

ЛЬВІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
імені ІВАНА ФРАНКА
ЮРИДИЧНИЙ ФАКУЛЬТЕТ

ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ
І ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ
В УКРАЇНІ

Матеріали XIII регіональної
науково-практичної конференції

(8-9 лютого 2007 р.)

Львів 2007

У збірнику представлено стислий виклад доповідей і повідомлень, поданих на XIII регіональну науково-практичну конференцію "Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні", яка буде проводитись на базі юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка 8-9 лютого 2007 року. Тези доповідей і повідомлень подані в авторському варіанті.

Матеріали доповідей та повідомлень представлені викладачами й аспірантами вищих навчальних закладів України, Республіки Білорусь, Російської Федерації, Грузії та Республіки Польщі, що засвідчує прагнення до співпраці юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка з іншими юридичними навчальними закладами.

Редакційна колегія:

- доц. А.М. Бойко,
- доц. В.М. Бурдін (відп. секретар),
- проф. П.М. Рабінович (голова),
- проф. В.М. Коссак,
- проф. В.Т. Нор,
- проф. П.Д. Пилипенко,
- доц. Л.В. Бориславський,
- проф. Б.Й. Тищик

Наукове редагування:

- доц. В.М. Бурдін

Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали XIII регіональної науково-практичної конференції. 8-9 лютого 2007 р. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2007. – 629 с.

СЕКЦІЯ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИХ НАУК

О ПРИМЕНЕНИИ ИНСТРУМЕНТАЛЬНОГО ПОДХОДА В ПРОЦЕССЕ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Белякова Е.

Белорусский государственный университет

В современной правовой науке распространяется понимание права как особого инструмента, который используется государством и обществом в целях активного преобразования общественных отношений и управления ими. Развитие науки и техники предопределяет возникновение новых видов общественных отношений в различных сферах человеческой жизнедеятельности, и соответственно, появление новых сфер правового регулирования. Государство, используя правовое регулирование и воздействие, не только фиксирует, но и развивает общественные отношения, для чего необходимо постоянное обновление и совершенствование норм права. Следовательно, система права должна соответствовать характеру постоянно изменяющихся общественных отношений (то есть предмету ее регулирования), задачам и целям их развития, в то же время обеспечивая определенную стабильность в целях упорядочения общественных отношений.

В процессе формирования и совершенствования правовых норм государство, прежде всего, исходит из существующих общественных отношений, создавая в целях их защиты и последующего развития нормы права, объединяющиеся в правовые институты и отрасли, классифицируемые по иным основаниям. Такое упорядочение правовых норм способствует эффективности, экономичности и удобству правового регулирования. С этих позиций необходимо отметить важность установления и поддержания иерархических связей и непротиворечивости в системе норм, институтов и отраслей права.

В то же время право несет большую информативную нагрузку, так как оно содержит информацию о должном и недопустимом поведении, определяя и направляя деятельность субъектов. От образа формулирования данной информации и формы ее доведения до адресата зависит отношение субъектов к правовым нормам и, в конечном итоге, эффективность правового регулирования. Результативность реализации права в свою очередь является одним из важнейших показателей действенности как инструмента по упорядочению общественных отношений. В рамках рассматриваемого подхода к праву необходимо исследовать качество форм выражения права безотносительно к конкретному его содержанию. Следует остановиться на объеме нормативного массива, который включает в себя нормы, институты и отрасли права. Естественно, что появление новых видов общественных отношений и их развитие влечет за собой создание новых правовых норм и, обычно, увеличение числа нормативных правовых актов. Считаем, что на сегодняшний день существует объективная необходимость в уменьшении общего количества нормативных правовых актов, но не только путем отмены устаревших, но при этом все еще продолжающих действовать актов законодательства.

Отдельное внимание следует уделить системным (в том числе иерархическим) связям в системе законодательства. Данные связи определяются важностью общественных отношений, подлежащих правовому регулированию, а также компетенцией правотворческих органов. В ходе правотворческого процесса недопустим выход нормотворческого органа за пределы своей компетенции, так как это влечет (или может повлечь), во-первых, вторжение в сферу компетенции иного органа (должностного лица), как вышестоящего, так и осуществляющего свою деятельность в иной сфере общественных отношений; во-вторых, дублирование издаваемых норм на различных уровнях правового регулирования, что не может не сказаться на качестве нормативного массива в целом, его объеме и иерархических связях; в-третьих, создаст определенного рода трудности в процессе применения соответствующих норм права. Субъекты права зачастую не могут определить, какой нормативный правовой акт должен быть положен в основу принимаемого ими решения, а это ведет к уменьшению эффективности управленческой деятельности и регулирования общественных отношений в целом.

На наш взгляд, следует более детализировать компетенцию органов (должностных лиц), управомоченных создавать правовые нормы. Для этого необходим анализ актов законодательства, устанавливающих рамки компетенции данных органов, на предмет наличия дублирования либо противоречия их полномочий. В случае обнаружения таких несоответствий следует установить четкое разграничение комплексной и отраслевой, ведомственной и локальной компетенции. Это поможет выстроить иерархические связи в системе актов законодательства, «очистить» нормативный массив от дублирующих друг друга норм и актов, облегчит правоприменительную деятельность. Кроме того, в процессе установления иерархии нормативных правовых актов должна быть однозначно закреплена их юридическая сила в зависимости от вида акта и органа (должностного лица), его принявшего.

Еще одним инструментом повышения качества законодательства является его систематизация, особенно в форме кодификации. **Кодификация** (в соответствии со ст.1 Закона Республики Беларусь от 10 января 2000 г. «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь 2002, №7.- 2004 г., № 175) представляет собой «вид систематизации нормативных правовых актов, сопровождающейся переработкой установленного ими содержания правового регулирования путем объединения нормативных правовых актов в единый нормативный правовой акт, содержащий систематизированное изложение правовых предписаний, направленных на регулирование определенной области общественных отношений». Кодификация позволяет добиться высокой согласованности, логичности, взаимосвязанности, непротиворечивости правовых предписаний, соответствия норм новым условиям и потребностям общества. Кроме того, кодифицированные акты являются основой стабильности состояния в конкретной отрасли законодательства, обеспечивая прочные основы для уверенной деятельности субъектов права.

Систематизация в форме кодификации позволяет также избежать чрезмерной регламентации («заурегулированности») поведения субъектов общественных отношений, что очень важно в период формирования социально ориентированной рыночной экономики. Помимо этого, уменьшается число отсылочных актов, ведь кодифицированные акты являются актами непосредственного действия. Это значительно упрощает процесс реализации норм права в деятельности субъектов правовых отношений.

В то же время наметившаяся тенденция к повсеместной кодификации имеет и некоторые негативные черты. Для того, чтобы быть кодифицированной, отдельная отрасль права должна быть «готова» к этому. Простое накопление норм и институтов, которые регулируют отдельную группу общественных отношений, еще не означает возможность проведения оптимальной кодификации в данной отрасли. Примером может служить неоднократное внесение изменений и дополнений в некоторые кодифицированные акты Республики Беларусь, которое происходит через короткий промежуток времени после вступления акта в законную силу. В таких случаях важным представляется анализ стабильности и динамики общественных отношений, регулируемых данной отраслью права, прогнозирование их развития и планирование нормотворческой деятельности, а также прогнозирование правовых последствий принятия того или иного правового акта, в том числе кодифицированного.

Таким образом, инструментальный подход к праву позволяет нам выделить основные направления совершенствования качества законодательства как сознательно используемого инструмента регулирования общественных отношений:

- уменьшение объема нормативного массива, проведение анализа законодательства на предмет действия нормативных правовых актов, не соответствующих современному состоянию регулируемых ими общественных отношений;
- четкое законодательное установление иерархии нормативных правовых актов, приведение их в единую согласованную систему, в том числе посредством разграничения компетенции нормотворческих органов (должностных лиц) и, в соответствии с этим, определения иерархии издаваемых (принимаемых) ими нормативных правовых актов;
- применение такого эффективного способа упорядочения нормативного массива и приведения его в целостную непротиворечивую систему, как кодификация, которая позволяет добиться высокой согласованности, логичности, взаимосвязанности, правовых предписаний, соответствия норм новым условиям и потребностям общества, а также стабильности состояния в конкретной отрасли законодательства.

СУДОВА ГЕРМЕНЕВТИКА – НОВИЙ НАПРЯМОК ДОСЛІДЖЕНЬ В ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

Бернюков А.

Львівський державний університет внутрішніх справ

Виникнувши як мистецтво інтерпретації природних явищ (Античний Світ) та допомагаючи вирішувати людству в своєму подальшому розвитку усі найнагальніші суспільні проблеми, наприклад, осягнення змісту Біблії (Середні Віки), герменевтика, зокрема зусиллями Ф. Шлейєрмахера, В. Дільтея, М. Хайдеггера, Г.-Г. Гадамера, П. Рікера, Р. Рорти – оформилась в потужний методологічний напрямок. На сьогоднішній день, ця філософська течія, як і раніше живе у самому ядрі процесу розв'язання найактуальніших питань, які найбільше хвилюють людство.

У кінці ХХ століття оголилася слабкість існуючих методів гуманітарної науки. Стало очевидним, що емпіричний позитивізм, що дотепер керував в цій галузі, навіть при одягненні його у метафізичну форму, був здатен лише на опис результату духовного буття без виявлення усієї структури, тому йому не підсилене завдання всеохоплюючого розуміння явищ без дослідження ірраціональної сфери. Офіційна доктрина спрямовуючи свої зусилля на перемогу однозначності раціональності, забула про головне своє призначення – пізнати увесь процес зародження, існування та розвитку соціальних феноменів. Обставини ускладнились появою нових викликів людству, не розв'язуваних старою методологією. Усе це призвело до того, що відбулася втрата кредиту та вичерпання виданих переваг епістемології позитивізму.

Почалася епоха глобальних інформаційних технологій, яка породивши кризис культури, створила умови для поступового знищення природної людської мови, в якій розчинені людські почуття. Сьогодні зростає роль об'єктивного типу знання та формальної логіки, які стирають індивідуальність, у зв'язку з чим, виникла масова утилітарна культура.

Нині ми переживаємо зміну парадигм, коли вже не можна до нових проблем підходити старими методами. І знову, як видається, прийшов час історичного звернення до філософії із запитаннями про вихід із теперішньої складної соціальної кризової ситуації, в якій ми опинились сьогодні. Філософський погляд на дійсність, будучи глибинним видом світоосмислення, завжди виявляв дороговкази для суспільства. Даний вид пізнання, якраз, і живе лише в неоднозначних людських питаннях, формуючи наш світогляд та визначаючи тим самим, світовідчуття і сприйняття буття.

Розв'язання проблеми суспільної невизначеності потрібно розпочинати з інтерпретації нашого сьогодення, осмислення якого визначить і пріоритети розвитку майбутнього. Таким чином, сучасна проблематика є за своєю природою, глибоко герменевтичною.

З поправкою на існуючу реальність, нам потрібно провести модернізацію, перегляд та ревізію існуючих підходів в гуманітарній сфері. Наразі, необхідне створення нової, універсальної та дієвої методології з врахуванням дійсних реалій часу. Це дозволить побудувати сучасну концепцію герменевтики, в основі якої має лежати теза про те, що розуміння – це гра уяви та розуму, в якій раціональність повинна використовуватися на вторинній стадії інтерпретації, як засіб шліфування отриманих результатів при первинному внутрішньому осягненні. При цьому слід пам'ятати, що єдиного, характерного специфічного «універсального методу» не існує. Герменевтика використовує все те, що є ефективним при розумінні, тлумаченні та застосуванні. Головним показником, тут виступає якість, а не кількість і різноманітність пізнавальних інструментів, наявної кількості яких, нині катастрофічно не вистачає, тому пошуки нових підходів тривають постійно. Оскільки, стиль дослідження визначає успіх процесу, потрібно вміти відчувати адекватність застосування методів відповідно до ситуації. Таким чином, герменевтика, пройшовши довгий історичний розвиток з оформленням в шлейєрхерівсько-дільтеєвський період в універсальний метод гуманітарної науки та, набувши онтологічного статусу завдяки філософській лінії Хайдеггер-Гадамер, нині увійшла в епоху нового переосмислення, викликаного відомими подіями сучасності.

Зрозуміти людину означає встановити те, що керувало нею при вчиненні тієї чи іншої дії, адже все що робиться особою, має свою внутрішню обумовленість. Однак, завжди відкрито бачиться лише те, що легко осягається, будучи на поверхні, саме тому, ми завжди сприймаємо те, що вважаємо за

необхідне, адже в кожного своя шкала цінностей. Як наслідок, інтерпретатор повинен бути тонкою, однак, принциповою натурою при здійсненні герменевтичного акту. Головним інструментом в цій процедурі виступає особиста творчо-інтелектуальна сила суб'єкта. Для розвитку даного мистецтва необхідно постійно отримувати досвід із власного життя.

Інтерпретація складається з наступних трьох послідовних циклів: 1) розуміння, яке виступає ядром цього процесу; 2) тлумачення, як узагальнююча діяльність з формування висновків першої стадії; 3) застосування у формі безпосереднього використання отриманих результатів попереднього етапу. Ця діяльність передбачає собою максимальне наближення предмету пізнання та інтерпретатора, оскільки в будь-якому контакті відбувається зустріч двох чужих горизонтів. При перехрещенні їх спостерігається точка спільності, тобто єдиного значення для обох суб'єктів, що дозволяє знаходити порозуміння. В цьому акті людина інтерпретує іншу: чужа суб'єктивність осмислюється крізь власне «Я». Останнє виступає як інтелектуально-особистісна характеристика особи, яка формує, створює, та визначає індивідуальність. В цій діяльності повністю відкривається усе єство людини: боротьба ведеться як з пізнаваням, так і з самим собою. За таких обставин, проявляється увесь справжній особистісний зміст (цінності, сила духу та розуму).

Значення – це сфера втілення змісту на тому чи іншому інтерпретаційному рівні осягнення поняття, тексту, культури, людини, історії тощо. Тому герменевтика юриспруденції працює на всіх цих ступенях, як наслідок, їй доводиться займатися змістами усієї правової реальності у різноманітності її проявів.

Оцінювання правом факту відбувається через юридичне мислення. Відповідно, існують два аспекти інтерпретації правової дійсності – когнітивний та нормативний. Юрист повинен «увійти» в текст закону, що в свою чергу, передбачає запуск механізму його правової свідомості.

Отже, з простого інструмента по витлумаченню текстів закону, юридична герменевтика перетворилася в надпотужний та складний, і в той же час, універсальний засіб інтерпретації будь-якої духовної людської діяльності в сфері юриспруденції. Цей вид унікальної методології особливо важливого та актуального значення набув в наш час кардинальних змін наукової парадигми. Сьогодні, юридична герменевтика, будучи присутньою в процесі інтерпретування правової реальності, допомагає вирішити проблемні питання та складні завдання даної галузі гуманітарного знання та пізнання.

