпеку для оточення” – ст. 415 КК України “Порушення правил водіння або експлуатації машин” – ст. 416 КК України “Порушення правил польотів або підготовки до них” – ст. 417 КК України “Порушення правил кораблеводіння” – ст. 418 КК України “Порушення статутних правил вартової служби чи патрулювання” – ст. 419 КК України “Порушення правил несення прикордонної служби” – ст. 420 КК України “Порушення правил несення бойового чергування” – ст. 421 КК України “Порушення статутних правил внутрішньої служби”.

Відрізняються вони за змістом суспільно небезпечного діяння, тобто за тим, які конкретні вимоги, встановлені яким актом, порушено в тому чи іншому випадку. Щодо окремих з названих складів злочину для того, щоб оцінити фактичні обставини справи і їх відповідність такій ознаці складу злочину як суспільно небезпечне діяння потрібно призначати військово-технічну експертизу, або отримувати висновок спеціаліста(-ів). Це стосується вчинення таких злочинів, як: ст. 414 КК України “Порушення правил поведження зі зброєю, а також із речовинами і предметами, що становлять підвищену небезпеку для оточення”; ст. 415 КК України “Порушення правил водіння або експлуатації машин”; ст. 416 КК України “Порушення правил польотів або підготовки до них”; ст. 417 КК України “Порушення правил кораблеводіння”.

Так, у вироку Військового апеляційного суду центрального регіону України від 23 червня 2005 р. у справі про “Скнилівську авіакатастрофу” з посиланням на висновок спеціаліста встановлено, “що порушення порядку виконання “косої петлі з поворотом” в бік опущеного напівкрила підсудним Топонарьом призвело до втрати літаком керування і його катастрофи. Той факт, що екіпаж приступив до виконання демонстраційного польоту, не знаючи меж пілотажної зони, не впевнившись в безпечності виконуваного завдання, не провівши рекогносціювання шляхом додаткового прольоту над аеродромом, призвів саме до того, що літак впав саме на скупчення людей, які прийшли на свято” [5].

Що стосується статей 418–421 КК, то вони передбачають відповідальність за порушення військовослужбовцями правил несення спеціальних служб. Останні передбачені різними нормами відповідних статутів та інших актів військового законодавства. Для встановлення і оцінки фактичних обставин справи в таких злочинах повинно вистачити юридичних знань.

¹ Викладено за: [25, с. 451–460].

4) Суміжним зі складом “Ухилення від військової служби шляхом самокалічення або іншим способом” (ст. 409 КК України) є склад “Ухилення від призову на строкову військову службу” (ст. 335 КК України). Розмежувальними ознаками у цій ситуації є ознаки спеціального суб’єкта кожного із названих складів злочинів, зокрема правовий статус особи щодо військового обов’язку. Розмежування розглядуваних складів злочинів є особливо наглядним прикладом того, наскільки важливим є встановлення моменту початку та моменту закінчення військової служби для того, щоб встановити наявність ознак спеціального суб’єкта того чи іншого з порівнюваних складів злочинів. Відповідні моменти визначаються на підставі закону України від 25 березня 1992 р. “Про військовий обов’язок і військову службу”. “Якщо призовник ухилився від явки до військового комісаріату, відповідальність настає не за скоєння військового злочину, а за статтями, які передбачають відповідальність за ухилення від призову на строкову військову службу” [26, с. 60].

5) Суміжним зі складом “Порушення правил водіння або експлуатації машин” (ст. 415 КК) є склад умисного вбивства, умисного тяжкого тілесного ушкодження, умисного середньої тяжкості тілесного ушкодження. “Якщо порушення правил водіння або експлуатації машини характеризується прямим чи непрямим умислом на спричинення тілесних ушкоджень потерпілому або його смерті, то таке діяння необхідно розглядати як умисний злочин проти здоров’я чи життя особи” [27, с. 37.].

6) ст. 427 КК України “Здача або залишення ворогові засобів ведення війни” і ст. 111 КК України “Державна зрада”. В цьому прикладі маємо справу із ситуацією, коли у співвідношенні між одними й тими самими складами злочинів є кілька відмінних ознак, кожна з яких виконує функцію, властиву для різних типів співвідношення. В такому випадку потрібно вирішувати питання про ієрархію типів співвідношення між складами злочинів. У наведеному співвідношенні “залишення ворогові засобів ведення війни”, що передбачене як одне з діянь у ст. 427 КК України, може бути конкретним проявом такого діяння у складі державної зради як “перехід на бік ворога в період збройного конфлікту”, тобто є ознакою, котра конкретизує уточнює зміст відповідної ознаки зі складу злочину, закріпленого у ст. 111 КК. Водночас, мета вчинення злочину є розмежувальною ознакою наведених складів злочинів. І наявність саме цієї ознаки визначає їх співвідношення як суміжних, незважаючи на наявність іншої ознаки, котра б за відсутності розмежувальної ознаки визначала б співвідношення розглядуваних складів злочинів, як передумову конкуренції загальної і спеціальної норм. Вчинене має кваліфікуватися залежно від того, якою буде мета у реально вчиненому злочині.

Таким чином, показано, що склади злочинів проти встановленого порядку несення військової служби, маючи спільні ознаки з іншими складами злочинів, передбаченими як статтями розділу XIX, так і інших розділів Особливої частини КК України, можуть перебувати у різних - розглянутих вище типах співвідношень. Щодо окремих груп складів злочинів зі спільними ознаками поєднання ознак, функцій яких характерні для різних типів співвідношень між складами злочинів, обумовлює потребу застосувати положення про ієрархію типів співвідношень для визначення типу співвідношення.

1. Яценко О. Бий своїх, щоб чужі боялися // Поступ. – 2000. – 25 квітня.
2. Міноборони визнало, що в будинок у Броварах влучила їхня “Точка” // День. – 2000. – 25 квітня.
3. По четвергам ракет остерегайтесь // Експерт-центр. – 2001. – 9 октября. – <http://www.nbuv.gov.ua/polit/01 eccro.htm>.

4. Армия Апокалипсиса. Украинские Вооруженные Силы угрожают мирному населению // *Контракты UA*. – 2008. – 28 августа.
5. Вирок Військового апеляційного суду центрального регіону України від 23 червня 2005 р. м.Львів./ Архів Військового апеляційного суду центрального регіону України. 2005 р.
6. Кисельова Ю. Вибухи під Мелітополем на тлі політики та стану Збройних Сил України // Український незалежний центр політичних досліджень. [http:// www.usiprg.kiev.ua](http://www.usiprg.kiev.ua)
7. Ухвала Військового апеляційного суду Військово-Морських Сил від 16 квітня 2009 р. м.Севастополь. Справа №11-10-2009.
8. На Україні при обробленні металобрухту у списаної учбової зенітної ракети С-75 спрацював двигун // Збір металічного лома. Інформаційне агентство “Метал-Кур’єр”. – <http://metalcourier.dp.ua/zagalne/>
9. Марченко Т., Гетьман Д. Наша армія нас угробить? Українські Збройні Сили стають усе більш небезпечними для мирного населення // *Україна молода*. – 2009. – 25 червня. – №113.
10. Практика застосування судами законодавства про військові службові злочини // *Вісник Верховного Суду України*. – 2002. - №2(30). – С.21.
11. Постанова про закриття кримінальної справи. 19 січня 2005 р. м.Рівне. // Архів Управління Служби Безпеки у Львівській області за 2005 р.
12. Постанова про закриття кримінальної справи. 12 серпня 2005 р. м.Львів // Архів Управління Служби Безпеки у Львівській області за 2005 р.
13. Ухвала Верховного Суду України від 5 жовтня 2005 р. // Архів Управління Служби Безпеки у Львівській області за 2005 р.
14. Касаційне подання (в порядку ч.1 ст.383, ч.3 ст.384 КПК України) // Архів Управління Служби Безпеки у Львівській області за 2005 р.
15. Брич Л.П. Співвідношення суміжних складів злочинів і складів злочинів, передбачених конкуруючими нормами / Л.П. Брич // *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. – Випуск 42. – 2006. – С. 263–282.
16. Марін О.К. Кваліфікація злочинів при конкуренції кримінально-правових норм / О.К. Марін. – Київ: Атіка. – 2003. – 224 с.
17. Хавронюк М.І. Військові злочини: коментар законодавства / М.І. Хавронюк, С.І. Дячук, М.І. Мельник. – Київ: А.С.К., 2003 р. – 272 с.
18. Панов М.І. Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини) / М.І. Панов, В.І. Касинюк, С.О. Харитонов. – Харків: Харків юридичний, 2006. – 172 с.
19. Гришук В.К., Сенько М.М. Кримінальна відповідальність за самовільне залишення військової частини або місця служби / В.К. Гришук, М.М. Сенько. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2007. – 308 с.
20. Карпенко М.І. Кримінальна відповідальність за порушення статунних праил взаємовідносин між військовослужбовцями за відсутності відносин підлеглості (кримінально-правове та кримінологічне дослідження) / М.І. Карпенко; за заг. ред Матвійчука В.К. / М.І.Карпенко. – Київ: КНТ, 2007. – 232 с.
21. Навроцький В.О. Кримінальне право України. Особлива частина. Курс лекцій / В.О. Навроцький. – Київ: Т-во “Знання”, КОО, 2000. – 771 с.
22. Белоконев В. Современные проблемы воинских должностных преступлений / В. Белоконев // *Вісник прокуратури*. – 2001. – №5. – С.97–100.
23. Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України / М.І. Хавронюк. – Київ: Істина, 2004. – 504 с.
24. Гаухман Л.Д.Квалификация преступлений: закон, теория, практика / Л.Д. Гаухман. – М.: АО “Центр ЮрИнфоР”, 2001. – 316 с.

25. Сенько М. Об'єктивні ознаки самовільного залишення військової частини або місця служби / М.Сенько //Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2002. – вип..37. – С.451–460.
26. Носик О. Визначення суб'єкта військового злочину / О. Носик //Вісник прокуратури. – 2000. – №4. – С.59–62.
27. Тарнавський О.М. Кримінальна відповідальність за порушення правил водіння або експлуатації машин (стаття 415 Кримінального кодексу України) / О.М. Тарнавський //Законодавство України. Науково-практичні коментарі. – 2003. - №3. – С. 32–38.

СООТНОШЕНИЕ СОСТАВОВ ВОЕННЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ С СОСТАВАМИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ, КОТОРЫЕ ИМЕЮТ С НИМИ ТОЖДЕСТВЕННЫЕ ЗА СОДЕРЖАНИЕМ ПРИЗНАКИ

Л. Брич

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, г. Львов, 79000, Украина
(larysabrych@gmail.com)*

Рассмотрено соотношение составов воинских преступлений с составами преступлений, имеющих с ними тождественные по смыслу признаки. Определены типы такого соотношения. Показаны проявления иерархии соотношений между соответствующими составами преступлений.

Ключевые слова: конкуренция норм о воинских преступлениях, смежные составы преступлений, иерархия соотношений между составами преступлений.

CORRELATION OF MILITARY CRIMES CORPORA DELICTI WITH CORPORA DELICTI THAT CONTAIN IDENTICAL SIGNS

L. Brych

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

The author highlights correlation of military crimes corpora delicti with corpora delicti that contain identical signs. The types of such correlation are defined. Manifestation of correlation hierarchy between these corpora delicti is demonstrated.

Key words: competition of military crimes norms. proximate corpora delicti, correlation hierarchy between corpora delicti.

Стаття надійшла до редколегії: 06.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ АМНІСТІЇ В УКРАЇНІ

В. Бурдін

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

В статті розглянуто деякі проблеми застосування інституту амністії в Україні. Обґрунтовано необхідність трансформації амністії в інститут пробації. Зроблено акцент на необхідності дотримання прав потерпілих від злочинів при застосуванні амністії.

Ключові слова: амністія, звільнення від кримінальної відповідальності, кримінальна відповідальність, покарання, потерпілий.

Історія розвитку кримінального законодавства знає чимало випадків та підстав, коли незважаючи на факт вчинення злочину, держава прощала особі вчинене і відмовлялася притягувати її до кримінальної відповідальності. Одним з таких проявів “прощення”, яке і сьогодні передбачене у чинному кримінальному законодавстві, є інститут амністії. За даними окремих вчених перші згади про акти, які нагадують амністію у теперішньому розумінні цього поняття, відносяться ще до середини XVI ст. [1, с. 68].

Кримінально-правові проблеми, які стосуються реалізації інституту амністії та помилування, були предметом дослідження А.А. Музики, С.М. Школи, Е.В. Скутіної, О.В. Левашової, А.Н. Осяк, О.В. Чепелюк та багатьох інших вчених [2; 3; 4; 5; 6]. Разом з тим, незважаючи на значну увагу до вказаної проблематики, значна частина питань і надалі залишаються спірними. Окремі з цих проблем будуть предметом дослідження в межах цієї публікації.

Відповідно до ст. 1 Закону України “Про застосування амністії в Україні” амністія є повне або часткове звільнення від кримінальної відповідальності і покарання певної категорії осіб, які засуджені за вчинення злочину, або кримінальні справи стосовно яких перебувають у провадженні органів дізнання, досудового слідства чи суду, але не розглянуті останніми, або ж розглянуті, але вироки стосовно цих осіб не набрали законної сили. У певній мірі амністію, на відміну від інших видів звільнення від кримінальної відповідальності та покарання дійсно можна вважати своєрідним актом “прощенням” особи, яка вчинила злочин (4, с. 10–11; 7, с. 668). Адже інші види звільнення від кримінальної відповідальності чи покарання так чи інакше пов’язані з додатковими умовами, які свідчать або про втрату особою, яка вчинила злочин, суспільної безпеки, або ж про втрату суспільної безпеки вчиненого діяння. Застосування амністії не пов’язується законодавцем ні з проявами позитивної посткримінальної поведінки злочинця, ні з строками, які пройшли від часу вчинення злочину, а також зміною будь-яких інших обставин.

На жаль, але на сьогодні можна стверджувати про те, що інститут амністії використовується фактично як засіб розвантаження працівників правоохоронних органів та вивільнення місць у переповнених на сьогодні кримінально-виконавчих установах, що звісно, аж ніяк не сприяє реалізації превентивної функції кримінального законодавства. У цьому відношенні досить спірною вважаємо попередню практику законодавця, коли практично щороку приймали закони про амністію. Адже амністія для особи повинна бути неочікуваним “актом пробачення” вчиненого нею злочину. В іншому випадку амністія тільки породжуватиме відчуття безкарності і сприятиме рецидиву. Можна підтримати позицію вчених, які вважають, що амністія може бути досить ефективним засобом державного

реагування у випадку, наприклад, істотної зміни політичної ситуації в державі і звільнення у зв'язку з цим тих категорій осіб, злочини яких так чи інакше були обумовлені попереднім політичним режимом [7, с. 683–684]. Звісно, що такого роду амністії об'єктивно не можуть мати періодичного характеру.

На наш погляд, сьогодні застосування амністії як самостійного виду звільнення від покарання або його відбування не є ефективним засобом специфічного ліберального реагування держави на осіб, які вчинили злочини. Адже вказані види звільнення, на відміну від більшості інших, формально не пов'язуються з поведінкою засудженого чи зміною певних обставин і фактично є безумовними видами звільнення. Так, для остаточного звільнення при застосуванні до засудженого звільнення від відбування покарання з випробуванням на підставі ст. 75 КК України необхідним є дотримання певних вимог до його поведінки у період іспитового строку. У випадку їх недотримання, суд відповідно до ч. 2 ст. 78 КК України навіть після спливу іспитового строку направляє засудженого для відбування призначеного йому покарання. Не менш суворими є і вимоги до поведінки вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до семи років, звільнених від відбування покарання з випробуванням на підставі ст. 79 КК України.

Для отримання права на умовно-дострокове звільнення від відбування покарання відповідно до ст. 81 КК України, крім відбуття засудженим обов'язкової частки призначеного покарання, необхідно, що він довів своє виправлення сумлінною поведінкою і ставленням до праці. При заміні невідбутої частини покарання більш м'яким покаранням засуджена особа повинна довести своєю поведінкою те, що вона стала на шлях виправлення. При цьому вказані види звільнення від відбування покарання є умовними по своїй суті, оскільки у випадку вчинення звільненою особою нового злочину протягом невідбутої частини покарання чи під час відбування більш м'якого покарання їй призначають покарання за правилами про сукупність вироків. Ще більш вимогливо ставиться законодавець до поведінки вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років, звільнених від відбування покарання на підставі ст. 83 КК України. Вказаний вид звільнення від відбування покарання також є фактично умовним по своїй суті.

З урахуванням наведених законодавчих положень, незрозуміло видається позиція законодавця у тій частині, коли він допускає звільнення від покарання чи його відбування на підставі закону про амністію не висуваючи вимог до поведінки особи і фактично виводячи засудженого зі сфери кримінально-правового впливу, ігноруючи при цьому його майбутню поведінку. Думається, що послідовним було би рішення законодавця про створення у даному випадку умовного звільнення від покарання чи його відбування на підставі закону про амністію. Вважаємо, що такі зміни суттєво зменшать рецидив серед амністованих осіб. Аналогічні пропозиції вже висловлювалися дослідниками цієї проблематики [5, с. 10–11]. Адже на сьогодні ми маємо ситуацію, коли такого роду амністія “сьогодні” розвантажує кримінально-виконавчі установи від засуджених для того, щоб “завтра” ті самі засуджені туди знову повернулися.

У цілому підтримуємо ідею запровадження так званої умовної амністії, не тільки як виду звільнення від покарання, але й як виду звільнення від кримінальної відповідальності, яка по суті може нагадувати такий умовний вид звільнення від кримінальної відповідальності як звільнення від кримінальної відповідальності з передачею особи на поруки (ст. 47 КК України). Ми вже стверджували, що амністія не повинна бути лише засобом розвантаження працівників правоохоронних органів та вивільнення місць у переповнених на сьогодні кримінально-виконавчих

установах. Очевидно, що особа, яка вчинила злочин, і отримала “прощення” цього злочину від держави, повинна довести, що вона гідна такої довіри і рішення про її звільнення не буде породжувати у неї відчуття безкарності. Думається, що забезпечити реалізацію цієї мети та суттєво підвищити ефективність амністії може створення у тому числі і на її основі загального інституту пробації.

Незважаючи на те, що застосування амністії можна розглядати як прояв дії принципу гуманізму, амністія не є огульною лібералізацією, яка гарантує певним категорія осіб прощення їхніх злочинів. При цьому не варто забувати і про необхідність забезпечення прав потерпілих від злочинів, відносно яких також повинен діяти принцип гуманізму [6, с. 8; 3, с. 10–11; 5, с. 10–11; 7, с. 672]. І у цьому відношенні, якщо особу, яка вчинила злочин, звільняють від кримінальної відповідальності на підставі закону про амністію, то не тільки гуманно, але й справедливим буде щоб держава попідкувалася про забезпечення прав потерпілої особи. Звільнення від кримінальної відповідальності, у тому числі і на підставі закону амністію не звільняє особу, яка вчинила злочин, від обов’язку відшкодувати завдану злочином шкоду. Водночас процедура відшкодування шкоди у порядку цивільного судочинства може бути затягнута у часі. У цьому відношенні вважаємо, що надаючи право на звільнення від кримінальної відповідальності, держава повинна попідкуватися про задоволення інтересів потерпілої особи. Одним із таких способів може бути умова остаточного звільнення від кримінальної відповідальності після відшкодування потерпілому завданої злочином шкоди.

Спірним як у науці кримінального права, так і на практиці є питання про можливість застосування амністії до тих осіб, вина яких не доведена обвинувальним вироком суду. На сьогодні Комітетом Верховної Ради України з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності проводиться робота по підготовці нової редакції проекту Закону України “Про застосування амністії в Україні”, яким передбачається заборонити застосування амністії до осіб, кримінальні справи стосовно яких перебувають у провадженні органів дізнання, досудового слідства чи суду, але не розглянуті судом з постановленням обвинувального вироку. Водночас на думку окремих народних депутатів України така заборона буде суперечити ч. 3 ст. 22 Конституції України, а саме звужувати зміст та обсяг існуючих прав і свобод людини і громадянина. З огляду на те, що Комітет звернувся за відповідним висновком до кафедри кримінального права та кримінології Львівського національного університету імені Івана Франка, окремі положення цього висновку, який готував автор статті, будуть нами далі наведені.

Відповідно до чинного на сьогодні законодавства застосування амністії передбачає можливість звільнення особи не тільки від покарання чи його відбування, але й звільнення особи від кримінальної відповідальності. В ч. 1 ст. 44 КК України амністія виділена в якості самостійного виду звільнення від кримінальної відповідальності поряд з іншими видами звільнення. На сьогодні в науці кримінального права немає єдності думок щодо визначення поняття кримінальної відповідальності. Кримінальна відповідальність в її традиційному, негативному (ретроспективному) аспекті розглядається як правовий наслідок злочину, який полягає в несприятливих наслідках для особи, яка вчинила злочин, в обмеженні її правового статусу. Викладеним, напевно, і обмежується загальноприйняте розуміння кримінальної відповідальності. Що ж стосується природи, визначення суті кримінальної відповідальності, то тут існує багато різноманітних підходів і, як наслідок, до сьогодні в науці кримінального права немає єдності в поглядах на питання про поняття, форми, зміст, межі та мету ретроспективної кримінальної

відповідальності, її співвідношення з покаранням та судимістю. В загальному погляді щодо визначення поняття кримінальної відповідальності можна об'єднати в такі п'ять напрямків:

1. Кримінальна відповідальність – це покарання за злочин;
2. Кримінальна відповідальність – це обов'язок особи, яка вчинила злочин, відповідати за вчинене;
3. Кримінальна відповідальність – це кримінально-правові відносини;
4. Кримінальна відповідальність – це сукупність кримінально-правових, кримінально-процесуальних та кримінально-виконавчих відносин;
5. Кримінальна відповідальність – це осуд злочинця з боку держави за вчинений злочин.

Одразу зазначимо, що наведений нами поділ є досить умовним. Це пояснюється низкою причин. По-перше, різноманітністю самих класифікацій напрямків щодо поглядів на кримінальну відповідальність. По-друге, тим, що, в літературі можна зустріти випадки, коли одного і того ж автора відносять до різних напрямків. Крім того, на сьогодні більшість вчених, визначаючи суть кримінальної відповідальності через якусь одну її суттєву ознаку, все ж таки не заперечують, що вона реалізується в межах конфліктного правовідношення, змістом якого є взаємні права та обов'язки його сторін, не заперечують існування і різноманітних форм кримінальної відповідальності, а також того, що, як правило, кримінальна відповідальність полягає у застосуванні до винної особи конкретних кримінально-правових заходів [8, с. 64–74].

Ми не будемо детально аналізувати ці напрямки, оскільки це виходить за межі нашого дослідження. Зауважимо лише, що для того, щоб вивести поняття кримінальної відповідальності необхідно, перш за все, виходити з законодавчих реалій та їх аналізу на основі законів формальної логіки, оскільки саме останні показують конкретні правила виведення понять. Повторимося, що під поняттям в логіці розуміється форма мислення, яка відтворює предмети та явища в їх істотних ознаках. Ці ознаки є загальними та необхідними і повинні належати усім предметам роду без яких предмет немислимий. Для того, щоб визначити ці загальні та необхідні ознаки, які і будуть, в нашому випадку, визначати поняття кримінальної відповідальності, необхідно спершу визначити конкретні форми прояву кримінальної відповідальності, які можливі згідно КК України. Саме такий підхід до визначення поняття кримінальної відповідальності відповідатиме законам формальної логіки, зокрема, закону переходу від конкретного до загального, дотримання якого є необхідним при виведенні понять.

Аналіз чинного КК України дозволяє зробити висновок, що всі форми прояву кримінальної відповідальності можна об'єднати у дві групи:

1. Призначення покарання, яке засуджений зобов'язаний реально відбутися після того, як обвинувальний вирок суду вступить в законну силу;
2. Звільнення особи від покарання або звільнення від відбування призначеного судом покарання (ст.ст. 75, 79, 80, 84, 104, 105, 106 КК України).

Звичайно, можна говорити про те, що таких груп повинно бути більше. Адже у другій групі можна виділити принаймні дві підгрупи форм кримінальної відповідальності. Проте в аспекті досліджуваного питання детальна класифікація таких форм не є важливою. Названі форми кримінальної відповідальності дозволяють виділити ті загальні та істотні ознаки, які і створюють родові поняття кримінальної відповідальності, що охопить всі ці форми. В першому випадку кримінальна відповідальність проявляється в осуді особи та призначенні їй конкретної міри покарання, яке вона і повинна реально відбутися. Друга група також передбачає осуд злочинця від імені держави за вчинений нею злочин і або звільнення

від покарання взагалі, або призначення конкретної міри покарання, але звільнення від його реального відбування за певних умов. Отже, можна побачити, що загальною та істотною ознакою всіх зазначених форм кримінальної відповідальності є саме осуд злочинця від імені держави. Всі інші ознаки, які властиві окремим формам кримінальної відповідальності, не є загальними для всіх, а отже не можуть входити і в зміст родового поняття. Таким чином, можна стверджувати, що під кримінальною відповідальністю необхідно розуміти виражений в обвинувальному вирокі суду осуд особи від імені держави, за вчинення нею злочину. Вказане твердження не виключає існування різноманітних форм кримінальної відповідальності, які можуть мати місце в межах і на основі осуду. Всі інші форми кримінальної відповідальності повинні розглядатися як видові поняття по відношенню до родового поняття кримінальної відповідальності. Відношення між цими поняттями можна назвати відношенням підпорядкування, оскільки одне поняття входить як частина в обсяг другого. Відповідно до рішення Конституційного Суду України від 27 жовтня 1999 р. (справа про депутатську недоторканість) кримінальна відповідальність настає з моменту набрання обвинувальним вирокі суду законної сили. Таким чином, очевидним є той факт, що звільнення від кримінальної відповідальності, у тому числі і на підставі закону про амністію, можливе лише тих осіб, які не перебувають у процесуальному статусі засудженого, а є лише підозрюваними, обвинуваченими чи підсудними або ж взагалі кримінальні справи щодо яких не порушені. Водночас амністія відповідно до ст. 85 КК України віднесена також і до одного з видів звільнення від покарання чи його відбування. Разом з тим, у цьому відношенні вона має іншу правову природу і, зрозуміло, що може застосовуватися лише до засудженого.

Як і будь-який інший вид звільнення від кримінальної відповідальності, передбачений у Розділі IX КК України, амністія є своєрідним актом прощення особи, яка вчинила злочин, що проявляється у повній відмові держави від кримінального переслідування і застосуванні до цієї особи заходів кримінально-правового примусу, що входять до різних форм кримінальної відповідальності. Вважаємо, що відмова від застосування амністії до тих осіб, кримінальні справи стосовно яких перебувають у провадженні органів дізнання, досудового слідства чи суду, але не розглянуті судом з постановленням обвинувального вироку, буде звужувати правовий статус зазначених осіб. Адже сьогодні законодавство надає їм право на звільнення від кримінальної відповідальності на підставі закону про амністію, в той час як запропоновані зміни виключають його, що суперечить ст. 22 Конституції України.

Крім того, вважаємо, що відмова від можливості застосування амністії до тих осіб, кримінальні справи стосовно яких перебувають у провадженні органів дізнання, досудового слідства чи суду, але не розглянуті судом з постановленням обвинувального вироку, може призводити до порушення ст. 24 Конституції України, в якій гарантується рівність громадян перед законом. Адже момент остаточного постановлення обвинувального вироку суду стосовно тих осіб, які в один день вчинили тотожні злочини, в значній мірі буде залежати від оперативності розслідування, яке будуть проводити працівники різних правоохоронних органів, та інших обставин. Отже, реалізація права на застосування амністії буде залежати від зовнішніх чинників, що порушуватиме принцип рівності.

Не можемо погодитися з тим, що застосування амністії до осіб, кримінальні справи стосовно яких перебувають у провадженні органів дізнання, досудового слідства чи суду, але не розглянуті судом з постановленням обвинувального вироку буде порушувати ст. 62 Конституції України. Адже процесуальний порядок закриття кримінальних справ до постановлення обвинувального вироку суду

однаковий щодо всіх видів звільнення від кримінальної відповідальності, а не тільки на підставі закону про амністію. На сьогодні таке вирішення цього питання є цілком логічним, оскільки саме в звільненні від державного осуду і полягає сутність інституту звільнення від кримінальної відповідальності згідно чинного КК України. Крім того, в ст. 62 Конституції України передбачено презумпцію невинуватості як одну з процесуальних гарантій особи у правовій державі. Реалізація цієї презумпції під час застосування звільнення особи від кримінальної відповідальності на підставі закону про амністію забезпечується можливістю особи заперечити щодо застосування такого виду звільнення і вимагати подальшого розслідування кримінальної справи у звичайному порядку.

Таким чином, з метою підвищення ефективності реалізації амністії як самостійної підстави звільнення від кримінальної відповідальності чи покарання, необхідно підтримати ідею запровадження амністії в режимі випробування. При цьому однією з необхідних умов остаточного звільнення пропонуємо передбачити обов'язок відшкодувати потерпілому шкоду, завдану злочином. Вважаємо, що застосування амністії як підстави звільнення від кримінальної відповідальності не порушуватиме реалізацію принципу невинуватості як однієї із гарантій здійснення правосуддя у правовій державі.