Здійснення правосуддя крізь призму юридичної герменевтики розглядається як єдиний інтерпретаційний акт, що складається з наступних трьох основних частин: а) встановлення фактичних обставин справи; б) праворозуміння через осягнення права, необхідного для розв'язання справи; в) правотлумачення та правозастосування у формі юридичної кваліфікація з'ясованої фактичності, яка відбувається з погляду на результати попередніх двох стадій з метою досягнення істини, правди та справедливості.

Висновок про недопустимість відмови від принципу об'єктивної істини, як з'ясування справжніх обставин справи в судочинстві, напрошується сам по собі. Її з'ясування в переважній більшості випадків передбачає собою ретроспективний погляд судді у минулість. Відтворення предмета, що пізнається, повинно бути максимально таким, яким він існує незалежно і поза зміною свідомістю – нічого свого не повинно бути привнесено.

Оскільки істина завжди прихована, головне питання з'ясування факту полягає в тому, чи достатньо буде розглянуто доказів, як орієнтирів на шляху для її віднаходження. Однак, при цьому, судді слід також пам'ятати, що не всі такі дороговкази вказують на правильний рух до неї. Будь-яке знання, якщо воно правильно відбиває дійсність, є об'єктивно істинним, однак не кожне наближає до істинності в її пошуках. Прийти до істини, не заблукавши, – ось завдання, що стоїть перед судом.

Відтворена суддею фабула справи вказує на необхідний для застосування НПА, який, однак, повинен бути застосований в кореляції з ідеями юснатуралізму, моралі, існуючою суспільною думкою та наявною юридично реальністю.

Повне розуміння права та факту дозволяє розпочати процес прийняття рішення по справі. Дана діяльність полягає у правотлумаченні, як внутрішнього розв'язання судового спору-конфлікту, та правозастосуванні (зовнішнього об'єктивування вирішення) у формі юридичного оцінювання справи.

Змагальність судового процесу вказує на гру, як його онтологічну основу. За допомогою цієї філософської категорії відкривається сутнісний механізм правосуддя, що в подальшому дозволяє адекватніше здійснити детальне розкриття змісту судової інтерпретації.

В будь-якій грі існує ризик програшу, спроба ухилення від якого, – саме і «зачаровує» гравця. Потенційна небезпека невиграшу, яка закладена в змаганні завжди збуджує учасника.

Гра – це завжди змагання, принаймні двох суперників. Навіть там, де фактично відсутній прямий опонент, боротьба ведеться, принаймні, із самим з собою та самою грою.

Правосуддя як бій сторін-суперників, наповнюючись на старті неповторним моментом «серйозності» та чарівністю загадковістю семіотики судочинства, дуже часто перетворюється у звичайне безлике змагання. Подібне відбувається за рахунок того, що, поступово, гра стаючи самостійним суб'єктом та головним учасником судової битви, вже сама починає встановлювати свої правила з метою задоволення власних інтересів. В такому випадку, головне завдання судді полягає в тому, щоб не втратити контроль над розгортанням події у засіданні під дією магічного грального впливу.

Змістовним наповненням суддівської інтерпретації виступає юридичне мислення, як процес формулювання суджень судді. Центральним моментом даного процесу є судовий розсуд щодо вирішення справи, який беручи свій початок з глибинних ірраціональних пластів, остаточно реалізується в умовах зовнішньої реальності. За таких умов, вирішальна роль в утвердженні думки належить набутому знанню практики. Тому, слід відзначити безмежність соціального знання юридичного досвіду, що народжується бездонністю суб'єктивізму, детермінуючись сукупністю соціокультурних факторів і фіксуючись після об'єктивації з огляду на існуючу реальність, однак, повною мірою визначається універсальністю герменевтичного методу. Таким чином, особливості формування думки судді під час інтерпретаційного акту викликані специфікою самого процесу правосуддя.

Як відомо, не можна досягнути тотальної законодавчої регламентації усіх суспільних відносин, тому судова правотворча діяльність існуватиме завжди, однак, її творча потенція повинна обмежуватись лише вирішуваною справою, адже конкретизація права в його реалізації – це вже компетенція суду. Тому необхідно визнати, що судові рішення є певним прецедентом, джерелом та доктриною права! Однак, вони як і будь-який НПА, повинні постійно та динамічно перевірятися результатом наступною практикою.

Особливо цікавою, з погляду на важливість формування головної та остаточної вирішально-визначаючої думки судді та подальшу об'єктивацію «роботи» духу, бачиться завершальна частина відправлення правосуддя, головним змістом якої, за кінцевою процесуальною метою, виступає юридичне трактування факту на основі отриманих підсумків праворозуміння. В герменевтичному розрізі ця частина інтерпретаційної діяльності судді розглядається спочатку як з'ясування-для-себе, а потім – роз'яснення-для-інших.

Як правило, для вирішення справи судді слід виходити з одного основного юридичного складу, який пов'язує вишукуваний наслідок з певними правовими ознаками. Але завжди виявляється, що останні вимагають застосування інших, додаткових норм, тісно пов'язаних із центральними обставинами конфлікту. Тому в більшості випадків, лише повний комплекс усіх правових положень, які необхідно застосувати до факту, складають право справи. Це означає, що лише відповідна сукупність утворює юридичний склад всіх тих ознак, які мають бути досліджені в судовому розгляді. Таким чином, повне уточнення усього спектру детальної дійсної правової фактичності об'єктивно формує вирішення справи.

«Внутрішнє» народження судового рішення відбувається на етапі правотлумачення, а на стадії правозастосування – відбувається його зовнішня об'єктивація. Однак герменевтичний процес правосуддя на цьому не закінчується: винесене рішення окремо залишає свій самостійний слід в досвіді судді, зокрема, набуті знання впливають на вирішення наступних справ.

Отже, крізь призму юридичної герменевтики відправлення правосуддя розглядається як складний процес, в основі якого лежить інтерпретаційний дуалізм осмислення суддею факту та права під час вирішення справи.

**ЗАКРІПЛЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ В АКТАХ ПЕРВИННОГО
ЗАКОНОДАВСТВА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ****Венецька О.***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Проблема захисту прав людини у Європейському Союзі (далі – ЄС) зараз набуває особливої актуальності з огляду на його поступове перетворення з економічної організації на політичне наддержавне об'єднання та фактичне формування нового правопорядку.

Первинно ЄС створювався як економічна організація, через що у Паризькому договорі про заснування Європейського об'єднання вугілля і сталі від 18 квітня 1951 р. і Римських договорах про заснування Європейського Економічного співтовариства та Про заснування Європейського співтовариства з атомної енергетики немає положень, які б стосувались безпосередньо захисту прав людини, так як цими договорами передбачалась делегація повноважень держав-учасниць спільним інституціям саме в економічній сфері. Тим більше, що на той час Європейські співтовариства ще не відігравали такої значної ролі як зараз, а сфера прав людини на регіональному (європейському) рівні регулювалась Європейською конвенцією про захист прав людини і основних свобод (ЄКПЛ), яка була підписана 1950 р. – незадовго до підписання Паризького договору.

Необхідно зазначити, що Договором про заснування ЄЕС встановлювались чотири основні економічні свободи Співтовариства – свобода руху товарів, послуг, капіталів та працівників (робочої сили) (ст. 48-58 Договору), які пізніше в процесі їх здійснення проявляли свій опосередкований зв'язок із правами людини. Також цей договір містить положення щодо заборони дискримінації за національною (ст.7) та статевою ознаками (ст. 119), але знову ж вони мали перш за все економічну мету.

Єдиний Європейський Акт (ЄСА) став першим документом в історії ЄС, який передбачав уже не тільки економічну, а й політичну співпрацю держав-членів Європейських співтовариств. У ньому вперше були вміщені положення, що стосуються прав людини (ч. 3, 5 преамбули). Це було фактично перше нормативне закріплення (хоча більш правильно було б сказати декларування) поваги до прав і свобод людини в ЄС.

До вступу в дію ЄСА, 5 квітня 1977 року інституції Співтовариств видали спільну декларацію, в якій йшлося про необхідність поваги до прав і свобод людини, “визначених у конституціях держав-членів та Європейській конвенції про захист прав людини і основних свобод 1950 р.” при здійсненні інституціями Співтовариств своїх повноважень та у досягненні цілей Співтовариств.

12 квітня 1989 року Парламент прийняв Декларацію про основні права і свободи, яка проголошувала ряд класичних прав: таких як повага до людської гідності, право на життя, рівність перед законом, свобода думки і висловлювань ін., ряд соціальних прав і свобод: свобода зборів, свобода вибору професії, право на страйк, право на освіту ін. Проте, Декларація мала більше символічний характер, оскільки за своєю суттю не мала сили нормативного акту.

Визначальну роль в утвердженні принципу захисту прав людини, а також у визначенні його змісту та сфери застосування відіграв створений у рамках Європейських Співтовариств Суд Справедливості Європейських Співтовариств (далі – ССЄС). У справі Stauder (1969), яка стала першою у цьому напрямку, ССЄС ухвалив, що права людини входять до системи загальних принципів права Співтовариства, які захищаються цим судом. Пізніше, у 1974 р., у справі Nold ССЄС зазначив, що право Співтовариства, яке він має тлумачити виходить із спільних конституційних традицій держав-членів і при формуванні цінностей Співтовариства він буде брати до уваги Конвенції й угоди, укладені з державами-членами, а також Євроконвенцію.

У 1991 році було підписано Маастрихтський договір про заснування Європейського Союзу, який містив наступні положення щодо захисту прав людини:

Розділ I. Загальні положення:

Стаття F(2):

Союз повинен поважати усі фундаментальні права, які гарантовані Європейською Конвенцією про захист прав людини і основних свобод, підписаною у Римі 4 листопада 1950 року і які впливають з конституційних традицій, спільних для держав-членів, як загальні принципи права Співтовариства.

Розділ V, Спільна зовнішня політика та політика безпеки:

Стаття J.1(2), частина 5:

Цілями спільної зовнішньої політики та політики безпеки повинні бути розвиток та зміцнення демократії та верховенства права і поваги до прав людини та основних свобод.

Розділ VI, Співробітництво у сфері правосуддя та внутрішньої політики:

Стаття K.2(1)

Справи, визначені в ст. K.1 повинні вирішуватись у відповідності до Європейської Конвенції про захист прав людини і основних свобод, підписаної у Римі 4 листопада 1950 року і Конвенції про статус біженців від 28 липня 1951 року...

Таким чином, тепер посилання на повагу до прав людини містились вже в установчому договорі, що було кроком вперед у закріпленні прав людини у нормативній базі ЄС, а також впровадженням спеціальних норм щодо поваги до прав і свобод людини при здійсненні зовнішньої політики та політики безпеки і при співпраці у сфері правосуддя та внутрішніх справ. Посилання ж на ЄКПЛ викликає певні дискусійні моменти, адже сам ЄС не міг і не може бути її учасником, відповідно на нього не поширюються механізми контролю за її виконанням.

Амстердамським договором, який вступив в дію 1 травня 1999 року, зроблено значний крок в інтеграції прав людини у правовий порядок Європейського союзу. Цим Договором внесено зміни до ст. 6 Договору про заснування Європейського Союзу, яка тепер зазначає, що:

“1. Союз засновано на засадах свободи, демократії, поваги до прав людини та основних свобод, і правопорядку, принципах, які є спільними для Держав-Членів.

2. Союз повинен поважати основні права, які гарантовані Європейською конвенцією про захист прав людини і основних свобод, підписаною в Римі 4 листопада 1950 року, і які впливають з конституційних традицій, спільних для Держав-Членів, як загальні принципи права Співтовариства...”

Таким чином, тепер ЄС не лише декларує повагу до прав і свобод людини, а визначає їх основні засади, на яких створено Європейський Союз, наслідки порушення яких передбачено ст. 7 Договору про створення ЄС:

“1. Рада, яка збирається у складі Голів Держав чи Урядів та діючи одногосно за поданням однієї третини Держав-Членів чи Комісії та після досягнення згоди Європейського Парламенту може встановити існування серйозного та постійного порушення Державою-Членом принципів, зазначених в ст.6(1), після запрошення уряду Держави-Члена підтвердити висновки.

2. Якщо таке рішення було прийнято, Рада, діючи кваліфікованою більшістю, може вирішити тимчасово позбавити Державу-Члена деяких прав, які впливають з прийняття цього Договору, включаючи право голосу представника уряду цієї Держави-Члена у Раді. Вчиняючи так, Рада повинна взяти до уваги можливі наслідки тимчасового позбавлення прав та обов'язків фізичних та юридичних осіб”.

Повага до принципів, закріплених у ч.1 ст.6 ДЗЕС, є основною умовою до держави для вступу у ЄС, що зазначено в ст.49:

“Будь-яка Європейська Держава, яка поважає принципи, зазначені в ст. 6(1) може подати заяву щоб стати членом Союзу”.

Натупне внесення змін до ДЗЕС відбулося у 2001 році Ніцьким договором. Тепер ст. 7 була викладена в наступній редакції:

Стаття 7

1. За вмотивованим поданням однієї третини держав-членів, Європейського Парламенту чи Комісії, Рада, діючи більшістю в п'ять четвертих від її складу після отримання згоди Європейського Парламенту, може визначити, що є реальна загроза серйозного порушення державою-членом принципів, зазначених в ст. 6, і направити відповідні рекомендації цій державі. Перед прийняттям такого рішення Рада повинна заслухати державу-члена щодо цього питання і діючи відповідно до аналогічної процедури, може звернутись до незалежних осіб за наданням у розумний строк рапорту по питанню щодо ситуації у державі-члені...

2. Рада, зібрана у складі Глав урядів держав, і діючи одностайно за поданням однієї третини держав-членів чи Комісії та після одержання згоди Європейського Парламенту, може прийняти рішення про існування серйозного та стійкого порушення державою-членом принципів, зазначених у ст. 6(1) після надання можливості уряду держави-члена представити свої спостереження.

3. Якщо рішення відповідно до частини 2 було прийнято, Рада, діючи кваліфікованою більшістю, може вирішити обмежити права, які випливають з підписання цього Договору для держави-члена, включаючи право голосу представника уряду цієї держави-члена на засіданні Ради.

Тобто, тепер дещо змінилась процедура накладення санкцій на державу-члена, яка здійснювала порушення ст. 6(1) ДЗЕС, матеріальні ж норми, які стосуються прав людини залишились без змін – за ними надалі зберігається декларативний характер та дещо невизначений зміст.

Ст. 13 Амстердамського договору містить положення, яке регулює правову компетенцію Співтовариства щодо заборони дискримінації на основі статі, раси або етнічного походження, релігії чи переконань, неповносправності, віку чи сексуальної орієнтації. Тепер принцип недискримінації втратив свою “економіко-соціальну” сутність. Але ст. 13 не є сама по собі заборонаю дискримінації – вона надає можливість Співтовариству вживати заходів по боротьбі із дискримінацією за вказаними ознаками в межах повноважень, наданих цим договором. Так, у 2000 році було прийнято дві директиви: перша забороняла дискримінацію на основі раси або етнічного походження, а друга передбачала заборону дискримінації у сфері працевлаштування на релігії, переконань, неповносправності, віку і сексуальної орієнтації. Пізніше Комісія почала активно здійснювати політику у сфері боротьби із дискримінацією за статтю, віком, расою, неповносправністю з метою інтегрувати антидискримінаційні положення в інші напрямки політики ЄС.

Таким чином, на даному етапі ситуація щодо захисту прав людини в ЄС складається наступним чином:

- закріплення норм щодо захисту прав людини в актах первинного законодавства ЄС не є чітким та має більш декларативний характер;
- права людини визначені як основні засади, на яких засновано ЄС, порушення яких передбачає складну процедуру накладення санкцій на державу-члена, яка його вчинила;
- в діючому первинному законодавстві ЄС відсутній сам перелік прав людини, а Європейська конвенція про захист прав людини та основних свобод, посилання на яку міститься в ДЗЕС, не є частиною законодавства ЄС;
- відсутній чіткий та ефективний механізм захисту індивіда від порушення його прав інституціями Співтовариства.

ЛЮДСЬКА ГІДНІСТЬ У ПРАВІ: ФІЛОСОФСЬКИЙ АСПЕКТ

Гришук О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Дослідження проблем людської гідності у філософії права завжди пов'язували з природним правом, правами людини. Вже у Греції в першій половині V ст. до н.е. софісти розглядали природне право як таке, що випливає з природи людини. Пізніше розуміння античних філософів про зв'язок справедливості і права, про суспільне життя особи як одну з умов здійснення нею своєї свободи набувають нового глибинного змісту в контексті християнської духовності. Вимагалось поважати кожну людину як творіння Бога за його образом і подобою. Таке походження людей зумовлювало, згідно із християнським вченням, принципову рівність і свободу кожного у духовному вимірі – перед Богом (однак ще не поміж собою). Видатним історичним документом у цьому розумінні стала англійська Велика Хартія Вільностей (1215), в якій було визначено право на справедливий та неупереджений судовий розгляд.

Однак саме епоха Відродження, духовною основою якої став гуманізм та повага до людини, створила реальні передумови для подальшого розвитку та юридичного закріплення людської гідності. Становленню вільної людини сприяла також епоха Реформації, головним змістом якої стала теза про “призначення людини бути вільною”. Вперше ж ідеї людської гідності та прав людини здобули регламентацію у Декларації прав людини та громадянина, яку було прийнято у Франції в 1789 році.

Характерною особливістю розуміння людської гідності в епоху Нового часу стала моральна «реабілітація людини», обґрунтування її суверенності як морального суб'єкта і утвердження її права на задоволення своїх потреб. Зокрема, Еммануїл Кант спробував розкрити людську гідність через внутрішню свободу людини як таку, що випливає з гуманітарно-родової рівності людей.

Після Другої світової війни, яка була найбільшою за людськими жертвами, питання людської гідності та прав людини особливо загострилось, що викликало так звану “революцію людської гідності”. Права людини почали тлумачитись як такі, що покликані утверджувати незалежно від стану суспільства людську гідність, високі духовні і моральні якості людини, а головне захищати людину від сваволі державної влади. У той час була зроблена успішна спроба надати універсального характеру ідеї гідності людини і закріпити це спеціальними політичними і юридичними міждержавними і неурядовими механізмами. Світове співтовариство почало формулювати певні міжнародні стандарти і вимоги до держав, що пов'язані із забезпеченням мінімальних гарантій гідного існування і розвитку людини в будь-якому суспільстві. У цьому напрямі було прийнято низку міжнародних нормативно-правових актів (зокрема в рамках ООН), котрі визначають людину найвищою цінністю суспільства, а належне забезпечення її прав і свобод – головним обов'язком демократичної держави. Так, преамбула до Загальної Декларації прав людини (1948) закріплює положення про те, що визнання гідності, властивої всім членам людської сім'ї, і рівних та невід'ємних їх прав є основою свободи, справедливості та загального миру. Преамбули до Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права (1966) і Пакту про громадянські та політичні права (1966) проголошують, що всі права людини “впливають із властивої людській особі гідності”.

Міжнародна система захисту прав людини знайшла свій подальший розвиток у створенні регіональних правозахисних механізмів, які відображають особливості культури, політико-правової свідомості та регіональної ідентифікації держав. Ефективна дія таких регіональних механізмів зумовлена тим, що в них беруть участь держави з близькими історичними, культурними традиціями, з приблизно однаковим рівнем економічного і політичного розвитку. І цілком очевидно, що за допомогою цих регіональних процедур захист прав людини здійснюється ефективніше, ніж у загальному всесвітньому просторі.

Такий механізм вироблений в рамках Ради Європи, головним пріоритетом у роботі якої є захист людської гідності та прав людини у державах-учасницях. З 1995 року Україна є членом Ради Європи. Співпраця з цією організацією сьогодні стала офіційним зовнішньополітичним курсом нашої держави, що знайшло відображення й у Конституції України, відповідно до якої людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність та безпека є найвищою соціальною цінністю, а утвердження і забезпечення прав і свобод людини – головним обов'язком держави (ст. 3).

Поряд з цим, на сьогодні поняття людської гідності залишається мало вивченим з точки зору філософії права, хоча й зроблено значний внесок у цьому напрямі. Проблеми людини, її сутності, природи та призначення, її сучасного та майбутнього буття, впливу природного права на буття людини, а також особливості буття природного права, розуміння його змісту та структури є одними з актуальних у філософії права. Природне право розглядається як невіддільне від форм буття людини, воно органічно вплетене у суспільні відносини і є ефективним засобом регулювання відносин між людьми, координації їх діяльності, задоволення потреб та інтересів.

Особливістю природного права є те, що воно, з одного боку, випливає з сутності людини, виникає і формується в результаті діяльності спрямованої на впорядкування відносин між людьми, гармонізації між біологічними актами, соціальними вчинками та духовними діями людини. Тут потрібно враховувати, що головний акцент робиться саме на духовному діянні, при цьому не абстрагуючись від вітальних та соціальних компонентів, але вони беруться до уваги лише тією мірою, якою визначають зміст, структуру і спрямованість духовного діяння. З іншого боку, природне право формує ті умови і способи життєдіяльності, які об'єктивно необхідні для нормального існування людини, функціонування суспільства і держави. Тобто людина формує у своїй свідомості природне право як ідеальну модель і в той же час прагне відповідати цій моделі. Тому такий взаємозв'язок та взаємовплив на сьогодні можна вважати вирішальною та визначальною умовою прогресивного розвитку суспільства в цілому, конкретної людини і природного права як ефективного регулятора суспільних відносин.

На думку багатьох дослідників, визначення цілі, мети права є одним з головних завдань філософії права, оскільки цією метою є ціль людського співжиття, однією із сторін якого є право. Право повинно забезпечити основу, підґрунтя на якому окрема людина і суспільство загалом можуть виконати моральні завдання, що стоять перед ними. Такі моральні завдання полягають в подальшому розвитку культури, в удосконаленні людського спілкування і людства загалом у напрямку вищої справедливості для всіх. Виходячи з цього, можна визначити мету права як забезпечення життєвих завдань (інтересів) окремої людини і суспільства в цілому, і, як наслідок, забезпечення справедливості.

Проблема природного права має глибоке історичне підґрунтя. На думку видатного французького філософа і соціолога права Г.Д. Гурвича вона є відображенням антиномічного характеру сфери права, де стикаються дійсність і цінність, факт та ідея, емпіризм і апіоризм, автономія і гетерономія, стабільність існуючого порядку і динамізм морального прогресу, безпека і справедливість, суспільна необхідність і ідеал, жорстка структура організації і спонтанність життя. У кожному з цих різноманітних аспектів природне право набуває особливого значення, зокрема як: справедливий спосіб упорядкування суспільних відносин; форма відображення потреб та інтересів людини; спосіб захисту внутрішньої і зовнішньої свободи людини; форма об'єктивації соціальних якостей людини; засіб дотримання формальної рівності (рівноправності) між людьми; правовий ідеал, моральне (духовне) виправдання юридичного права; підґрунтя, на якому базується позитивне право; критика діючого позитивного права з точки зору ідеального (природного) права; незмінні норми права, що притиставляються змінним юридичним нормам; відображення цінності людини, гуманізації правопорядку.

Саме права людини є формою виразу особистісної цінності (цінності для людини) природного права. Фактично існуючі соціальні можливості людей визнаються правами людини, як правило, на протигагу існуючому юридичному статусу людини. Без цього певного протиставлення, без необхідності тлумачення соціальних можливостей з точки зору справедливого, ідеального, питання прав людини втратило б свою актуальність. Сутність прав людини полягає у визначенні певного мінімуму загальнолюдських вимог до правового і соціального статусу людини, який є необхідним для її нормального існування. Реалізація цього мінімуму повинна бути забезпечена незалежно від соціально-політичних, економічних, культурних і інших особливостей конкретної держави. На сьогодні домінуючою є думка, що цей мінімум основних прав людини повинен і може бути точкою відрахунку сумарного зростання добровільно визнаних всім світовим співтовариством безумовних цінностей. Це означає, що кожна людина має мати певний мінімум найбільш важливих для неї прав і свобод незалежно від громадянства, національної, релігійної, расової, статевої належності. В такому випадку у держави виникає обов'язок визнати права людини найвищою соціальною цінністю і, відповідно, закріпити їх в нормах позитивного права, а також надати їм державно-правову охорону та захист.

Стержнем концепції природного права і прав людини є невід'ємна, вроджена людська гідність, що витікає з самої суті людства. Права людини не можуть гарантувати справедливості чи добробуту, проте вони захищають від приниження гідності. Людська гідність, як багатоаспектна цінність людини,

глибоко проникла у зміст права. Ознаки і якості, що характеризують та визначають людську гідність, складають онтологічну основу прав і свобод людини, її правового положення. В свою чергу, людська гідність через систему соціальних зв'язків є вихідною у взаємовідносинах між людьми і знаходить своє безпосереднє відображення у гідності кожної людини. Тому людська гідність – це самоцінність та суспільна значимість людини як біосоціодуховної істоти, яка визначається існуючими суспільними відносинами, не залежить від людини і має бути рівною для всіх людей.

Отже право, як ефективний соціальний регулятор, та й суспільство вцілому окреслені та визначені, перш за все, природою людини, особливостями її вітального, соціального та духовного буття, а головне – цінністю людини, людською гідністю. Таким чином не лише суспільство впливає на людину, а рівною мірою і людина впливає на всі компоненти суспільства і права. Тому саме через осягнення сутності людини, її цінності як біосоціодуховної істоти слід шукати пояснення сутності права та проводити його філософське обґрунтування.

**ОБРАЗИ ЛЮДИНИ У ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНОМУ ПРАВознавстві:
ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМИ***Гудима Д.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

1. Багатство різновидів антропологій є закономірним результатом багатогранності людини, наявності у неї багатьох „проекцій”, „образів”, „зрізів” виділення кожного з яких є наслідком специфічної оцінки природи та сутності біосоціального індивіда, піднесення, висування на перший план тих чи інших його властивостей, ознак (анатомічних, фізіологічних, генетичних тощо), здібностей (володіти мовою та мовленням, мислити, створювати знаряддя праці, духовні цінності та ін.). Тобто образ людини формується на основі певної концепції людини та може бути, наприклад, реалістичним або ідеалістичним, загальним або партикулярним (Бігун В.С. Антропология, аксіология та соціология права. До питання про праворозуміння // Часопис Київського університету права. – 2005. – № 4. – С. 25). Завдання ж загальнотеоретичної юридичної науки полягає, *по-перше*, у пізнанні образів людини, сформованих представниками різних видів антропологій, і *по-друге*, у побудові, фіксації, деталізації людських образів, що відображають специфіку бачення людини саме юристами.
2. Людинорозуміння у правовій науці – це сформована загальнотеоретичною юриспруденцією на основі здобутків суспільних та інших наук (передусім, філософії) система соціальних значень й особистісних смислів тих терміно-понять, котрі відображають місце людських індивідів у процесі еволюції всього живого на Землі, закономірності їх соціалізації та життєдіяльності.

Фактично, людинорозуміння в юридичній науці є відображенням людини у правосвідомості та призначене показати, як людина представлена на рівні правової ідеології, які її „образи” існують у теоретично осмисленій правосвідомості. Водночас зауважимо, що людинорозуміння у праві не вичерпується тільки рівнем правової ідеології, але й постає з буденної юридичної практики, конкретних життєвих ситуацій.

Певне людинорозуміння (хоча й, можливо, не завжди таке, яке можна вважати сформованим юриспруденцією) відображають, так чи інакше, міжнародні договори, внутрішньодержавне законодавство, юридична література, оскільки саме у них використовуються терміни, що позначають поняття, які завжди пов’язані з носієм певних можливостей (прав). „Індивід”, „істота”, „людина”, „індивідуальність”, „особистість”, „особа”, „персона”, „суб’єкт”, „громадянин” – усі ці та деякі інші терміно-поняття, котрими здебільшого оперують у сфері приватного права і які *безпосередньо* пов’язані з поняттям людини, якраз і мають складати **поняттєвий апарат людинорозуміння у правознавстві** (Таким чином, терміно-поняття „людинорозуміння” не обмежується результатами осмислення винятково категорії людини, а охоплює розуміння й тих понять, з яких ця категорія виводиться або які з неї випливають). І хоча такий апарат повинен мати системний характер, однак досить часто простежується відсутність єдиного підходу до інтерпретації кожного з його елементів. Частково непорозуміння на цьому ґрунті зумовлені неоднозначністю (варіативністю) перекладів на українську мову тих чи інших термінів з інших мов, частково – неоднаковістю значень (смислів), наданих („знайдених”) на різних рівнях осмислення (ідентифікації, референції, інтерпретації, оцінки, емпатії) одних і тих же термінів, а частково – відсутністю налагодженого зв’язку, активної співпраці між представниками різних напрямів суспільствознавства, що вивчають людину. Слід наголосити також на тому, що, відсутність у деяких соціумах понять, позначуваних вищезгаданими термінами, використовувалася ними навіть як аргумент проти визнання прав людини за членами тих соціальних груп, котрим такі поняття взагалі не відомі з огляду на специфіку культури даного суспільства та вироблених форм самореалізації біосоціальних індивідів усередині відповідного соціального утворення (Добрянський С.П. Актуальні проблеми загальної теорії прав людини: Дис. на здоб... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Львівський національний університет ім. І. Франка. – Львів, 2002. – С. 33).