1. Ніколаєнко Т. Амністія та помилування як підстави звільнення від кримінальної відповідальності та покарання // Кримінальне право. – 2009. – № 10. – С. 68–72.
2. Музика А.А., Школа С.М. Амністія і помилування в системі сучасного українського права // Кримінальне право України. – 2006. – № 1. – С. 10–23.
3. Скутина Е.В. Амнистия в уголовном судопроизводстве: Диссерт... канд. юрид. наук. - Екатеринбург, 2009. – 174 с.
4. Левашова О.В. Амнистия и помилование как поощрительные нормы уголовного права России: Диссерт... канд. юрид. наук. – Елец, 2007. – 221 с.
5. Осяк А.Н. Институт амнистии в российском уголовном праве: Диссерт... канд. юрид. наук. – Ростов-на-Дону, 2006. – 205 с.
6. Чепелюк О.В. Амністія та помилування в Україні (кримінально-правове та кримінологічне дослідження): Автореф. дисерт... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 16 с.
7. Энциклопедия уголовного права. Т. 10. Освобождение от уголовной ответственности и наказания. – Издание профессора Малинина. – СПбГКА, СПб, 2008. – 882 с.
8. Бурдін В.М. До питання про поняття кримінальної відповідальності за КК України // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2005. – № 9 (47). – С. 64–74.

ОТДЕЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРИМЕНЕНИЯ АМНИСТИИ В УКРАИНЕ

В. Бурдин

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статье рассмотрены некоторые проблемы применения института амнистии в Украине. Обоснована необходимость трансформации амнистии в институт пробации. Сделан акцент на необходимости защиты прав потерпевших от преступлений при применении амнистии.

Ключевые слова: амнистия, наказание, освобождение от уголовной ответственности, потерпевший, уголовная ответственность.

SOME ISSUES OF AMNESTY APPLICATION IN UKRAINE

V. Burdin

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

Some issues of amnesty application in Ukraine are regarded. Necessity of amnesty transformation into probation institute is reasoned. A stress is made on victims' rights observation during amnesty application.

Key words: amnesty, absolute discharge, criminal liability, punishment, victim.

Стаття надійшла до редколегії: 06.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

РЕГУЛЮВАННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПОКАРАНЬ ЗА КОРУПЦІЙНУ ДІЯЛЬНІСТЬ В ЧЕСЬКІЙ РЕСПУБЛІЦІ

Р. Драгоун

*Західночеський університет в м.Плзень, юридичний факультет
вул. Сади П'єтатршіцатніку 14, м. Плзень, Чеська Республіка
e-mail: radimdragoun@seznam.cz*

Автор статті говорить про законодавство анти-корупції в кримінальному законі Чеської Республіки, описує кожну секцію кримінального кодексу, сполученого з корупцією, і аналізує злочин ухвалення хабара детально.

Ключові слова: корупція, кримінальний закон, незалежна компетентність, поліція, офіс суспільного звинувачення, суд.

У правовому порядку Чеської Республіки каталог кримінальних правопорушень знаходиться в кримінальному кодексі – закон № 40/2009 Зб. (далі – КрК), дії органів, що займаються кримінальними справами по розшуку, викритті та покаранні за кримінальні правопорушення регулює кримінальний кодекс – закон № 141/1961 Зб. “Про кримінальні судові справи”.

В новому кримінальному кодексі продовжує діяти тенденція з попереднього кримінального закону №140/1961 Зб., в якому поняття “корупція” не виділяється як самостійне кримінальне правопорушення, а все частіше вживається традиційне поняття “хабарництво”.

Тоді виникає питання, який склад злочинів можна вважати (анти)корупційним.

Корупційні правопорушення мають наступні спільні ознаки:

- а) йдеться винятково про злочини, скоєні навмисно;
- б) спільний об'єкт – зацікавленість в чистоті суспільного життя, в належному, об'єктивному та законному виконанні справ суспільного інтересу, зацікавленість в належному виконанні повноважень службової особи, в належному розпорядженні суспільними та приватними засобами, інтерес в чистоті стосунків між підприємцями;
- в) суб'єктом цих злочинів є, зокрема, фізична особа, яка, виходячи зі своєї професії, положення чи посади наділена певними вирішальними повноваженнями, якими забезпечує виконання суспільних завдань чи діє в користь власного підприємництва або іншої особи, або ж суб'єктом може бути особа, яка для влаштування справи суспільного інтересу прийме або погодиться прийняти хабар “для іншої особи”, тут вона виступає в ролі посередника і може не приймати участі у вирішенні справи суспільного інтересу, особою в такій якості може бути власне та “інша особа”, для якої в такому випадку призначений хабар;
- г) діяльність призводить до порушення кримінальних норм (і норм інших правових галузей), за які отримується певна винагорода (хабар);
- д) між порушенням правил та наданим хабаром повинен бути причинний зв'язок.

Кримінальний кодекс охоплює склад правопорушення “Хабарництво”, а саме в Окремій частині, главі десятій² “Злочини проти суспільного порядку”, частині третій “Хабарництво”, яке тут визначається в наступних положеннях: § 331 КрК “Прийняття хабара”, § 332 КрК “Підкуп”, § 333 КрК “Непряме хабарництво”, § 334 КрК “Спільні положення”.

Однак в ньому визначаються й інші правопорушення, які мають відношення до корупції, мова йде, зокрема, про: зловживання повноваженнями службовою

особою згідно § 329 КрК, порушення норм правил господарських торгів згідно § 248 КрК, зловживання інформацією та положенням в торгівельних відносинах згідно § 255 КрК, домовленість про вигоду при складанні публічної заявки згідно § 256 КрК, махінації при складанні публічної заявки та на торгах згідно § 257 КрК, кримінальне правопорушення махінацій на публічних торгах § 258 КрК, махінації в регулюванні відновлення платоспроможності згідно з § 226 КрК, втручання до незалежності суду згідно § 335 КрК.

Прямий зв'язок з корупційними діяннями також проглядається і в деяких наступних правопорушеннях, якими можуть бути напр.: загроза викриття засекречених фактів згідно § 317 КрК, порушення норм вивозу товарів та технологій двократного використання § 262 КрК, порушення обов'язку внаслідок видачі дозволу та ліцензії для закордонної торгівлі товарами військового призначення згідно § 266 КрК, порушення зобов'язань в регулюванні відновлення платоспроможності згідно положення § 225 КрК, неправдиві свідчення та експертна оцінка згідно § 346 КрК, неправдиве тлумачення згідно положення § 347 КрК, підробка та оформлення неправдивої медичної довідки, оцінки, діагнозу згідно § 350 КрК, неправомірне розпорядження особистими даними згідно положення § 180 КрК, легалізація доходу з кримінальної діяльності згідно § 216 КрК, порушення обов'язків при управлінні чужим майном згідно положення § 255 КрК, ухилення від військової повинності згідно § 371 КрК, а також інші правопорушення, спрямовані проти життя, здоров'я, свободи та ін.

Кримінальне правопорушення “прийняття хабара”.

У даній статті детально розглянемо правопорушення “прийняття хабара” (пол. § 331 КрК), яке в Кримінальному кодексі визначене таким чином:

Прийняття хабара

1) Хто сам або за посередництвом іншої особи для вирішення справи суспільного значення собі або для іншого прийме або погодиться прийняти хабар, або хто сам чи за посередництва іншого в зв'язку з підприємницькою діяльністю своєю або іншого для себе або для іншого прийме або погодиться прийняти хабар, буде позбавлений волі строком до трьох років або позбавлений права займатися певною діяльністю.

2) Хто за обставин, наведених в п. 1, вимагає хабар, буде засуджений до позбавлення волі на строк від шести місяців до п'яти років.

3) Позбавленням волі на строк від двох до восьми років або конфіскацією майна злочинець буде покараний, якщо:

а) скоїть правопорушення, наведені в п. 1 або 2 з ціллю забезпечити собі чи іншому вигоду великого розміру,

б) цей злочин скоїть службова особа з ціллю забезпечити собі чи іншому значну вигоду.

Ознаки складу правопорушення “прийняття хабара”.

Ознаки, що характеризують об'єкт правопорушення.

Індивідуальним (первинним) об'єктом складу кримінального злочину “прийняття хабара” є зацікавленість в об'єктивному, належному, законному вирішенні справи суспільного інтересу, яка охороняється державою, тобто у збереженні чистоти суспільних відносин. Цілком зрозуміло, що нові законодавці продовжують захищати чистоту відносин також і при підприємстві, однак потрібно зазначити, що в попередньому викладі правосуддя вже прийшло до такого захисту при помірно широкому та за моєю думкою правильному визначенні ознак влаштування справ суспільного інтересу.

Отже, законодавець по-новому виділив кримінально-правові санкції хабарництва в зв'язку з підприємництвом, зокрема, з посиланням на міжнародні зобов'язання Чеської Республіки, які випливають з Генерального Рішення Ради 2003/568/JVV від 22.07.2003 “Про боротьбу з корупцією в приватному секторі” та зі Спільної акції від 22.12.1998, прийнятої Радою на основі ст. К.3 Договору Європейської унії “Про корупцію в приватному секторі”. Підтвердженням цього є власне другий абзац в положеннях § 331 абз. 1 та § 332 абз. 1 Кр. кодексу.

Ознаки, що характеризують об'єктивну сторону правопорушення.

Об'єктивна сторона складу кримінального правопорушення виражає спосіб скоєння злочину та його наслідки.

До об'єктивних сторін складу кримінального правопорушення “прийняття хабара” належить три альтернативні форми діяння, а саме:

а) прийняття хабара – злочинець (сам або за посередництвом іншого) прийняв хабар (для себе чи для іншого), тобто. отримав певну вигоду, надану в зв'язку з влаштуванням справи суспільного інтересу;

б) згода прийняти хабар – тут вистачить лише погодитися прийняти хабар (особисто або за посередництвом іншого), а саме – виконання злочину може й не відбутися. Кримінальне правопорушення вважається здійсненим при наявності лише самого факту погодження з прийняттям хабара. Вистачить і того, що злочинець не відхилить запропонований хабар, а лише пасивно погодиться прийняти хабар, ознака згоди з прийняттям хабара є формою підготовки (пол. § 20 КрК), яка тут розглядається як скоєний злочин. У цьому випадку неважливо, коли була виконана дія прийняття хабара і чи була вона взагалі виконана;

в) вимагання хабара - злочинець у зв'язку з влаштуванням справи суспільного інтересу вимагає особисто або через посередника хабар (для себе або для іншої особи). Кримінальне правопорушення здійснилося вже самою вимогою злочинця про надання хабара, соціальна небезпека такого правопорушення підвищується тим, що особа сама вимагає хабар, лише пасивно його не приймає.

Новий кодекс регулює та уточнює правопорушення “прийняття хабара”, у тім числі як пряме прийняття хабара та підкуп та непряме хабарництво за посередництвом іншої особи. Кримінальна відповідальність напр. посередника буде досліджена згідно форми та міри його участі або як співучасника злочину, або як причетного до злочину³

Законна дикція положення § 331 КрК не потребує, щоб злочинець в зв'язку з прийняттям хабара або погодженням прийняти хабар виконував будь-яку нестандартну діяльність. Не має значення, чи ця особа перевищила свої певні повноваження або прийняття, чи згода прийняти хабар якимсь чином вплинули на його діяльність. Наприклад, якщо особа злочинця приймає або обіцяє прийняти хабар при належному виконанні своїх обов'язків – вона вже здійснює кримінальну дію “прийняття хабара”. Якщо ж хабар вплине на дії злочинця, то цей факт підвищує соціальну небезпеку для суспільства.

Положення § 331 абз. 2 КрК є по відношенню до § 331 абз. 1 КрК спеціальним положенням (йдеться про дві самостійні кримінальні дії). З цього доходимо висновку, що одночасна дія цих положень малоймовірна. Вже з самостійного мовного тлумачення робимо висновок, що злочинець одночасно не може прийняти, пообіцяти прийняти і одночасно вимагати хабара.

Положення абз. 3 стосується дій посадових (службових) осіб, спрямованих проти належного виконання їхніх повноважень. У випадку кримінальної діяльності службових осіб суттєво підвищується типова шкідливість кримінальних дій, адже

злочинець з погляду своєї посади чи положення зловживає довірою суспільства та проводить свою діяльність способом, що суперечить закону.

Сумісність кримінальної дії “прийняття хабара” згідно з положенням § 331 абз. 1 КрК та § 331 абз. 3 КрК можливе за умови, якщо службова особа, котра у зв’язку з виконанням своїх повноважень прийняла хабар, одночасно порушуючи свій обов’язок способом та за умов, наведених у положеннях § 329 абз. 1 КрК.⁵⁾

Правосуддя в рішенні Верховного суду ЧСР № 32 / 87 описувало ситуацію (згідно складу злочинів, наведених в старому кр. кодексі), де йшлося про кримінальне правопорушення непрямого хабарництва згідно пол. § 162 КрК, шахрайства згідно пол. § 225 КрК та кримінального порушення прийняття хабара згідно пол. § 160 КрК у формі причетності згідно пол. § 10 КрК.

“Якщо злочинець приймає або вимагає хабар за те, що буде впливати на виконання обов’язків посадової особи, але без співучасті з посадовою особою, він здійснює кримінальне правопорушення непрямого хабарництва згідно § 162 абз. 1 КрК.

У випадку, коли він приймає або вимагає хабар у співучасті з посадовою особою – має місце причетність до злочину “прийняття хабара” згідно § 10 абз. 1 КрК, § 160 абз. 1, абз. 3, 4 КрК, або ж § 160 абз. 2, абз. 3, 4 КрК.

Якщо злочинець приймає або вимагає хабар для особи, яка не є посадовою особою, однак влаштовує справи суспільного інтересу – має місце причетність до злочину “прийняття хабара” згідно § 10 абз. 1 КрК, § 160 абз. 1 або 2 КрК.

Якщо ж злочинець лише симулює, що впливатиме на виконання повноважень посадової особи або на діяльність особи, яка влаштовує справи суспільного інтересу, однак для вирішення справи не зробить, навіть не планує нічого зробити – мова йде про шахрайство згідно § 250 кримінального закону, або спроби згідно § 8 абз. 1 КрК, § 250 кримінального закону, якщо вимагав хабар, але його не прийняв”.⁶⁾ Вважаю, що даний юдикат і надалі можна використовувати навіть після входження в дію нового кримінального кодексу. Я можу навести приклад з власної практики, коли адвокат таким способом отримав від свого засудженого до арешту російського клієнта гроші для судді, котрий, відповідно, мав винести рішення про його звільнення з-під арешту. В цьому випадку адвокат використав необізнаність свого клієнта з термінами ув’язнення, і таким чином отримав значну грошову суму. Цей та інші подібні випадки підсилюють і так широко розповсюджений погляд громадян про масове поширення корупції – в цьому випадку говоримо про так звану корупційну міфологію. Констатуємо, що попереднє правосуддя щодо складу правопорушень, визначених у старому кримінальному законі, і надалі залишатиметься актуальним по відношенню до складу правопорушень в сучасному кримінальному кодексі.

Ознаки, що характеризують суб’єкт кримінального правопорушення.

Винним у злочині згідно з § 331 кр. кодексу може бути будь-хто: це може бути особа, яка бере участь у влаштуванні справ суспільного інтересу (абзац (ненумерований)1), або особа, яка бере участь у підприємстві (абзац 2).

Злочинцем може бути не лише особа, яка бере участь у влаштуванні справ суспільного інтересу або особа, яка бере участь у підприємстві. Якщо злочинець внаслідок влаштування справ суспільного інтересу прийме або обіцяє прийняти хабар “для іншого”, в такому випадку він виступає в ролі посередника і може не бути причетним до вирішення справи суспільного інтересу, особою ж в такій якості може бути власне та “інша особа”, для якої в такому випадку призначений хабар. У випадку, якщо злочинець сам або за посередництвом іншого для влаштування справ суспільного інтересу прийме або обіцяє прийняти хабар для себе, тоді він являється особою, яка бере участь у влаштуванні справ суспільного інтересу.

Службова особа як окремий суб'єкт створює випадок, який особливо обтяжує вину згідно § 331 абз. 3 пункту б) кодексу. З положення § 331 абз. 3 та абз. 4 КрК робимо висновок, що в ролі окремого суб'єкту тут виступає службова особа згідно пол. § 127 абз. 1 КрК, в якому зазначено, що службовою особою може бути: суддя, державний представник, президент, депутат або сенатор Парламенту Чеської Республіки, член влади Чеської Республіки або інша посадова особа органу суспільної влади, представник озброєних сил або служби безпеки чи працівник муніципальної поліції, фінансовий арбітр та його представник, фізична особа, яку назначено до охорони лісу, охорони природи, мисливства або рибництва. Для кримінальної відповідальності та захисту службової особи згідно окремих положень кримінального кодексу вимагається, щоб кримінальне правопорушення було скоєно відповідно до його повноважень та відповідальності. Службова особа іноземної держави або міжнародної організації вважається службовою особою згідно з кримінальним кодексом, поки так не встановить міжнародний договір § 127 абз. 3 КрК.

Загальна дефініція службової особи у хабарництві є розширеною в положенні § 334 абз. 2, яке підпадає під спільні положення кримінального правопорушення хабарництва, де службовими особами вважаються також особи, які займають посади в законодавчому органі, судовому або іншому органі суспільної влади іноземної держави, особи, що перебувають на службі або працюють в міжнародному судовому органі, в міжнародних або транснаціональних організаціях, створених державами або іншими суб'єктами міжнародного права, або в іншому органі чи інституції, а також посадові особи юридичних осіб, що займаються підприємництвом, де вирішальний вплив має Чеська Республіка або іноземна держава, якщо ця особа має повноваження при влаштуванні справ суспільного інтересу та дія скоєна в зв'язку з цим повноваженням.

Ознаки, що характеризують суб'єктивну сторону правопорушення.

Загалом констатуємо суб'єктивну сторону кримінальної дії, котра насамперед містить вину (яка є ознакою загальноприйнятою та без якої не було б можливим говорити про кримінальне правопорушення), поштовх та мотив (це факультативні ознаки, які притаманні лише деяким кримінальним діям), що сприймаються з психологічного погляду. Вину утворюють елементи думки та вольовий елемент⁷. Суб'єктивна сторона складу кримінального правопорушення підкупу потребує навмисної вини.

Для того, щоб хабарництво могло стати кримінальним правопорушенням, закон вимагає зв'язок між хабаром та влаштуванням справ суспільного інтересу. Однак необов'язково, щоб особа виконувала пряму дію при влаштуванні справ суспільного інтересу, але вистачить виконати лише складову частину, яка є частиною влаштування справи суспільного інтересу (наприклад обробка даних для рішення органу державного управління).

Визначення деяких понять.

Справа суспільного інтересу – це справа, у належному та об'єктивному вирішенні якої зацікавлене ціле суспільство або певна громадська чи соціальна група. Йдеться про діяльність державного управління, самоуправління, а також задоволення інших потреб, наприклад, культурних, соціальних, матеріальних, медичних та ін. Йдеться не лише про вирішальну діяльність, але й іншу діяльність при виконанні важливих суспільних завдань (наприклад обробка даних для рішення тощо).⁸

Органи, що діють у кримінальних справах, на практиці часто не дотримуються однозначного тлумачення поняття “влаштування справ суспільного інтересу” як

ознак визначення цього складу правопорушення. Йдеться не лише про розбіжності у поглядах на необхідну кількість вирішуваних справ (закон ніколи не говорить про справу, лише про справи), а про тлумачення того, що власне є справами суспільного інтересу. До 1990 р. це поняття розглядалося в ширшому значенні. Однак з 1990 р. йде чітка диференціація суспільних та приватних областей. Цей стан є важливим зокрема для визначення, в яких областях сфери життя суспільства може дійти до виникнення кримінального правопорушення.

Під підприємництвом розуміють систематичну діяльність, яку підприємець провадить самостійно від власного імені та під власну відповідальність з ціллю досягнення прибутку (§ 2 абз. 1 торг. кодексу). Суб'єктом підприємницької діяльності є підприємець. Підприємець – це особа, зареєстрована в торговому реєстрі, особа, яка займається підприємницькою діяльністю на основі права на підприємництво, особа, яка займається підприємництвом на основі іншого права згідно особливих правил, або особа, яка займається сільськогосподарським виробництвом та зареєстрована в реєстрі згідно особливих правил (порівн. § 2 торг. кодексу).

Поняття “хабар” визначене у постанові § 334 абз. 1 КрК, так: “Під хабаром розуміють неправомірну вигоду, що полягає в прямому майновому збагаченні або в іншій преференції, яка дістається або має дістатися особі підкупу або з її згодою іншій особі, на яку не має права”. Неправомірна вигода може бути по-перше, фінансовою чи матеріальною, по-друге, може бути послугою у відповідь. Для появи ознак не важливий розмір хабара, адже законом це не регулюється. Розмір хабара потрібно розцінювати у відношенні до важливості (шкідливості) правопорушення. Щодо розміру хабара, прийнятого працівником державного органу, до такого правопорушення потрібно підходити суворіше, адже прийняття будь-якого хабара таким органом недопустиме.

Прийняття хабара – це коли особа злочинця справді отримала неправомірну вигоду. З погляду часу не є вирішальним, чи отримання вигоди відбулося перед влаштуванням справи суспільного інтересу, під час перебігу, чи по його закінченню. Також неважливо, чи хабар спочатку пообіцяли, чи запропонували. Хабар може бути переведений на користь третьої особи (так званого “білого коня”), за посередництвом якої він залишається в розпорядженні підкупленого, раніше це було доказано правосуддям, нині стосовно цього можна посилатися саме на дикцію складу злочину “сам або за посередництвом іншого”.

На закінчення пропоную інформацію, що стосується складу правопорушень.

Склад кримінального правопорушення підкупу знаходиться в постанові § 332 кримінального кодексу

1) Хто іншому або для іншого в зв'язку з вирішенням справи суспільного значення дасть, запропонує або пообіцяє прийняти хабар, або хто іншому чи для іншого в зв'язку з підприємництвом своїм або іншого, для себе або іншого дасть, запропонує або пообіцяє взяти хабар, буде засуджений до позбавлення волі на строк до 2-х років або до нього буде застосоване грошове покарання.

2) Позбавленням волі від одного до шести років, конфіскацією майна або грошовим покаранням злочинець буде покараний, якщо:

а) зробить проступок, наведений в пункті 1 з ціллю забезпечити собі чи іншому значну користь або заподіяти іншому значну шкоду чи інший особливо тяжкий наслідок, або

б) такий злочин скоїть службова особа.

Склад кримінального злочину непрямого хабарництва знаходиться в постанові § 333 кримінального кодексу.

1) Хто вимагає або приймає хабар за те, що сам або за посередництвом іншого впливає на виконання повноважень службової особи, або за те, що вже так вчинив, буде засуджений до позбавлення волі на строк до 3 років.

2) Хто з причин, наведених в п. 1 дасть, запропонує або пообіцяє прийняти хабар, буде засуджений до позбавлення волі до двох років.

1. порівняй словацький кримінальний кодекс (закон №300/2005), де поняття корупції є в маргінальній рубриці третього розділу третьої глави.
2. на відміну від попередніх змін в кримінальному законі, де знаходилася в третій главі
3. пояснювальна записка до проекту кримінального кодексу – друк 410 Палати депутатів – депутатський термін 2006 – 2010.
4. Єлінек Й., Совак З. “Кримінальний закон та кримінальний порядок” 16-те актуалізоване видання згідно правового стану на 01.01.2002. Видавн. : АТ Лінде Прага, 2002.
5. НЗ ЧСР – 11 Тз 19/86 (№43/87 Зб.)
6. НЗ ЧСР Рт. 32/87 11 К.К.
7. Новотні О., Доленські А., Вальо М., Вокоун Р. Кримінальне право матеріальне II. окрема частина 2. переопрацьованого видання. Прага : Кодекс, 1997.
8. Шамал та кол. Кримінальний закон коментарі 5. видання. Прага: Ц.Г.Бек, 2003.

РЕГУЛЯЦИЯ КРИМИНАЛЬНЫХ НАКАЗАНИЙ ЗА КОРРУПЦИОННУЮ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ В ЧЕШСКОЙ РЕСПУБЛИКЕ

Р. Драгоун

*Западно чешский университет в м. Пльзень, юридический факультет
ул. Сады П'етатршицатнику 14, м. Пльзень, Чешская Республика
e-mail: radimdragoun@seznam.cz*

Автор статьи говорит о законодательстве анты-коррупции в криминальном законе Чешской Республики, описывает каждую секцию криминального кодекса, соединенного с коррупцией, и анализирует преступление принятия взятки детально.

Ключевые слова: коррупция, криминальный закон, независимая компетентность, полиция, офис общественного обвинения, суд.

REGULATION OF CRIMINAL SANCTIONS FOR CORRUPT PRACTICE IN THE CZECH REPUBLIC

R. Dragoun

*Western-Czech University in Plesn'
Sady Pietatrshitsatniku Str. 14, Plesn', Czech Republic
e-mail: radimdragoun@seznam.cz*

The article deals with the anti-corruption provisions in criminal law of the Czech Republic. Every section of the Criminal code on corruption is analyzed, crimes connected with corruption are considered.

Key words: corruption, criminal law, independent competence, police, office of community accusation, court.

Стаття надійшла до редколегії: 14.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНЕ ДІЯННЯ У СТ. 232-1 КК УКРАЇНИ “НЕЗАКОННЕ ВИКОРИСТАННЯ ІНСАЙДЕРСЬКОЇ ІНФОРМАЦІЇ”

О. Кондра

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
тел. (032) 239-44-82*

Стаття присвячена проблемам суспільно небезпечного діяння у складі злочину передбаченому ст. 232-1 КК України “Незаконне використання інсайдерської інформації”. Досліджено питання поняття незаконного використання інсайдерської інформації, форми цього незаконного використання і особливості змісту. Є авторські висновки теоретичного і прикладного характеру.

Ключові слова: інсайдерська інформація, суспільно небезпечне діяння, фондовий ринок.

Злочин, як і будь-яка інша людська діяльність, завжди знаходить своє вираження в певній об’єктивній формі. При вирішенні кожної кримінальної справи в першу чергу з’ясовується наявність чи відсутність суспільно небезпечного діяння описаного в законі. В свою чергу кримінально-правова наука визначає критерії, ознаки і характеристики суспільно небезпечного діяння як самостійної ознаки складу злочину. Більше того, теоретичні підходи до визначення суспільно небезпечного діяння в свою чергу є логічною основою для багатьох інших кримінально-правових категорій.

Дослідження питання суспільно небезпечного діяння проводились як правило рамках досліджень поняття злочину (А.П. Козлов, М.Д. Дурманов, М.С. Таганцев, М.І. Хавронюк та інші) та об’єктивної сторони складу злочину (В.М. Кудрявцев, Н.Ф. Кузнецова, В.В. Мальцев, О.С. Міхлін, М.І. Панов, А.А. Тер-Акопов, Г.В. Тімейко, Н.М. Ярмиш та інші).

На цей час більшість базових спірних питань вирішені, поняття і місце суспільно небезпечного діяння як через призму загального поняття злочину і як складову в системі елементів і ознак складу злочину загалом визначені. Існуючі наукові дискусії з цього приводу не перешкоджають теоретичному аналізу конкретних складів злочинів Особливої частини кримінального закону.

Суспільно небезпечному діянню як ознаці злочину передбаченого ст. 232-1 КК України увага науковців приділялась лише поверхнево, переважно на рівні оглядового коментування відповідних положень КК України та опису найбільш поширених форм прояву злочину в цілому. Проте, в окремих публікаціях В.В. Саєнка [13], О.О. Дудорова [10, с. 11], В.О. Глушкова, П.М. Коваленко [2] О.І. Кохановської [5] незаконне використання інсайдерської інформації розглядалось саме як суспільно небезпечне діяння, однак належним чином не розкривались його істотні кримінально-правові ознаки, що залишає поле для подальших наукових розвідок.

З’ясування поняття і обсягу суспільно небезпечного діяння у складі злочину, передбаченого ст. 232-1 КК України, має вкрай важливе значення з теоретичної та практичної площини. Саме тому науково-прикладне дослідження кримінальної відповідальності за незаконне використання інсайдерської інформації повинне в обов’язковому порядку базуватись на глибокому, системному вивченні поняття,

ознак та особливостей відповідного суспільно небезпечного діяння. Вищевказане доводить актуальність задекларованої проблеми, необхідність її наукового аналізу, як в межах цієї статті, так і в інших наукових публікаціях.

У чинному КК України кримінальну відповідальність за незаконне використання інсайдерської інформації встановлено у ст. 232-1, яка носить назву “Незаконне використання інсайдерської інформації”. У первісній редакції ця стаття КК України носила назву “Розголошення або використання неоприлюдненої інформації про емітента або його цінні папери”, аналогічним було формулювання суспільно небезпечного діяння. Проте, Законом України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за правопорушення на ринку цінних паперів” від 25.12.08 р. ст. 232-1 КК України було викладено у новій редакції, змінено диспозицію, зокрема в частині, що стосується опису суспільно небезпечного діяння.

Схоже, що законодавець вирішив не зупинятись на цьому і 17.02.2011 р. Верховна рада України прийняла за основу проект Закону України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо інсайдерської інформації” (реєстр. № 7330 від 04.11.2010 р., внесений Кабінетом Міністрів України), який передбачає значні зміни в правовому регулюванні інсайдерської інформації, зокрема і зміни в ст. 232-1 КК України, в тому числі і нове формулювання суспільно небезпечного діяння. Такий реформаторський інтерес до ст. 232-1 КК України викликає не тільки звичайну цікавість, а й відповідні наукові запитання з приводу обґрунтованості таких змін, рівня їх якості, наявності проблем і недоліків чинної редакції тощо.

Традиційно в кримінальному праві під суспільно небезпечним діянням розуміють акт свідомої вольової поведінки людини, який виразився у формі дії або бездіяльності. В окремих підручниках [6; с. 105] така дефініція доповнюється вказівками на конкретність і протиправність діяння, а з приводу, того чи слід включати до суспільно небезпечного діяння суспільно небезпечні наслідки існує давня наукова полеміка [8; с. 153–155].

Диспозиція ст. 232-1 КК України сформульована таким чином, що описує одразу предмет злочину, об’єктивну сторону злочину і суб’єкт злочину. При цьому суспільно небезпечним діянням у цьому складі злочину законодавець вважає саме незаконне використання.

Видається, що при дослідженні змісту незаконного використання інсайдерської інформації, як суспільно небезпечного діяння, перш за все слід встановити чи поняття незаконного використання інсайдерської інформації є нормативним чи його слід встановлювати та верифікувати іншими способами.

У ч. 1. ст. 45 Закону України “Про цінні папери та фондовий ринок”, яка носить назву “Забора на використання інсайдерської інформації” вказано, що інсайдеру забороняється: вчиняти з використанням інсайдерської інформації на власну користь або на користь інших осіб правочини, спрямовані на придбання або відчуження цінних паперів, яких стосується інсайдерська інформація, до моменту оприлюднення такої інформації; передавати інсайдерську інформацію або надавати доступ до неї іншим особам, крім розкриття інформації в межах виконання професійних, трудових або службових обов’язків та в інших випадках, передбачених законодавством; давати будь-якій особі рекомендації стосовно придбання або відчуження цінних паперів, щодо яких він володіє інсайдерською інформацією, до моменту оприлюднення такої інформації.

Інші вітчизняні нормативно-правові акти не містять безпосередніх вказівок на розкриття змісту використання інсайдерської інформації, а відповідно її законності

чи незаконності. Отже, безпосередньо визначення поняття незаконного використання інсайдерської інформації українське законодавство не дає, однак вказує на перелік дій, які заборонено вчиняти інсайдерам, що свідчить про необхідність субсидіарного застосування законодавства.

Іншої позиції притримується проф. О.О. Дудоров на думку якого, під використанням інсайдерської інформації у плані відповідальності за ст. 232-1 КК, вочевидь, треба розуміти й інші (відмінні від прямо перерахованих у ч. 1 ст. 45 Закону від 23 лютого 2006 р.) дії, які особа вчиняє за допомогою відповідної інформації або користуючись фактом наявності у неї такої інформації [11]. Проте з таким підходом погодитись важко, оскільки він не підкріплюється іншими аргументами.

Як буде детальніше проаналізовано нижче, вживання законодавцем вказівки саме на “незаконне” використання є не випадковою. Тим самим законодавець прагне чітко окреслити те, що кримінальна відповідальність за використання інсайдерської інформації може наступати лише в тому випадку, якщо воно є незаконним, тобто таким, що здійснюється в порушення вимог закону. Відмінні від прямо перерахованих у ч. 1 ст. 45 Закону України “Про цінні папери та фондовий ринок”, про які пише проф. О.О. Дудоров, цим законом або іншим законодавчим актом не визначені. Враховуючи принцип диспозитивності здійснення суб’єктивних прав “все що не заборонено законом – дозволено”, слід зробити висновок, що в усіх інших випадках, що не підпадають під дію положень ч. 1 ст. 45 Закону України “Про цінні папери та фондовий ринок” або інших законодавчих актів, використання інсайдерської інформації є законним.

З вищенаведеного також вбачається, що на цей час, законодавець не криміналізує інші можливі прояви незаконних дій з інсайдерської інформацією – наприклад незаконне розголошення тощо. Такі дії не охоплюються терміном “використання” і не визначаються законодавством. У первинній редакції ст. 232-1 КК України йшлося про умисне розголошення або інше використання, що давало підстави окремим науковцям [11], стверджувати, що розголошення є формою використання. Така редакція статті не відповідала положенням ч. 1 ст. 45 Закону України “Про цінні папери та фондовий ринок”. Внесені зміни Законом України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за правопорушення на ринку цінних паперів” від 25.12.08 р. виключили розголошення із ст. 232-1 КК України. На цей вищезгаданим законопроектом знову пропонується включити розголошення до незаконного використання, причому, як до ст. 232-1 КК України, так і до ч. 1 ст. 45 Закону України “Про цінні папери та фондовий ринок”.

Загалом, слід дійти до висновку, що питання про наявність суспільно небезпечного діяння у складі злочину, передбаченого ст. 232-1 КК України, слід вирішувати саме з посиланням на вказану статтю спеціального закону, яка дає контрадикторний перелік незаконності такого використання (такий, що заперечує, але не розкриває змісту). Звідси випливає, що ст. 232-1 КК України є кримінально-правовою нормою з банкетною диспозицією.

Слід зауважити, що загалом такий підхід є домінуючим в абсолютній більшості держав, де встановлено кримінальну відповідальність за незаконне використання інсайдерської інформації.

Слід відзначити, що у ст. 2 Директиви Європейського Парламенту та Ради №2003/6/ЄС від 28 січня 2003 р. “Про інсайдерську діяльність та маніпулювання ринком” вказано, що особі, яка володіє інсайдерською інформацією забороняється використовувати цю інформацію, купуючи чи продаючи або намагаючись купити

чи продати, за свій власний рахунок або за рахунок третьої особи, безпосередньо або опосередковано, фінансові інструменти, яких стосується ця інформація. Отже, в частині заборони використання інсайдерської інформації законодавство України, більшою мірою гармонізує із законодавством ЄС. Проте, ця Директива не є обов'язковою до виконання в Україні, а питання законодавства узгодженості і гармонізації України і ЄС, в частині правового регулювання інсайдерської торгівлі та інформації, потребує окремого юридичного дослідження, з огляду на його об'ємність і специфіку.

Цікавими для порівняння є положення Правил нормативного збірника КЦПБ США 10b-5, 17 C.F.R. §240.10b-5, яке Саєнко В.В. у своєму дисертаційному дослідженні називає однією з найвідоміших підстав притягнення до кримінальної відповідальності на ринку цінних паперів [13; 45].

Правило нормативного збірника КЦПБ 10b-5, 17 C.F.R. §240.10b-5 передбачає, що наступні дії є протизаконними:

- а) використання будь-яких методів або засобів з метою шахрайства,
- б) повідомлення неправдивої інформації або неповідомлення всієї інформації, без якої неповна інформація у контексті такого повідомлення вводить в оману, або
- в) здійснення у зв'язку з купівлею або продажем цінних паперів будь-якої дії або діяльності, яка призводить до шахрайства або обману будь-якої особи.

Як вбачається з наведених положень законодавства США, описані діяння безпосередньо не згадують інсайдерську торгівлю. На протипагу цьому описуються загальні схеми отримання нечесного прибутку за рахунок шахрайства. В.В. Саєнко вказує [13; с. 46], що це надало судам США широке право тлумачити норму закону при розгляді конкретних справ, а тому визначення підстав притягнення до відповідальності у випадку інсайдерської торгівлі залишалось розпливчати протягом десятиріч.

Повертаючись до визначення поняття і обсягу незаконного використання інсайдерської інформації, на перший погляд можна дійти висновку, що оскільки воно надається в законодавстві, то додатково його тлумачити не потрібно. Тоді його залишається розглядати в контексті вимог системності права, узгодженості кримінального закону тощо. Однак така думка є передчасною, тому що внаслідок вже згаданої контрадикторності, саме поняття терміну “незаконне використання” так і залишається нез'ясованим.

Згадана ч. 1. ст. 45 Закону України “Про цінні папери та фондовий ринок” вказує лише форми такого незаконного використання, проте, не розкриває його зміст, а тому для визначення останнього слід використати герменевтичний підхід.

Як зазначається в юридичній літературі [15; с. 34] діяльність з тлумачення складається з двох частин — з'ясування і роз'яснення.

Застосування вищезазначених методів до суспільно небезпечного діяння “незаконне використання інсайдерської інформації” у ст. 232-1 КК України дозволяє зробити декілька висновків.

По-перше, використання інсайдерської інформації буде кримінально караним суспільно небезпечним діянням лише за тієї умови, що воно буде незаконним – тобто всупереч нормативним приписам, які мають міститись саме в законі, як формі вираження нормативно-правового акту, що приймається Верховною радою України. Відповідно до ч. 2. ст. 68 України незнання законів не звільняє від юридичної відповідальності. Вказаний правовий принцип (якщо тлумачити його відповідно до тексту), поширюється лише на незнання законів і не поширюється на незнання інших нормативно-правових актів.

На сьогоднішній день проблема визначення заборони використання інсайдерської інформації врегульована Законом України “Про цінні папери та фондовий ринок”. Проте, враховуючи можливий подальший розвиток законодавства з питань фондового ринку і інсайдерської інформації, цілком можливою є ситуація, що перелік і вказівки щодо незаконності використання інсайдерської інформації будуть визначатись на рівні актів ДКЦПФР, які законами не є і не оприлюднюються в загальнодоступному режимі.

В кримінально-правовій площині це створить додаткову проблему, пов’язану з тим, що розширення чи звуження сфери дії ст. 232-1 України буде залежати не від законодавця, а від конкретного державного органу і визначатись не законом (з його спеціальною процедурою прийняття, обговорення, опублікування), а підзаконним нормативно-правовим актом. В такому випадку досудове розслідування і судова практика справ, пов’язаних з незаконним використанням інсайдерської інформації, будуть ускладнені додатковим елементом – необхідності доведення знання особою певного положення нормативного акту (не на рівні закону), що стосується використання інсайдерської інформації.

Отже, в такому випадку існує потенційна загроза стикнутись з тими ж проблемами визначення форми вини, знання законодавства і можливості притягнення до кримінальної відповідальності, з якими стикнулась теорія і практика застосування кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків [3; с. 167–191]. Тому на сьогоднішній день існуючий підхід у ст. 232-1 КК України щодо вказівки саме на “незаконність” використання і наявності кореспондуючих цій статті норм Закону України “Про цінні папери та фондовий ринок” слід визнати справедливим і вірним як з теоретичної, так і практичної точки зору.

По-друге кримінальна відповідальність буде наставати лише у разі здійснення використання інсайдерської інформації. Слово “використання” не є правовим, а є загальнопоширеним, із загальної лексики. Лінгвістичний зміст слова “використання” включає в себе операцію застосування властивостей наявного об’єкту [14]. В нашому випадку інсайдерська інформація має декілька характерних для неї властивостей, а зокрема, зі ст. 44 Закону України “Про цінні папери та фондовий ринок” впливає, що такою властивістю є здатність значним чином впливати на вартість цінних паперів.

Обов’язково слід звернути увагу на те, що як український законодавець, так і ЄС (а також США та багато інших країн) саме цій властивості інсайдерської інформації надають першочергове значення при визначенні заборони здійснення певних дій. При цьому у директиві ЄС №2003/6/ЄС безпосередньо вказується на необхідний зв’язок використання інсайдерської інформації з фінансовими інструментами, яких стосується така інформація. Аналогічні положення містить вже згадана ст. 45 Закону України “Про цінні папери та фондовий ринок”, яка крім того, вочевидь з превентивною метою, забороняє передавати інсайдерську інформацію або надавати доступ до неї іншим особам.

На те, що незаконне використання інсайдерської інформації має кримінально-правове значення лише тоді, коли воно пов’язане з безпосереднім застосуванням тих аспектів, які мають вплив на визначення вартості цінних паперів чи інші фінансові положення, вказує і матеріальний характер складу злочину передбаченого у ст. 232-1 КК України. Це впливає з того, що однією із його обов’язкових ознак є наявність суспільно небезпечних наслідків у вигляді заподіяння істотної шкоди.

З огляду на положення ч. 1, 2 ст. 11 КК України суспільна небезпечність злочину визначається саме із здатності завдавати істотну шкоду об'єктам кримінально-правової охорони або створювати загрозу такого заподіяння. Тобто, саме по собі незаконне використання інсайдерської інформації ще не є злочином. Злочинним незаконне використання інсайдерської інформації стає лише за умови заподіяння істотної шкоди, яка визначається з урахуванням примітки до ст. 232-1 КК України. Враховуючи можливі форми таких наслідків можна зробити висновок, що вони можуть бути спричинені лише внаслідок незаконного використання тих властивостей інсайдерської інформації, які мають значення і вплив на вартість цінних паперів емітента, а також справедливе ринкове ціноутворення та проведення біржових торгів на фондовому ринку. Такої ж позиції притримується і проф. О.О. Дудоров [11].

Проте, слід зазначити, що загалом О.О. Дудоров дещо непослідовний, оскільки в цій же публікації [11], наводячи приклад незаконного використання, він вказує на діяння у формі висування майнових або інших вимог до власника інсайдерської інформації за повернення відповідних відомостей. Вважаю, що такі дії не можуть вважатись незаконним використанням інсайдерської інформації, оскільки не підпадають під визначені ч. 1. ст. 45 Закону України “Про цінні папери та фондовий ринок” заборонені форми використання. Крім того, в такому випадку не використовується властивість інсайдерської інформації у формі здатності впливу на вартість цінних паперів. Вказані у наведеному прикладі дії, за своєю суттю, є звичайним шантажем і за наявності інших ознак можуть підлягати кримінально-правовій кваліфікації за ст. 189 КК України.

По-третє, незаконне використання інсайдерської інформації як суспільно небезпечне діяння може бути вчинене лише у формі активної поведінки – дії. Такий висновок можна зробити з таких підстав.

Загальновизнаним в теорії кримінального права є поділ суспільно небезпечного діяння на 2 форми – дію та бездіяльність, при цьому під дією розуміють активну протиправну форму поведінки, під бездіяльністю – пасивну, яка полягає у невчиненні тих дій, які особа за конкретних умов повинна була і могла вчинити [6; с. 110]. Якщо висновок про те, що незаконне використання інсайдерської інформації може відбуватись у формі дії є очевидним і впливає як з положень КК України, ч. 1. ст. 45 Закону України “Про цінні папери та фондовий ринок”, так і інших нормативно-правових актів, то питання про можливість вчинення незаконного використання інсайдерської інформації шляхом бездіяльності потребує детального з'ясування.

Як вже вказувалось, злочинній бездіяльності мають бути притаманні істотні ознаки, зокрема, покладення на особу обов'язку вчинити певні дії та можливість їх вчинення в конкретних умовах. Обов'язок вчинити певні дії може випливати із закону, факту родинних стосунків, службових чи посадових обов'язків, попередньої поведінки (наприклад особа, яка поставила іншу в небезпечний для життя стан) тощо.

Проте, стосовно незаконного використання інсайдерської інформації в силу її специфічної правової природи регулятором правил поведінки виступає лише право. Інші види регулювання, наприклад, правила та звичаї біржової торгівлі, засади справедливої конкуренції тощо, в силу своєї ненормативності не носять обов'язкового характеру, а тому не можуть бути підставою правових обов'язків. Аналіз нормативно-правових приписів, які врегульовують діяльність інсайдерів дозволяє виявити наступні обов'язки цих осіб, які полягають у необхідності вчинення певних дій.

Так, у п. 4. рішення ДКЦПФР від 22.07.2008 №792 “Про порядок розкриття інсайдерської інформації” вказується, що у разі надання інсайдером відповідно до вимог законодавчих актів інсайдерської інформації державним органам у ході проведення цими органами перевірок їх діяльності інсайдер повинен письмово повідомити уповноважену на проведення перевірки посадову особу державного органу про статус цієї інформації та здійснити запис в системі обліку осіб, які мають доступ до інсайдерської інформації, та документально підтвердити факт надання та отримання такої інформації. У п. 5. цього ж рішення вказується про те, що емітенти або професійні учасники ринку цінних паперів, які здійснюють операції з цінними паперами емітента, повинні вести облік осіб, які мають доступ до інсайдерської інформації, шляхом відображення персональних даних про таких осіб, а також дати отримання інсайдерської інформації та її виду.

Як вбачається зі змісту вищенаведених положень, у випадку невиконання цих обов’язків може наставати службова дисциплінарна, адміністративна чи кримінальна відповідальність, однак не за ст.232-1 КК України, оскільки невиконання вищевказаних обов’язків не буде охоплюватись терміном “використання”.

Відповідно до положень розділу II “Розкриття особливої інформації емітентами цінних паперів” рішення ДКЦПФР від 19.12.2006 № 1591, визначено порядок, вимоги та строки для розкриття інсайдерської інформації, покладаючи тим самим на інсайдерів обов’язок стосовно здійснення певних дій. Проте, ці вимоги також не відносяться до здійснення об’єктивованого діяння у формі використання інсайдерської інформації.

Також слід звернути увагу на передбачені законодавством міри відповідальності за правопорушення на ринку цінних паперів. Так, у ст. 11 Закону України “Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні” чітко розмежовано підстави відповідальності – відповідальність за порушення пов’язані з несвоєчасним оприлюдненням, неподанням, нерозкриттям тощо, передбачено п. 5-8 ч.1. цієї статті. Натомість відповідальність за незаконне використання інсайдерської інформації встановлена у п. 12 ч. 1. ст. 11 Закону України “Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні”. Тобто, навіть в частині санкцій законодавець чітко вказує на відмежування незаконного використання інсайдерської інформації від інших правопорушень пов’язаних з інсайдерської інформацією, які в свою чергу, можуть бути вчинені і шляхом бездіяльності.

На цей час інших обов’язків для інсайдерів, які б полягали у необхідності вчинення певних дій стосовно інсайдерської інформації в українському законодавстві немає. Аналізуючи положення Директиви ЄС № 89/592/ЕЕС Саєнко В.В. також приходять до висновку про можливість незаконного здійснення інсайдерської торгівлі (однією із складових якої є незаконне використання інсайдерської інформації) лише шляхом активної поведінки – дії [13; 125–131].

Таким чином, підсумовуючи та узагальнюючи проміжні висновки зроблені в процесі цього наукового дослідження, доцільно вказати наступне:

- суспільно небезпечним діянням у складі злочину передбаченому ст. 232-1 КК України “Незаконне використання інсайдерської інформації” є незаконне використання;
- під таким незаконним використанням слід розуміти активну поведінку суб’єкта злочину, яка полягає у вчиненні визначених заборонених законом дій щодо застосування інсайдерської інформації;
- особливість такого незаконного використання полягає у незаконному застосуванні тих властивостей інсайдерської інформації, які мають значення і

- вплив на вартість цінних паперів емітента, а також справедливе ринкове ціноутворення та проведення біржових торгів на фондовому ринку;
- на цей час перелік форм цього незаконного використання наводиться у ч. 1. ст. 45 Закону України “Про цінні папери та фондовий ринок”, який дає конкретний і вичерпний перелік таких форм. Іншими нормативно-правовими актами такий перелік встановлюватись не може;
 - незаконне використання, на цей час, є найбільш узагальнюючим терміном, який охоплює всі можливі форми здійснення забороненої чинним законодавством інсайдерської торгівлі
 - незаконне використання не охоплює всі можливі незаконні дії з інсайдерською інформацією, питання про криміналізацію цих інших незаконних дій потребує окремого дослідження

Наостанок, враховуючи згадку на початку статті про існуючі пропозиції вдосконалення опису суспільно небезпечного діяння як ознаки злочину передбаченого ст. 232-1 КК України, слід проаналізувати проект Закону України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо інсайдерської інформації” (реєстр. № 7330 від 04.11.2010 р., внесений Кабінетом Міністрів України). За результатами його вивчення слід зауважити наступне.

Цим законопроектом пропонується викладення у новій редакції ст. 232-1 КК України. При цьому суспільно небезпечним діянням у цьому складі злочину пропонується закріпити “Умисне незаконне розголошення, передача або надання доступу до інсайдерської інформації, а так само надання з використанням такої інформації рекомендацій стосовно придбання або відчуження цінних паперів чи похідних (деривативів), а також вчинення з використанням інсайдерської інформації на власну користь або на користь інших осіб правочинів, спрямованих на придбання або відчуження цінних паперів чи похідних (деривативів), яких стосується інсайдерська інформація”. Назва ст. 232-1 КК України залишається незмінною - “Незаконне використання інсайдерської інформації”, з чого можна зробити висновок, що законодавець пропонує у диспозиції ст. 232-1 КК України дати конкретний перелік форм такого незаконного використання.

Вважаю, що вищевказані законопроектні пропозиції є невдалими, не відповідають вимогам щодо якості кримінального закону та вимогам нормопроєктування. Вказані зміни, у випадку їх прийняття, не вдосконалять суть ст. 232-1 КК України, а призведуть до зайвих ускладнень як кримінально-правової кваліфікації, так і самого здійснення кримінального переслідування за незаконне використання інсайдерської інформації.

Загалом, законопроектні пропозиції нової редакції суспільно небезпечного діяння у ст. 232-1 КК України стають зрозумілими, якщо звернути увагу на те, що цим же законопроектом № 7330 від 04.11.2010 р. пропонується зміни і у ч. 1. ст. 45 “Про цінні папери та фондовий ринок”. Фактично, опис суспільно небезпечного діяння у складі злочину передбаченого ст. 232-1 КК України, відповідно до законопроекту № 7330 від 04.11.2010 р. буде повністю дублювати положення ч. 1. ст. 45 Закону України “Про цінні папери та фондовий ринок”. Такий підхід не можна визнати вдалим з огляду на таке.

Як зазначалось вище, чинна диспозиція ст. 232-1 КК України має бланкетний характер і для повного з’ясування її змісту слід звернутись до положень інших нормативно-правових актів, а саме ч. 1. ст. 45 Закону України “Про цінні папери та фондовий ринок”. Пропоновані зміни перетворюють диспозицію ст. 232-1 КК України в описову.

Слід погодитись з Г.З. Яремко, яка вказує, що відкидаючи бланкетність як юридичний прийом при конструюванні забороняючих кримінально-правових норм, законодавець змушений буде казуально сформувати у Особливій частині КК всі можливі випадки порушення, що, звичайно, нелогічно і, врешті, практично неможливо. Такий досвід відкине правову систему України на кілька століть назад [16]

В пояснення цьому треба вказати, що регулятивне законодавство може змінюватись, перелік дій, які заборонено вчиняти інсайдерам може збільшуватись або зменшуватись, але на ст. 232-1 КК України, у пропонованій редакції, це впливати не буде. Таким чином, втрачається зв'язок між кримінальним законодавством, яке здебільшого носить санкційний характер і відповідним регулятивним характером.

З точки зору теорії права, положення Закону України “Про цінні папери та фондовий ринок” в такому випадку залишаться без належної правової охорони і будуть позбавлені кримінально-правових санкцій, оскільки перелік незаконного використання у цьому спеціальному законі не буде відігравати значення для ст. 232-1 КК України, яка буде містити власний перелік форм незаконного використання. Одночасно слід зауважити, що таке питання взагалі не входить до завдання КК України, в цій частині кримінальний закон не може носити регулятивного характеру.

Сама вказівка у назві статті “Незаконне використання” свідчить про власне незаконність такого використання, тобто всупереч вимогам закону. Сам КК України таких вимог не встановлює і не може встановлювати. Тим більше, що внаслідок звиклої для правової традиції України неузгодженості законодавства, можуть скластись такі колізійні ситуації.

Наприклад, діяння у формі розголошення інсайдерської інформації буде виключено з числа заборонених Законом України “Про цінні папери та фондовий ринок” (як варіант, тому що не відповідає в повній мірі вимогам Директиви №2003/6/ЄС), але у диспозиції КК України воно залишиться. Виникне розбіжність між положеннями КК України, Закону України “Про цінні папери та фондовий ринок”, а також інших актів, в яких буде встановлено відповідальність за таке розголошення. Це призведе до неоднозначності практики застосування відповідальності за незаконне використання інсайдерської інформації.

Більше того, в такому випадку, у разі кожного внесення змін до Закону України “Про цінні папери та фондовий ринок” законодавець змушений буде кожного разу вносити зміни до ст. 232-1 КК України і синхронізувати їх між собою. Це суперечить вимогам стабільності кримінального закону і зручності його застосування.

Крім того, слід зауважити на окрему неузгодженість правових норм передбачених у ст. 45 Закону України “Про цінні папери та фондовий ринок” та ст. 232-1 КК України. Річ в тому, що перелік форм незаконного використання інсайдерської інформації, має декілька умов застосування та виключень із загального правила.

Зокрема, інсайдеру забороняється вчиняти відповідні дії щодо інсайдерської інформації лише до моменту її офіційного оприлюднення. Також ст. 45 Закону України “Про цінні папери та фондовий ринок” (як чинна редакція, так і пропонована) передбачає можливість розкриття такої інформації в межах виконання професійних, трудових або службових обов'язків та в інших випадках, передбачених законодавством.

У свою чергу, пропонована редакція ст. 232-1 КК України ці положення нівелює, пропонована редакція диспозиції цієї статті ігнорує наявність обставин, для яких закон робить виключення і виводить їх з числа заборонених. Це також свідчить про високий рівень колізійності і неоднозначності застосування положень КК України та Закону України “Про цінні папери та фондовий ринок” або інших нормативно-правових актів.

Таку ж позицію з подібною аргументацією підтримало Головне науково-експертне управління Апарату Верховної Ради України у своєму висновку від 23.12.2010 року № 16/3-1355/7330 на проект Закону України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо інсайдерської інформації” (реєстр. № 7330 від 04.11.2010 р., внесений Кабінетом Міністрів України).

У цьому висновку, зокрема вказано, що запропонований перелік варіантів незаконного використання такої інформації навряд чи може охопити всі можливі прояви зазначеного явища. До того ж законодавство у сфері обігу цінних паперів досить часто змінюється, і чим більших змін воно зазнаватиме, тим більшого законодавчого втручання потребуватимуть, зокрема, КК України.

Заслугує підтримки вказана у цьому висновку думка, що надмірна деталізація (тим більше, вузькогалузевими термінами) норм, що передбачають адміністративну та кримінальну відповідальність, як правило, призводить до неоднозначного тлумачення та ускладнює їх практичне застосування. Головне науково-експертне управління Апарату Верховної Ради України слушно звертає увагу на те, що словосполучення “незаконне використання інсайдерської інформації”, яким оперує законодавець у чинній ст. 232-1 КК України, повною мірою охоплює усі можливі випадки порушень, вчинюваних стосовно такого виду інформації, у тому числі й ті, про які йдеться у законопроекті.

Загалом, як вбачається із вказаного висновку, Головне науково-експертне управління Апарату Верховної Ради України вважає найбільш оптимальним опис суспільно небезпечного діяння, який наводиться у чинній редакції ст. 232-1 КК України. З огляду на вищезазначені аргументи, такої ж позиції притримується і автор цієї статті.

Додатково слід зазначити, що використання терміну “незаконне використання” для позначення такої ознаки складу злочину як суспільно небезпечне діяння не є рідкістю для чинного КК України. Всього можна нарахувати 13 статей чинного КК України (станом на 27.02.2011 р.) в яких суспільно небезпечним діянням законодавець вказує безпосередньо “незаконне використання” (статті – 177, 182, 208, 209, 216, 217, 229, 231, 318, 359, 423, 435, 445), значний об’єм КК України таким діянням вважає саме “використання” без додаткових вказівок на його незаконність (17 статей – 150-1, 158, 159-1, 167, 200, 210, 215, 224, 233, 254, 258-4, 265, 306, 358, 364, 446, 447). При цьому простежується системність – якщо у разі використання терміну “незаконне використання” для кримінально-правової кваліфікації дій особи слід звертатись до інших нормативно-правових актів, які регламентують законний порядок здійснення певних дій у вигляді використання, то у разі вживання терміну “використання” такої потреби немає, законодавець цю форму поведінки людини вказав як злочинну, тобто законного такого використання вже немає.

Тому, слід зробити висновок, що вживання терміну “незаконне використання” у ст. 232-1 КК України загалом відповідає принципам системності кримінального права та побудові категорійно-понятійного апарату Особливої частини КК України. Використання інших термінів для його заміни, зокрема пропонованих у цьому законопроекті таким вимогам не відповідає, а тому є недоречним. Можливо,

доречнішими були б законодавчі пропозиції щодо виділення у ст. 232-1 КК України окремого складу злочину, який би встановлював кримінальну відповідальність за інші незаконні дії з інсайдерської інформацією, які не охоплюються терміном “незаконне використання”, однак за своєю суттю є деліктами створення небезпеки для об’єкта кримінально-правової охорони у ст. 232-1 України. Однак такі варіації потребують окремого дослідження, в тому числі і з точки зору підстав криміналізації.