Для юридичної науки значимість вирішення означеної проблеми вбачається у тому, що воно дозволяє, *по-перше*, з’ясувати зміст (значення, смисли) низки понять, котрі постійно

використовуються у правознавстві, хоча першочергово розробляються соціальною філософією, філософською і соціокультурною антропологіями; *по-друге*, – знайти відмінності у філософському та юридичному їх розумінні; *по-третє*, – наблизитись до з'ясування сутнісно-антропологічних характеристик права.

3. Необхідно зазначити, що загальнотеоретична юриспруденція та філософія права, роблячи спроби дати дефініцію „галузевого” (правового, юридичного) типу біосоціального індивіда або ж обмежуючись констатацією наявності такого типу, не залишилися осторонь проблеми сутності біосоціального індивіда і поширеної у суспільних науках тенденції до створення образу „своєї” людини.

Мова йде про оперування в юриспруденції поняттями „юридична людина”, „правова істота” тощо. Ж. Карбоньє вважав, що тільки людина може бути юридичною істотою, оскільки їй притаманна здатність створювати та сприймати юридичне (Карбоньє Ж. Юридическая социология / Пер. с фр. и вступ. ст. В.А. Туманова. – М.: Прогресс, 1986. – С. 61). В. Малахов стверджує, що „правова істота співпадає з людиною. Правовимірність життя є те, що іманентно притаманне людині. Право – властивість людини, а людина – субстанція права” (Малахов В.П. Философия права. Учебное пособие. – М.: Академический Проект; Екатеринбург: Деловая книга, 2002. – С. 251). Дещо протилежної позиції дотримується В. Нерсесянц, на думку якого „можна сказати, що людина за своєю природою – істота права. Але подібні судження зовсім не означають апіорності, природної даності, вродженої притаманності людині політичної чи правової сутності, політичних чи правових властивостей і якостей” (Нерсесянц В.С. Философия права. Учебник для вузов. – М.: Издательская группа НОРМА–ИНФРА-М, 1998. – С. 40).

Аналізуючи погляди вищезазначених вчених, зауважимо, що, на наш погляд, поняття „**юридична істота**” не тотожне поняттям „**правова істота**” та „людина”. Як перше, так і друге охоплюють не лише людей, але й інших живих організмів, однак у першому випадку – таких, що наділені державою юридичною правосуб'єктністю, а у другому – таких, яким притаманні вроджені правові властивості – невід'ємні, природні права (додатково див.: Гудима Д.А. Поняття „суб'єкт права”: до сучасних дискусій // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2003. – № 10. – С. 40-53).

Зважаючи на те, що, з одного боку, народившись, ми вже застасемо систему „винайдених” державою юридичних норм, а, з іншого, частина науковців – прихильників природно-правової концепції – схильна виводити певні норми права з природи людини, можна стверджувати, що „людина у праві” (терміно-поняття, запроваджене Радбрухом, на позначення філософської концепції „картини людини” в юриспруденції) має два образи: правової людини та людини юридичної (проблема співвідношення неюридичного (за нашою термінологією – правового) та юридичного не нова. Про неї свого часу писали, зокрема, С. Алексєєв, П. Рабинович, звертаючи увагу на неюридичні та юридичне значення слова „право” (Алексєєв С.С. Общая теория права: В 2 т. – Т. 1. – М.: Юрид. лит., 1981. – С. 53-54, 66-67; Рабинович П.М. Проблемы теории законности развитого социализма. – Львов: Изд-во при Львовском государственном университете Издательского объединения „Вища школа”, 1979. – С. 21). Не втратила своєї актуальності згадана проблема і сьогодні (див., напр.: Раянов Ф.М., Миннихметов Г., Пономарев Д.А. Право и законность в демократическом обществе. – М.: Издательский дом „Право и государство”, 2004. – С. 18-25)).

Правова людина – це людський індивід, котрому – з огляду на його біологічну природу – притаманні вроджені правові якості (природні, невід'ємні, основні права), що є найважливішою складовою загальносоціального права. А **юридична людина** – це людський індивід, котрий у процесі соціалізації здатний сприймати, реалізовувати та трансформувати право як спеціально-соціальне (юридичне, „позитивне”) явище, яке є елементом сформованої у певному суспільстві культури (детальніше про поняття загальносоціального та спеціально-соціального права див.: Рабинович П.М. Основы общей теории права и государства: Уч. пос. – Изд. 7-ое, с изм. – Х.: Консум, 2005. – С. 15).

Наведені інтерпретації правового та юридичного образів людини разом відображають як обмежену константність і незмінність „частини” загальної людської сутності, так й обмежену її мінливість, що дозволяє розглядати, так би мовити, „юриспруденційну” сутність біосоціального індивіда як „природно-позитивну”. Інакше, „якщо припустити, що людина є безмежно податливою, безвольною істотою (біологічним індивідом. – Д.Г.), то у такому разі вона без спротиву опинилася би під гнітом норм й інститутів, які позбавляють людську природу можливості мобілізувати свої внутрішні сили та спрямувати їх на зміну цих систем”, а „якщо би людина була всього лише творінням культурних систем (соціальним індивідом. – Д.Г.), критика чи оцінка соціальних явищ з позиції благополуччя людини була би неможливою через відсутність місця для поняття «людина»” (Фромм Э. Человек для себя. – Мн.: Харвест, 2003. – С. 36).

**КОНКРЕТНО – ІСТОРИЧНИЙ ПІДХІД ЩОДО ДОСЛІДЖЕННЯ
ПРОЦЕСУ ВИНИКНЕННЯ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ ПРАВ
ЛЮДИНИ.****Гуцуляк В.***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Протягом останнього часу у науковій літературі та засобах масової інформації все частіше вживається термінологічний вираз “міжнародні стандарти прав людини”. Більше того, майже всі держави світу здійснюють процес приведення свого внутрішнього законодавства у відповідність з їхніми вимогами. З огляду на викладене, закономірно виникає необхідність визначення поняття міжнародних стандартів прав людини, а також дослідження історичного процесу їх становлення.

В ході розвитку міжнародного співробітництва в сфері прав людини викристалізувались його цілі і специфічні особливості. Основним завданням стало створення міжнародно-правових основ сприяння і захисту прав людини (у вигляді відповідних принципів і норм), а також міжнародних гарантій їх дотримання. Тобто взаємозалежність і цілісність світового співтовариства, єдність людства виражається в появі, розширенні і поглибленні змісту загальнолюдських прав і свобод людини, що мають силу як міжнародної моралі, так і міжнародного права. Будь-яка держава, бажаючи бути повноправним членом світового співтовариства, повинна втілювати вимоги міжнародних стандартів з прав людини у свою національну юридичну практику. Це означає, що права і свободи людини в значній мірі вийшли за межі чисто внутрішньої компетенції держави, стали предметом міжнародної турботи. Розвиток цивілізації та супроводжуючі його зміни в сфері міжнародного права призводять до того, що все більша кількість питань, що традиційно входили в сферу внутрішніх справ держав, стають предметом міжнародного регулювання. Тобто права людини вже не можуть обумовлюватися виключно характером та рівнем розвитку даного конкретного суспільства, оскільки все більший вплив на них здійснює єдина людська цивілізація. Сьогодні обсяг прав і свобод людини визначається не тільки конкретними особливостями того чи іншого суспільства, але й розвитком людської цивілізації в цілому, рівнем і ступенем інтегрованості міжнародного співтовариства. “Чим ціліснішим стає світ, тим більший вплив на права і свободи людини мають міжнародні фактори» (Мюллерсонр.А.)

Вищенаведене, однак, не свідчить про те, що в даній сфері міжнародного співробітництва права і свободи людини регулюються виключно міжнародним правом, і що вони перестали входити у внутрішню компетенцію держав. Так, ще в ході створення на Конференції в Сан-Франциско (1945 р.) тексту Статуту Організації Об'єднаних Націй (далі ООН) в доповіді Підготовчого комітету відзначалось, що міжнародному співтовариству необхідно співпрацювати з метою зміцнення поваги до прав людини. Разом з тим підкреслювалось, що забезпечення і безпосередній захист прав людини і основних свобод – внутрішня справа кожної держави. Це положення, включене пізніше в Статут ООН (п.1 ст.3), стало основоположною, фундаментальною нормою, що визначила в загальних рисах мету та характерні особливості міжнародної співпраці в сфері прав людини.

Отже, як видається, дефініцію, сентенцію міжнародних стандартів прав людини можна сформулювати так: міжнародні стандарти прав людини – це закріплені у міжнародних актах та інших міжнародних документах певні показники цих прав, до досягнення яких заохочуються або ж зобов'язуються держави. (Рабінович П.М.)

Поряд з цим слід відзначити, що до змісту прав людини необхідно підходити конкретно – історично, оскільки зафіксований в міжнародно-правових документах сучасний каталог згаданих прав – результат тривалого історичного становлення еталонів, шаблонів, стандартів, які стали нормою сучасного суспільства. Права людини, засновані на принципі формальної рівності, стали одним із головних ціннісних орієнтирів суспільного розвитку, обмеженнями всевладдя держав, сприяли встановленню демократичної взаємодії між державною владою та індивідом, визволивши останнього від надмірної опіки та придушення його волі та інтересів зі сторони владних структур.

Проте цьому передував процес тривалого і важкого пошуку способів взаємовідносин індивідів в державноорганізованому суспільстві як із владою, так і між собою. Цей пошук ніколи не зациклювався в виключно правовому полі. Тому спочатку права людини носили морально – етичне, духовно – культурне, релігійне наповнення.

Права людини, вважаємо, формувались із багаточисельних актів діяльності людини, повторюваних зв'язків і стійких форм відносин. В процесі людської діяльності, що охоплювала багато індивідів зі своїми специфічними інтересами, потребами, цілями, зіткнення і протидія цих часто різноспрямованих орієнтирів поведінки людей було закономірним. Однак при всьому розмаїтті вчинків і дій учасників суспільної взаємодії викристалізувалися певні стійкі норми, еталони, цінності, котрі сприяли впорядкуванню процесу взаємовідносин людей, поєднанню інтересів різних індивідів з урахуванням їх історично обумовленого побуту, способу виробництва, духовної культури, державності. Кожна людина має претензії на певний обсяг благ (матеріальних та духовних), одержанню котрих повинні сприяти суспільство і держава. Обсяг зазначених благ історично завжди визначався становищем індивіда в класовій структурі суспільства, в системі матеріального виробництва. Ці блага, вважаємо, умовно можуть бути названі правами людини. Така умовність визначається різкою поляризацією суспільства на різноманітних етапах його розвитку (рабовласницький, феодалний), своєрідністю цивілізацій (європейської, азійської), котрі не давали можливості правам людини набути ознак універсальності на основі принципу формальної рівності, отримати сучасне звучання завдяки формуванню міжнародних стандартів прав людини.

Водночас варто зазначити, що в різні історичні епохи поняття, зміст і обсяг прав і свобод людини не були однаковими, автентичними. Ще порівняно недавно, практично до початку минулого століття, права людини регулювалися виключно внутрішньодержавним правом. Держави – учасники міжнародних відносин, виходили із того, що ці питання відносяться виключно до їх внутрішньої компетенції. Загальноприйнятим постулатом був розгляд взаємовідносин між державою та її громадянином як внутрішньої справи кожної держави. «Старе» міжнародне право не вмшувалось в цей процес.

Одним із найважливіших історичних етапів становлення та розвитку прав людини стали буржуазно – демократичні революції ХУІІ – ХУІІІ століть, які висунули не тільки широкий спектр, набір прав людини, але й принцип формальної рівності, що надав їм істинно демократичне звучання. Права людини, засновані на формальній рівності, стали одним із головних ціннісних орієнтирів суспільного розвитку, сприяли встановленню демократичних взаємовідносин між державною владою та індивідом. У становленні загальнолюдських прав і свобод людини та громадянина величезну роль відіграло також ідеологічне, доктринальне вчення про природні, вроджені права людини, які незалежні від волі державної влади; мета останньої – забезпечення прав, наданих людині природою або Творцем.

Принцип, за яким право має захищати права людини, якими користуються окремі особи, від зловживань з боку урядів, можна простежити, починаючи принаймі з праці Джона Локка “Два трактати про державу”, яка вийшла друком у 1690 році. Локк вважав, що першими в природному порядку речей з'явилися права людини, а не держави: “Якщо людина в природному стані така вільна, як було сказано, якщо вона абсолютний господар своєї власної особи і володінь, рівний найбільш великим і нікому не підпорядкований, то навіщо розлучається вона зі своєю свободою, навіщо відмовляється вона від цієї імперії і підпорядковує себе владі і керівництву іншої сили?”

Також, глибока філософська розробка проблем прав і свобод людини з гуманістичних позицій пов'язана з іменем І. Канта (1724 – 1804). Політико – правові погляди Канта містяться в працях “До вічного миру”, “Метафізичні основи вчення про право”. Кантівські вчення про автономію особистості, її права і свободи, про правову політику, правовий союз вільних держав як спосіб забезпечення міжнародного миру набувають виняткову актуальність в сучасних умовах становлення та забезпечення міжнародних стандартів прав людини.

Фоном розвитку ідеї прав людини стали принципи свободи та рівноправності (рівності). Ф. Енгельс писав: “Повинні були пройти і насправді пройшли цілі тисячоліття, перш ніж із початкового уявлення про відносну рівність був зроблений висновок про рівноправність всіх людей в державі та суспільстві і цей висновок став видаватися природним, саме собою зрозумілим”. Гобто прогрес суспільства неможливий, якщо він не вносить принципово нового в становище конкретної особи в суспільстві, якщо людина з кожною новою сходинкою розвитку не одержує хоча б мінімум прав. Хай ці права історично обмежені, однак все ж таки розширюються від однієї конкретно – історичної формації до іншої. Так, середньовічний кріпак вільніший від античного раба, а найманий робітник ранньобуржуазного суспільства вільніший від середньовічного кріпака. І хоча розвиток суспільства на шляху здобуття загальнолюдських прав і свобод не був поступальним нарощуванням виключно прогресивних начал, проте історичний прогрес в цьому відношенні без сумніву явище об'єктивно детерміноване, що пробиває собі шлях через всі випадковості і хаотичні нагромадження соціального розвитку.

Проте, найбільше визнання концепція необхідності міжнародного співробітництва у галузі прав людини отримала після другої світової війни. У згаданому вище п.3 ст.1 статуту ООН було проголошено, що одним із основних, фундаментальних завдань Організації Об'єднаних Націй є здійснення спільної діяльності держав – членів Організації, спрямованої на те, щоб права людини дотримувалися і поважалися всіма, незалежно від раси, статі, мови та релігії. Визнання принципу поваги до людської особистості та її прав як одного із основних принципів в розвитку відносин між державами саме після другої світової війни – явище цілком закономірне. Розробка та прийняття на Конференції в Сан-Франциско положень статуту ООН, що стосуються прав людини, багато в чому відобразили реакцію міжнародного співтовариства на жахи та факти брутального порушення прав людини під час другої світової війни. Її наслідки переконали багатьох в тому, що протиправна політика держав, що виражається в озброєній агресії і військових конфліктах проти інших держав та народів, неминуче веде до найбільш грубих та масових порушень прав людини, що в свою чергу загрожують самому існуванню людства. Цей сумний досвід, як видається, міцно пов'язав воедино дві вкрай важливі проблеми – збереження та зміцнення миру; заохочення та розвиток поваги до основних, невідчужуваних, природних прав людини. Показниковим в цьому плані є той факт, що в статуті ООН про проблему збереження миру та розвитку співробітництва з приводу забезпечення прав людини говориться в Преамбулі і в шістьох статтях (1, 13, 55, 64, 68). В них достатньо детально визначені цілі і напрямки розвитку багатостороннього міжнародного співробітництва в сфері захисту прав людини, а також структурні елементи самої Організації, необхідні для досягнення визначених цілей.