Загалом положення проекту Закону України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо інсайдерської інформації” (реєстр. № 7330 від 04.11.2010 р., внесений Кабінетом Міністрів України) в частині змін до суспільно небезпечного діяння у ст. 232-1 КК України, є необґрунтованими і не заслуговують на підтримку.

1. Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України від 23.12.2010 року № 16/3-1355/7330 [Електронний ресурс] / Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n
2. Глушков В.О., Коваленко П.М. Шахрайство на фінансових ринках у біржовій торгівлі: правовий та кримінологічний аналіз. К.: Видавничий Дім “Ін Юре”, 2008. – 280с.
3. Дудоров О.О. Ухилення від сплати податків: кримінально-правові аспекти: Монографія. - К.: Істина, 2006. - 648 с.
4. Кашкаров О.О. Кримінально-правова характеристика злочинів у сфері випуску та обігу цінних паперів: Автореф. дис.... канд. юрид. наук. – Київ, 2007. - 19 с.
5. Кохановська О.І. Незаконне використання інсайдерської інформації як різновид шахрайства. Тези доповідей учасників міжнародної науково-практичної конференції “Актуальні проблеми розкриття та розслідування злочинів у сучасних умовах” 05 листопада 2010р. З: Запорізький юридичний інститут Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ, 2010.
6. Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник / М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов та ін.; За ред. професорів М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – К.-Х.: Юрінком Інтер – Право, 2002. – 416 с.
7. Кудрявцев В. Н. Объективная сторона преступления. – М.: Госюриздат, 1960. – С. 244.
8. Курс уголовного права. Т. 1 : Общая часть. Учение о преступлении / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой. – М.: Зерцало – М, 1999. – 592 с.
9. Малинин В. Б. Объективная сторона преступления. Монография. — СПб.: Изд-во С.-Петербург. юрид. ин-та, 2004. – С. 301.
10. Олександр Дудоров. Використання інсайдерської інформації: аналіз законодавчих новел. Загальнонаціональна правова газета "Юридичний вісник України". № 8 (712) від 24.03.09р. - Режим доступу: http://www.yuricom.com/ua/legal_bulletin_of_Ukraine.
11. Олександр Дудоров. Злочинне використання інсайдерської інформації: аналіз законодавчих новел. Загальнонаціональна правова газета "Юридичний вісник України". № 9 (713) від 01.04.09р. - Режим доступу: <http://www.yuricom.com/ua>
12. Проект Закону України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо інсайдерської інформації” (реєстр. № 7330 від 04.11.2010 р., внесений Кабінетом Міністрів України) [Електронний ресурс] / Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://gska2.rada.gov.ua/pls>.
13. Саєнко В.В. Правове регулювання використання інсайдерської інформації на ринку цінних паперів // Дис... канд. юрид. наук: 12.00.04. – К., 2002. – 250с.
14. Тлумачний словник української мови онлайн Словник.net: 220 000 слів, 20 000 фразеологізмів [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://slovyk-net.livejournal.com/>

15. Юридична енциклопедія : в 6-ти т. Т. 6 : Т–Я / [редкол.: Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін.]. – К. : Вид-во “Українська енциклопедія” імені М. П. Бажана, 2004. – 768 с.
16. Яремко Г.З. Бланкетні диспозиції в пам’ятках кримінального права України. Тези учасників міжнародної науково-практичної інтернет-конференції “Розвиток правової свідомості сучасного суспільства” (м. Тернопіль, 6 жовтня 2009 року). [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.lex-line.com.ua/?language=>.
17. Ярымыш Н. Н. Действие как признак объективной стороны преступления (проблемы психологической характеристики). – Харьков: Основа, 1999. – С. 84.

**ОБЩЕСТВЕННО ОПАСНОЕ ДЕЯНИЕ
В СТ. 232-1 КК УКРАИНЫ “НЕЗАКОННОЕ ИСПОЛЬЗОВАНИЕ
ИНСАЙДЕРСКОЙ ИНФОРМАЦИИ”**

О. Кондра

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка,
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина
тел. (032) 239-44-82*

Статья посвящена проблемам общественно опасного деяния в составе преступления предусмотренному ст. 232-1 КК Украины “Незаконное использование инсайдерської інформації”. Исследовано вопрос понятия незаконного использования инсайдерської інформації, формы этого незаконного использования и особенности содержания. Есть авторские выводы теоретического и прикладного характера.

Ключевые слова: инсайдерська інформація, общественно опасное деяние, фондовый рынок.

**SOCIALLY DANGEROUS ACTION
UNDER ART. 232-1 OF THE CC OF UKRAINE
“ILLEGAL USE OF INSIDE INFORMATION”**

О. Kondra

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
Tel. (032) 239-44-82*

The article is devoted to the issues of socially dangerous action of the crime, set forth by art. 232-1 of the CC of Ukraine “Illegal use of inside information”. Issues of illegal inside information use notion, as well as forms of this illegal use and its content peculiarities are elucidated. The author makes theoretical and practical conclusions.

Key terms: inside information, socially dangerous action, stock market.

Стаття надійшла до редколегії: 13.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

НЕПОВІДОМЛЕННЯ ПРО ЗЛОЧИН: ПОЗИТИВИ ТА НЕГАТИВИ ДЕКРИМІНАЛІЗАЦІЇ ДІЯННЯ

Я. Остапик

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті йдеться про моральну сторону обов'язку громадян повідомляти про підготовлюваний та вчинений злочин, а також доцільність кримінальної відповідальності за неповідомлення про злочин.

Ключові слова: злочин, причетність до злочину, неповідомлення про злочин.

Поведінку особи у суспільстві традиційно оцінюють як соціально-корисну, нейтральну, чи соціально-небезпечну. До 2001 р. соціально-небезпечним було і неповідомлення про злочин, проте з прийняттям нового КК України неповідомлення про злочин (за незначним винятком) було декриміналізовано. Одним із таких виключень є включення неповідомлення про вчинення злочину, який передує легалізації, як однієї з форм небезпечної поведінки, до складу ст. 209-1 КК України в редакції від 01.06.2010 р., що встановлює відповідальність за неподання, несвочасне подання або подання недостовірної інформації про фінансові операції, що відповідно до закону підлягають фінансовому моніторингу.

А отже, за невеликим винятком, повідомлення органам влади про достовірно відомо підготовлюваний чи вчинений злочин стало правом, а не обов'язком громадян, і ми можемо говорити лише про моральний обов'язок громадян повідомляти про вчинений злочин.

Набуття чи втрата суспільної безпеки суспільних відносин залежить від зміни соціально-політичної обстановки у суспільстві. Натомість декриміналізація недонесення про злочин у своїй масі не була зумовлена жодними суспільними змінами, а виключення недонесення про злочин з діянь, передбачених кримінальним законом, без урахування суспільної правосвідомості щодо того, що таке діяння не є суспільно-небезпечним.

Крім того, можна припустити, що декриміналізація неповідомлення про злочин відбулася під впливом прийняття нового КК Російської Федерації 1996 р., який теж усунув кримінальну караність недонесення про злочин. При цьому у Російській федерації цьому сприяла наукова дискусія про доцільність чи недоцільність такої декриміналізації [1, с. 153], на відміну від України, де питання декриміналізації було вирішене головно лише на рівні нормотворчості. Навіть у юридичній енциклопедії [2], складеній вже після 2001 р. не згадується про таке поняття, як неповідомлення (недонесення) про злочин.

Ймовірно, значно негативну роль у декриміналізації діяння відіграла назва “недонесення про злочин”, яку містив КК 1960 р. Безумовно, донос про злочин, особливо політичний, як інструмент кримінального процесу в часи радянської України мав не лише негативне моральне забарвлення, але й безпідставно використовувався як елемент репресій населення, слугуючи значним, а інколи єдиним доказом у справі. Проте єдине моральне забарвлення недонесення про злочин не мало бути вирішальним чинником при декриміналізації діяння.

Термін неповідомлення про злочин, у розумінні виду причетності, поступово витісняє термін недонесення [3, с 168]. Так і тлумачення терміна неповідомлення, неповідомлений, що є запереченням від повідомлений [4, ст. 97].

Зазначимо, що ще радянський дослідник Р.Р. Галіакбаров, на протипагу недонесенню, називав цей вид причетності неповідомленням органам влади про підготовлюваний, вчинюваний або вчинений злочин [5, с. 80].

На підставах негативного морального забарвлення терміна недонесення Є.В. Пономаренко пропонує називати неповідомлення про злочин “заздалегідь необіцямим неподанням допомоги правосуддю”, що полягає у умисному недоведенні наявної у особи інформації про підготовлюваний, вчинюваний або вчинений злочин до органів влади [6, с. 24].

На протипагу цьому у низці країн Європи повідомлення про вчинення злочину є елементом правосвідомості громадян, тим чинником, який у багатьох випадках допомагає запобігти або припинити злочин, чи виявити злочинця. У кодексах багатьох держав різних частин світу є статті про відповідальність за неповідомлення [7, с. 202]. Таку діяльність всіляко пропагують поряд із встановленням відповідальності за неповідомлення про найтяжчі злочини. І на цьому етапі закон має стати стимулом для формування правосвідомості громадян повідомляти про відомі їм факти злочину, інструментом знищення правосвідомості моя хата скраю.

Повідомити про важкий злочин не повинно бути аморальним, це має стати обов’язком громадянина, оскільки це своєрідний громадський контроль за злочинністю і вагомий інструмент для забезпечення невідворотності покарання.

Безумовно і в Україні повідомлення про вчинений чи підготовлюваний злочин вважається закономірною діяльністю громадян. Свідченням цього є той факт, що згідно з повідомленнями Міністерства внутрішніх справ України більшість злочинів виявлено та доведено до відома правоохоронних органів саме громадянами. Та й важко не погодитися приклад з Н.С. Косяковою, що замовчування про місцезнаходження вбивці, про побиттях малолітньої дитини не просто неморально, а суспільно-небезпечно, злочинно [8, с. 14].

Доречно підкреслив А.І. Бойко наявність у державі дисбалансу між правами та обов’язками, що можна продемонструвати також і на прикладі Конституції України, де закріплено кілька десятків прав та лише кілька обов’язків громадян і наявну внаслідок цього загрозу атомізації суспільства, дезорганізації системи управління, що в кінцевому підсумку зробить кожен окрему особу беззахисною перед насиллям та пороками суспільства [9, с. 110]. А.Н. Ахтирська серед головних причин неефективності боротьби зі злочинністю зазначає той факт, що закони не передбачають санкції за дії, які за своєю суттю є злочинами, – 36,5% [10, с. 18]. За право жити у безпечному суспільстві необхідно платити добросовісним виконанням обов’язків, спрямованих на створення такого суспільства, одним з яких повинно бути повідомлення про підготовлювані тяжкі злочини [8, с. 14].

Усвідомлено також необхідність криміналізації неповідомлення про злочин і в тих державах, де це діяння декриміналізоване. Зокрема у Росії після вчинення терористичних актів на станціях метро у Москві у березні 2010 р. на рівні керівництва держави постало питання про необхідність встановлення кримінальної відповідальності за неповідомлення про вчинення терористичних актів.

Дослідники інституту причетності у Росії майже одностаино висловлюються за встановлення кримінальної відповідальності за неповідомлення про вчинення злочину і свідчать про передчасність декриміналізації такого діяння. Такої думки зокрема дотримуються А.Д. Макаров, А.В. Зарубін, Н.С. Косякова, М.М. Лапунін. А.Д. Макаров вказує на необгрунтованість та несвоєчасність декриміналізації неповідомлення про злочини в умовах безпрецедентного росту злочинності, в тому

числі латентної, і низького рівня розкриття злочинів [11, с. 129], а М.М. Лапунін вважає, що відсутність відповідальності за неповідомлення про злочин негативно впливає на забезпечення прав деяких малозахищених громадян, передусім малолітніх [1, с. 158].

Дещо відмінний від інших дослідників аргумент на користь встановлення кримінальної відповідальності наводить Н.С. Косякова, зазначаючи, що відсутність передбаченої законом відповідальності за неповідомлення особою про відомий йому злочин та злочинця змушує правоохоронні органи ширше використовувати таємний оплачуваний донос, який, на відміну від гласного та безкорисливого, є очевидно аморальним [8, с. 14]. Цей аргумент відображений і на практиці. Так за повідомленнями ЗМІ у Закарпатському університеті у 2010 р. керівництво закладу запровадило значну грошову премію особам, які вкажуть на обставини хабарництва у навчальному закладі [12].

На користь встановлення кримінальної відповідальності за неповідомлення про злочин свідчить наявність у чинному кримінальному законі норми, що встановлює відповідальність за відмову свідка від давання показань, а це своїм змістом є досить близьким до неповідомлення про злочин, адже обидва діяння перешкоджають отриманню інформації про злочин правоохоронними органами, і забезпечують з різних поглядів тожодні відносини.

Ще один з аргументів на користь встановлення кримінальної відповідальності за неповідомлення про злочин ґрунтується на загальних ознаках причетності до злочину. Неповідомлення про вчинений злочин грубо порушує норми моралі не само собою, а у зв'язку із вчиненням важких злочинів, натомість якщо розглядати цей злочин без прив'язки до основного злочину, то очевидно картина моральності чи неморальності такого діяння деформується. Слушно зазначив А.А. Васильєв, що “у розкритті будь-якого злочину зацікавлені всі і кожен, за винятком осіб, які вчинили злочин, осіб, в інтересах яких вчинили злочин, і осіб, яким не байдужа доля злочинця. Це слід визнати нормальним, на відміну від визнання нормою відмови про повідомлення про злочин. Як можна говорити, що особа, яке стало очевидцем злочину, у випадку повідомлення про це компетентним органам, вчиняє аморальний вчинок, який презирається суспільством. Якщо так, то суспільство веде себе вкрай непослідовно, з одного боку суспільство вимагає криміналізації вбивства, а з другої вважає повідомлення про вбивство аморальним” [13, с. 18].

Справді, теорія кримінального права визнає неповідомлення суспільно-небезпечним і караним лише у тих випадках, коли воно пов'язане з найважчими посяганнями. У цих випадках, як свідчать дослідники, моральний обов'язок громадян протидіяти суспільно-небезпечним діянням шляхом повідомлення про них відповідним органам влади, переростає в правовий обов'язок [14, с. 89; 15, с. 87]. Невиконання такого обов'язку тягне за собою не лише моральний осуд, але й заходи кримінальної відповідальності. Оскільки суспільна безпека неповідомлення про злочин зумовлена суспільною безпекою підготовлюваного або вчиненого злочину, є необхідність встановлення відповідальності за злочини, які представляють підвищену суспільну небезпеку. Тому криміналізація неповідомлення про вчинення злочину є доцільною не лише щодо особливо тяжких, а також щодо низки тяжких злочинів.

Проте не лише ступінь, але й характер суспільної небезпеки основного злочину неповідомлення має впливати на встановлення відповідальності за неповідомлення про злочин. Значну суспільну небезпеку становить неповідомлення про злочини, які вчиняються стосовно малолітніх, чи осіб, які не

можуть подбати про себе з огляду на старість, хворобливий стан. Особливістю такого неповідомлення є те, що вищезазначені особи не завжди можуть усвідомити вчинення проти них злочину, а тому з метою виявлення, припинення та попередження таких злочинів має додатково існувати обов'язок осіб, які володіють інформацією про вчинення злочинів проти малолітніх доводити таку інформацію до відома правоохоронних органів.

Необхідним є встановлення кримінальної відповідальності за неповідомлення про злочини, які можуть мати значні віддалені шкідливі наслідки, наслідки, що мають значну територію поширення, наприклад злочини у сфері ядерної безпеки, злочини проти довкілля.

Значно поширена думка про необхідність встановлення кримінальної відповідальності за неповідомлення про вчинення корисливих злочинів навіть невеликої або середньої тяжкості [6, с. 24]. Доцільність однак криміналізації неповідомлення про корисливі злочини невеликої та середньої тяжкості не зовсім виправдана, оскільки передусім відносини власності не мають суттєвих переваг у відносинах, які охороняються кримінальним законом. Такою перевагою володіють швидше життя та здоров'я людини, тому ця преференція не зовсім обґрунтована. Крім того, інформацією про корисливі злочини значною мірою володіють особи, матеріально зацікавлені у недоведенні інформації до органів влади або ж члени сім'ї. З цих міркувань встановленні відповідальності за корисливі злочини невеликої та середньої тяжкості буде неефективним.

Отже, серед аргументів, наведених на користь встановлення кримінальної відповідальності, домінуючим, на нашу думку, є не лише допомога правоохоронним органам у вирішенні їхніх завдань, головним чинником на шляху криміналізації неповідомлення про злочин є насамперед формування правосвідомості суспільства про невідворотність покарання, коли обов'язок повідомити про вчинений іншими особами злочин сприятиме реалізації цього принципу. Очевидно, що встановлення кримінальної відповідальності за неповідомлення про злочини має здійснюватись на рівні з підняттям рівня правосвідомості громадян за допомогою просвітницьких методів, а інколи, якщо це стосується латентної злочинності, і шляхом заохочень. Проте невід'ємним елементом формування такої правосвідомості має бути відповідна норма, що під загрозою відповідальності змушує громадян повідомляти про злочини.

1. Лапунин М.М. Вторичная преступная деятельность и ее криминализация : Автореф. дис. на соиск. канд. юрид. наук. – Саратов. 2006. – 27с.
2. Юридична енциклопедія: в 6 т./Редкол.: Ю.С. Шемчушенко (відпов. ред.) та ін. – К.: Українська енциклопедія., 1998. Т.4:Н – П. 2002. – 720с.
3. Кримінальне право України. Загальна частина: Підручн. (Ю.В.Александров, В.І. Антипов, М.В. Володько та ін.) за ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – К.: Юридична думка, 2004. – 352 с.
4. Словник української мови АН: в 11 т. (К., 1970—1980). – Т. 8. – К: Наукова думка, 1977. – 927 с.
5. Галиакбаров Р.Р. Квалификация многосубъектных преступлений без признаков соучастия: Учебн. пособ.- Хабаровск: Хабаровская высшая школа МВД СССР, 1987. – 96 с.
6. Пономаренко Е.В. Некоторые теоретические и законодательные проблемы прикосновенности к преступлению по уголовному праву Российской Федерации.- Автореф. дис...на соиск. канд. юрид. наук, – Саратов, 2007. – 25 с.

7. Уголовное право зарубежных государств. Общая часть: Учебн. пособ. / Под ред. и с предисл. И.Д. Козочкина. – М.: Омега-Л, Институт международного права и экономики им. А.С. Грибоедова. – 2003. – 576 с.
8. Косякова, Н.С. Прикосновенность преступлению по российском уголовному праву :Становление, состояние и перспективы развития: Автореферат дисс. на соиск. канд. юрид. наук. – М. 2001. – 24 с.
9. Бойко А.И. Преступное бездействие.- СПб.: Издательство “Юридический центр Пресс”, 2003. – 320с.
10. Ахтирська Н.Форми протидії розслідуванню злочинів, вчинених у сфері комп'ютерних технологій // Юридичний журнал Юстиніан, 2003 №3. – 2003 Режим доступу //www.justinian.com.ua/
11. Макаров А.Д. Уголовная ответственность за прикосновенность к преступлению. Автореф. дис. канд. юрид. наук. – М., 2003. – 27 с.
12. Ректор ЗакДУ призначив премію в \$1000 за інформацію про викладача-хабарника <http://www.zakarpatya.net.ua/> Режим доступу//zakarpatya.net.ua/
13. Васильев А. А. Уголовно-правовая характеристика прикосновенности к преступлению : Автореф. дис. на соиск. канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2009. – 28 с.
14. Смирнов В.Г. Понятие прикосновенности по советскому уголовному праву. – Л.: Издательство Ленинградского университета, 1957. – 129с.
15. Бушуев И.А. Ответственность за укрывательство преступлений и недоносительство. – М. Юридическая литература, 1965. – 137с.

НЕСООБЩЕНИЕ О ПРЕСТУПЛЕНИИ: ПОЗИТИВЫ И НЕГАТИВЫ ДЕКРИМИНАЛИЗАЦИИ ДЕЯНИЯ

Я. Остапук

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статье идет речь о моральной стороне обязанности граждан сообщать о готовящемся и совершенном преступлении, а также целесообразность криминальной ответственности за несообщение о преступлении.

Ключевые слова: преступление, причастность к преступлению, несообщение о преступлении

FAILURE TO INFORM OF A CRIME: POSITIVE AND NEGATIVE SIDES OF ACTION DECRIMINALIZATION

Ya. Ostapuk

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

The article deals with the moral side of citizens' obligation to inform about preparatory and committed crimes. Admissibility of criminal liability for failure to inform of a crime is substantiated.

Key terms: crime, criminal involvement, failure to inform of a crime.

Стаття надійшла до редколегії: 05.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ТЕОРЕТИКО-ПРИКЛАДНІ ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПІДСТАВИ ЗАСТОСУВАННЯ ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ВІДБУВАННЯ ПОКАРАННЯ З ВИПРОБУВАННЯМ

Є. Письменський

*Луганський державний університет внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка
вул. Генерала Дідоренка, 4, 91493, сел. Ювілейне, м. Луганськ, Україна*

Досліджено підставу застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням (ст. 75 КК України), розглянуто деякі проблеми щодо її тлумачення і розуміння в теорії кримінального права та правозастосовній діяльності. Висловлюються пропозиції з можливих шляхів удосконалення чинного КК України.

Ключові слова: підстава, звільнення від відбування покарання з випробуванням, виправлення, тяжкість злочину, особа винного

Кримінальна політика на сучасному етапі розвитку нашої держави характеризується тенденцією до звуження сфери застосування найбільш репресивних заходів кримінально-правового впливу, реального втілення ключових принципів кримінального права – справедливості та гуманізму. Яскравим прикладом цієї тези є передбачена чинним КК України (ст.ст. 75–78) можливість звільнення від відбування покарання з випробуванням, тобто незастосування до засудженого призначеного покарання на певний строк, за підсумками успішного закінчення якого воно не відбуватиметься зовсім.

Проблеми звільнення від відбування покарання з випробуванням належить до числа помірно досліджуваних в Україні й всебічно розроблених за рубежом. Українські вчені за минуле десятиріччя, яке характеризується поживаленням наукових розвідок у царині кримінального права, присвятили їй лише чотири кандидатські дисертації. Йдеться про базові роботи, підготовлені О.О. Книженко та А.О. Клевцовим, щоправда остання стосується спеціальної норми щодо неповнолітніх (ст. 104 КК України). Ще у двох дослідженнях розглядається кримінально-виконавчий аспект звільнення від відбування покарання з випробуванням (О.М. Звенигородський) та особливості такого звільнення за злочини у сфері господарської діяльності (А.І. Золотарьов). Для порівняння в Росії за той же час захищено понад п'ятнадцять кандидатських і докторських дисертацій, присвячених дослідженню різних кримінально-правових проблем російського аналогу звільнення від відбування покарання з випробуванням – умовного засудження (І.М. Алексєєв, І.А. Бурлакова, М.Г. Гусєйнов, С.В. Дьяконова, Д.Т. Зайцева, Г.Л. Земляной, Т.І. Ерхітуєва, М.В. Ольховик, О.Л. Островський, В.В. Пронніков, Д.О. Рябко, С.Ю. Скобелін, Р.В. Смаєва, О.М. Шатанкова, Л.В. Яковлева та інші).

Помітним внеском у розроблення вказаної проблематики є праці таких вітчизняних науковців, як І.Г. Богатирьов, С.Й. Зельдов, О.Ф. Ковітіді, Г.А. Кригер, В.А. Ломако, В.О. Меркулова, Є.С. Назимко, В.В. Скибицький, Ю.М. Ткачевський, М.І. Хавронюк, П.В. Хряпінський, С.В. Черкасов. Незважаючи на численність, теоретичну й практичну значущість праць названих авторів, багато кримінально-правових аспектів звільнення від відбування покарання з випробуванням за КК України 2001 р. залишаються гостро дискусійними.

Метою цієї статті є аналіз підстави застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням, виявлення в цій частині недоліків чинного

законодавства та практики його застосування, а також формулювання пропозицій щодо їх усунення.

Законом підстава звільнення від відбування покарання з випробуванням не конкретизована, її розуміння фактично “віддано на відкуп” правозастосовній практиці, вона тлумачиться різними науковцями і практиками занадто суперечливо. Так, у теорії кримінального права існують різні позиції, відповідно до яких ученими дається тлумачення підстави застосування розгляданого виду звільнення від покарання, серед яких називаються: наявність таких обставин, які свідчили б, що виправлення й перевиховання засудженого цілком допускаються без ізоляції його від суспільства [1, с. 6]; наявність обставин справи, які не лише характеризують особу винного і вчинений нею злочин, а й дозволяють суду переконатися, що особа в силу своїх моральних якостей і невтраченого почуття обов’язку перед державою та суспільством заслуговує на довіру й може виправитися без застосування до неї покарання; переконання суду про недоцільність відбування засудженим покарання [2, с. 238]; сукупність фактичних обставин, які дозволяють суду дійти висновку про можливість виправлення засудженого без реального відбування призначеного йому покарання [3, с. 843]; висновок суду про можливість виправлення засудженого без відбування покарання, тобто про можливість досягнення мети спеціального попередження шляхом спеціального виправного впливу на засудженого [4, с. 20]; об’єктивно існуючі фактори, які переконливо свідчать про те, що особа, яка звільняється від відбування покарання, не становить суспільної небезпеки й здатна виправитись без реального застосування до неї призначеного судом покарання [5, с. 15].

Безумовно, кожна з наведених думок має свої переваги та певні вади. Не зупиняючись на характеристичні наукових підходів, зауважимо, що суто за ч. 1 ст. 75 КК України підставою звільнення від відбування покарання з випробуванням слід уважати об’єктивізовану можливість досягнення мети покарання (передусім виправлення особи) без його реального виконання чи відбування. Наявність цієї підстави (її зовнішній прояв) має підтверджуватися сукупністю обставин справи, що за законом характеризують *вчинений злочин і особу винного*.

Оскільки в законі підстава застосування досліджуваного виду звільнення від відбування покарання сформульована занадто загально й не зовсім конкретно, дуже важливим є обов’язкове з’ясування всього масиву фактичних даних, які без суттєвої частки сумніву дозволяли б суду ухвалювати рішення про необхідність реалізації кримінальної відповідальності в ліберальній формі. Як слушно зауважує В.О. Меркулова, в такому рішенні відбивається факт довіри до особи, яка вчинила злочин, сподівання, що для неї сам факт засудження та винесення вироку вже є достатньою карою як такою, що сприятиме виправленню та ресоціалізації людини, пристосуванню її до умов нормального, правослужняного способу життя [6, с. 170].

До даних, що характеризують вчинений злочин, передусім слід віднести його тяжкість. Про це прямо законодавець зазначає в ч. 1 ст. 75 КК України. В узькому сенсі тяжкість злочину визначається, насамперед, тим, до якої категорії злочинів належить скоєне особою діяння. Згідно зі ст. 12 КК України як критерій тяжкості злочину визнано санкцію статті Особливої частини КК України. Граматичне тлумачення ст. 75 КК України дозволяє однозначно стверджувати: звільнення від відбування покарання з випробуванням не виключається при вчиненні навіть тяжких злочинів. Під призначеним слід визнавати таке покарання, яке визначається винному судом, а не те, що передбачається санкцією кримінально-правової норми. У цьому плані не зовсім точно висловлюється П.Л. Фріс, коли пише, що стаття 75

КК встановлює можливість застосування цього виду звільнення виключно при засудженні до позбавлення волі на строк до 5 років і більш м'яких видів покарання, тобто при вчиненні злочинів, які належать до категорій нетяжких та середньої тяжкості [7, с. 397].

Не виникає сумнівів у тому, що для звільнення від відбування покарання за вчинення тяжких (тим більше особливо тяжких) злочинів мають бути екстраординарні, виключні причини. Як зазначає А.А. Стрижевська, суди повинні враховувати, що звільнення від відбування покарання з випробуванням особи, яка вчинила тяжкий злочин умисно або особливо тяжкий умисно чи з необережності, може відбуватися лише як виняток” [8, с. 213]. У протилежному випадку застосування ст. 75 КК України буде не виправдано м'яким, наприклад, як це констатувала колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України, скасувавши вирок суду першої інстанції через невідповідність призначеного покарання тяжкості вчиненого злочину й особі засудженого внаслідок м'якості. За результатами розгляду касаційного подання прокурора встановлено, що винний за короткий проміжок часу вчинив два злочини, які згідно із законом належать до особливо тяжких; за місцем проживання характеризується негативно – як конфліктна та неврівноважена людина; ніде не працює [9, с. 102–103].

Такою, що суттєво дисонує з висловленою, є думка В.П. Філонова та Є.С. Назимка. Вони зазначають, що законодавець обмежив можливість застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням у випадку вчинення тяжких злочинів та взагалі позбавив права його застосовувати за особливо тяжкі злочини, що, на їх думку, позбавляє покарання, до якого засуджена особа, заохочувальних рис [10, с. 188]. Виникає питання, чи властиві покаранню певні заохочувальні риси як такі? Якщо виходити з його законодавчого визначення та доктринального розуміння, то ні. Огульна можливість звільнення від покарання за ст. 75 КК України у випадку вчинення злочинів усіх ступенів тяжкості нівелює принцип справедливості в кримінальному праві. Необхідно суттєво обмежити застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням щодо осіб, які вчинили тяжкі злочини (про те, яким чином, йтиметься далі). При цьому повністю виключати таку можливість, що пропонують зробити деякі правники [11, с. 20], теж не слід з огляду на не завжди чітко вивірені санкції кримінально-правових норм, на підставі яких визначається тяжкість вчиненого злочину, функціональну роль, що виконував засуджений, ступінь реалізації умислу та інші обставини, які істотно пом'якшують вину.

Розуміння тяжкості злочину лише в контексті ст. 12 КК України (як типового показника суспільної небезпеки певної групи злочинів) було б неправильним, адже ця складова підстави звільнення з випробуванням може охоплювати значно більше коло індивідуальних показників суспільної небезпеки конкретного вчинку особи. У цьому сенсі тяжкість злочину як критерій встановлення можливості виправлення особи без реального відбування покарання за ст. 75 КК України – є індивідуальним показником рівня суспільної небезпеки скоєного особою злочину.

На жаль, судді при ухваленні рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням зазвичай обмежуються визначенням тяжкості злочину згідно зі ст. 12 КК України, не враховуючи інших особливостей скоєного особою діяння. Як приклад можна взяти кримінальну справу з обвинувачення особи (умовно назвемо її А.) у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 389 КК України. Так, вироком Глибоцького районного суду Чернівецької області від 28 червня 2008

року ця особа була засуджена за ч. 1 ст. 164 КК України та їй призначено покарання у виді 80 годин громадських робіт. Однак після проголошення вироку А. без поважних на те причин ухилився від відбування громадських робіт. Через це вже 9 січня 2009 року А. був засуджений за вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 389 КК України, та йому призначено покарання у виді обмеження волі строком на один рік. Від відбування призначеного покарання суд вирішив звільнити А. з випробуванням. Як зазначається в описово-мотивувальній частині вироку, таке рішення ухвалюється з урахуванням тяжкості вчиненого злочину, тобто того, що ухилення від відбування громадських робіт є злочином невеликої тяжкості [12]. У цій ситуації суд, по-перше, зовсім не враховував сукупності об'єктивних і суб'єктивних ознак скоєного злочину, а, по-друге, залишився поза увагою факт того, що новий вирок сам по собі є реакцією на ухилення від виконання попереднього.

КК України не ставить перед судом якихось формалізованих обмежень щодо випадків застосування норми про звільнення від відбування покарання з випробуванням. Зокрема застосування цього виду звільнення від покарання формально-юридично не виключається щодо судимих осіб або тих, які раніше звільнювалися від кримінальної відповідальності або покарання. Утім, виходячи з того, що відповідно до ч. 2 ст. 75, ч. 3 ст. 78 КК України вчинення протягом іспитового строку нового злочину є підставою для направлення засудженого для відбування призначеного покарання, Пленум Верховного Суду України в постанові від 24 жовтня 2003 р. № 7 "Про практику призначення судами кримінального покарання" вказує на неприпустимість повторного застосування до таких осіб звільнення від відбування покарання з випробуванням під час розгляду справи про новий злочин, одночасно констатуючи таке: обмежень щодо повторного застосування ст. 75 КК України стосовно особи, яка вчинила новий злочин після звільнення від призначеного покарання на підставі ч. 1 ст. 78 КК України, закон не містить.

Суть звільнення від відбування покарання з випробуванням полягає в тому, що реальне відбування призначеного судом покарання ставиться в залежність від поведінки засудженого протягом іспитового строку. Якщо засуджений не довів своєю поведінкою виправлення, вчинивши протягом іспитового строку новий злочин, викликає сумнів можливість його виправлення знову за допомогою того самого засобу кримінально-правового впливу. Повторне скоєння злочину є свідченням наявності в особи стійких антигромадських звичок та поглядів і свідчить про недосяжність звільненням з випробуванням цілей покарання. Повторне застосування ст. 75 КК України стосовно цієї особи є недоцільним, оскільки воно не здатне здійснювати належний виправний вплив.

На неприпустимість повторного звільнення від відбування покарання з випробуванням неодноразово вказувала найвища судова інстанція, розглядаючи справи в касаційному порядку. Наведу лише один приклад. *Вироком Чаплинського районного суду Херсонської області від 18 листопада 2008 року Г., раніше судимого за ч. 3 ст. 185 КК України та на підставі ст. 75 КК України звільненого від відбування покарання з випробуванням, засуджено за вчинення нового злочину, передбаченого ч. 3 ст. 185 КК України до покарання у вигляді позбавлення волі строком 4 роки.*

Ухвалою апеляційного суду Херсонської області від 27 січня 2009 року цей вирок змінено: на підставі ст. 75 КК України Г. звільнено від відбування призначеного місцевим судом покарання з випробуванням.

Верховний Суд України, розглядаючи касаційне подання прокурора щодо неправильного застосування кримінального закону, згодом констатував таке. Ухвалюючи рішення про звільнення Г. від відбування покарання з випробуванням на підставі ст. 75 КК України, апеляційний суд не звернув уваги на те, що він був засуджений за вчинення аналогічного злочину, при цьому йому судом надавалась можливість виправитися без позбавлення волі, але останній належних висновків для себе не зробив, на шлях виправлення не став та під час іспитового строку вчинив новий аналогічний злочин. Призначене покарання із застосуванням ст. 75 КК України визнано явно несправедливим через його м'якість [13, с. 372–373].

Поза всяким сумнівом питання про повторне звільнення від відбування покарання з випробування щодо однієї і тієї ж особи потребує фахового обговорення та остаточного нормативного вирішення. Відрадно, що певні кроки у розв'язанні порушеної проблеми вітчизняним законодавцем уже помітні. Так, у 2010 р. народним депутатом України В.Р. Мойсиком зареєстрований законопроект, за яким через нечіткість формулювання ч. 3 ст. 78 КК України пропонується законодавчо закріпити заборону повторного звільнення від відбування покарання з випробуванням особи, яка вчинила новий злочин упродовж іспитового строку, встановленого судом у зв'язку з її звільненням від відбування покарання, призначеного за попередній злочин [14]. Деякі правники пропонують внести більш радикальні зміни до кримінального закону. Зокрема, О.О. Книженко зауважує, що в законі було б доцільним, по-перше, встановити граничний мінімальний строк, протягом якого було б неможливим застосування цього інституту до осіб, щодо яких воно вже застосовувалося; по-друге, вказати на те, що при повторному призначенні звільнення від відбування покарання з випробуванням іспитовий строк не повинен бути меншим, ніж він був при попередньому застосуванні цього інституту [15, с. 125]. До висловленої пропозиції слід віднестись схвально, незважаючи на те, що йдеться про обмеження в застосуванні ст. 75 КК України не лише у випадку вчинення нового злочину протягом іспитового строку, але й після його успішного спливу в порядку ч. 1 ст. 78 КК України. Однак, переконаний, що доцільність застосування звільнення з випробуванням до осіб, стосовно яких воно застосовувалося раніше, має визначатися іншим чином. Вочевидь такий особливий привілей має стосуватися лише випадків, що характеризуються наявністю системи особливо пом'якшуючих обставин, а відповідно об'єктивно вираженою недоречністю реального застосування покарання.

Щодо певної категорії осіб, суспільна небезпечність яких апіорі виглядає сумнівною, резонною є більш категорична думка про пряму законодавчу заборону звільнення від відбування покарання з випробуванням. Так, недоцільно здійснювати таке звільнення щодо рецидивістів, осіб, які не розкаялися у вчиненому злочині, тощо. Відсутність обмежень щодо застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням до конкретних категорій осіб може призвести до того, що цілі покарання не досягатимуться. Ті, на кого здійснюється вплив при досягненні такої мети покарання, як загальна превенція, спостерігають, як за скоєння нового злочину уникає покарання особа, яка має судимість за вже вчинення умисного злочину. Може скластися впевненість у суцільному прощенні будь-якого злочину.

Сформульована думка знаходить підтримку серед законодавців багатьох зарубіжних країн. Як приклад, згідно з ч. 6 ст. 73 Пенітенціарного кодексу Естонії умовне звільнення від покарання не застосовується до особи, котра вчинила умисний злочин, якій раніше було призначене покарання у виді тюремного

ув'язнення. Обов'язковою умовою відстрочки виконання покарання у виді позбавлення волі за КК Іспанії є вчинення злочину вперше. В Італії умовне засудження не може застосовуватися до особи, яка раніше засуджувалася до покарання, пов'язаного з позбавленням або обмеженням волі, а також особи, котра є “звичним” або “професійним” злочинцем (ч. 2 ст. 164 КК Італії) [16, 512].

Вивчення судової практики дає можливість зрозуміти, що відсутність конкретних законодавчих вимог стосовно характеристики особи винного призводить до ухвалення судами досить суперечливих рішень. У тих випадках, коли особа підсудного в цілому характеризується негативно й тим більше вкрай негативно (наприклад, за наявності рецидиву злочинів), застосування до нього звільнення від відбування покарання з випробуванням занадто ризиковане з точки зору виправданості ухвалюваного судом рішення. *У цьому аспекті є цікавою кримінальна справа, розглянута Олександрійським міськрайонним судом Кіровоградської області, з обвинувачення Я. у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 185 КК України. 27 січня 2009 року на підставі ст. 75 КК України Я. був звільнений від відбування призначеного покарання з випробуванням. За даними цієї справи обставин, які б пом'якшували покарання підсудному, не встановлено (хіба що відсутність скарг від сусідів за місцем проживання засудженого може його позитивно охарактеризувати); обставиною, яка обтяжує покарання, суд визнав вчинення злочину в стані алкогольного сп'яніння. Щонайголовніше Я. вчинював цей злочин повторно, будучи 13 листопада 2008 року засудженим тим же судом за вчинення злочину, передбаченого ч. 3 ст. 185 КК України до 3 років позбавлення волі зі звільненням від відбування покарання з випробуванням строком на 2 роки. Не зважаючи на це, суд ухвалює рішення ще раз звільнити Я. з випробуванням, але вже строком на 3 роки [17].* Застосування звільнення від відбування покарання у наведеному прикладі здатне підірвати соціальний авторитет цього важливого заходу кримінально-правового впливу, знижуючи його й без того низьку ефективність.

У юридичній літературі широко дискутується питання про доцільність одночасного застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням і призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом. Як засвідчує практика, їх “співіснування” є явищем досить поширеним. *Так, вироком Березнегуватського районного суду Миколаївської області від 14 березня 2008 року Х. був засуджений за ч. 2 ст. 172 і ч. 2 ст. 150 КК України. Призначаючи покарання, суд врахував характер та ступінь суспільної небезпеки вчинених злочинів, які не є тяжкими, дані про особу підсудного, котрий не є судимий, злочин учинив вперше, щиро покавсяся, добровільно відшкодував завдані злочином збитки. Суд взяв до уваги ці обставини, що пом'якшують покарання, і вважав за необхідне застосувати щодо Х. ст. 69 КК України, призначивши покарання нижче від найнижчої межі передбаченого законом за ці злочини (на підставі ст. 70 КК України – два роки позбавлення волі). Після цього суд на підставі ст. 75 КК України постановив звільнити Х. від відбування покарання з випробуванням з іспитовим строком на один рік [18].* Добре відома практика найвищої судової інстанції, відповідно до якої вироки місцевих судів скасовуються за м'якістю покарання при безпідставному застосуванні ст. 69 і ст. 75 КК України до осіб, засуджених до тяжких та особливо тяжких злочинів. Зокрема, в одному з випадків районний суд при застосуванні ст. 69 і ст. 75 КК України недостатньо було враховано те, що засуджений вчинив тяжкий злочин, в результаті якого загинуло 5 осіб, в тому числі одна малолітня дитина [19, с. 339–341].

У розв'язанні порушеного питання приєднують до думки тих правників, які вважають недоцільним або неприпустимим застосування норми, яка дозволяє призначити більш м'яке покарання, ніж передбачено законом, й одночасне застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням. Якщо вважати можливим одночасне їх застосування, то суд має, по суті, одні й ті самі пом'якшувальні обставини враховувати двічі: при вирішенні питання про розмір покарання винного в порядку ст. 69 КК України та при застосуванні ст. 75 КК України. Як слушно підкреслює О.О. Книженко, одночасне застосування звільнення з випробуванням з призначенням більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, значно розширює межі застосування звільнення від відбування покарання з випробування, що, в принципі, зведе нанівець формальні вимоги (умови) його застосування [20, с. 46]. Такої ж думки додержуються й деякі інші автори [21, с. 124].

З огляду на сказане видається необхідним законодавчо заборонити одночасне застосування ст. 69 і ст. 75 КК України.

Як висновок зауважу, що при вирішенні питання про можливість звільнення від відбування покарання з випробуванням має враховуватися рівною мірою суспільна небезпечність учиненого діяння й особи винного в їх конкретному прояві. Тільки в поєднанні обставин, що характеризують скоєний злочин та особу винного, суд може дійти висновку про можливість виправлення засудженого без відбування покарання. Переконалий, що найбільш об'єктивним підтвердженням такого висновку є встановлення судом не менше трьох обставин, що можуть пом'якшувати покарання (як тих, що передбачені ч. 1 ст. 66 КК України, так й інших) та не більше однієї обставини, що обтяжує покарання (навіть за умов неврахування при призначенні покарання певних обставин відповідно до ч. 2 ст. 67 КК України). Для осіб, які вчинили тяжкі злочини, а також тих, які раніше звільнювалися з випробуванням, застосування ст. 75 КК України має бути можливим за наявності не менше чотирьох обставин, що суд визнає як такі, що пом'якшують покарання, та відсутності обставин, що обтяжують покарання. Отже, чим більш небезпечний злочин і особа, яка його вчинила, тим більше має бути обставин, що пом'якшують вину особи, і навпаки, такі обставини в меншій кількості можуть враховуватися при скоєнні менш небезпечних злочинів. Ці конкретні обставини, які у своїй сукупності свідчать про можливість досягнення мети покарання без його відбування, мають обов'язково відображатися у вирокі суду.

Відповідно до запропонованого підходу судовий розсуд при встановленні підстави для звільнення особи від відбування покарання з випробуванням збережеться, оскільки абсолютній алгоритмізації він не піддається. Як правильно зазначається в літературі, право ширше, ніж закон, а в законі є не лише буква, але й дух, що запрограмувати, алгоритмізувати, "шкалувати" неможливо [22, с. 59]. Утім, застосування судового розсуду в значних і не завжди виправданих межах істотно ускладниться, що має зорієнтувати практику на заохочення тільки тих осіб, які дійсно заслуговують на це, дозволить уникнути фальшивого звільнення від покарання, сприятиме зниженню корупційних ризиків у системі пільгових норм кримінального законодавства тощо.

1. Ефимов М.А. Условное осуждение и условно-досрочное освобождение от наказания / М.А. Ефимов, Н.Ф. Савин. – М. : Госуд. изд-во юрид. лит., 1963. – 32 с.
2. Курс советского уголовного права : в 6 т. / под ред. А.А. Пионтковского, П.С. Ромашкина, В.М. Чхиквадзе. – М. : Наука, 1970. – Т. 3. – 364 с.

3. Уголовное право России : Общая часть : учебник / под ред. Н.М. Кропачева, Б.В. Волженкина, В.В. Орехова. – СПб. : Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Издательство юридического факультета С.-Петерб. гос. ун-та, 2006. – 1064 с.
4. Смаева Р.В. Институт условного осуждения в российском уголовном праве, законодательстве и практике его применения : автореф. дис. на соискание уч. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 “Уголовное право и криминология ; уголовно-исполнительное право” / Р.В. Смаева. – Ижевск, 2002. – 32 с.
5. Клевцов А.О. Звільнення від відбування покарання з випробуванням неповнолітніх за кримінальним законодавством України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 “Кримінальне право та криминологія ; кримінально-виконавче право” / А.О. Клевцов. – Дніпропетровськ, 2009. – 20 с.
6. Меркулова В.О. Кримінальна відповідальність: окремі теоретичні та соціально-правові аспекти : монографія / В.О. Меркулова. – Одеса : ОЮІ ХНУВС, 2007. – 225 с.
7. Фріс П.Л. Кримінальне право України. Загальна частина : підручник для студентів вищих навчальних закладів. – 2-ге видання доповнене і перероблене / П.Л. Фріс. – К. : Атіка, 2009. – 512 с.
8. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України : у 2-х т. – Т. 1 / за заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – [3-тє вид., перероб. та доп.] – К. : Алерта ; КНТ ; Центр учбової літератури. – 2009. – 964 с.
9. Ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 27 грудня 2007 року (витяг) // Рішення Верховного Суду України. – 2008. – № 1 (16). – С. 102 – 103.
10. Філонов В. Реформування інституту звільнення від відбування покарання з випробуванням у світлі сучасних тенденцій гуманізації пенальної політики України / В. Філонов, Є. Назимко // Право України. – 2010. – № 3. – С. 184 – 189.
11. Батхулэг С. Уголовно-правовая и криминопенологическая характеристика условного осуждения в Монголии : автореф. дис. на соискание уч. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 “Уголовное право и криминология ; уголовно-исполнительное право” / С. Батхулэг. – Краснодар, 2005. – 24 с.
12. Архів Глибочького районного суду Чернівецької області. Справа № 1-19/09 за 2009 рік.
13. Ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 3 грудня 2009 року // Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах за 2008 – 2009 роки / за ред. П.П. Пилипчука. – К. : Істина, 2011. – С. 372 – 374.
14. Проект Закону “Про внесення змін до статей 78 і 79 Кримінального кодексу України (щодо звільнення від відбування покарання з випробуванням)”, ініційований народним депутатом України В. Мойсиком, реєстр. № 6232 від 29.03.2010 р.
15. Книженко О.О. Звільнення від відбування покарання з випробуванням за кримінальним правом України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Книженко Оксана Олександрівна. – Х., 2003. – 207 с.
16. Уголовное право зарубежных стран. Общая и Особенная части : учебник / под ред. И.Д. Козочкина. – 3-е изд., перерб. и доп. – М. : Волтерс Клувер, 2010. – 1056 с.
17. Архів Олександрійського міськрайонного суду Кіровоградської області. Справа № 1-44/09 за 2009 рік.
18. Архів Березнегуватського районного суду Миколаївської області. Справа № 1-20/08 за 2008 рік.
19. Ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 28 квітня 2009 року // Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах за 2008 – 2009 роки / за ред. П.П. Пилипчука. – К. : Істина, 2011. – С. 339 – 341.

20. Книженко О.О. Щодо підвищення ефективності застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням / О.О. Книженко // Правові засади підвищення ефективності боротьби зі злочинністю в Україні : матеріали наук. конф., 15 трав. 2008 р. / ред. кол. : В.І. Борисов (голов. ред.) та ін. – Х. : Право, 2008. – С. 43 – 46.
21. Шарипов Т.Ш. Институт условного неприменения наказания в уголовном праве: проблемы теории, законодательства и практики монография / Т.Ш. Шарипов. – М. : Проспект, 2008. – 176 с.
22. Толкаченко А. Пределы судебного усмотрения при назначении уголовного наказания / Анатолий Толкаченко // Уголовное право. – 2010. – № 4. – С. 58 – 63.

ТЕОРЕТИКО-ПРИКЛАДНІ ПРОБЛЕМИ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ОСНОВАНИЯ ПРИМЕНЕНИЯ ОСВОБОЖДЕНИЯ ОТ ОТБЫВАНИЯ НАКАЗАНИЯ С ИСПЫТАНИЕМ

Е. Письменський

*Луганский государственный университет
внутренних дел имени Э.А. Дидоренко*

ул. Генерала Дидоренко, 4, 91493, пос. Юбилейный, г. Луганск, Украина

Исследовано основание применения освобождения от отбывания наказания с испытанием (ст. 75 УК Украины), рассмотрены некоторые проблемы, касающиеся его толкования и понимания в теории уголовного права и правоприменительной деятельности. Высказываются предложения по возможным путям усовершенствования действующего УК Украины.

Ключевые слова: основание, освобождение от отбывания наказания с испытанием, исправление, тяжесть преступления, личность виновного

THEORETICAL AND PRACTICAL ISSUES OF GROUND DETERMINATION FOR DISCHARGE OF SERVING ONE'S SENTENCE WITH PROBATION

Je. Pys'mens'kyi

*E.O. Didorenko State University of Internal Affairs of Lugans'k
Generala Didorenka Str. 4, UA – 91493 Yuvileine, Lugans'k Ukraine*

The article highlights the ground for application of discharge of serving one's sentence with probation (art. 75 of CC of Ukraine). Some issues concerning its interpretation and consideration in the theory of criminal law and law-enforcement activity are overviewed. Proposals concerning possible ways of current Criminal Code of Ukraine improvement are presented.

Key words: ground, discharge of serving one's sentence with probation, correction, crime gravity, guilty person.

Стаття надійшла до редколегії: 04.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ФЕНОМЕНУ “ЗЛОЧИН” В ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИЦІ ПРОФЕСІЙНОГО ЗАХИСТУ

І. Козутич

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна,*

У статті розглянуті окремі складові поняття “злочин”, обумовлені специфікою реалізації функції захисту у кримінальному судочинстві. Зроблено це в двох аспектах: моральному і правовому.

Ключові слова: злочин, адвокат – захисник, професійний захист.

Будь-яка наукова теорія та сфера практичної діяльності, що нею обслуговується, передбачає наявність свого термінологічного апарату – мови науки і практики, яка створюється для вирішення специфічних наукових та прикладних завдань. Мова наукової теорії (доктрини) призначена, передусім, як для відображення результатів наукового пізнання, так і безпосередньо для науково-пізнавальної діяльності. Поняття є певним концентратом знання, з одного боку - результатом певного етапу, з іншого - початковим пунктом і засобом подальшого пізнання [1].

Видається, що комплексне з'ясування сутності феномену “злочин” буде неповним без його аналізу в контексті його адвокатського наукового розуміння і практичного використання.

Враховуючи специфічність реалізації функції професійного захисту у кримінальному судочинстві, сутність злочину доцільно (допустимо і необхідно) з'ясувати й розглядати в двох аспектах: моральному і правовому.

Напочаток про моральний аспект (оцінку) злочину в теорії та практиці професійного захисту.

Моральна оцінка не передбачена законом (відповідним кодексом). Завдячуючи різноманітним і таким, що постійно змінюються, відтінкам реального життя ця оцінка, переважно, лише наближається в тій чи іншій мірі до законної, передбаченої Кримінальним кодексом (надалі – КК). Вона, так би мовити, абстрактна; її користувач, передусім адвокат – захисник, повинен вміти належно її диференціювати, вдало виразити перед судом.

Коли розслідують злочин, особливо якщо він резонансний, то в суспільній думці він, як правило, породжує два напрями: один (в широкому розумінні слова) спонукає до з'ясування, як чому, що призвело до вчинення людиною цього злочину. Про це ж запитують себе і всі не причетні до провадження у справі особи. А ті, хто провадить розслідування чи судовий розгляд, є дійовими суб'єктами другого напрямку – вони хочуть безпосередньо вивчити це “діяння”. Відповідна діяльність суспільної свідомості здійснюється тут тільки у сфері юридичної оцінки.

Прокурор, судді, слідчі, працівники органів дізнання розмірковують, передусім, над тим, як назвати злочин, вчинений відповідною особою за певних обставин: чи це вбивство, завершений чи незавершений замах на нього, чи це

крадіжка, шахрайство або привласнення тощо. Представники слідства і правосуддя зовсім забувають про головне запитання, насамперед поставлене в суспільній свідомості: як? чому? і цілком занурюються в технічні дрібниці, що становлять немовби юридичну автономію діяння винного. Ці два напрями уособлюють собою класичну і позитивістську школу кримінального права [2].

У вищенаведеному зазначено основний недолік реалізації обвинувальної функції. У переважній більшості її реалізатори є своєрідними класиками державної кримінальної політики. Однак, вони враховують у своїй діяльності не все, особливо те, що продиктоване неоднорідністю людського буття. Адже відомо, що юрист повинен знати суспільний побут, максимально бути психологом і, навіть, митцем – художником. Прокурори ж, виклавши перед судом обставини справи, надавши докази вини, заявивши, що судовим слідством встановлено всі ознаки законного складу злочину у діянні підсудного, вважають, що повністю виконали свій службовий обов'язок. Цим недоліком користаються досвідчені адвокати – захисники. Вони у більшому намагаються з'ясувати перед судом побутові обставини справи. Адвокати - захисники частіше, і це природно та закономірно, зачіпають та впливають на настрої та почуття суддів та судової публіки. Це особливо актуально, якщо справи розглядатимуться в суді присяжних. Адже присяжні з'ясовують для себе не стільки суть злочину, скільки – що за людина, яка його вчинила?

Цікаво співставити цю точку зору із міркуваннями філософського характеру. Шопенгауер каже, що незважаючи на безумовну необхідність наших поступків за законом причинності, кожна людина вважає себе морально відповідальною за свої погані поступки і вважає так тому, що усвідомлює, що могла б не вчиняти їх, якби була іншою людиною; отож підставою моральної відповідальності є не окремі поступки людини, а її характер; вона усвідомлює, що повинна нести відповідальність саме за свій характер [3]. Переважна більшість людей так само вважає. Вони залишають без уваги саме діяння і намагаються сконцентруватись, передусім, на особистісних характеристиках винного: “він погана людина, він злочинець”, або “він шахрай”, або “це підступна, схильна до неправди і дріб'язкова натура” тощо; саме так вони розмірковують. Їх докори звернуті, власне, на характер винного.

У своїй статті про Шекспіра [4] Л.М. Толстой зазначав, що змістом мистецтва є певний світогляд, що відповідає вищому на відповідний час релігійному розумінню суспільства; цей світогляд на підсвідомому рівні засвоюється людьми. Релігійне розуміння, на думку цього автора, є моральною свідомістю суспільства, яке проявляється, передусім, у професійній діяльності судових адвокатів. Саме тому судова промова повинна містити в собі моральну оцінку злочину, що відповідає вищому світогляду сучасного суспільства; у цій оцінці, без сумніву, є чимала частка неусвідомленого.

Жодне життєве суспільне явище ніколи не буває повністю незалежним від властивої йому дійсності; навпаки, воно зазвичай перебуває в найтіснішому з ним взаємозв'язку. Люди живуть завдяки сонячному світлу й теплу, дихають киснем, харчуються, одночасно насолоджуються духовним багатством, насамперед, книгами. З іншого боку, вони фізично і морально впливають на оточуючих їх людей та події. Кожен злочин, як певне суспільне явище, максимально пов'язано із навколишньою обстановкою. Адвокат, покликаний давати законну оцінку цього злочину, зобов'язаний дати йому й моральну оцінку. Як це робити?

Адвокат – захисник, передусім, повинен співставити злочин із сучасними умовами суспільного життя; хай воно стане для нього центром, у якому зосередиться уся наукова і моральна свідомість. Хай у ньому зосередяться всі

практичні та вищі устремління того суспільства, серед якого жив і вчинив злочин підсудний. Потім хай все це відобразиться в промові адвоката і знайде в ній свою рівнодіючу протилежність щодо цієї справи.

Однак, моральні погляди суспільства не настільки стійкі і консервативні як писані закони. У моральній свідомості людей постійно відбувається то нешвидка, поміркована, то різка і раптова переоцінка цінностей. Немовби глибоко укорінені погляди подеколи поступово змінюються, стикаються між собою і, навіть, взаємосуперечать, антагонізують. Вимогу моральності кожен тлумачить по своєму, і кожен у цьому процесі цілком є вільним у своїм роздумах і оцінках. Тому, коли адвокат – захисник дає моральну оцінку скоєного його підзахисним злочин, має вибір між двома ролями. Він може бути слухняним і вірним, впевненим виразником панівних поглядів та оцінок (така впевненість часто проявляється у прокурорських промовах). Але більш придатною і виправданою мала б бути інша роль: адвокат аж ніяк не зобов’язаний бути виразником панівного або підпорядкованого керованій волі більшості. Він може і повинен виступити перед судом як той, хто викриває розповсюджені помилки, забобони, рутину або сліпоту суспільства, йти проти течії, відстоювати свої власні, нові, нечувані погляди й переконання.

А зараз дещо про правовий аспект поняття феномену “злочин” в теорії та практиці професійного захисту. Зробимо це у контексті адвокатського аналізу проблематики кваліфікації злочинів. Адже роль адвоката – захисника в цьому напрямі має свої особливості та закономірності.

“Кваліфікація злочину є одним із найскладніших питань у практиці правозастосування. До помилки у кваліфікації злочину призводить неврахування чи неправильна оцінка якоїсь однієї, на перший погляд, незначної обставини. Теорія кваліфікації злочинів залишається недостатньо розробленою, а практика кваліфікації злочинів вивчається не повною мірою” [5].

Розв’язуючи питання про кваліфікацію злочину, адвокат–захисник визначає позицію щодо винуватості або невинуватості підзахисного. Тут він перевіряє, чи вину підзахисного доведено належними, допустимими, достовірними і достатніми доказами, а за наявності фактичного складу, – правильність кваліфікації діяння за певною статтею Кримінального кодексу.