Тож виникнення загальної (в міжнародних масштабах) ідеї прав людини мало своїм безпосереднім наслідком виникнення міжнародних стандартів прав людини, які в свою чергу знайшли свою форму закріплення у вигляді міжнародно-правових актів. Цей перехід пояснюється, вважаємо, серією таких логічних виведень: по – перше, скрізь де існують міждержавні стосунки існує право, по – друге, для того, щоб окремі вчинки могли бути описані як «праві» або «неправі», вони мають співвідноситись з усталеними правовими нормами, визнаними самими цими державами, по – третє, для того, щоб відбулася подібна процедура «співвіднесення», правові норми повинні бути зафіксовані.

Поряд з цим, слід відзначити, що певні історичні зміни в ході взаємовідносин держав з приводу міжнародних стандартів прав людини не могли не позначитись також і на наукових підходах стосовно механізмів їх захисту та забезпечення. Так, доволі тривалий час, опираючись на теорію природних та невід'ємних прав індивіда, що захищаються незалежно від державних кордонів, деякі вчені доволі одноставно виправдовували застосування сили із зовні у випадку порушення таких прав конкретною державою (причому незалежно від того, носять такі порушення масовий і грубий характер чи ні). Зокрема, американський юрист. Кессін ще в 1947 р. висловив думку про можливість домінуючої ролі ООН щодо захисту особи від будь – яких зазіхань на її права. Пізніше, в 60 – х роках вивчалися можливості застосування сили для цих цілей – зокрема в працях відомого англійського юриста Я. Броунлі. В користь крайніх методів захисту прав індивіда – аж до “гуманітарної” інтервенції – висловлювався в спеціальному дослідженні американський професор Лілліх. Правомірність “гуманітарної” інтервенції доводилась посиланнями на Статут ООН.

На противагу описаним позиціям в ряді наукових робіт висловлюються думки щодо повного зняття питання захисту прав людини з сфери міжнародно-правового регулювання як такого, що підриває основи багатосторонньої співпраці держав та посягає на основи світового правопорядку. (Mirkinе- Guetzeyits В.) Інші ж вчені, синтезуючи два вищевказаних погляди, небезпідставно вважають, що міжнародні органи (в тому числі і судові) все ж таки могли б взяти на себе деякі функції державних політичних і юридичних установ по захисту прав людини.

Таким чином, виникнення міжнародних стандартів прав людини, як видається, необхідно розглядати крізь призму поступального, висхідного розвитку людства в цілому, як результат його історичного надбання, що неодмінно потребує практичного використання у законотворчій практиці всіх держав – членів міжнародного співтовариства. Втім, усе вищенаведене не означає повного заперечення існування певних, іноді досить суттєвих, розбіжностей між різними народами та культурами щодо розуміння змісту та обсягу невід'ємних прав людини. Нівелювання цих розбіжностей виявилось б негативною тенденцією для людства, так як розмаїття етносів та їх особливих уявлень є найкращою запорукою подальшого розвитку загальнолюдської цивілізації. Однак, при цьому слід завжди пам'ятати, що хоча б якими різними були народи, між ними завжди є щось спільне, своєрідний спільний знаменник у вигляді універсальних, загальнолюдських цінностей, центральним елементом яких виступають міжнародні стандарти прав людини. Як яскраво засвідчує досвід історії, саме ці стандарти закладають підвалини глобального миру та дають реальну можливість досягнення консенсусу між усіма країнами світу.

ДЖЕРЕЛА ПРАВОВОГО НІГІЛІЗМУ В УКРАЇНІ

Данількевич М.

Дніпропетровський Національний Університет

На привеликий жаль, невід'ємною рисою сучасного українського життя є глобальний правовий нігілізм. Нігілізм – від латинського „*nihil*” – ніщо, не прийняття загально прийнятих цінностей: ідеалів, норм, культури, форм громадського життя.

Проблема подолання правового нігілізму стає, чи не найактуальнішою на сьогодні, адже не може йти мова про правову державу в тому суспільстві, де ігноруються права та свободи людини і громадянина, де право взагалі не належить до першорядних цінностей. А оскільки правовий нігілізм, як продукт соціальних відносин зумовлений багатьма причинами, необхідною умовою подолання є з'ясування джерел його виникнення.

Одним із джерел сучасного правового нігілізму, є безперечно, спадок минулого.

До правового нігілізму призводять порушення прав людини та громадянина, відсутність належних умов для їх реалізації. Неналежна правова захищеність особи підриває її віру в закон, у здатність держави забезпечити порядок і спокій у суспільстві, захистити людей від злочинних посягань. Безсилля права не може породити позитивного відношення до нього, а викликає лише роздратування. Людина перестає поважати право, оскільки не бачить у ньому свого надійного гаранта й опори.

Визнання та закріплення в Конституції України основних прав і свобод людини поки що не супроводжується адекватними заходами їх практичного втілення в життя і тим самим породжує в особи правове розчарування. Найнебезпечнішими джерелами правового нігілізму виступають злочинність і безкарність винних у скоєні злочинів. На сьогодні криміногенна ситуація в Україні оцінюється як „беспредел”, бо закони порушуються відкрито та цинічно.

Недоліки системи кримінальної юстиції, в основному породжувані її перевантаженням, призводять до зростання рівня безкарності винних у скоєні злочинів і відтворення злочинності, що стає більш організованою та професійною. Істотно збільшилася й зростає агресивність вчинених злочинів і заподіяна ними шкода, підвищується рівень самозахисту злочинців від викриття, у протиправну діяльність залучаються все нові учасники. Кримінальний світ зростає із частиною державного апарату, внаслідок чого виникають мафіозні структури, які намагаються підпорядкувати собі частину функцій державної влади, використати їх у власних інтересах.

В таких умовах навіть у законослухняних громадян виробляються антиправові установки та стереотипи. До розчарування в законах, появи правового скепсису призводить і правовий ідеалізм. Його сутність полягає у переоцінці об'єктивних можливостей права, його ролі у вирішенні найскладніших, найболючіших проблем суспільства. В світовій практиці вже давно визначене цивілізоване співвідношення – це, відповідно, 80% і 20%. Перші – закони, другі – акти, що їх регламентують. В Україні все з точністю до навпаки. Наявність такої великої кількості підзаконних актів, котрі, як не важко передбачити, значно ускладнюють не лише діяльність судових органів, а й „пошуки правди” для простих громадян, є однією з причин корупції, подвійної моралі, телефонного права і т.і. До речі, в незалежній Україні досі продовжують функціонувати 100 законів, прийнятих ще за радянської влади.

У період роботи 4-го скликання парламенту (2002–2006 рр.) були ухвалені й набрали чинності 1138 законів і шість кодексів. За той ж час на розгляд парламенту внесено трохи менш як 5000 законопроектів – 4922 проекти законів і 34 проекти кодексів (ми вважаємо за правильне не змішувати закони та постанови парламенту, оскільки переважна більшість постанов є актами процедурного і персонального характеру). Отже, за рік реєструвалося в середньому понад 1200 проектів законів і кодексів. Це набагато більше, ніж у попередньому, третьому, скликанні, – тоді загальна кількість внесених законопроектів становила 3624 за скликання, або близько 900 за рік.

Більшість ухвалених протягом 4-го скликання законодавчих актів (677 із 1144) – це закони про внесення змін. Причому в практиці Верховної Ради, на жаль, часто-густо буває, що зміни починають вносити в недавно ухвалений закон. Іноді процес коригування закону починається ледь не наступного

дня після його прийняття. До багатьох законів уже в перші роки після ухвалення вносять численні зміни. Наприклад, до Кримінального кодексу України, що діє з 1 вересня 2001 року, зміни за час роботи парламенту 4-го скликання вносили 29 разів, до Цивільного кодексу України, що діє з 1 січня 2004 року, – 16 разів, до Закону „Про податок на доходи фізичних осіб”, який набрав чинності із січня 2004 року, – 16 разів. Навіть до Кодексу адміністративного судочинства України, який вступив у силу зовсім недавно, 1 вересня 2005 року, чотири рази вносили зміни, причому першого разу – уже 8 вересня 2005 року.

Крім цього, чимало законів, ухвалених досить давно, перебувають у стадії „перманентного” коригування. Зокрема Кодекс України про адміністративні правопорушення за період роботи 4-го скликання змінювали 64 рази, Закон „Про податок на додану вартість” – 38 разів, Закон „Про оподаткування прибутку підприємств” – 38 разів, Закон „Про систему оподаткування” – 11 разів, Закон „Про міліцію” – 12 разів, і цей перелік можна було б продовжувати дуже довго.

У тих же випадках, коли часті зміни чинного закону стають повсякденним явищем протягом кількох років, слід визнати, що й „коригувальна” законодавча робота також ведеться на невисокому професійному рівні. Адже розумним методом роботи з удосконалення змісту чинних законів є не багаторазове „смикання” одного й того ж самого первинного закону, а комплексний аналіз його недоліків і внесення всіх необхідних змін за один, а не за п’ять, сім чи десять разів.

Справжньою проблемою сьогодення є те, що навіть розумні й необхідні закони не працюють. Це пов’язано або із відсутністю механізмів їх реалізації, або із кризовим станом, в якому перебуває наша держава. Прийняття законів без попереднього аналізу їх практичного втілення заздалегідь прирікає їх на бездіяльність. Непродумані закони та програми, які залишаються лише на папері, породжують недовіру як до владних структур, так і до законів, що ними приймаються. Розходження загальнодержавних із відомчими інтересами є ще одним джерелом правового нігілізму. Як свідчать дані Міністерства юстиції України, якість підготовки майже двох третин проектів нормативно-правових актів, що направляються на правову експертизу в Міністерство центральними органами виконавчої влади не відповідає елементарним вимогам.

Породжує негативне відношення до права і низький рівень правової реалізації.

Так, порушення право застосованими установами процесуальних строків прийняття рішень, невизнання дії загальнодержавних актів на місцях призводить до формування у громадян стереотипу невиконання законів та інших нормативно-правових актів.

Мусимо визнати – правосуддя не стало доступним для переважної більшості громадян України. Практично відсутня безплатна правова допомога. Майже половина судових рішень сьогодні не виконується. Сумна українська статистика свідчить, що нерозглянутими в судах залишаються кожна десята цивільна і кожна п’ята кримінальна справи. За такою тяганиною – тисячі людських долів і трагедій.

Щороку, в Україні, в місцях позбавлення волі знаходяться близько 200 тисяч чоловік, 50 тисяч чоловік арештовані і утримуються в слідчих ізоляторах. У нас щороку „сидять” 413 чоловік, на 100 тисячу населення, в Польщі 211, в Грузії – 147, Вірменії – 106, Молдавії – 296. В Європі цей показник становить лише 60 чоловік на 100 тисяч, при цьому, що в Європі враховуються кримінальні проступки, у нас вони, вважаються адміністративними правопорушеннями. Якщо рахувати разом з адміністративними арештами, то „тюремний показник” в Україні сягає 1 тисячі чоловік на 100 тисяч населення. Виходить, що 1% населення України, щороку проходить через місця позбавлення волі.

На протязі останніх років в Україні виноситься щороку 700-1000 виправдовувальних вироків. Це майже 1%, до речі в 30 роки в УРСР щороку виносили близько 8-12% виправдовувальних вироків. І це в часи розгулу сталінізму.

У Верховному суді на розгляді знаходиться близько 60 тисяч справ, що призводить до численних порушень встановлених законодавством строків розгляду судових справ. Грубо порушується право громадян на справедливий судовий розгляд, зафіксоване в Європейській конвенції про захист прав і основних свобод людини. Красномовним є відсоток довіри, а скоріше зневіри людей у державних інституціях. Цілком довіряють податковій інспекції і міліції лише 1,4 відсотка, прокуратурі – 1,1, судам – 1,4, міським органам влади – 2,3, банкам – 1,3, засобам масової інформації – 3,6 відсотка громадян. І це при тому, що за останній рік ситуація трохи покращилась.

До джерел правового нігілізму в сучасній Україні можна віднести і правовий вакуум, тобто такий стан, коли цілі сфери життєдіяльності суспільства не врегульовані правом, хоча потребують нормативно-правової регламентації. Право може або ж відставати від запитів суспільства, або ж,

навпаки, їх випереджати, обидва випадки є небажаними, оскільки в ідеалі всі потреби суспільства повинні відображатись і врегульовуватись правом своєчасно.

Джерелом правового нігілізму є і низький рівень правової культури громадян. Сучасні українці жили і продовжують жити у просторі, де норма права підмінена нормою закону, правовідносини – законовідносинами, правосвідомість – законосвідомістю, тобто знанням законів, а не права; правотворчість -законотворчістю, суб'єкт права – суб'єктом закону...

Низький рівень правової культури позначається і на професійній діяльності, особливо і стосується сфери управління. Адже наївно вважати, що особа з нігілістичними установками після отримання владних повноважень вмиє позбавиться анти правових стереотипів, навпаки, з'являються сприятливі умови для їх активного прояву.

Для політичного радикалізму характерне намагання запрограмувати зміни, що, як показує історія, призводить до результатів, які прямо протилежні поставленим цілям. Радикальна політика створює сприятливі умови для правового нігілізму, адже її прихильниками право сприймається не інакше як зовнішні обмеження благородних політичних мотивів, хитрощі політичного суперника або як інструмент підтримки здійснення певної політичної лінії.

Правовий нігілізм є ознакою глибокої соціально-політичної кризи у суспільстві, яка викликана передусім тривалим пануванням в його політичному житті радикалістських політичних установок. Проте головним джерелом правового нігілізму на сучасному етапі є, безперечно, кризовий стан українського суспільства. Соціальна напруга, економічні негаразди, регіональний сепаратизм, дезінтеграція, конфронтація гілок влади, морально-психологічна нестійкість суспільства і багато іншого не тільки не сприяють подоланню правового нігілізму, а й постійно відтворюють і помножують його.

До зазначених джерел правового нігілізму можна додати політиканство і популізм політичних лідерів нової генерації, відкриту боротьбу позицій та амбіцій, властолюбство колишньої номенклатури, яка щосили чіпляється за минуле, некомпетентність представників влади, бюрократичне, чиновницьке свавілля та його безкарність, конфронтацію гілок влади, недоліки слідчо-прокурорської та судової практики. І цей перелік не є вичерпним.