Так чи інакше свою позицію адвокат – захисник пов’язує зі своїм внутрішнім переконанням щодо вини підзахисного. Але буде неправильним проводити повну аналогію між внутрішнім переконанням суддів, прокурора – державного обвинувача та адвоката - захисника [6]. У законі про це також нічого не сказано. Спростування пред’явленого обвинувачення є правом підзахисного, а адвокат за законом покликаний захищати його права. Право обвинуваченого (підсудного) здійснювати свій захист є правомірним незалежно від того, визнає він себе винним або ні і незалежно від внутрішнього переконання захисника – адвоката.

Якою б не була думка адвоката про кваліфікацію вчиненого і доведеності чи недоведеності обвинувачення, він зобов’язаний захищати інтереси підзахисного, тобто з’ясовувати сприятливі для нього обставини [7] і відстоювати з урахуванням його позиції питання кваліфікації інкримінованого злочину або спростувати його.

Для адвоката категоричним є імператив, на який свого часу вказував А.Ф. Коні: “Не можна було без справедливої тривоги дивитись, як в окремих випадках захист злочинця перетворюється на виправдання злочину...” [8]. Намагання виправдати злочин можуть тільки ускладнити становище підзахисного.

Отже, щодо кваліфікації злочину. Для цього адвокату необхідно вибрати й застосувати ту норму, яка найповніше описує ознаки вчиненого діяння.

Кваліфікація злочинів полягає у встановленні зв'язку між ознаками вчиненого діяння та ознаками, викладеними у законі як ознаки певного складу злочину. Отже, адвокат повинен встановити саме цей зв'язок.

Кваліфікація злочинів – це кримінально – правова оцінка вчиненого діяння, вибір і застосування до нього тієї кримінально - правової норми, яка найповніше описує його ознаки. Вказівка на те, що для правильної кваліфікації діяння необхідно вибрати і застосувати лише одну, конкретно – правову норму х кількох суміжних, подібних, яка найповніше описує ознаки вчиненого діяння, має істотне практичне значення, оскільки змушує правозастосовників шукати і застосовувати саме ту норму, яка є єдино правильною. Така конкретизація застосовуваної кримінально – правової норми допомагає розв'язати багато питань кваліфікації злочинів за умови конкуренції кримінально – правових норм, що підлягають застосуванню [9].

Адвокат – захисник (як і суд та прокурор) з'ясовує правильність встановлення слідством, а в певних випадках і судом, зв'язку між ознаками конкретного діяння та ознаками, які передбачені законом, порівнюючи і зіставляючи їх. Якщо ознаки збігаються, то захисник робить висновок, що кваліфікація (тобто застосування відповідної норми КК) пред'явленого обвинувачення правильна. Цей висновок адвокат робить для себе, а не для слідчого, прокурора, органу дізнання. Він потрібен не для того, щоб “підтримати” обвинувачення, а для вироблення правильної правової позиції щодо захисту, розробки “формули захисту”, правильної орієнтації підзахисного на конкретну ситуацію у справі, на пошук тих слабких місць, які б послабили, підірвали пред'явлене обвинувачення.

Розпочинаючи ознайомлення з матеріалами кримінальної справи, захисник у кожному випадку перевіряє не тільки наявність ознак злочину, а й з'ясовує, чи немає тут підстав для висновку про відсутність складу злочину через помилку у кваліфікації або малозначність діяння у зв'язку з чим воно не становить суспільної небезпеки і ним не заподіяно істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі (ч. 2 ст. 11 КК).

Законодавець встановив, що “...правосуддя має здійснюватись на засадах принципів справедливості та індивідуалізації кримінальної відповідальності, за яких формальний момент – кримінальна протиправність типового діяння – не може превалювати над фактичним – відсутністю суспільної небезпеки конкретного діяння” [10].

Кваліфікуючи конкретні діяння як малозначні, важливо з'ясувати зміст умислу. Малозначним може бути визнане тільки таке діяння, шкідливість якого не тільки об'єктивно, а й за змістом умислу винного є незначною (мізерною) [11]. Тут згідно зі ст. 11 у ч. 2 необхідно з'ясувати два моменти: а) дія або бездіяльність не заподіяла шкоди об'єкту, якого охороняє КК, або ця шкода не є істотною; б) дія або бездіяльність не створила загрози заподіяння об'єкту посягання шкоди, яка не є істотною. Кримінальні справи про такі малозначні діяння не можуть бути порушені, а вже порушені підлягають закриттю на підставі ч. 2 ст. 11 КК (ст. 6 п. 1 КПК). Дослідження питання про наявність ч. 2 ст. 11 КК – це важливий захисний ресурс, який адвокати часто недооцінюють.

1. Войшвилло Е.К. Понятие. – М.:Изд-во Московского ун-та, 1976. – С.131.
2. Enrico Ferri, Die positive criminalistische Schule in Italien, 1902.
3. Шопенгауэр А. Эристика или искусство спорить // Сборник произведений / Пер. с нем. – Мн.: ООО “Попурри”, – С. 156.

4. Л. Н. Толстой. О Шекспире и о драме (критический очерк) (1903-1904) / (Р. сл., №№ 277—282 и 285 от 12—18 и 23 нояб.). У ній висловлено негативне ставлення до творчості англійського драматурга.
5. Коржанський М.Й. Кваліфікація злочинів. Навчальний посібник. Видання 2-ге. К.: Атіка, 2002. – С. 4.
6. Гольдинер В.Д. Защитительная речь.- М.: Юрид. лит, 1970.
7. Стецовский Ю.И. Адвокат в уголовном деле – М.: Юрид. лит., 1972. – С.117.
8. Кони А.Ф. Собр. Соч.: В 8 т. Т.4. Нравственные начала в уголовном процессе. – М.: Юрид. лит. 1967, - С. 134.
9. Коржанський М.Й. Вказана праця. – С. 11.
10. Науково – практичний коментар Кримінального кодексу України. 3 – те вид., переробл. та доповн. / За ред.. М.І.Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Атіка, 2003. – С. 46.
11. Там само.

ОТДЕЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ ФЕНОМЕНА “ПРЕСТУПЛЕНИЕ” В ТЕОРИИ И ПРАКТИКЕ ПРОФЕССИОНАЛЬНОЙ ЗАЩИТЫ

И. Когутич

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статье рассмотрены отдельные составные понятия “преступление”, обусловленные спецификой реализации функции защиты в уголовном судопроизводстве. Сделано это в двух аспектах: моральном и правовом.

Ключевые слова: преступление, адвокат – защитник, профессиональная защита.

SOME ASPECTS OF “CRIME” PHENOMENON IN THE THEORY AND PRACTICE OF PROFESSIONAL DEFENCE

I. Kogutych

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

The article gives an overview of separate elements of the “crime” notion, determined by peculiarities of defence function realization in criminal proceedings. It is provided in two aspects: moral and legal.

Key words: crime, counsel for the defence, professional defence.

Стаття надійшла до редколегії: 14.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ФУНКЦІЇ ПРОКУРОРА НА ДОСУДОВИХ СТАДІЯХ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА УКРАЇНИ

В. Луцик

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті досліджено теоретичні проблеми функцій прокурора на досудових стадіях кримінального судочинства, шляхи їх реформування на сучасному етапі розвитку кримінального процесу. Проаналізовано сучасний стан даної проблеми та надаються пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства.

Ключові слова: прокурор; функції прокурора; кримінальне переслідування, нагляд за додержанням законів органами, що здійснюють дізнання та досудове слідство.

Реформування кримінального судочинства, яке активно здійснюється в сучасних умовах зумовлює потребу у переосмисленні діяльності прокурора у кримінальному процесі з метою гармонізації нашого законодавства з правом Європейського союзу.

Проблемам функцій прокурора в кримінальному судочинстві були присвячені праці значної кількості науковців С.Н. Алексеєва, Б.Т. Безлепкіна, В.Н. Галузо, В.Ф. Крюкова, В.А. Лазаревої, М.С. Строговича, О.О. Тушева, А.Г. Халіуліна, Н.І. Щегель та інших вчених, однак проблеми функцій прокуратури на досудових стадіях кримінального процесу залишаються актуальними, що зумовлено подальшим реформуванням кримінального судочинства, розробленням нового КПК України.

З огляду на це метою дослідження є спроба теоретичного осмислення системи функцій прокурора у кримінальному судочинстві та вироблення певних пропозицій щодо вдосконалення кримінально–процесуального законодавства.

Конституція України у ст.121 закріпила такі функції прокурора, які реалізуються у сфері кримінального судочинства: підтримання державного обвинувачення в суді; нагляд за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство; нагляд за додержанням законів під час виконання судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян.

Відповідно до Концепції реформування кримінальної юстиції України, прокуратура в Україні має стати єдиним органом, на який покладається виконання таких функцій:

а) нагляд за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність та досудове розслідування;

б) кримінальне переслідування особи, в тому числі висунення обвинувачення, процесуальне керівництво досудовим розслідуванням та складання обвинувального акта;

в) нагляд за додержанням законів органами та установами, які виконують судові рішення у кримінальних справах, а також застосовують інші заходи примусового характеру, пов'язані з обмеженням особистої свободи громадян.

Домінуючою в сучасній кримінально-процесуальній науці позицією є поділ кримінально–процесуальних функцій на: обвинувачення, захист та вирішення справи. Найбільш повно поняття “обвинувачення” розкрив в процесуальній

літературі М.С. Строгович, який розумів його, як обвинувальну тезу – твердження про винуватість обвинуваченого, як кримінально–процесуальну функцію та діяльність обвинувача, а також, як сторону обвинувачення в суді [13, с. 190]. Однак, варто пам'ятати, що кримінально – процесуальні функції визначаються змістом кримінально – процесуального законодавства, а функції органів та осіб, які беруть участь в кримінальному процесі, можуть визначатися та визначаються законами про діяльність цих органів та осіб [6, с. 76].

Уперше в радянській кримінально – процесуальній науці питання про кримінальне переслідування висвітлив М.С. Строгович. Він зазначав, що кримінальне переслідування - це діяльність слідчого або органу дізнання і прокурора стосовно певної особи, яка притягається до кримінальної відповідальності як обвинувачений, спрямована на те, щоб обвинувачувати її у вчиненні злочину, довести винність, забезпечити застосування до нього заслуженого покарання [14; с. 65,81–82]. В курсі радянського кримінального процесу М.С. Строгович ототожнює поняття “кримінального переслідування” та “обвинувачення”, вказуючи, що обвинувачення є процесуальною діяльністю, спрямованою на доведення вини обвинуваченого, а тому обвинувачення - це те ж саме, що кримінальне переслідування [12; с. 99–100].

Дослідник Б.Т. Безлепкін, розглядає кримінальне переслідування, як сукупність декількох етапів: порушення кримінальної справи стосовно конкретної особи, затримання за підозрою у вчиненні злочину, винесення постанови про притягнення як обвинуваченого та пред'явлення обвинувачення, зміна обвинувачення у бік погіршення, складання обвинувального висновку та направлення кримінальної справи прокурору, затвердження обвинувального висновку прокурором і направлення кримінальної справи до суду, підтримання державного обвинувачення в суді першої інстанції[2; с. 89]. З такою позицією можна погодитись, але з врахуванням того, що кримінальне переслідування не обмежується лише порушенням кримінальної справи стосовно конкретної особи. Навіть, якщо справа порушена за фактом вчинення злочину невідомою особою, кримінальне переслідування як процесуальна діяльність органів досудового розслідування, спрямована на встановлення винної особи вже розпочалася. Набуття особою статусу підозрюваного та обвинуваченого можна розглядати, як етапи здійснення кримінального переслідування.

Н.І. Щегель під кримінальним переслідуванням у кримінально-процесуальній діяльності розуміє регламентовану кримінально-процесуальним законом діяльність спеціально уповноважених органів держави (дізнавача, начальника органу дізнання, слідчого, начальника слідчого відділу, прокурора, його заступників і помічників) в межах їхньої компетенції, а також потерпілих, цивільних позивачів, їхніх представників, спрямована на забезпечення невідворотності юридичної відповідальності за вчинений злочин, шляхом порушення кримінальної справи, затримання особи, що вчинила злочин, застосування заходів кримінально-процесуального примусу, формулювання обвинувачення та підтримання державного обвинувачення з метою застосування до них кримінального покарання [18; с. 7].

Проблему співвідношення функцій нагляду за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство і кримінального переслідування розглядалася в аспекті їх функціональних зв'язків в діяльності прокурора. А.Г. Халіулін виокремив наступні такі три типи функціональних зв'язків:

1. Функція нагляду за додержанням законів переходить у здійснення кримінального переслідування (у випадку порушення кримінальної справи за результатами наглядової перевірки, у разі затвердження прокурором обвинувального висновку і направлення справи до суду).

2. Функція нагляду за додержанням законів, здійснювана прокурором, є спонукальною для здійснення функції кримінального переслідування слідчим (дознавачем). Це відбувається у випадку давання прокурором вказівок про притягнення особи, як обвинуваченого, кваліфікації злочину і обсяг обвинувачення, у разі скасування прокурором постанови про закриття чи зупинення провадження у справі.

3. Функція нагляду за додержанням законів безпосередньо не переходить у функцію кримінального переслідування (у разі скасування постанови слідчого про притягнення особи, як обвинуваченого, у разі закриття прокурором справи за реабілітуючими обставинами)[16; с. 133–134].

Ще одну точку зору про співвідношення кримінального переслідування і прокурорського нагляду сформульовано у працях В. Лазаревої, Т. Цапаєвої, С. Алексєєва. Розглядаючи кримінальний процес, як одне ціле, автори дійшли висновку про те, що ця цілісність зумовлює цілісність і єдність правового статусу (функції) прокурора упродовж всієї її тривалості: “логіка вимагає, щоб він залишався єдиним на всіх стадіях процесу” [17; с. 21]. На підставі підлеглості завдань досудового слідства судовому розгляду, С. Алексєєв сформулював тезу про те, що діяльність прокурора у стадії досудового розслідування обумовлена завданням, що стоїть перед ним, в судовому розгляді. Це завдання, яке полягає в тому, щоб обґрунтувати перед судом висунене органами досудового розслідування і пред’явлене конкретній особі обвинувачення, може бути реалізоване лише у тому випадку, якщо саме досудове розслідування провадиться законно, а пред’явлене особі обвинувачення обґрунтоване достатньою сукупністю доказів[1; с. 114]. “Для того, щоб мати можливість продовжити кримінальне переслідування в суді, прокурор зобов’язаний забезпечити законність досудового розслідування і дотримання прав усіх його учасників” [7; с. 393].

Однак, з цією позицією не можна погодитись цілком. Зокрема, кримінальне переслідування за обсягом діяльності прокурора значно вужче, ніж нагляд за додержанням законів органами, які здійснюють ОРД, дізнання та досудове слідство. У зміст кримінального переслідування входить винятково діяльність прокурора щодо обвинувачення конкретної особи у вчиненні злочину на досудовому слідстві, а також у підтриманні державного обвинувачення на судових стадіях кримінального судочинства. Нагляд за виконанням законів органами, що здійснюють ОРД, дізнання і досудове слідство, має на меті реальне забезпечення засобами прокурорського нагляду безумовного дотримання прав і свобод людини і громадянина правоохоронними органами при реалізації їх повноважень по попередженню і припиненню злочинів, ефективного вирішення ними завдань швидкого, всебічного і повного розкриття злочинів, викриття винних у цьому осіб; точної відповідності закону процесуальної діяльності щодо розслідування кримінальних справ незалежно від їх підслідності.

Автори ґрунтовної праці “Настільна книга прокурора” під кримінальним переслідуванням у досудових стадіях кримінального процесу розуміють діяльність в межах їхньої компетенції спеціально уповноважених осіб, спрямовану на забезпечення невідворотності покарання за вчинений злочин [9; с. 323].

Відповідно до Концепції реформування кримінальної юстиції України, затвердженої Указом Президента України від 8 квітня 2008 року, кримінальне переслідування - виняткова процесуальна функція прокурора, яка полягає у висуванні від імені держави обвинувачення, направленні кримінальної справи до суду, підтриманні державного обвинувачення в суді, участі у перегляді судових рішень у кримінальних справах в апеляційній та касаційній інстанціях [4]. Тобто, якщо керуватися цим визначенням, діяльність прокурора фактично зводиться до підтримання державного обвинувачення у суді, а також збиранні доказів, які викривають обвинуваченого, затриманні особи за підозрою у вчиненні злочину, застосуванні заходів процесуального примусу, притягненні особи як обвинуваченого та складанні обвинувального висновку.

Якщо, звернутися до досвіду законотворення Російської Федерації, то в КПК РФ закріплено положення про те, що прокурор уповноважений в межах наданої йому законом компетенції здійснювати від імені держави кримінальне переслідування, а також нагляд за процесуальною діяльністю органів дізнання та досудового слідства (ч. 1 ст. 37 КПК РФ). Отже, якщо дослівно тлумачити дану норму права, то впливає, що прокурор виконує на досудових стадіях лише дві функції.

З цим положенням не погоджуються науковці, зокрема В.І. Рохлін та І.І. Сидорук виділяють основну наглядову функцію прокуратури, що має дві складові - нагляд за додержанням законів та захист прав, свобод людини і громадянина, а також інші функції, виконання яких покладене на прокуратуру законом [10; с. 76]. В.П. Рябцев виділяє п'ять функцій прокуратури у кримінальному процесі: нагляд за додержанням законів, кримінальне переслідування за вчинення злочинів, досудове розслідування злочинів, участь у правотворчій діяльності, координація діяльності правоохоронних органів по боротьбі із злочинністю [11; с. 65]. Н.І. Костенко виділяє чотири функції: додержання законів, кримінальне переслідування, координацію діяльності правоохоронних органів, участь у правотворчій діяльності [5; с. 19]. В.Н. Галузо виокремлює вісім функцій прокуратури: нагляд за додержанням законів, кримінальне переслідування, координація діяльності правоохоронних органів по боротьбі із злочинністю, участь у розгляді справ судами, міжнародна співпраця, участь прокурорів у засіданнях органів державної влади і місцевого самоврядування, розгляд та вирішення заяв, скарг і інших звернень [3; с. 86–87].

О.О. Тушев виокремлює такі функції прокурора в кримінальному процесі: боротьба із злочинністю, правозахисна діяльність, кримінальне переслідування, керівництво процесуальною діяльністю органів досудового слідства, координація діяльності правоохоронних органів, встановлення об'єктивної істини у справі [15; с. 43]. І хоча така класифікація автора заслуговує на увагу з погляду повноти діяльності прокурора на досудовому слідстві, вважаємо, що у цьому випадку автором ототожнюються функції та напрямки діяльності прокуратури, що призводить до такого розмаїття процесуальних функцій прокурора.

Як зазначає В.В. Устинов, прокурор у кримінальному судочинстві виконує двояку державну функцію: очолюючи систему державних органів, що здійснюють кримінальне переслідування, бере участь у кримінальному процесі на основі принципу змагальності як сторона обвинувачення, і водночас є державним гарантом забезпечення прав і законних інтересів осіб, які постраждали від злочинів, осіб, стосовно яких здійснюється кримінальне переслідування, а також інших осіб, залучених в сферу кримінально-процесуальних відносин.

Г.В. Мовчан зазначає, що діяльність прокурора в кримінальному процесі є поліфункціональною, оскільки залежно від стадії кримінального процесу складається із функцій кримінального переслідування, підтримання державного обвинувачення в суді, нагляду за дотриманням закону органами, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, дізнання та досудове слідство, нагляду за дотриманням закону під час виконання судових рішень у кримінальних справах, а також під час застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян, правозахисної функції, яка полягає у нагляді за дотриманням прав і свобод людини [8; с. 15].

Не можна повною мірою погодитись з такою думкою, оскільки до структури функцій прокурора у кримінальному судочинстві, автор невіправдано включає нагляд за дотриманням закону під час виконання судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян, який є самостійною конституційною функцією прокурора та відбувається, як правило, поза межами кримінального процесу у сфері додержання кримінально-виконавчого законодавства.

Варто погодитися з думкою, що при законодавчій регламентації функції кримінального переслідування доцільно було б врахувати досвід процесуального забезпечення цієї функції у розвинутих правових державах світової спільноти (США, Великобританії, Шотландії, Німеччині, Франції, Італії та ін.), які провідному суб'єктові сторони обвинувачення – прокуророві, – законодавчо надають право порушувати та припиняти кримінальне переслідування, особисто проводити слідчі дії чи в повному обсязі розслідувати злочини, в тому числі, і у справах, порушених іншими правоохоронними органами, приймати з відома суду альтернативні кримінальному переслідуванню процесуальні рішення, створювати на досудових стадіях кримінального судочинства рівні правові умови як особам, що проводять розслідування, так і учасникам процесу, що здійснюють захист від підозри або обвинувачення [6; с. 136-137].

В зв'язку з вищенаведеним, вважаємо, що в сучасних умовах прокуратура повинна виконувати, як функцію кримінального переслідування, реалізація якої може покладатись на спеціально визначену особу – державного обвинувача, так і функцію нагляду за додержанням законів органами, які здійснюють оперативно – розшукову діяльність, дізнання та досудове слідство, забезпечення виконання якої повинно покладатись на відповідних територіальних прокурорів та їх заступників.

1. Алексеев С.Н. Надзор за соблюдением прав и свобод участников уголовного процесса в системе конституционных гарантий прав и свобод человека и гражданина и полномочий прокурора (досудебные стадии): дис.. на соиск.. канд. юрид. наук/ С.Н. Алексеев. – Самара, 2002 – 203 с.
2. Безлепкин Б.Т. Уголовный процесс: Учебник / [Под ред. проф. И.Л. Петрухина]. – М.: Проспект, 2001. – 122 с.
3. Галузо В.Н. Функции прокуратуры // Прокурорский надзор / Под ред. Г.П. Химичевой. – М., 2001. – 348 с.
4. Концепція реформування кримінальної юстиції України, затверджена Указом Президента України № 311/2008 від 8 квітня 2008 року// Офіційний вісник Президента України. – 2008. – №12. – ст. 486.
5. Костенко Н.И. Прокуратура в государственном механизме Российской Федерации: автореф. дис.. на соиск.... канд. юрид. наук/ Н.И. Костенко. – М., 1996. – 20 с.

6. Крюков В.Ф. Уголовное преследование в досудебном производстве: уголовно-процессуальные и надзорные аспекты деятельности прокурора / В.Ф. Крюков. – М. : Норма, 2010. – 480 с.
7. Лазарева В.А. Вопрос о соотношении предварительного расследования и судебного разбирательства в свете состязательности уголовного судопроизводства // Государство и право: вопросы методологии, теории и практики функционирования. Сборник научных статей, посвященных 35-летию юридического факультета. – Самара: Изд-во Самарского университета, 2006. – С. 386-397.
8. Мовчан Г.В. Процесуальні повноваження прокурора у досудовому провадженні та в суді першої інстанції/ Г.В. Мовчан. – автореф. дис. канд. юрид. наук. – Харків, 2010. – 20 с.
9. Настольная книга прокурора / Под ред. С.И. Герасимова. – М. : Экслит, 2002. – 850 с.
10. Рохлин В.И., Сыдорук И.И. Отрасли и направления прокурорской деятельности // Прокурорский надзор в Российской Федерации / [Под ред. В.И. Рохлина]. - СПб., 2000. – 257 с.
11. Рябцев В.П. Функции и направления деятельности органов прокуратуры // Прокурорский надзор в Российской Федерации / Под ред. А.А. Чувилова. – М., 2000. – 317 с.
12. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса / М.С. Строгович. – М., 1958. – 703 с.
13. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса / М.С. Строгович. - М., 1968. – Т. 1. – 470 с.
14. Строгович М.С. Уголовное преследование в советском уголовном процессе / М.С. Строгович. – М., 1951. – 191 с.
15. Тушев А.А. Прокурор в уголовном процессе Российской Федерации / А.А. Тушев. – СПб.: Издательство Р.Асланова “Юридический центр Пресс”, 2005. – 325 с.
16. Халиулин А.Г. Осуществление функции уголовного преследования прокуратурой России / А.Г. Халиулин. – Кемерово : “Кузбассвузиздат”, 1997. – 223 с.
17. Цапаева Т.Ю. Участие прокурора в доказывании на предварительном следствии/ Т.Ю. Цапаева. – Самара: Изд-во "Самарский университет", 2004. – 140 с.
18. Щегель Н.І. Кримінальне переслідування: зміст та форма: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Н.І. Щегель. – К., 2007. – 18 с.

**ФУНКЦИИ ПРОКУРОРА
НА ДОСУДЕБНЫХ СТАДИЯХ
УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА УКРАИНЫ**

В.Луцьк

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статье исследованы теоретические проблемы функций прокурора на досудебных стадиях уголовного судопроизводства, пути их реформирования на современном этапе развития уголовного процесса. Проанализировано современное состояние данной проблемы и предоставляются предложения относительно совершенствования действующего законодательства.

Ключевые слова: прокурор; функции прокурора; криминальное преследование, надзор за соблюдением законов органами, которые осуществляют дознание и досудебное следствие.

**PROSECUTOR'S FUNCTIONS ON THE PRE-TRIAL STAGES
OF CRIMINAL JUSTICE PROCESS OF UKRAINE**

V. Lutsyk

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

Theoretical issues of prosecutor's functions on the pre-trial stages of justice process, as well as its reformation ways on the current stage of criminal process development are elucidated. Current state of this issue is analyzed; proposals as to current legislation improvement are made.

Key words: prosecutor, prosecutor's functions, criminal prosecution, oversight of the compliance with laws by bodies, which conduct inquiries and preliminary inquests.

Стаття надійшла до редколегії: 22.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ВИКОРИСТАННЯ ПСИХО–ДІАГНОСТИЧНИХ МЕТОДІВ У ДОСЛІДЖЕННІ ПСИХОЛОГІЧНИХ ОСОБЛИВОСТЕЙ ПОТЕРПІЛОГО У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Ю. Цимбал

*Національна академія внутрішніх справ
пл. Соломянська, 1, 03035 Київ*

Враховуючи те, що потерпілий є живою істотою з комплексом особистісних ознак, у тому числі і психологічних, які мають вплив на побудову його процесуально – правової позиції у кримінальному процесі у статті розглянуто механізм виявлення зазначених вище характеристик, які у своєму комплексі утворюють психологічний портрет потерпілого. На підставі проведеного практичного дослідження особистості потерпілого автором запропоновано використання ряд психологічних методик, результати проведення яких є необхідними для врахування при здійсненні допиту потерпілого з метою отримання достовірних даних, при встановленні з ним психологічного контакту, при проведенні інших судово – слідчих дій та формування загальної картини можливої поведінки у кримінальному процесі.

Ключові слова: потерпілий, психологічні характеристики потерпілого, спеціальні психологічні знання, кримінальний процес.

Дослідження психології потерпілого є актуальною проблемою сучасної юриспруденції, адже вона дає відповіді на ряд питань, які турбують суспільство в цілому та правознавців зокрема. Використання психологічних даних про нього робить процесуальні дії більш цілеспрямованими, законними і об'єктивними, допомагає встановити справжні причини та умови вчинення злочину, уникнути судових помилок, отримати повну та об'єктивну інформацію про злочин і розробити на цій основі комплекс профілактичних заходів.

Оскільки потерпілий за своєю суттю є учасником кримінального процесу, ґрунтовне вивчення і його дослідження психологічних особливостей його поведінки та діяльності потребує подальших наукових досліджень.

Механізми виявлення психологічних характеристик потерпілих досліджували юристи та психологи: О.М. Бандуркою, В.В. Бедь, М.І. Гошовським, Н.В. Грішиною, Б.З. Загурським, В.О. Коноваловою, М.В. Костицьким, В.В. Кошинцем, Г.В. Ложкіним, В.Т. Маляренком, В.Я. Марчаком, І.І. Потеружею, Т.І. Присяжнюк, В.Ю. Шепітьком та іншими. У своїх наукових працях зазначені автори торкалися питань використання спеціальних психологічних знань у дослідженні потерпілих. На переконання автора статті, питання практичного використання психо-діагностичних методів дослідження особистості потерпілого недостатньо вивчене у вітчизняній літературі, а тому потребує подальшого наукового дослідження.

Метою статті є психологічний аналіз окремих психологічних характеристик потерпілого за наслідками авторського емпіричного дослідження, для встановлення дієвості методик їх виявлення.

Враховуючи те, що юридична психологія є досить молодою наукою, а багатогранність її методів дослідження та вивчення явищ, у тому числі і юридичних є новими і проходять процес адаптації у застосуванні, зазначимо, що у механізмі розгляду кримінальних справ щодо потерпілого є чимало дієвих методик, однак, вони ще не відпрацьовані у практичному їх застосуванні. Саме тому, використання спеціальних психологічних знань допомагає усунути існуючі прогалини.

Застосування спеціальних психологічних знань сприяє правильному вирішенню завдань судочинства у кримінальних справах, адже, по своїй суті психологічне знання – це система відомостей про закономірності людської психіки, психічних явищ та процесів, поведінку та людську діяльність і є ефективним способом дослідження психологічних характеристик потерпілого у кримінальному процесі. Вони допомагають отримати комплексне нове знання про його особистість в рамках конкретної кримінальної справи.