Відсутність чіткої програми розвитку країни, механізму її реалізації, врешті решт чесних її носіїв, також сприяли правовому поширенню нігілізму. Отже, причин існування правового нігілізму в Україні надзвичайно багато і їх кількість з часом, як свідчать реалії життя, на жаль, не зменшується, а, навпаки, невпинно зростає, набуваючи нові, інколи зовсім не передбачувані форми. Усвідомлення цього факту викликає тривогу за наше майбутнє, адже зведення до мінімуму правового нігілізму в українському суспільстві можливе лише за умов усунення зазначених вище джерел цього явища, а на це потрібна буде тривалість життя не одного покоління.

**АДАПТАЦІЯ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ В КОНТЕКСТІ РОЗВИТКУ
ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ***Демидович М.**Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України*

Сьогодні метою стратегії розвитку економічної та соціальної сфери України є створення реальних умов для її вступу до Європейського Союзу. Прагнення України посісти гідне місце серед розвинутих країн світу передбачає створення правової, соціальної держави. Інтеграція та вступ до Європейського Союзу, проте, не є політичним та декларативним актом. Це досить тривалий процес, який вимагає кардинальних змін. Процес адаптації повинен охоплювати усю розгалужену систему національних правових актів і не оминати сферу їх застосування. Європейська правова інтеграція виявляється також неможливою при відсутності умов реформування адміністративних структур, що сприяють ефективному пристосуванню правового надбання Європейського Співтовариства. Даний процес ускладнюється ще тим, що стандарти ЄС (з огляду на зміст поняття „*acquis communautaire*”) мають динамічний характер і позначаються тенденцією до постійного розширення.

Держави-члени Європейського Союзу при заснуванні Європейського Економічного Співтовариства мали на меті створення спільного ринку. Задля досягнення цієї мети потрібне було єдине законодавство, яке б дозволяло вільно функціонувати спільному ринку товарів, послуг та капіталів, успішне функціонування якого забезпечували б спільні стандарти в законодавстві кожної із країн-членів. Таким чином, процес європейської правової інтеграції обумовлений загальним інтеграційним процесом. Кожна держава-претендент до вступу у ЄС має бути готова до низки компромісів у правовому, економічному та соціальному просторі.

Навколо європейського спільного ринку існує зона з ринків країн, які воліють до зближення із ним. В такій ситуації важливим чинником інтеграції виступає процес гармонізації законодавства таких країн із законодавством Європейського Союзу, тобто з тими правилами, які регулюють функціонування спільного ринку.

Укладаючи угоду щодо вступу до Європейського Союзу, держави добровільно обмежують свої права щодо правового регулювання не лише відносин стосовно спільного ринку, а й національних відносин у внутрішніх сферах правового регулювання. Наступне законотворення в країнах-членах ЄС здійснюється на основі права Європейського Союзу. Відповідно до цього усі держави-члени Європейського Союзу несуть відповідальність за створення законодавства, яке суперечить загальним стандартам ЄС. З огляду на вищесказане, можна стверджувати, що держава-кандидат вступу до Європейського Союзу повинна якомога повніше адаптувати національне законодавство із законодавством ЄС.

Серед країн, бажаючих бути повноцінними учасниками спільного ринку, є і Україна. Угода про партнерство та співробітництво між Україною й Європейськими співтовариствами та їх державами-членами, підписана 14 червня 1994 року й ратифікована Верховною Радою України 10 листопада 1994 року стала першим кроком на шляху інтеграції до Європейського Союзу.

Подальші кроки в цьому стратегічному напрямі можливі лише за наявності сприятливого правового середовища. Але лише якісне законодавче закріплення інтеграційних процесів дасть поштовх повноцінній і широкомасштабній інтеграції України у єдиний економічний простір Європи. Перед Україною стоїть доволі складне завдання, так як, згідно взятих на себе зобов'язань, вона фактично повинна створити нове законодавство яке б відповідало вимогам Європейського Співтовариства. Досягнення стандартів ЄС потребує, в свою чергу, всебічного реформування правової системи України та поступового приведення її у відповідність із правом Європейського Союзу..

Процес адаптації законодавства повинен здійснюватись не лише зусиллями виконавчої гілки влади. Передусім, законотворчість – прерогатива Парламенту. Так, Конституція України в ст. 85 прийняття законів відносить до повноважень Верховної Ради України. Однак, на рівні міністерств має бути налагоджене методологічне, організаційне та інформаційне підґрунтя адаптації. На нашу думку, за такої співпраці виконавчих і законодавчих органів, можлива продуктивна і якісна адаптація національного законодавства до законодавства ЄС.

Розглядаючи досвід країн, які вже на даному етапі є членами Європейського Союзу, але в свій час здійснювали процес адаптації національного законодавства, можна виділити ряд тенденцій та проблем, що виникали на шляху у таких країн щоб на достойному рівні і якомога ефективніше здійснювати та завершити процес по адаптації українського законодавства до стандартів Європейського співтовариства. Використання надбань зарубіжних країн в галузі удосконалення національного законодавства дозволяє уникнути негативних наслідків в організації і функціонуванні правової системи в цілому для конкретної держави, а, відповідно, представляє як теоретичний, так і практичний інтерес. Ця обставина є вирішальною і в плані ефективного застосування засобів і методів адаптації законодавства. Також, для України шлях до європейської практики реформування законодавства, стосовно техніко-юридичних аспектів, проходить крізь аналіз тенденцій теоретичного і практичного оволодіння правових механізмів у країнах Західної Європи. За різноманітних прикладів інтеграції окремих країн, задача України полягає в тому, щоб знайти найбільш раціональний шлях адаптації законодавства, використовуючи при цьому як власний досвід, так і досвід адаптації законодавства в інших країнах.

Перші кроки, з яких починався процес наближення національного законодавства до права Європейського Союзу, були зроблені шляхом підписання Європейської угоди про асоціацію. Далі, країна створювала теоретичне підґрунтя для вжиття заходів щодо адаптації. Такого плану документи передбачали перелік пріоритетів, галузей, що потребують першочергово реформування, вказували на методи та способи їх досягнення, визначали графіки щодо здійснення конкретних дій. Як правило, держава самостійно регламентувала черговість та терміни в які повинна була здійснюватися адаптація. Наближення законодавства – поступовий процес і країна самостійно вирішує форму, ступінь, черговість дій по адаптації законодавства.

На початку 90-х років розпочинати процес адаптації законодавства до права Європейського Союзу було дуже складно: з часом виявлялося, що не всі відомства досить відповідально ставилися до цього масштабного процесу, окремі програми були неузгоджені, відчувався брак спеціалістів, які мали професійну та мовну підготовку.

Тим часом, за невідповідності до такого складного процесу, країни-не члени ЄС накопичували досвід роботи по адаптації законодавства і формували навички потрібні для виконання поставленої мети. Методом спроб кожна країна виробила самостійну, характерну лише їй модель поведінки задля успішного управління процесом адаптації.

Важливим аспектом кваліфікованої адаптації є переклад актів Європейського Союзу на офіційну мову країни, яка здійснює процес адаптації. Досвід асоційованих країн показує, що процес перекладу повинен мати не хаотичний і випадковий, а упорядкований і, навіть, системний характер.

Характерним елементом у системі органів, які беруть участь у процесі наближення національного законодавства до законодавства Європейського Союзу, відіграли створені спеціально для цієї мети органи. Діяльність таких органів, в свою чергу, не зачіпала прерогатив галузевих установ.

Важливою, з огляду не правове співробітництво між Європейським Союзом та асоційованими країнами, є сфера не лише наявного національного законодавства, а й сфера майбутнього законодавства. Доцільним вважається прийняття нових правових актів із урахуванням стандартів Європейського Співтовариства.

Після того, як Угода про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами в 1998 році набрала чинності, Україна почала створювати механізм адаптації та формувати нормативно-правову базу для послідовної та ефективної реалізації самостійно обраного стратегічного вектору розвитку.

Важливим кроком на шляху створення якісно нового адаптованого законодавства в Україні став наказ Міністра юстиції „Про затвердження Порядку перекладу актів *acquis communautaire* на українську мову”.

Важливо, щоб співпраця багатьох інституцій, діяльність яких направлена на інтеграцію до Європейського Союзу, була відображена в законодавчих актах, які, в свою чергу, де це можливо і доцільно, наближали Україну до норм і стандартів ЄС. Не менш важливим є демонстрація Україною стабільної і стійкої рішучості щодо ефективного втілення адаптованого до європейських стандартів законодавства. Окрім підписання та ратифікації міжнародних конвенцій необхідне забезпечення реалізації таких документів. Подальший розвиток інтеграційного процесу України до Європейського

Союзу вимагає внесення змін в національне законодавство задля того, щоб створити в її внутрішньому правопорядку умов для дії в ньому інтеграційних структур ЄС.

Тоді як Україна здійснює європейську інтеграцію, не можна не згадати про особливості законодавства, що характерні в країнах СНД. По-перше, залишається актуальною та необхідною діяльність з приводу перегляду старого законодавства, що в певній мірі стримує розвиток інтеграційних ринкових відносин і відображає існування остаточних елементів командно-адміністративної економіки, що безпосередньо стосується адаптації діючих правових актів. По-друге, перегляд законодавства, що здійснювався на першому етапі незалежності здійснювався безсистемно. І без урахування цієї обставини неможливим виявляється процес адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу на якісному рівні.

З урахуванням таких особливостей необхідно брати до уваги, що сьогодення вимагає синхронізації законодавчих реформ – приймаючи нове законодавство потрібно переглядати старе. Також, важливим є не просте копіювання чи запозичення правових конструкцій, понять, принципів регулювання, а використання усього цього масиву з обов'язковим його адаптуванням до особливостей української правової, економічної, соціальної сфери, культурних та історичних надбань нашої держави.

Складне і багатоманітне явище адаптації законодавства вимагає попри все внутрішню узгодженість всього національного правового масиву. Така узгодженість забезпечує максимально ефективне реформування законодавства і приведення його до стандартів Європейського Союзу.

Адаптація законодавства України дозволяє Україні виконувати взяті на себе зобов'язання по наближенню законодавства максимально ефективно. Вивчення досвіду країн, що пройшли шлях по інтеграції до Європейського Союзу, і зараз є повноправними членами Європейського співтовариства, за належної уваги і наполегливої праці з боку України також дасть можливість подолання проблем і труднощів в сфері адаптації національного законодавства із значно меншими витратами і протягом меншого часу порівняно із країнами, досвід яких вивчаємо.

МЕТОДОЛОГІЯ ДОСЛІДЖЕННЯ ЗМІСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ (ДО ПОСТАНОВКИ ПРОБЛЕМИ)

Добрянський С.

Львівський національний університет імені І.Франка

У XX –XXI століттях однією із загальних тенденцій розвитку інституту прав людини є його глобальна універсалізація. Про це свідчить, наприклад, те, що до найвизначніших договірних актів ООН з прав людини – Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, Міжнародного пакту про економічні соціальні і культурні права, Конвенції про права дитини, Конвенції про ліквідацію усіх форм дискримінації стосовно жінок, Конвенції про ліквідацію усіх форм расової дискримінації – приєдналося від 70 до 90 % усіх держав світу, а заключний документ проведеної під егідою ООН 1993 року у Відні Всесвітньої конференції з прав людини підписали представники усіх 170 держав, які брали в ній участь.

У сучасній зарубіжній науковій літературі висловлюється думка про те, що з часу прийняття Загальної Декларації прав людини сформувався феномен, який позначається термінопоняттям “глобальний режим прав людини”, що включає в себе численні міжнародні конвенції, спеціальні міжнародні організації, які здійснюють моніторинг за дотриманням відповідних міжнародних документів, а також регіональні системи захисту прав людини (вчені Альстон, Донеллі, Форзайс). Більше того, глобальний режим прав людини призвів до появи значної кількості транснаціональних правозахисних об’єднань та міжнародних неурядових організацій. Як наслідок цих процесів, висловлюється бачення, що права людини все більше стають частиною загальноновизнаного знання та колективного розуміння (сприйняття), що складає світовий образ правління (вчені Болі, Томас). Таким чином права людини набувають статусу конститутивних складників сучасної та “цивілізованої” державності.

Практично всі документи по правах людини прийняті в рамках ООН, прямо чи опосередковано, виходять з презумпції про універсальність прав людини, їх неподільність та однакову значимість. Хоча імплементація прав та свобод, закріплених у міжнародних документах з прав людини суттєво відрізняється від суспільства до суспільства.

Отже, одна справа стверджувати, що існує “глобальний образ правління”, заснований на правах людини та виражений у системі міжнародних режимів, організацій, правозахисних об’єднань. І цілком інша у тому, щоб стверджувати, що ці норми з прав людини дійсно призвели до змін у повсякденній практиці національних урядів щодо своїх громадян.

Людство ще тільки “доростає” до повсюдного сприйняття категорії прав людини. Для того, щоб права людини були цілковито втілені у практиці окремих держав та всього світового співтовариства, потрібні не декларації про відданість тих чи інших держав правам людини, а “приземлення” сучасних міжнародних світових стандартів з прав людини до конкретно-історичних умов соціального розвитку.

Права людини можуть бути реальними лише за двох умов: якщо вони виражають, з одного боку, головні цілі усього людства (як сучасного світового співтовариства, пов’язаного загальними інтересами, потребами, протиріччями), а з другого – цілі кожної людини, породжені відносинами, які характеризують становище особистості, як фактичне, так і правове, у кожній державі.

Проблема універсальності прав людини не є новою, адже сам по собі ідея прав людини є продуктом певної історичної епохи, певного суспільства, відтак вона іманентно не може бути непритаманна цьому феномену.

Інша справа, що в період після завершення II Світової війни, права людини були покладені в основу нового міжнародного правопорядку, і стали однією із вимог, які пред’являються до держав сучасного світового співтовариства.

Таким чином, за певних історичних умов, ідея прав людини “перекочувала” з національного та міжнародний рівень, а звідти вже була “трансплантована” через діяльність як світових міжнародних організацій так і політику окремих держав на рівень національних правопорядків в т.ч. тих, які до цього не знали феномену прав людини власне в його “прозахідному варіанті”.

Це призвело, на думку деяких зарубіжних дослідників, до того, що ідея прав людини як ідея свободи, звільнення, забезпечення автономії особи може набувати за певних умов протилежного характеру – колонізації, нав'язування цінностей невластивих для певних суспільств.

“Симптоми” потенційної хвороби “неприйнятності” прав людини були зафіксовані ще напередодні прийняття Загальної Декларації прав людини у документі, опублікованому від імені виконавчої ради Американської Антропологічної Асоціації, де наголошувалося на втіленні у вказаному документі “прозахідних ідей”: “Він (документ) не буде носити переконливого характеру для індонезійця, африканця, індійця, китайця, якщо він займатиме положення того ж плану що і документи попереднього періоду. Права людини ХХ століття не можуть бути визначені стандартами будь-якої культури або продиктовані прагненнями певного народу”.