Ми провели емпіричне наукове дослідження особистості, поведінки та діяльності потерпілих у справах приватного обвинувачення. Було використано психодіагностичні методи виявлення індивідуальних особливостей і перспектив розвитку особистості потерпілого. Вибір саме таких методів пов'язаний з тим, що вони дають змогу виявити внутрішні психологічні характеристики особистості потерпілого, діагностуючи саме його підсвідомість.

Одним із фрагментів психодіагностики є метод психологічного анкетування (у формі відповідей на поставлені запитання тестів), що був нами застосований у процесі вивчення індивідуальних психологічних станів, процесів та властивостей потерпілого як ієрархічної системи психічної регуляції. За допомогою розробленого нами опитувальника, який включає ряд логічно - пов'язаних між собою запитань та завдань було досліджено психологічний вік потерпілих в рамках графічного тесту, вплив на їх поведінку стилів батьківського виховання через аналіз відповідей на ряд поставлених запитань та ступінь агресивності потерпілих у повсякденному житті за допомогою тесту Басса–Дарки.

Анкетування як метод соціально-психологічного дослідження проводився з метою з'ясування даних біографічного характеру, поглядів, ціннісних орієнтацій, соціальних установок та особистісних рис потерпілих. Визначена нами вибірка опитування характеризувалася однорідністю (тільки потерпілі) та як показали результати – репрезентативністю. Такі результати були отримані внаслідок перекладу основних гіпотез дослідження на мову запитань і, як наслідок, – правдиві відповіді опитуваного потерпілого і вирішення проблеми, що становила предмет дослідження [1, с. 73].

Іще одним способом дослідження особистості потерпілого є проєктивна методика пізнання, використана у нашому опитувальнику. Л. Франк влучно зазначав, що саме вона є рентгенівським променем, який висвітлює глибини людської особистості [2, с. 184]. Позитивними результатами даного емпіричного дослідження з використанням згаданої вище методики стало виявлення мало усвідомлених чи неусвідомлених та прихованих від спостереження ряду психологічних рис і характеристик особистості потерпілого. Це здійснилось внаслідок використання механізму виявлення проєкцій в отриманих даних дослідження з наступною їх інтерпретацією, де за кожною такою інтерпретацією вимальовувалася унікальна система особистісних смислів та особливостей когнітивного стилю потерпілого. Така методика полегшує демонстрацію змістових моментів внутрішнього світу потерпілих, які вони часто не можуть висловитись прямо, і допомагає зорієнтуватися у складних властивостях особистості, що часто не підлягають точному виміру або оцінці.

У нашому опитувальнику потерпілим пропонували експресивне завдання: малюнок своєї сім'ї та драбинка (на рівень визначення власної самооцінки). Навіть, якщо враховувати той факт, що будь-який тест, методика є лише допоміжним інструментом в діагностиці особистості, отримані нами результати дали змогу детально дослідити окремі характеристики потерпілих, виявити їх причинний зв'язок із поведінкою та діяльністю. Однак, все це було здійснено нами із використанням

спеціальних психологічних знань професійного психолога, інтуїція і професіоналізм якого допомогли одержати повні та достовірні результати емпіричного дослідження, внаслідок правильної постановки його задач. Під час даного процесу предмет пізнання (потерпілий) вивчався в послідовності від визначення психологічної його сутності до встановлення емпіричних критеріїв та побудови відповідної критеріальної моделі і внаслідок накопичення необхідних дослідницьких даних відбулося здійснення “зворотної реконструкції” психологічного змісту потерпілого. Аналіз відбувався у послідовності : психологічні ознаки – психологічна характеристика – встановлення психологічних властивостей – виявлення психологічної сутності досліджуваних потерпілих в цілому.

Із результатів дослідження за допомогою методики “аналізу сімейних взаємостосунків” [3, с. 143] найвищим показником порушення механізмів інтеграції сім’ї потерпілих, що має “патологізуючий” вплив на них є “зсув в установках виховання батьків на бажану стать, перевага або жіночих або чоловічих якостей”. У 55% опитаних його наявність вказує на гіперпротекцію, “емоційне відторгнення” у батьківському ставленні, яке обумовлюється не справжніми рисами характеру, а тими – які приписуються їх статі, чоловіку – жіночі, і навпаки. Все це зумовлює виникнення певних психологічних комплексів, що можуть стати причиною віктимізації особи. У 52 % опитуваних потерпілих виявлено показник “фобія втрати дитини”, що є порушенням системи взаємного впливу членів сім’ї та наслідком того, що батьки такої жертви мають перебільшене уявлення про її тендітність, хворобливість та беззахисність, надмірно її опікають, що в кінцевому результаті дійсно призводить до її дезадаптації у дорослому житті. 47% опитуваних вказали на надмірну суворість покарання їх батьками в дитинстві, що було свого роду психо – травмуючим фактором, а “розширена сфера батьківських почуттів” у 45 % потерпілих є наслідком порушенням виховання, батьківського потурання, намагання “прив’язати до себе”, такі особи втрачають відчуття відповідальності за себе, власний вибір, течуть “за течією”. 40% потерпілих зазначили на “нерозвиненості батьківських почуттів”, що знаходять прояв у підвищеній моральній відповідальності, роздратовано-ворожому ставленні батьків, виснажливих батьківських обов’язках, емоційному відторгненні. 32,5% стало показником вираженням порушень системи взаємного впливу членів сім’ї у формі “виховної невпевненості батьків”, зниженого рівня вимог, максимум прав при мінімумі обов’язків у особи, виправдання батьками будь-якого невірного вчинку потерпілих.

На 27% потерпілих нами виявлено вплив їх внутрішньосімейних конфліктів та недостатнього контролю зі сторони батьків, а у 25% – “перевага дитячих якостей”. У 23% випадків на потерпілих мав вплив надмірний контроль з боку батьків, а у 20% – надмірний рівень задоволення їх потреб та проєкція на потерпілих власних небажаних якостей батьками, внаслідок того, що вони бачили у потерпілих ті ж риси характеру, які відчували, але не визнавали у себе, боротьба з якими допомагає їм вірити, що у них самих вони теж зникнуть.

За допомогою проведеного дослідження у 15% опитуваних потерпілих встановлено наслідки непослідовності батьківського виховання та недостатній рівень задоволення потреб, а у 5% випадків виявлено : надмірні вимоги та складні обов’язки в сім’ї, надмірні заборони або їх недостатність, недостатню суворість при покаранні, у 2% – недостатність вимог та відсутність обов’язків.

Для чоловіків, які становлять 35% нашої вибірки більш характерними є вплив на них внутрішньо – сімейних конфліктів та недостатній контролю зі сторони батьків, недостатність їх вимог та відсутність обов’язків, в той час як жінки – 65% вказали на

надмірні вимоги та складні обов'язки в сім'ї, надмірні заборони або їх недостатність, проекція на потерпілих власних небажаних якостей їхніми батьками тощо.

Вік у психології є категорією, що використовується для позначення тимчасових характеристик індивідуального розвитку. На відміну від хронологічного віку, що виражає тривалість існування індивіда з моменту його народження, поняття психологічного віку позначає певну, якісно своєрідну щабель онтогенетичного розвитку, зумовлену закономірностями формування організму, умовами життя, навчання й виховання й що має конкретно – історичне походження. Психологічний вік – фізичний вік, якому відповідає людина за рівнем свого психологічного розвитку [5, с. 91].

Результати проведеного нами емпіричного дослідження “психологічного віку” [4, с. 183] потерпілих за допомогою однойменної методики показали, що у 90% випадків у психологічному плані потерпілі є старшими за віком, ніж насправді. В основному різниця між психологічним та реальним віком становить 6–10 років, це пов'язане із тим, що опитувані вказали на низькі показники ступеню насиченості важливими подіями майбутніх періодів свого життя або ж взагалі в опитувальниках не зазначали про своє майбутнє. Аналіз опитувальників потерпілих показав, що дані особи зневірені, розчаровані, песимістично налаштовані щодо свого подальшого життя, не формують планів на майбутнє. Звичайно, ми можемо це пояснити тим, що з моменту вчинення злочину і до проведення нашого дослідження пройшов короткий проміжок часу і дані особи не змогли адаптуватися до звичайного ритму життя, однак, чи змінитися внутрішнє відчуття “соціального дискомфорту” залежить від особистісних характеристик потерпілого.

У 10% випадків нашого дослідження психологічний вік потерпілих був меншим, ніж справжній, приблизно на 2–5 років, в основному у жінок потерпілих, що ми пов'язуємо із високим рівнем їх інфантизму, відставанням фізичного та інтелектуального розвитку від вікового рівня, недостатній зрілості думок, дитячій наївності, нестійкості емоцій, збереження у психіці дорослої людини особливостей, притаманних дитячому віку.

Рівень самооцінки потерпілих виражає ступінь їх реальних та ідеальних чи бажаних уявлень про себе. Адекватну самооцінку з тенденцією до завищення можна прирівняти до позитивного ставлення до себе, самоповаги, прийняття себе, відчуття власної повноцінності. Низька самооцінка, навпаки, може бути пов'язана з негативним ставленням до себе, неприйняттям себе, відчуттям власної неповноцінності. До рівнів самооцінки відносять: високий – особа не вважає себе гіршою від інших і позитивно ставиться до себе, низький – неповага до себе та до оточуючих, середній – адекватна думка про себе.

Рівень самооцінки потерпілих та жертв злочинів було визначено нами за допомогою психо – діагностичного тесту “драбинка” [6, с. 21]. У 42% випадків потерпілі визначили себе як “добрих” людей, у 28% опитаних рівень оцінки визначався за показником шкали “4”, тобто віднесення себе до “негативних людей” людей, 17% визначили себе як “посередні” люди та 13% – як “зіркові”. У нас відсутні дані про позиціонування потерпілими себе в рамках опитування на більш низькі щаблі драбинки (5–7), тобто не виявлено показника неблагополучного соціального розвитку, несприятливого досвіду соціальних взаємодій.

Аналіз рівня самооцінки потерпілих дозволяє нам зробити висновок, що дана категорія суб'єктів кримінального процесу потребує покращання їх емоційно-особистісного, психологічного стану, підвищення рівня соціальної адаптації. Спеціальна психологічна робота з ними повинна бути направлена на підвищення

впевненості в собі, розвиток конструктивних форм поведінки та спілкування, міжособистісних взаємин з іншими, адекватного само сприйняття та сприйняття один одного та інших людей, самопізнання, розвиток адекватної самооцінки та рівня домагань, зняття емоційного та нервового напруження, переживань потерпілих. Їм необхідно донести прагнення суду встановити із ним психологічний контакт, зрозуміти та допомогти.

У 22-х випадках опитування потерпілих нами було виявлено наявність негативних психологічних показників сімейних взаємовідносин таких як : відсутність емоційного контакту з батьками, ігнорация ними своїх дітей (потерпілих) та несерйозне їх сприйняття; надмірна опіка, відсутність емоційного контакту між членами сім'ї, психологічна дистанція між самими батьками, ізольований статус потерпілого у відносинах із рідними, відчуття самотності, намагання заповнити пустоту, тривога по – відношенню до себе, батьківський егоїзм, позиціонування потерпілого на другий план, ніж інших дітей.

У 18-ти опитуваних потерпілих нами встановлено показники позитивного батьківського впливу у формі: значимості батька, матері у сім'ї, наявність психологічного, емоційного контакту між самими батьками та потерпілим, важливість його персони у родинних відносинах, внутрішнє задоволення сімейним життям, потреба у розширенні сім'ї.

За результатами проведеного емпіричного дослідження “малюнок сім'ї” [7, с. 188–189] нами не встановлено диференціацію показників позитивного або ж негативного батьківського впливу на потерпілих жінок чи чоловіків, що свідчить про однакове його ними сприйняття.

Напруженні сімейні стосунки, розбіжності самооцінки та оцінки достоїнств людини батьками, як вважають психологи, є причиною афекту неадекватності потерпілих. Він спотворює їх уявлення про ставлення тих, хто її оточує до себе, чим зменшує ефективність зусиль, спрямованих на нормалізацію системи стосунків індивіда, повернення його поведінки до нормального стану. Тому, по великому рахунку, такі особи, ведуть агресивний спосіб життя, наражаючись, певним чином, на навколишню небезпеку і в кінцевому результаті стають жертвами злочинів.

Ступінь агресивності потерпілих був виявлена нами за допомогою психодіагностуючої методики “тест Басса–Дарки” [8, с. 78]. Числові індекси якого показали, що у 29 % потерпілих схильність до активних прямих форм агресивної поведінки є вище допустимої норми (фізична агресія, образа), що свідчить про те, наскільки авторитетні для даного потерпілого фізична сила та словесна атака.

Непрямі форми агресії (вербальна), які вказують на психологічну втому, внутрішній нестабільний емоційний стан особи перетнули допустиму межу у 18% опитаних.

Визначений нами за наслідками числових показників різних форм агресії потерпілих (негативізм, дратівливість, підозрілість, почуття провини) індекс ворожості (у 30% потерпілих) дозволяє встановити ступінь відчуженості людини від зовнішнього світу, розчарування у соціальному спілкуванні, співробітництві, взаємній спільності поглядів, взаємодопомозі. Заміна цінностей запобіганням соціальним контактам і суперництву.

Індекс агресивності потерпілих у розмірі 40% підтверджує те, що віктимною спрямованістю своєю поведінки потерпілі часто самі провокують вчинення щодо них злочинів. Це виявляється у жорстокості щодо оточуючих, пияцтві, цинізмі, провокації.

Ми не випадково обрано саме показник агресивності потерпілих для його дослідження, адже крім віктимного впливу на діяльність, він є важливим для врахування при здійсненні допиту потерпілого з метою отримання достовірних

даних, при встановленні з ним психологічного контакту, при проведенні інших судово-слідчих дій та формування загальної картини можливої поведінки у кримінальному процесі.

Дослідження певних особливостей формування психологічних характеристик потерпілих дозволило виявити у них за допомогою розроблених та адаптованих опитувальників високий процент показників “патологізуючого впливу” стилів батьківського виховання, психологічного віку, рівня самооцінки, мікроклімату у сім’ї та ступеню агресивності та їхній вплив на формування віктимної поведінки і діяльності у кримінальному процесі. Наведені автором числові показники їх впливу можуть бути використані у практичній діяльності з допомоги потерпілим, у процесі їх адаптації після злочину. Адже, більшість опитаних є невпевненими в собі, замкнутими людьми, із нав’язаними батьками певними психологічним комплексами, що і здійснює вагомую роль у формуванні “статусу жертви”.

1. Основи психології : Підручник / За заг. ред. О.В. Киричука, В.А. Романця. – Вид. 6-те, стереотип. – К. : Либідь, 2006. – 632с.
2. Франк Л. В. Некоторые теоретические вопросы становления советской виктимологии / Л. В. Франк // Потерпевший от преступления – Владивосток, 1974.
3. Райгородський Я. Д. Практична психодіагностика. Методики і тести : навчальний посібник / Я. Д. Райгородський. – Самара : БАХРАХ – М, 1998. – 430с.
4. Римська Р., Римський С. Практична психологія в тестах / Р. Римська, С. Римський // Психолог - №2. – 2005. – С. 183.
5. Основи психології : Підручник / За заг. ред. О.В. Киричука, В.А. Романця. – Вид. 6-те, стереотип. – К. : Либідь, 2006. – 632с.
6. Пироженко І О. Психологічний супровід інноваційно – освітніх технологій : навчально – методичний посібник / І.О. Пироженко – Тернопіль : Навчальна книга – Богдан, 2006. – 48с.
7. Практикум з психології : навч. посіб. – К. : МАУП, 2007. – 328 с.
8. Практична психологія та соціальна робота – К., 2002 – 232 с.

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ПСИХО-ДИАГНОСТИЧЕСКИХ МЕТОДОВ В ИССЛЕДОВАНИИ ПСИХОЛОГИЧЕСКИХ ОСОБЕННОСТЕЙ ПОТЕРПЕВШЕГО В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

Ю. Цимбал

*Национальная академия внутренних дел
пл. Соломянска 1, 03035 Киев*

Учитывая, что потерпевший является живым существом с комплексом личностных признаков, в том числе и психологических, влияющих на построение его процессуально-правовой позиции в уголовном процессе в статье рассмотрен механизм выявления указанных выше характеристик, которые в своем комплексе образуют психологический портрет пострадавшего. На основании проведенного практического исследования личности потерпевшего автором предложено использование психологических методик, результаты проведения которых необходимы для учета при осуществлении допроса потерпевшего с целью получения достоверных данных, при установке с ним психологического контакта, при проведении других судебно-следственных действий и формирование общей картины возможного поведения в уголовном процессе.

Ключевые слова: потерпевший, психологические характеристики потерпевшего, специальные психологические знания, уголовный процесс.

**APPLICATION OF PSYCHO-DIAGNOSTICAL METHODS
IN RESEARCH OF VICTIM'S PSYCHOLOGICAL
PECULIARITIES IN CRIMINAL PROCESS**

Yu. Tsymbal

*National Academy of Internal Affairs
Solomians'ka Str. 1, 03035 Kyiv, Ukraine*

Taking into consideration the fact that victim is a human-being with a set of individual features, including psychological, that influence his/her procedural position in the criminal process, the article highlights the mechanism of these characteristics revealing. On the basis of victim personality practical research, the author proposes to use a set of psychological methods, which give credible data about the victim during investigation and pre-trial inquiry.

Key words: victim, victim's psychological characteristics, special psychological knowledge, criminal process.

Стаття надійшла до редколегії: 20.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ПРАВОВА ПРИРОДА ТА ПРИЗНАЧЕННЯ FAVOR DEFENSIONIS У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Б. Яворський

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

Стаття присвячена дослідженню правової природи сприяння захисту (*favor defensionis*) у кримінальному судочинстві. Проаналізовано та з'ясовано роль цього інституту у забезпеченні процесуальних можливостей сторони захисту для відстоювання власної позиції у кримінально-процесуальному змаганні.

Ключові слова: сприяння захисту (*favor defensionis*), сторона захисту, сторона обвинувачення, змагальність.

Закріплення у Конституції України змагальності як однієї з основних засад судочинства дає підстави вважати її міжгалузевим принципом, оскільки за задумом законодавця вона повинна існувати в усіх видах судочинства – цивільному, господарському, адміністративному та кримінальному, однак у кожному з них вона проявляється по-різному.

Сучасний кримінальний процес розвивався з приватного обвинувачення, адже свого часу цивільне і кримінальне судочинство не розмежовувалось. Злочинне діяння розглядалося виключно як порушення права приватної особи, а обвинувачення вважалося звичайним позовом. Поступово найбільш небезпечні правопорушення – злочини перейшли до сфери кримінального судочинства, оскільки їхня суспільна небезпека не могла залишитися не поміченою суспільством та державою, що призвело до створення системи спеціально уповноважених органів, які володіють апаратом примусу для охорони законослухняних громадян від злочинних посягань та розкриття злочинів і викриття осіб, що їх вчинили. Крім того, суспільство “делегувало” державі в особі спеціально уповноважених органів право вирішувати питання про початок реагування на такі порушення закону – порушувати кримінальну справу та проводити її розслідування незалежно від розсуду, волі чи бажання особи, що безпосередньо потерпіла від злочину (виняток становлять справи приватного та приватно-публічного обвинувачення) чи будь-яких інших осіб. Тому, на відміну від цивільного, у кримінальний процес глибоко проникла публічна засада.

Класичне розуміння засади змагальності зобов'язує сторони діяти у протилежних напрямках. За таких умов сторона обвинувачення повинна встановлювати: а) подію злочину; б) винуватість особи; в) обставини, що обтяжують відповідальність; г) обставини, що характеризують обвинуваченого з негативного боку; д) обставини, що сприяли вчиненню злочину. Стороні захисту, на противагу обвинуваченню, потрібно встановлювати: а) обставини, що виключають злочин і покарання; б) обставини, що пом'якшують відповідальність; в) обставини, що характеризують обвинуваченого з позитивного боку. Однак цього не відбувається, оскільки закон, надаючи стороні обвинувачення владні повноваження для розслідування злочинів, одночасно покладає на неї обов'язок повного, всебічного і об'єктивного розслідування, тобто встановлювати обставини як “на користь обвинувачення”, так і “на користь захисту”. Р. В. Багдасаров з цього приводу відзначає: “Вимагати прагнення до об'єктивної істини законодавець вправі далеко не від усіх учасників судочинства, а тільки від органів кримінального переслідування, оскільки їх діяльність є головним джерелом руху

процесу, тільки вони володіють всіма можливостями державної влади. Вони у силу цієї вимоги володіють як обвинувальними, так і виправдувальними доказами. Протилежна сторона вправі не займатися їхнім пошуком, що не позбавляє її можливості скористатися цим правом. Очевидно, що такий порядок надає стороні захисту додаткові переваги.” [3, с. 15].

Все це спрямовано на захист і забезпечення публічних інтересів у сфері боротьби зі злочинністю, під якими розуміють державні інтереси, а також інтереси суспільства, більшість членів якого становлять законослухняні громадяни, зацікавлені, як і держава, у забезпеченні невідворотності відповідальності за вчинені злочини, у підтриманні правопорядку і безпеки [4, с. 38]. Поряд з цим не можна ігнорувати особистими інтересами учасників кримінального процесу, потребу в охороні їхніх матеріальних і процесуальних прав та законних інтересів. Ці два види інтересів однаково важливі і значимі, а тому, незважаючи на те, що “узгодження цих інтересів є найбільш складним завданням кримінально-процесуального законодавства” [22, с. 4], потрібно знайти компроміс між інтересами особи та публічними інтересами. Встановлення оптимального балансу приватних та публічних інтересів є запорукою справедливості кримінально-процесуального закону [1, с. 202; 4, с. 100]. Якщо ж компромісу не буде досягнуто, то у жертву будуть приноситися або особисті (приватні), або публічні інтереси, що є неприпустимо [2, с. 47].

Необхідно також пам’ятати, що кримінальне судочинство, на відміну від адміністративного, господарського і цивільного, ведеться не одним державним органом, а цілою їх системою – органами дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду, які наділені комплексом повноважень для виконання поставлених завдань. Частина з них (органи дізнання, досудового слідства та прокурор) належить до однієї зі сторін кримінального процесу – сторони обвинувачення. При цьому особа, що проводить дізнання, слідчий та прокурор діють від імені держави, наділяючись нею владними повноваженнями (порушувати та закривати кримінальну справу, проводити слідчі дії, застосовувати заходи процесуального примусу до обвинуваченого тощо). Така діяльність вважається державною, а обвинувачення – державним. Таким чином, суб’єктами кримінально-правових відносин фактично виступають особа, що вчинила злочин, та держава як виразник публічних інтересів в особі відповідних органів та посадових осіб.

Названі обставини не можуть не впливати на дію засади змагальності і, зокрема, такого її елемента, як процесуальна рівноправність сторін, чим зумовлюють суттєву різницю між засадою змагальності, наприклад, у цивільному судочинстві та кримінальному. Кримінальне судочинство слугує інструментом вирішення конфлікту між порушником кримінально-правової заборони та державою, що встановила таку заборону, і особа повинна виступати таким же суб’єктом кримінально-процесуальних відносин, як і держава. Поряд з цим, як слушно звертає увагу І.Ю. Гловацький, норми кримінально-процесуального права далекі від справедливості, у розумінні рівності прав суб’єктів правовідносин. Сили обвинувачення й захисту не перебувають в одній “ваговій категорії” [7, с. 108].

Зрозуміло, що той комплекс прав та можливостей, якими володіє сторона обвинувачення, є причиною того, що “... сторона обвинувачення знаходиться у переважаючому становищі порівняно зі стороною захисту” [12, с. 22]. Обвинувачений же знаходиться у завідомо гіршому становищі, ніж обвинувач у силу самого факту кримінального переслідування, адже, той хто нападає, завжди має перевагу. Особливо чітко це прослідковується у випадках, коли розслідування триває довгий час, а обвинувачений перебуває під вартою, оскільки відомо, що

суду психологічно набагато легше засудити і важче виправдати обвинуваченого, який роками перебував під вартою, ніж того, хто потрапив туди зовсім недавно [19, с. 77–78]. Європейський суд з прав людини також наголошує на вразливіму становищі осіб, які перебувають під вартою [16].

Ст.6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод передбачає принцип справедливості, який вимагає, щоб під час судового розгляду жодній із сторін не надавалось суттєвих переваг перед іншою. У своїх рішеннях Європейський суд з прав людини певним чином уточнює розуміння даного положення і констатує, що ст. 6 Конвенції стосується не тільки судового розгляду, а й досудового провадження [17]. Із ст.2 КПК також випливає рівнозначне ставлення законодавця як до обвинувальної, так і до захисної діяльності, а тому будь-яке домінування обвинувачення над захистом не можна визнати обґрунтованим [8, с. 214]. Через це постає цілком закономірне запитання: як досягнути процесуальної рівноправності сторін, одна з яких наділена владними повноваженнями (порушувати кримінальну справу, проводити розслідування, застосовувати заходи процесуального примусу тощо) і за рахунок цього перебуває у домінуючому становищі?

На проблему встановлення процесуальної рівноправності у кримінальному судочинстві вже неодноразово звертали увагу у літературі. Зокрема зазначали, що оскільки функція обвинувачення неодмінно детермінує функцію захисту, які вже протягом усього процесу повинні, змагаючись, співіснувати, то одразу ж виникає потреба забезпечення рівноправності цих функцій, щоб не допустити переваги однієї з них над іншою і обумовити таким чином неупередженість, всебічність та повноту дослідження фактичних даних у справі з метою досягнення істини, справедливого вирішення конфлікту [10, с. 17]. В іншому випадку результати змагання, побудованого на нерівності сторін і за нерівних умов його проведення для різних сторін, будуть далеко не об'єктивними [18, с. 40].

Зустрічаються і більш категоричні висловлювання щодо вказаної проблеми: “Змагальність передбачає рівні права у процесі доказування. Говорити про рівність сторін немає змісту, таких сторін у живій кримінальній справі просто не існує. Даремна спроба ставити знак рівності між настільки різними учасниками процесу, як прокурор і підсудний, слідчий і підозрюваний, обвинувачений. Ні про яку фактичну чи юридичну рівність не може бути й мови, коли з однієї сторони знаходиться представник державної влади, що подає суду докази винуватості, а з іншої – особа, чия доля в буквальному розумінні вирішується в результаті “судоговоріння”.” [20, с. 19].

В ідеалі рівноправність сторін повинна передбачати таке співвідношення їхніх прав щодо участі у відстоюванні своєї позиції у справі, за якого жодна з них не мала б виключних, таких, що належать тільки їй, прав для представлення і доказування аргументів на захист своєї позиції. За словами В. Случевського, рівноправність полягає у тому, що обвинувачення і захист отримують однакові законні засоби діяльності і жодна зі сторін не користується такими винятковими правами, якими не володіє інша. Можливо саме тому видатний науковець і вважав повну рівноправність ідеалом, якого прагнуть, але ніколи не досягають [23, с. 72].

Поряд з цим процесуальна рівноправність зовсім не вимагає наділення сторін однаковими правами та можливостями, як інколи відзначається у літературі [12, с. 22]. Однаковість прав у більшій мірі характерна для цивільного судочинства, хоча і тут існують винятки. Вид і об'єм прав кожного учасника залежить від його процесуального становища та завдання, яке перед ним стоїть. Так, дійсно, є права,

які можна і потрібно надавати двом сторонам, наприклад, право заявляти клопотання, виступати у судових дебатах тощо. Однак є ряд прав, якими за своєю природою може бути наділена тільки одна сторона, і це стосується не лише кримінального судочинства (наприклад, підсудний має право на останнє слово, а відмовитися від цивільного позову як у кримінальному судочинстві, так і у цивільному, вправі виключно цивільний позивач чи його представник і ніхто інший). Своєю чергою, протилежній стороні надаються права, яких немає у процесуального супротивника, і це дозволяє говорити про процесуальну рівноправність сторін. Ю.В. Дерішев слушно зауважив, що процесуальна рівноправність не завжди означає адекватність за об'ємом та характером прав сторін – вона передбачає рівні правові можливості у веденні спору і спростуванні позиції протилежної сторони [9, с. 51]. Тому наголос потрібно робити не на однакових, а на співмірних правах та можливостях.

У кримінальному процесі неможливо досягнути тієї рівноправності, яка має місце у його історичного попередника – цивільному процесі, однак, забезпечити процесуальну рівноправність сторін, коли урівноважується комплекс їхніх прав та можливостей для відстоювання власних тверджень і заперечення доводів протилежної сторони, цілком реально. Допоможе у цьому *favor defensionis*, що у перекладі з латинської означає сприяння захисту.

На необхідність існування у кримінальному процесі *favor defensionis*, хоча і не часто, але все ж зверталася увага науковцями, однак їхні висловлювання переважно обмежувалися тільки згадкою про дане правоположення. За словами Ю. Гармаєва, жоден тверезо мислячий юрист не буде заперечувати необхідність збереження за стороною захисту певних переваг стосовно сторони обвинувачення, що складають *favor defensionis* [5, с. 57]. А.В. Смірнов пише, що баланс сторін досягається за рахунок введення принципу переваг захисту, який допоможе захистити як від несподіванок, так і від тиску “державного пресу” сторону захисту [19, с. 106].