Природно, що проблема універсальності прав людини почала себе проявляти більш рельєфно, більш гостро по мірі збільшення міжнародного нормативного регулювання прав людини та його впливу на внутрішньодержавне законодавство, виникнення міжнародних регіональних систем захисту прав людини та появи явища принципово нового порядку, незнаного в попередні історичні періоди, котре позначається терміном “глобалізація”. Нікарагський вчений Хаб'ер Горостьяга стверджує, що в еру глобалізації людство розглядається як принципово цілісне, поєднане єдиною долею, що є результатом технологічної революції в інформації та комунікації і усвідомлення неприйнятності продовження чинного стану життя. Втім, як зазначається, у зарубіжній науковій літературі, поняття “глобалізація” поза цими очевидними ознаками, є не простим, а складним феноменом, котрий включає цілу систему процесів, які виражаються на низці рівнів – політичному, економічному, культурному. Річард Фок пропонує виділяти в комплексному феномені глобалізації два рівні: “глобалізація зверху” та “глобалізація знизу”. Обидва рівні глобалізації є важливими для нашого дослідження, оскільки результатом впливу першого рівня глобалізації є дотичність прав людини до відповідного національного правопорядку принаймні у формі ратифікації відповідного міжнародного акта по правах людини, тоді як результатом впливу другого рівня є прийняття чи неприйняття ідеї прав людини у певній змістовно-визначеній формі.

Ідея виділення рівнів глобалізації має принципове методологічне значення при дослідженні проблеми універсальності інституту прав людини, так як вона дає можливість провести поділ чинників, які впливають на прийняття у певному суспільстві прав людини на групи факторів *нормативно-формального характеру* (на цьому рівні предметом аналізу виступають група міжнародно-правових норм щодо прав людини, включаючи характеристику механізмів забезпечення цих норм, як і в цілому природу міжнародного права, а також проблему впливу політичних чинників на прийняття ідеї прав людини та певних конкретних змістовних “характеристик” прав людини) та *фактичного* (на цьому рівні аналізу основна увага приділяється конкретним внутрішньосоціальним обставинам, які власне визначальним чином детермінують як прийняття самої по собі ідеї прав людини, так і (за умови прийнятності ідеї) конкретного змістовного навантаження прав людини).

У доктринальній площині проблема прийнятності категорії прав людини отримує своє вираження у формі протистояння напрямків “універсалізму та релятивізму”.

Враховуючи багатовекторний характер проблеми “універсальності – релятивізму” прав людини, спробуємо виокреслити ті рівні аналізу, що їх слід врахувати задля комплексного осмислення та в кінцевому рахунку формулювання можливих шляхів вирішення цієї проблеми.

Отже, одним із актуальних завдань сучасної науки є з'ясування, якою мірою дискусія захисників та противників універсальності концепції прав людини ґрунтується на раціональних підставах і в чому така дискусія є лише спотвореним відображенням розглядуваного феномена, зумовленим неадекватним поясненням та розумінням явищ, що позначаються терміном “права людини”.

Практична значущість такого дослідження виражається у тому, що проблема загальнолюдського в інституті прав людини однією зі своїх “граней” торкається сфери *міжнародного співробітництва держав у галузі прав людини*, котре здійснюється у формі прийняття певних стандартів стосовно правового статусу особистості та зобов'язань держав дотримуватись цих стандартів. Відповідно, визначення питомої ваги загальнолюдської частки у змісті інституту прав людини має одним із наслідків вихід у практичну площину: зокрема, можливість надавати міжнародному контролю та критиці стан дотримання прав людини у тій чи іншій державі як складник легітимного предмета міжнародних відносин.

1. Одним із перших напрямків дослідження, як видається, має виступати *історико-генетичний* рівень дослідження прав людини. Основним завданням цього рівня має бути відповідь на питання про передумови та конкретні причини появи “ідеї прав людини”, ідейну (ціннісну) спрямованість прав людини.

Гадаємо, що “ключ” до відповіді на питання про появу прав людини можна буде знайти у конкретно-історичних умовах існування певного суспільства з його культурним фоном, комплексом домінуючих ідеологічних течій. Видається, що поява прав людини супроводжується проникненням, так би мовити “вплетенням” цієї ідеї (прав людини) у культурний фон певної історичної епохи, стаючи елементом її ідеології, що так чи інакше стає об’єктом осмислення людини, впливає на її поведінку.

Відтак осмислення культурного фону відповідної епохи, яка дала початок правам людини, матиме методологічне значення для аналізу специфіки тих культурних середовищ, куди зараз “імплементуються”, запроваджуються права людини на предмет сумісності домінуючих ідеологічних течій (з відповідними ціннісними пріоритетами) певного суспільства з цінностями прав людини. Очевидно критичного осмислення на цьому рівні аналізу набуває питання про те, чи дійсно певне суспільство може характеризуватися такою культурою, цінності котрої є несумісні з правами людини.

2. Наступним керунком дослідження, безпосередньо пов’язаним з першим, виступає проблема осмислення ідейно-ціннісного навантаження прав людини.

Адже одним із аргументів проти прийняття концепції прав людини виступає положення про те, що “культура прав людини” пропагує цінності, котрі є ворожими для традиційних суспільств. На цьому рівні аналізу слід сконцентрувати увагу на таких поняттях як “свобода”, “автономія”, “рівність”, “невтручання”, “індивідуалізм”, “колективізм”, “індивідуалізм та індивідуальні інтереси”, “колективізм та суспільні інтереси”.

3. Одним із цікавих та найбільш перспективних, хоча і непростих, напрямків дослідження, слід вважати вивчення антропологічних передумов (характеристик) прийняття концепції прав людини. Основними питаннями цього рівня дослідження універсальності концепції прав людини мають бути: Що становить природу людини в її певному позакультурному варіанті?. Наскільки сумісними виступають характеристики антропологічної природи людини з правами людини? Яким чином співвідносяться “образ людини” у певному культурному середовищі із “образом людини” у певному чистому, антропологічному вираженні, і яке значення має таке співвідношення “образів людини” на прийняття самої концепції прав людини? Чи спроможна людина певного “культурно-історичного середовища” в силу своїх антропологічних характеристик “вийти за межі” тих цінностей, в рамках яких вона була виплекана та за яких умов?

Окресленні рівні дослідження, гадаємо, сприятимуть більш глибокому аналізу проблеми формування змісту прав людини, і відповідно вирішенню проблеми прийнятності прав людини для соціального середовища відповідної держави.

ПРАВОРОЗУМІННЯ: ГЕРМЕНЕВТИЧНІ ЗАСАДИ ДОСЛІДЖЕННЯ*Дудаш Т.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Дослідження питання про праворозуміння у вітчизняній юриспруденції засновується, як правило, на класичній раціоналістичній парадигмі пізнання. Такий підхід виходить з аксіоми про те, що правова реальність – об'єктивна реальність, яка розвивається за своїми власними закономірностями, корті, в свою чергу, пізнаються людиною через посередництво певних логічних процедур та методів, що є загальнонауковими, тобто використовуються як у природничих, так і у гуманітарних науках. Правове знання – результат відображення у свідомості правової реальності. Узагальнюючи різні визначення праворозуміння, сформульовані саме на основі раціоналізму, доходимо висновку, що ця наукова категорія ввбирала у себе процес і результат мисленневої діяльності людини, спрямованої на пізнання того явища, яке відображається поняттям права. У силу впливу на процес такого пізнання суб'єктивних (різні потреби та інтереси суб'єктів соціуму) та об'єктивних (складність, багатогранність, розмаїття тих явищ, котрі відображаються поняттям права) факторів, процес пізнання правоявища не може бути безоціночним.

Саме оціночність процесу (а, відповідно, і результату) праворозуміння обумовлює потребу у застосуванні *іраціональної* методології до дослідження процесу праворозуміння. Найбільш перспективною для дослідження нелінійного, оціночного процесу, яким є праворозуміння, видається загальна теорія розуміння – герменевтика, яка «выводить на перший план» саме суб'єктивний, людський фактор, дозволяючи дослідити праворозуміння не ззовні – як раціоналістичні засоби логіки – а зсередини – з позиції людини як творчого, активного суб'єкта, неповторної ідентичності, яка привносить у результат праворозуміння – правоявище – частину свого «Я».

Основними поняттями герменевтики є «розуміння», «передрозуміння», «смысл», «мова», «автор», «герменевтичний суб'єкт». Не вдаючись до детального аналізу кожної з цих категорій (з огляду на обмеженість публікації), розглянемо їхню специфікацію щодо процесу праворозуміння. Герменевтичний суб'єкт, так би мовити, «автоматично» стає суб'єктом *праворозуміння*. Це ж стосується й автора. А відтак сам процес та результат *праворозуміння* отримує свою специфіку з огляду на 1) об'єкт такого розуміння та 2) взаємодію герменевтичного суб'єкта та автора.

Об'єктом праворозуміння є те явище, яке відображається поняттям права. Відображення такого явища в свідомості відбувається через посередництво мови, а отже – через правоназву. Проте правоназва не існує у мові і мовленні суб'єктів сама по собі, вона «занурена» в текст. Відтак, не лише саме право є текст, який підлягає розумінню, але й правоназва занурена в текст дає можливість зрозуміти право як текст. Таким чином, відповіддю на питання про те, яке явище відображається поняттям право, є текст в якому вжита правоназва. Отож, зрозуміти автора у даному контексті означає зрозуміти, яке явище він відображає поняттям права.

Специфіка передрозуміння того явища, яке відображається поняттям права полягає у тому, що з огляду на мову, як мінімальну межу передрозуміння, герменевтичний суб'єкт в силу дії суб'єктивних детермінант зв'язаний саме тією правоназвою, яка закріплена у його рідній мові, а отже й з саме такою а не іншою предметною віднесеністю правоназви. *Мінімальною межею передрозуміння того явища, яке відображається поняттям права, є предметна віднесеність правоназви.* Наприклад, мінімальну межу передрозуміння слов'яномовного герменевтичного суб'єкта неодмінно становитиме попереднє розуміння того явища, яке відображається поняттям права, як такого, що спрямовує у бік справедливості. Це пов'язано з тим, що слова, спільнокореневі зі словом «право», такі як «правильний», «правдивий», «справедливий», неодмінно є визначальними для його передрозуміння явища, яке відображається поняттям права вже в силу того, що він є мовцем. А відтак, саме *предметна віднесеність правоназви є визначальним фактором формування інтерпретаційної гіпотези*, яка підлягатиме перевірці в процесі інтерпретації. Таким чином, герменевтичний суб'єкт є певним чином зв'язаним саме предметною віднесеністю правоназви, закріпленою у мові, і неодмінно від неї «відштовхується» при інтерпретації того явища, яке відображається поняттям права. Проте на формування інтерпретаційної гіпотези впливає соціальний досвід герменевтичного суб'єкта, і такий вплив є *визначальним* з огляду на *складність об'єкта праворозуміння*. На стадії інтерпретації роль

індивідуального соціального досвіду герменевтичного суб'єкта у формуванні розуміння того явища, яке відображається поняттям права, ще більше зростає, оскільки таке розуміння досягається шляхом взаємодії індивідуального соціального досвіду суб'єкта та автора.

Отже, *передрозуміння того явища, яке відображається поняттям права* – це процес побудови інтерпретаційної гіпотези щодо певного соціального явища (потенційного об'єкта інтерпретації), обмежений предметною віднесеністю правоназви та індивідуальним соціальним досвідом герменевтичного суб'єкта.

На стадії інтерпретації того явища, яке відображається поняттям права відбувається перевірка інтерпретаційної гіпотези шляхом опосередкованої текстом взаємодії індивідуального соціального досвіду автора та герменевтичного суб'єкта. До детермінант інтерпретації належать:

- *суб'єктивні детермінанти*, а саме (максимально широко) – *духовно-соціальний досвід* герменевтичного суб'єкта та його біологічні особливості.
- *об'єктивні детермінанти*, а саме закономірності об'єкта інтерпретації, вираженого в тексті.
- *суб'єктивно-об'єктивні детермінанти*, а саме *духовно-соціальний досвід* автора, втілений у тексті.

Мінімальною межею інтерпретації є передрозуміння, оскільки визначальною для перебігу, ходу інтерпретації є саме інтерпретаційна гіпотеза. Максимальну межу інтерпретації становить взаємодія індивідуалізованого соціального досвіду автора та герменевтичного суб'єкта, яка підводить інтерпретацію до “спільного знаменника”. Як зазначає А. Гижа, «розуміння завжди й де вслід за індивідуальним досвідом, поза свої власним досвідом чужа індивідуальна мова (текст – Т.Д.) не дасть нічого».

Інтерпретація того явища, яке відображається поняттям права – це процес перевірки інтерпретаційної гіпотези, який супроводжується опосередкованою текстом взаємодією індивідуалізованого соціального досвіду автора та герменевтичного суб'єкта, можливими результатами якої є 1) досягнення праворозуміння 2) недосягнення праворозуміння; 3) засвоєння позиції автора стосовно того, яке явище відображається поняттям права.

З вищевказаного постає питання, чи відображає досягнення праворозуміння закономірності того явища, яке відображається поняттям права? Якщо в результаті такої взаємодії герменевтичний суб'єкт зрозумів автора, а автор, у свою чергу, адекватно відобразив закономірності того явища, яке відображається поняттям права у тексті, то розуміння об'єкта відображає його закономірності; якщо в результаті такої взаємодії суб'єкт автора зрозумів, проте автор неадекватно відобразив у тексті закономірності об'єкта (очевидно, не зрозумівши їх), то праворозуміння не відображає закономірностей того явища, яке відображається поняттям права, а отже, не є адекватним.

Якими засобами можна забезпечити адекватне праворозуміння, якщо на усіх стадіях процесу розуміння присутні суб'єктивні детермінанти як щодо передрозуміння герменевтичного суб'єкта, так і щодо результату праворозуміння, досягнутого шляхом опосередкованої текстом взаємодії з автором? Як видається, цим засобом є *поглиблення праворозуміння*. Таким чином про відповідність праворозуміння закономірностям певного соціального явища, яке відображається поняттям права, може йти мова тоді і тільки тоді, коли “нове” (поглиблене) праворозуміння підтверджує існуюче у суб'єкта. Діалогічність пізнання через посередництво розуміння дозволить підійти до встановлення принаймні конкретної істини інтерпретації у відповіді на питання про те, яке явище відображається поняттям права. Отже, з огляду на те, що причини плюралізму праворозуміння вкорінені у соціумі та у складності самого явища, яке відображається поняттям права, відповідь на основне питання праворозуміння ніколи не буде однозначною. Перевірка такої відповіді на істинність можлива лише з визнанням існування *істини інтерпретації, з розумінням істини як процесу*.