В. Случевський ще на початку ХХ ст. стверджував, що у судовому засіданні становище підсудного загалом є гіршим ніж обвинувача, тому виникає необхідність надати першому ряд процесуальних переваг, і за таких умов це є справою прямої справедливості [23, с. 75].

Ю.І. Стецовський відзначає: “для того, щоб рівність прав учасників судового розгляду не була формальністю, закон надає підсудному деякі додаткові права і засоби, які у процесуальній теорії отримали назву *favor defensionis* (сприяння захисту)” [21, с. 87]. Є.О. Карякін також стверджує, що правило сприяння захисту було відоме ще з часів римського права, і полягає в тому, що сторони захисту надаються певні додаткові процесуальні засоби, за допомогою яких вона відстоює перед судом свою позицію [11, с. 74].

За словами І.І. Когутича, *favor defensionis* означає сприяння захисту з метою локалізації переваг обвинувачення над захистом і покликане забезпечити рівноправність сторін перед судом [13, с. 102].

Ю.В. Дерішев про правила сприяння захисту висловлюється наступним чином: “Положення римського права *favor defensionis*, призначене забезпечити рівність сторін перед судом за рахунок сприяння захисту, у сучасному російському кримінальному процесі є не тільки актуальним, але й реально може діяти. Стороні захисту надані додаткові процесуальні засоби, що нівелюють переважаюче становище публічної сторони обвинувачення (наприклад, перекладення тягаря спростування доводів захисту на сторону обвинувачення).” [9, с. 34].

У своїй праці А.І. Макаркін відзначає, що у сучасному кримінальному процесі принцип переваги захисту сприяє зміцненню функціональної рівності сторін і спрямований на задоволення обґрунтованих матеріально-правових претензій, тобто на встановлення істини [15, с. 56–57]. А Л.Б. Ісмаїлова у дисертаційному дослідженні наголошує: “Порушення правила *favor defensionis* (переваги захисту), у тому числі презумпції невинуватості (покладання тягаря доведення на обвинуваченого), є порушенням принципу рівності сторін.” [10, с. 56].

Не вдаючись до детального аналізу наведених вище висловлювань науковців щодо поняття та змісту *favor defensionis*, оскільки у даній статті це не ставилося за мету, видається, що є всі підстави загалом погодитися з даними твердженнями, адже, для того, щоб певним чином стримати владні можливості держави та забезпечити процесуальну рівноправність сторін, кримінально-процесуальний закон повинен надавати стороні захисту свого роду певне “сприяння”, яке у теорії кримінального процесу отримало назву *favor defensionis*. Його завданням є “компенсувати” менші процесуальні можливості сторони, що захищається, дозволити їй змагатися зі стороною, яка представляє інтереси держави, і відстоювати свою позицію у такому змаганні. Безперечно, наділення обвинуваченого такими додатковими засобами не створює повного фактичного урівняння з обвинувачем. Але даний інститут відіграє важливе значення з точки зору забезпечення процесуальної рівноправності сторін [14, с. 104]. Саме завдяки *favor defensionis* можливе успішне функціонування такої важливої засади судочинства як змагальність сторін та правильна побудова кримінального процесу загалом.

1. Аширова Л.М. Проблемы реализации принципа справедливости в уголовном судопроизводстве : дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Аширова Луиза Мунавировна. – Уфа, 2006. – 261 с.
2. Багаутдинов Ф.Н. Публичные и личные интересы в российском уголовном судопроизводстве и гарантии их обеспечения на предварительном следствии: дисс.... д-ра юрид. наук : 12.00.09 / Багаутдинов Флер Нуретдинович. – М. : РГБ, 2005. – 498 с.
3. Багдасаров Р.В. Принцип состязательности в уголовном процессе России и странах Европейского союза / Р.В. Багдасаров. – М. : Издательство “Юрлитинформ”, 2008. – 216 с.
4. Васильев Л. М. Презумпция невиновности обвиняемого в истории российского права: монография / Л. М. Васильев. – Волгоград : Издательство Волгоградского института экономики, социологии и права, 2003. – 248 с.
5. Гармаев Ю. П. Незаконная деятельность адвокатов в уголовном судопроизводстве / Ю.П. Гармаев. – М. : Экзамен, 2005. – 512 с.
6. Глинська Н. В. Завдання сучасного кримінального судочинства / Н.В. Глинська // Тези доповідей та повідомлень науково-практичної конференції [“Засади кримінального судочинства та їх реалізація в законотворчій і правозастосовчій діяльності”], (3 квітня 2009 року, Київ). Видання присвячене пам’яті професора А.Я. Дубинського. – К. : Атіка, 2009. – С.100 – 101.
7. Гловацький І.Ю. Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесі: навчальний посібник / І.Ю. Гловацький. – К. : Атіка, 2003. – 352 с.
8. Горбунов О.А. Противодействие осуществлению законной деятельности адвоката-защитника / О. А. Горбунов // Вестник Воронежского государственного университета. – 2006. – №2. – С. 212 – 217.
9. Деришев Ю.В. Проблемы равноправия сторон в досудебном производстве по уголовным делам: монография / Ю.В. Деришев, М.Э. Романовский. – Омск : Ом. юрид. ин-т., 2007. – 150 с.

10. Ісмаїлова Л.Б. Процесуальні та етико-психологічні питання забезпечення рівності сторін в кримінальному судочинстві України: дис.... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Ісмаїлова Лілія Бекташівна. – К., 2007. – 216 с.
11. Карякин Е.А. Реализация принципа состязательности в уголовном судопроизводстве (вопросы теории и практики): монография / Е.А. Карякин. – Оренбург : ГОУ ОГУ, 2005. – 98 с.
12. Ковальчук С. В. Здійснення захисту у кримінальних справах на засадах змагальності та диспозитивності: дис.... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Ковальчук Сергій Олександрович. – Івано-Франківськ, 2007. – 226 с.
13. Когутич І.І. Криміналістичні знання, їх сутність і потреба розширення меж використання: монографія / І.І. Когутич. – Львів : Тріада плюс, 2008. – 420 с.
14. Лотыш Т.А. Проблемы гарантий принципа состязательности в уголовном судопроизводстве / Т.А. Лотыш // Государство и право. – 2002. – №6. – С. 104 – 109.
15. Макаркин А.И. Состязательность на предварительном следствии / А.И. Макаркин; науч. ред. доктор юрид. наук, профессор В. В. Вандышев. – С.-Пб. : Издательство “Юридический центр Пресс”, 2004. – 265 с.
16. Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Berktaş v. Turkey ” від 1 березня 2000р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.echr.coe.int>.
17. Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Шабельник проти України” від 19 лютого 2009 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www//ovu.com.ua/>.
18. Слинько С.В. Судебное производство по уголовным делам: учебное пособие / С.В. Слинько. – Харьков: Арсис, 2002. – 384 с.
19. Смирнов А. В. Модели уголовного процесса / А.В. Смирнов. – Спб.: Наука, 2000. – 222 с.
20. Состязательность и равноправие сторон в уголовном судопроизводстве: учебное пособие / Т.Т. Алиев, Н.А. Громов, Л.М. Зейналова, Н.А. Лукичев. – М. : Приор-издат, 2003. – 112 с.
21. Стецовский Ю.И. Уголовно-процесуальная деятельность защитника / Ю. И. Стецовский. – М. : Юридическая литература, 1982. – 173 с.
22. Тальберг Д.Г. Русское уголовное судопроизводство: пособие к лекциям: в 2-х тт. / Д.Г. Тальберг. – Киев, 1889. – Т.1. – 318 с.
23. Учебник русского уголовного процесса. Судостроительство – судопроизводство / Под ред. Вл. Случевского. – [издание третье, переделанное и дополненное]. – С.–Петербург : Типография М. М. Стасюлевича, Вас.остр., 5 – я лин., 28, 1910. – 664 с.

**ПРАВОВАЯ ПРИРОДА
И НАЗНАЧЕНИЕ FAVOR DEFENSIONIS
В КРИМИНАЛЬНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ**

Б. Яворский

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

Статья посвящена исследованию правовой природы содействия защите (favor defensionis) в уголовном судопроизводстве. Проанализировано и выяснено роль этого института в обеспечении процессуальных возможностей стороны защиты для отстаивания собственной позиции в уголовно-процессуальном состязании.

Ключевые слова: содействие защите (favor defensionis), сторона защиты, сторона обвинения, состязательность.

**LEGAL NATURE AND ROLE OF FAVOR DEFENSIONIS IN
CRIMINAL JUSTICE PROCESS**

B. Yavors'kyi

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

The article is dedicated to the research of legal nature of defence favor (favor defensionis) in criminal justice. Role of this institute in procedural possibilities providing for the defence party to assert his own views, is analyzed and clarified.

Key words: defence favor (favor defensionis), party for the defence, party for the prosecution, adversary proceedings.

Стаття надійшла до редколегії: 11.04.2011

Прийнята до друку: 27.04.2011

ЗМІСТ

ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Ю. Дмитрієнко

ПРИРОДА МАНІПУЛЮВАННЯ УКРАЇНСЬКОЮ
ПРАВОВОЮ СВІДОМІСТЮ ЗА ДОПОМОГОЮ ІНФОРМАЦІЙНОЇ СИСТЕМИ 3

З. Добощ

ІДЕЯ СПРАВЕДЛИВОСТІ У ПРАВОВІЙ ДУМЦІ СТАРОДАВНЬОГО СХОДУ 9

В. Косович

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО ЯК ЗАСІБ ВДОСКОНАЛЕННЯ
НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ УКРАЇНИ..... 16

С. Цебенко

ПРОБЛЕМАТИКА ПРАВ ЛЮДИНИ
В ДОКУМЕНТАХ ВСЕСВІТНЬОЇ РАДИ ЦЕРКОВ 29

ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Т. Андрусак

СТАРУХИ: ТРИ ПОКОЛІННЯ
ПРЕДСТАВНИКІВ УКРАЇНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ ДУМКИ В ГАЛИЧИНІ 36

М. Бедрій

СИСТЕМА УКРАЇНСЬКОГО ЗВИЧАЄВОГО ПРАВА:
ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ 45

Н. Гриб

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОСНОВНИХ ПРАВ ГРОМАДЯН
ЗА АВСТРІЙСЬКОЮ КОНСТИТУЦІЄЮ 1867 Р. 52

Ю. Дмитришин

ОРГАНІЗАЦІЯ МІСЬКОГО САМОВРЯДУВАННЯ
ЗА ХЕЛМІНСЬКИМ ПРАВОМ..... 61

К Марисюк

МАЙНОВІ ПОКАРАННЯ У ОСНОВАХ КРИМІНАЛЬНОГО
ЗАКОНОДАВСТВА СОЮЗУ РСР ТА СОЮЗНИХ РЕСПУБЛІК 1958 Р..... 68

Х. Моряк-Протопопова

КРАЙОВА ШКІЛЬНА РАДА У ГАЛИЧИНІ: ПОВНОВАЖЕННЯ,
СТРУКТУРА І ВПЛИВ НА РОЗВИТОК ШКІЛЬНИЦТВА у 1867–1918 рр..... 73

О. Ригіна

США: ВИЗНАЧЕННЯ МІСЦЯ ПРОЖИВАННЯ ДИТИНИ
ПІСЛЯ РОЗІРВАННЯ ШЛЮБУ ЇЇ БАТЬКІВ (ІСТОРІЯ РОЗВИТКУ ПРОБЛЕМИ)..... 81

Г. Федущак-Паславська

ДЖЕРЕЛА ТА ОСНОВНІ РИСИ
ПРИВАТНОГО ПРАВА У ЄВРОПІ ПЕРІОДУ СЕРЕДНЬОВІЧЧЯ 89

Н. Худоба

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА АВСТРІЙСЬКОГО ДІЛОВОДСТВА
В АДМІНІСТРАТИВНИХ УСТАНОВАХ ГАЛИЧИНИ (1772–1918 РР.)..... 97

Р. Шандра

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН
У СЕЛАХ ВОЛОСЬКОГО ПРАВА ГАЛИЧИНИ (XIV-XVIII СТ.) 105

О. Якимець

ВИНИКНЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ЮСТИЦІЇ В НІМЕЧЧИНІ..... 117

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

В. Божко

АНАЛІЗ СПІВВІДНОШЕННЯ ЗМІСТУ ТЕРМІНІВ “ЗАСАДА” І “ПРИНЦИП”
КРИЗЬ ПРИЗМУ ПРАВОВИХ ПОЗИЦІЙ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ 124

В. Кобрин

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС ПРЕМ'ЄР-МІНІСТРА ЯПОНІЇ..... 133

О. Копиленко, І.Демченко

СИСТЕМА ДЖЕРЕЛ ЄВРОПЕЙСЬКИХ
ПРАВОВИХ СТАНДАРТІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ 139

Р. Мартинюк

ВЗАЄМОДІЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ
З ВЕРХОВОЮ РАДОЮ УКРАЇНИ В КОНТЕКСТІ ПРИНЦИПУ ПОДІЛУ ВЛАДИ..... 146

М. Рєзнєва

НЕЗАЛЕЖНІСТЬ КОСОВО ТА ПРОБЛЕМА ВИЗНАННЯ..... 153

АДМІНІСТРАТИВНЕ І ФІНАНСОВЕ ПРАВО

І.Затираха

ІНСТАНЦІЙНА ПІДСУДНІСТЬ СПРАВ АДМІНІСТРАТИВНИМ СУДАМ 159

О. Льницький

ВИКОНАННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ У СПРАВАХ АДМІНІСТРАТИВНОЇ
ЮРИСДИКЦІЇ: ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЗАГАЛЬНИХ ПОЛОЖЕНЬ 166

Х. Кім

ГОЛОВА СУДУ ЯК СУБ'ЄКТ ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ 173

Т. Криса

ПІДСУДНІСТЬ АДМІНІСТРАТИВНИХ СПРАВ,
ЩО ПОВ'ЯЗАНІ З ВИБОРЧИМ ПРОЦЕСОМ 180

Н. Хлібороб

СУБ'ЄКТ ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ
ЯК СТОРОНА У ПУБЛІЧНО-ПРАВОВОМУ СПОРІ:
ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРИКЛАДНІ ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ 188

ЦИВІЛЬНЕ, ГОСПОДАРСЬКЕ ТА ЦИВІЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

Ю.Гладьо

ВНЕСЕННЯ МАЙНОВОГО ПРАВА ВИМОГИ
ЯК ВКЛАД ДО СТАТУТНОГО КАПІТАЛУ ТОВАРИСТВА 194

М. Долинська

НОТАРІУС ЯК СУБ'ЄКТ ПЕРВИННОГО ФІНАНСОВОГО МОНИТОРИНГУ. 202

М. Дякович

ЗАПОВІТ ПОДРУЖЖЯ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ 209

Н. Заяць

ОСОБЛИВОСТІ СТРУКТУРНИХ ЗМІН В СИСТЕМІ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА УКРАЇНИ В ЧАСТИНІ КАСАЦІЙНОГО ПЕРЕГЛЯДУ СПРАВИ	217
--	-----

Н. Квіт

УНІФІКАЦІЯ ПОНЯТТЄВОГО АПАРАТУ ВІДНОСИН ІПОТЕЧНОГО КРЕДИТУВАННЯ	224
--	-----

Р. Лемик

ЗАВДАННЯ І ФОРМИ УЧАСТІ ПРОКУРОРА В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ	232
--	-----

К. Поляник

ВИЗНАННЯ ПРАВочИНУ КУПІВЛІ – ПРОДАЖУ НЕРУХОМОСТІ НЕДІЙСНИМ	239
--	-----

І. Рубець

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПОСМЕРТНИХ РЕПРОДУКТИВНИХ ПРОГРАМ	245
---	-----

Л. Саванець

ПРАВОВА ПРИРОДА БЕЗДОКУМЕНТАРНИХ ЦІННИХ ПАПЕРІВ	253
---	-----

ТРУДОВЕ ПРАВО ТА ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ**В. Гураш**

СУБСИДІАРНЕ ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ ДО ТРУДОВИХ ВІДНОСИН НАЙМАНОЇ ПРАЦІ	260
---	-----

О. Кім

МІСЦЕ АКТИВ ОРГАНІВ СУДОВОЇ ВЛАДИ У СИСТЕМІ ДЖЕРЕЛ СУЧАСНОГО ТРУДОВОГО ПРАВА	267
---	-----

Г. Чернявська

ВИДИ ПРОЦЕДУРНИХ ПРАВОВІДНОСИН У СФЕРІ СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ НА ВИПАДОК БЕЗРОБІТТЯ	274
--	-----

ЗЕМЕЛЬНЕ ТА АГРАРНЕ ПРАВО**Н. Гавриш**

ПРАВОВІ АСПЕКТИ ОХОРОНИ ҐРУНТІВ УКРАЇНИ ВІД ДЕГРАДАЦІЇ	284
--	-----

М. Кравчук

ІНСТИТУТ ДЕРЖАВНОГО КОНТРОЛЮ В СІЛЬСЬКОМУ ГОСПОДАРСТВІ УКРАЇНИ: ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА	291
--	-----

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ**Н. Антонюк**

ПОНЯТТЯ “ПРОНИКНЕННЯ” ПРИ ДИФЕРЕНЦІАЦІЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ВИКРАДЕННЯ	299
---	-----

Р. Боднарчук

ДОСВІД ДЕРЖАВ-УЧАСНИЦЬ СНД У БОРОТБІ ЗІ ЗНИЩЕННЯМ АБО ПОШКОДЖЕННЯ МАЙНА	306
--	-----

А. Бойко

НЕДОЛІКИ СИСТЕМИ ПРАВОСУДДЯ У СТРУКТУРІ ДЕТЕРМІНАЦІЇ КОРУПЦІЇ В УКРАЇНІ	318
--	-----

Л. Брлич

СПІВВІДНОШЕННЯ СКЛАДІВ ВІЙСЬКОВИХ ЗЛОЧИНІВ ЗІ СКЛАДАМИ
ЗЛОЧИНІВ, ЩО МАЮТЬ З НИМИ ТОТОЖНІ ЗА ЗМІСТОМ ОЗНАКИ 323

В. Бурдін

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ АМНІСТІЇ В УКРАЇНІ 335

Р. Драгоун

РЕГУЛЮВАННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПОКАРАНЬ
ЗА КОРУПЦІЙНУ ДІЯЛЬНІСТЬ В ЧЕСЬКІЙ РЕСПУБЛІЦІ 342

О. Кондра

СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНЕ ДІЯННЯ У СТ. 232-1 КК УКРАЇНИ
“НЕЗАКОННЕ ВИКОРИСТАННЯ ІНСАЙДЕРСЬКОЇ ІНФОРМАЦІЇ” 349

Я. Остапик

НЕПОВІДОМЛЕННЯ ПРО ЗЛОЧИН:
ПОЗИТИВИ ТА НЕГАТИВИ ДЕКРИМІНАЛІЗАЦІЇ ДІЯННЯ 361

Є. Письменський

ТЕОРЕТИКО-ПРИКЛАДНІ ПРОБЛЕМИ
ВИЗНАЧЕННЯ ПІДСТАВИ ЗАСТОСУВАННЯ
ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ВІДБУВАННЯ ПОКАРАННЯ З ВИПРОБУВАННЯМ 366

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА**І. Козутич**

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ФЕНОМЕНУ “ЗЛОЧИН”
В ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИЦІ ПРОФЕСІЙНОГО ЗАХИСТУ 375

В. Луцик

ФУНКЦІЇ ПРОКУРОРА НА ДОСУДОВИХ СТАДІЯХ
КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА УКРАЇНИ 380

Ю. Цимбал

ВИКОРИСТАННЯ ПСИХО–ДІАГНОСТИЧНИХ
МЕТОДІВ У ДОСЛІДЖЕННІ ПСИХОЛОГІЧНИХ
ОСОБЛИВОСТЕЙ ПОТЕРПІЛОГО У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ 387

Б. Яворський

ПРАВОВА ПРИРОДА ТА ПРИЗНАЧЕННЯ
FAVOR DEFENSIONIS У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ 394

CONTENTS

GENERAL THEORY OF LAW AND THE STATE

Yu. Dmytrijenko

NATURE OF UKRAINIAN LEGAL CONSCIENCE MANIPULATION
WITH THE AID OF INFORMATION SYSTEM.....3

Z. Dobosh

IDEA OF JUSTICE IN THE ANCIENT EAST LEGAL THOUGHT9

V. Kosovych

INTERNATIONAL LAW AS MEANS
OF NORMATIVE-LEGAL ACTS OF UKRAINE IMPROVEMENT 16

S. Tsebenko

HUMAN RIGHTS ISSUES IN THE DOCUMENTS OF CHURCHES' WORLD COUNCIL.....29

HISTORY OF THE STATE AND LAW

T. Andrusiak

THE STARUHIES: THREE GENERATIONS
OF UKRAINIAN LEGAL THOUGHT REPRESENTATIVES IN GALYCHYNA 36

M. Bedriy

SYSTEM OF UKRAINIAN CUSTOM LAW:
HISTORICO-LEGAL ASPECT45

N. Gryb

BASIC CITIZENS' RIGHTS LEGAL REGULATION
UNDER THE 1867 AUSTRIAN CONSTITUTION..... 52

Yu. Dmytryshyn

LOCAL SELF-GOVERNMENT ORGANIZATION UNDER KHELMNO LAW 61

K. Marysyuk

PROPERTY PENALTIES FORESEEN
BY THE 1958 FUNDUMENTALS OF THE USSR
AND UNION REPUBLICS CRIMINAL LEGISLATION 68

H. Moriak-Protopopova

KRAJOVA SCHOOL COUNCIL
IN GALYCHYNA: POWERS, STRUCTURE
AND INFLUENCE ON SCHOOLING DEVELOPMENT (1867 – 1918) 73

O. Rygina

USA: CHILD'S DWELLING PLACE DETERMINATION
AFTER HIS/HER PARENTS' MARRIAGE DISSOLUTION: HISTORICAL ASPECTS 81

G. Feduschak-Paslavs'ka

SOURCES AND MAIN FEATURES
OF PRIVATE LAW IN MEDIEVAL EUROPE 89

N. Hudoba

GENERAL CHARACTERISTICS OF AUSTRIAN CLERICAL WORK
IN GALYCHYNA ADMINISTRATIVE INSTITUTIONS (1772–1918)97

R. Shandra

LEGAL REGULATION OF CIVIL RELATIONS IN GALYCHYNA VILLAGES UNDER WALLACHIAN LAW (XIV-XVIII CENT.)	105
---	-----

O. Yakymets'

ORIGIN OF ADMINISTRATIVE JUSTICE IN GERMANY	117
---	-----

CONSTITUTIONAL LAW**V. Bozhko**

“FOUNDATION” AND “PRINCIPLE” CONTENT CORRELATION THROUGH THE PRISM OF LEGAL POSITIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE.....	124
---	-----

V. Kobryn

CONSTITUTIONAL AND LEGAL STATUS OF PRIME MINISTER OF JAPAN	133
--	-----

O. Kopylenko, I. Demchenko

SYSTEM OF SOURCES OF LOCAL SELF-GOVERNMENT EUROPEAN LEGAL STANDARDS.....	139
---	-----

R. Martyniuk

CORRELATION BETWEEN THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE AND THE SUPREME COUNCIL OF UKRAINE IN THE CONTEXT OF POWER DIVISION PRINCIPLE	146
---	-----

M. Rezneva

INDEPENDENCE OF KOSOVO AND ITS RECOGNITION ISSUES.....	153
--	-----

ADMINISTRATIVE AND FINANCIAL LAW**I. Zatyraha**

ADMINISTRATIVE COURTS INSTANCE JURISDICTION	159
---	-----

O. Il'nyts'kyi

COURT DECISIONS ENFORCEMENT IN CASES OF ADMINISTRATIVE JURISDICTION: SOME ISSUES OF GENERAL PROVISIONS	166
---	-----

H. Kit

CHIEF OF THE COURT AS SUBJECT OF AUTHORITATIVE POWERS.....	173
--	-----

T. Krysa

JURISDICTION OF ADMINISTRATIVE CASES CONNECTED WITH ELECTORAL PROCESS.....	180
---	-----

N. Hliborob

SUBJECT OF AUTHORITATIVE POWERS AS A PARTY TO A PUBLIC DISPUTE: THEORITICAL AND PRACTICAL ISSUES	188
---	-----

CIVIL, COMMERCIAL LAW AND LAW OF CIVIL PROCEDURE**Yu. Gladjo**

INTRODUCTION OF (PROPERTY) INCORPOREAL RIGHT AS DEPOSITION TO PARTNERSHIP'S AUTHORIZED CAPITAL.....	194
--	-----

M. Dolyns'ka

NOTARY AS SUBJECT OF INITIAL FINANCIAL MONITORING	202
---	-----

<i>M. Diakovych</i> MARRIEDS' WILL: ISSUES OF THEORY AND PRACTICE	209
<i>N. Zajats'</i> PECULIARITIES OF STRUCTURAL CHANGES IN THE SYSTEM OF CIVIL JUSTICE OF UKRAINE ON CASSATION CASES REVIEW	217
<i>N. Kvit</i> UNIFICATION OF NOTION APPARATUS OF MORTGAGE CREDITING RELATIONS	224
<i>R. Lemyk</i> AIMS AND FORMS OF PROSECUTOR'S PARTICIPATION IN CIVIL PROCESS	232
<i>K. Polianyuk</i> INVALIDATION OF REALTY PURCHASE AND SALE AGREEMENT	239
<i>I. Rubets'</i> ISSUES OF LEGAL REGULATION OF POST-MORTEM REPRODUCTIVE PROGRAMMES	245
<i>L. Savanets'</i> LEGAL NATURE OF UNCERTIFICATED SECURITIES	253

LABOUR AND SOCIAL SECURITY LAW

<i>V. Gurash</i> SUBSIDIARY APPLICATION OF CIVIL LAW NORMS OF UKRAINE TO EMPLOYMENT RELATIONS	260
<i>O. Kit</i> PLACE OF JUDICIAL BODIES' ACTS IN THE SYSTEM OF CURRENT LABOUR LAW SOURCES	267
<i>G. Cherniavs'ka</i> KINDS OF PROCEDURAL LEGAL RELATIONS IN THE SPHERE OF SOCIAL SECURITY IN CASE OF UNEMPLOYMENT	274

LAND AND AGRARIAN LAW

<i>N. Gavrysh</i> LEGAL ASPECTS OF SOILS PROTECTION FROM DEGRADATION	284
<i>M. Kravchuk</i> STATE CONTROL INSTITUTE IN AGRICULTURE OF UKRAINE: GENERAL CHARACTERISTICS	291

CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY

<i>N. Antonjuk</i> "ENTERING" NOTION DURING LIABILITY FOR STEALING DIFFERENTIATION	299
<i>R. Bodnarchuk</i> EXPERIENCE OF CIS STATE-PARTICIPANTS IN FIGHTING AGAINST PROPERTY DESTRUCTION OR DAMAGE	306

A. Boiko

SHORTCOMINGS OF THE SYSTEM OF JUSTICE IN THE SCOPE OF CORRUPTION DETERMINATION IN UKRAINE.....	318
---	-----

L. Brych

CORRELATION OF MILITARY CRIMES CORPORA DELICTI WITH CORPORA DELICTI THAT CONTAIN IDENTICAL SIGNS.....	323
--	-----

V. Burdin

SOME ISSUES OF AMNESTY APPLICATION IN UKRAINE.....	335
--	-----

R. Dragoun

REGULATION OF CRIMINAL SANCTIONS FOR CORRUPT PRACTICE IN THE CZECH REPUBLIC.....	342
---	-----

O. Kondra

SOCIALLY DANGEROUS ACTION UNDER ART. 232-1 OF THE CC OF UKRAINE “ILLEGAL use of INSIDE INFORMATON”.....	349
--	-----

Ya. Ostapyk

FAILURE TO INFORM OF A CRIME: POSITIVE AND NEGATIVE SIDES OF ACTION DECRIMINALIZATION.....	361
---	-----

Je. Pys'mens'kyi

THEORITICAL AND PRACTICAL ISSUES OF GROUND DETERMINATION FOR DISCHARGE OF SERVING ONE'S SENTENCE WITH PROBATION.....	366
---	-----

LAW OF CRIMINAL PROCEDURE AND CRIMINALISTICS**I. Kogutych**

SOME ASPECTS OF “CRIME” PHENOMENON IN THE THEORY AND PRACTICE OF PROFESSIONAL DEFENCE.....	375
---	-----

V. Lutsyk

PROSECUTOR'S FUNCTIONS ON THE PRE-TRIAL STAGES OF CRIMINAL JUSTICE PROCESS OF UKRAINE.....	380
---	-----

Yu. Tsymbal

APPLICATION OF PSYCHO-DIAGNOSTICAL METHODS IN RESEARCH OF VICTIM'S PSYCHOLOGICAL PECULIARITIES IN CRIMINAL PROCESS.....	387
---	-----

B. Yavors'kyi

LEGAL NATURE AND ROLE OF FAVOR DEFENSIONIS IN CRIMINAL JUSTICE PROCESS.....	394
--	-----