СОЦІАЛЬНІ ЗВ'ЯЗКИ ТА ІНТЕРЕСИ ЯК ОСНОВА ІСТОРИЧНОГО РОЗВИТКУ ДЕРЖАВИ

Кольбенко А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Базовим елементом будь-якої держави протягом усього періоду її розвитку, безумовно є суспільство, яке об'єднується навколо різноманітних соціальних зв'язків та інтересів.

Державне суспільство, як писав Георг Еллінек, складене з інших дрібніших різноманітних суспільств, кожне з яких має свої інтереси та правила. Але не тільки ці, загально визнані і безумовні для всіх, суспільства існують в державі: всі окремі індивіди, пов'язані один з одним спільним інтересом, утворюють багаточисельні інші соціальні групи, постійні або тимчасові, влада котрих не робиться менш реальною від того, що їх менше помічають, і різноманітні, точно вивчені відносини, котрі дають справжнє пізнання існуючих звичаїв. Всі ці формальні або неформальні співтовариства своїм впливом найрізноманітнішим чином модифікують правління суспільної волі. Приватні суспільні інтереси намагаються проявити себе за рахунок загального інтересу.

Отже, державні суспільства складають відповідним чином врегульовані системи, котрі наділені відповідними зв'язками.

Саме системний підхід виявляє історичні зв'язки між елементами систем і виробляє способи описування їхньої поведінки, які дають змогу не тільки описувати окремі елементи системи, але і характер зв'язків між ними

У державному суспільстві елементи соціальної системи (індивідууми, сім'ї, родини, корпорації, етноси і т.д.) підлягають інтеграції, під якою розуміється зменшення степені свободи окремих систем, і ці степені свободи визначаються зовнішніми межами соціальної системи і відмежованого тим самим від внутрішнього навколишнього світу цієї системи.

Для окремих соціальних систем, які складають в цілому державне суспільство існують ніби два зовнішні світи: зовнішній по відношенню до суспільства в внутрішньо суспільний. Грані цих світів якраз і визначаються через обумовленість соціальних зв'язків та інтересів.

Про важливість збереження цих факторів можна прослідкувати, зокрема, на прикладах двох європейських держав, котрі десятки століть залишалися роздробленими і децентралізованими. Це, зокрема, Італія та Німеччина.

На прикладі цих сучасних високорозвинутих держав можна зробити деякі висновки і щодо удосконалення державності сучасної України.

Після завоювання Західного Риму Італія майже півтори тисячі років залишалася політично роздробленою. Починаючи з IV до XIX ст. країна переживала постійні напади вестготів, остготів, лангобардів, візантійців, франків, угорців, арабів, норманів, австрійців французів, іспанців. Користуючись відсутністю центральної влади, завойовники постійно грабували населення Італії.

І в цій ситуації італійці намагалися з допомогою історичної пам'яті усвідомлювати себе нащадками або спадкоємцями стародавніх римлян. Кілька століть слово "Італія" мало тільки географічний зміст, але й XIII-XIV ст.ст. все почало змінюватися.

Одним із перших факторів об'єднання італійського народу стала італійська мова. Велике значення в цьому процесі також відіграла творчість Данте, який світо вірив та відстоював у своїх творах, що Італія повинна досягнути своєї внутрішньої єдності завдяки італійській мові, спільним звичаям та законам. Об'єднувачому процесі також сприяла зовнішня загроза зі сторони французів та іспанців. Саме вона і надихала Макіавеллі на його патріотичні твори. До часів Макіавеллі в Італії панувала партикулярна, тобто місцева, обласна самосвідомість. Але вже згодом в Італії все більше починає приділятися велика увага обґрунтуванню самого факту італійців як національної спільноти із власними соціальними потребами та інтересами.

Врешті решт ці зусилля призвели до об'єднання у другій половині Італії у єдину державу.

Подібні процеси також відбувалися при об'єднанні Німеччини. Вже у XVII ст. виникло вчення про німецьку мову як "головну мову" і "мови героїв". В цей час з'явилося багато різноманітних

“німецьких товариств”, які виникали переважно в університетських містах, котрі ставили своєю головною метою культивування німецької мови і виховання патріотизму.

З другої половини XVIII ст. в Німеччині значно посилюється інтерес до всього національного. І вже до початку XIX ст. настала епоха повільного, але наступального проникнення національного в соціальну, культурну і політичну сферу німецьких держав. Через призму цих процесів відбулася і німецька революція 1848-1849 рр. Згодом на об'єднавчий рух почали впливати також і економічні інтереси, котрі формували нові соціальні зв'язки між окремими німецькими державами і консолідували німецьке суспільство. Нові буржуазні відносини не могли ефективно існувати в умовах соціальної замкнутості та роздробленості окремих німецьких територій і ця обумовленість якраз і продукувала знаходження шляхів врівноваження суспільних потреб та інтересів.

Як це було яскраво помітно на прикладі історії Італії, так само і в Німеччині, важливою передумовою народів були, насамперед, різноманітні соціальні зв'язки та інтереси.

До них можна віднести спільне та консолідоване бачення свого історичного минулого, спільна мова і культура, спільний загальнодержавний ринок, спільна оборона своєї території та своїх інтересів від зазіхань сусідів і, навіть у позитивному розумінні цього слова, – “національний егоїзм”. До цього переліку можна віднести і багато інших факторів, які впливають на соціальну систему суспільства і які роблять цю систему стійкою перед зовнішніми впливами, і які є динамічною основою її розвитку.

Думаю, що увесь вищевикладений матеріал, цілком і повністю є актуальним щодо побудови сучасної модерної української держави і де більшість соціальних зв'язків та інтересів перебувають тільки у стадії формування.

Ігнорування цими зв'язками, а також відсутність розуміння сучасною українською владою потреби їх формування та розвитку буде постійно гальмувати політичне об'єднання і здатність держави протистояти усім негативним внутрішнім та зовнішнім чинникам.

**ПРАВОВИЙ ВПЛИВ І ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ:
ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТЬ****Косович В.***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Розвиток сучасного світового права характеризується низкою нових, властивих лише суспільству кінця XX – початку XXI ст., тенденцій. Відбувається зближення правових систем світу та форм права, зростає роль міжнародного права як засобу регулювання міждержавних та внутрідержавних відносин, природні права людини визнаються джерелом для визначення основних напрямів праворегулятивної діяльності держави. Це зумовлює необхідність вдосконалення „правових” функцій держави, зокрема правового впливу та правового регулювання суспільних відносин; а відповідно і переосмислення низки теоретичних понять та конструкцій, що зумовлює актуальність наукового дослідження даної проблематики.

Висвітлення питання *правового впливу* на суспільні відносини та питання їх *правового регулювання*, видається, доцільно розпочати із спроби визначити дані терміни у світлі новацій сучасного права.

Терміни *правовий вплив* та *правове регулювання* складаються з тотожних „правовий” та близьких „вплив” і „регулювання” категорій. Спробуємо з’ясувати їх змістовне навантаження.

Категорія „правовий” похідна від терміну право. Що ж до права, то на даний час у науці не вироблено єдиного уявлення про право! (Марченко М.Н.). Отож, підтримуючи ту чи іншу теорію праворозуміння, будемо по-різному трактувати категорію „правовий” (ми використаємо три групи теорій – соціологічні, природничі, позитивістські), а відповідно і суміжні з нею категорії.

Категорія „вплив” визначається як система дій, що мають на меті вплинути на кого-небудь чи що-небудь (Малько А.В., Комаров С.А.).

„Регулювання” позначає упорядкування, налагодження, приведення у відповідність (Комаров С.А.).

Поєднавши категорії „правовий” і „вплив” та „регулювання”, спробуємо змістовно визначити терміни *правовий вплив* й *правове регулювання*.

Якщо обирати розуміння права як системи усіх існуючих у суспільстві правил поведінки, похідних від людини (соціологічний підхід), то *правовий вплив* та *правове регулювання* будуть ні чим іншим як соціальним впливом.

У випадку трактування права як системи можливостей суб’єктів суспільного життя, що необхідні їм для нормального існування та розвитку в конкретно-історичних умовах (Рабінович П.М.), тобто права як загально-соціального явища, *правовий вплив* та *правове регулювання* – це діяльність держави спрямована на забезпечення природних потреб та інтересів цих суб’єктів.

Позитивістське розуміння права схиляє до ототожнення *правового впливу* та *правового регулювання* із механізмом юридичної, державно-вольової регламентації суспільних відносин.

Як співвідносяться наведені міркування із положеннями сучасної теоретичної науки. *Правове регулювання*, якому зазвичай приділяють більше уваги, як правило, визначають як здійснюваний за допомогою юридичних засобів вплив на суспільні відносини з метою їх упорядкування (Рабінович П.М., Алексєєв С.С., Лазарєв В.В., Малько А.В.).

Правовий вплив трактується дещо по-різному. Це – нормативно-організаційний вплив на суспільні відносини, як спеціальними правовими засобами – норма права, правовідносини, правові акти, так і іншими правовими явищами – правосвідомість, правова культура, принципи права (Комаров С.А.). Це – взятий в єдності та багатоманітності процес впливу права на соціальне життя, свідомість та поведінку людей (Малько А.В.). В першому випадку правовий вплив пов’язується загалом із системою засобів впливу на суспільні відносини, у другому із предметом впливу. Названі складові дії права на людину та суспільство, а також спосіб впливу (наприклад, встановлення правовідносин, або формування правової культури), очевидно використовуються як визначальні чинники для визначення правового впливу та правового регулювання.

Наведені визначення вказують на те, що *правовий вплив* значно ширше та багатогранніше правове явище ніж *правове регулювання*, оскільки він крім спеціально-правових, (що є характерними для *правового регулювання*) включає і загально-правові аспекти.

Існуючі у сучасній літературі дефініції *правового впливу* та *правового регулювання* тяготять до позитивістського розуміння права. Такий підхід у світлі нових тенденцій у сучасному праві, на думку автора, потребує уточнення як щодо міжнародного так і внутрідержавного права. Спробуємо це проілюструвати на окремих прикладах. Так, чи є рішення Європейського суду з прав людини формою права (а відповідно і засобом правового впливу чи правового регулювання національних правовідносин) для держав членів Ради Європи за умови, що більшість з них належать до континентальної правової системи? Візьмемо також для прикладу цивільне законодавство України. Частина 2 статті 8 Цивільного кодексу України передбачає, що у разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства. Пункт 6 статті 3 Цивільного кодексу України серед інших встановлює такі засади, як справедливість, добросовісність та розумність! В основі зазначених засад лежить система аксіологічних та морально-етичних установок суспільства; а це не що інше як складова природничої теорії права, яка згідно більшості визначень правового регулювання та й певним чином правового впливу не пов'язується із спеціальними юридичними засобами упорядкування суспільних відносин.

Терміни *правовий вплив* та *правове регулювання* сьогодні, як видається, необхідно визначати із врахуванням комплексу факторів:

- соціального призначення правового впливу та правового регулювання;
- їх функціональних завдань;
- домінуючої в даних конкретно-історичних умовах теорії праворозуміння;
- особливостей джерел та форм права, особливостей інших складових механізму правового впливу та механізму правового регулювання;
- загальнолюдських принципів права та правового регулювання;
- рівня правового впливу та правового регулювання – міжнародного чи внутрідержавного.

Тільки всебічно розглянувши названі чинники, можна вести мову про правильне визначення термінів *правовий вплив* та *правове регулювання*. Це ж потребує окремого наукового дослідження.

**ОЗНАКИ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА: ОСОБЛИВОСТІ В
ІНФОРМАЦІЙНОМУ СУСПІЛЬСТВІ***Кундельська С.**Українська академія друкарства*

У сучасних умовах, коли «віртуальний світ» стає реальним за своїм значенням для людини, особливої важливості набуває пошук нових правил і форм взаємодії держави і суспільства на користь збереження цілісності і безпечного розвитку всіх і кожного. В зв'язку з цим роль верховенства права зростає й набуває специфіки, яка опосередковує відповідні відносини.

В Страсбурзі 13 травня 2005 року Комітет міністрів Ради Європи ухвалив перший міжнародний акт з метою сприяння дотриманню прав людини та верховенства права в інформаційному суспільстві – Декларацію про права людини і верховенство права в інформаційному суспільстві (далі – Декларація).

Ця Декларація визначає норми дотримання прав людини та забезпечення верховенства права в інформаційному суспільстві у галузі мобільного телефонного зв'язку, а також комунікацій за допомогою Інтернету та інших сучасних інформаційних засобів. Вона стала першою міжнародною спробою врегулювати це питання та кроком уперед з метою осучаснення принципів Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод в епоху кіберінформації. Декларація розглядає також питання про те, яким чином постачальники Інтернет-послуг, виробники обчислювальної техніки та програмного забезпечення, уряди, громадянське суспільство можуть співпрацювати на національному та міжнародному рівнях.

Документ охопив питання щодо державної цензури та приватного сектора, захисту інформації конфіденційного характеру (наприклад, зміст і дані про електронні комунікації), практичного аналізу якості інформації, етики використання засобів масової інформації, а також використання інформаційних технологій задля забезпечення демократії, свободи зібрань та верховенства права у кіберпросторі.

Згідно з ч. 1 Преамбули Декларації, «держави-члени Ради Європи, нагадуючи про свою прихильність побудови суспільств, що ґрунтуються на таких цінностях, як права людини, демократія, верховенство права...», тим самим визначили останнє як суспільну цінність, на підставі якої будується суспільство. На нашу думку, це свого роду аксіома побудови правового інформаційного суспільства, в якому кожному достатньою мірою гарантована реалізація відповідних суб'єктивних прав.

Згідно з ч. 13 Преамбули, «держави-члени Ради Європи зобов'язуються проводити таку політику подальшого розвитку інформаційного суспільства, яка відповідає Європейській конвенції з прав людини і прецедентному праву Європейського суду з прав людини і має своєю метою збереження, а по можливості – зміцнення демократії, захисту прав людини, зокрема свободи висловлювання та інформації, сприяє повазі до верховенства права». Отже, така політика є елементом поваги до верховенства права.

Самого факту визнання державами верховенства права ще не достатньо, адже його абсолютний «авторитет» спонукає її до певних активних дій, які є способами чи інструментами реального втілення в життя верховенства права.

Згідно з ч. 16 Преамбули зазначеного акту, держави «заявляють про своє прагнення слідувати принципам і рекомендаціям, що стосуються поваги прав людини і верховенства права в інформаційному суспільстві, викладеним нижче у Розділі I». Кожний окремий пункт цього Розділу – «Права людини в інформаційному суспільстві» відображає в своїй назві відповідне суб'єктивне право людини в інформаційному суспільстві. А саме: п. 1 – «Право на свободу висловлювання, інформації та спілкування»; п. 2 – «Право на повагу до приватного життя та листування»; п. 3 – «Право на освіту і значимість підтримки доступу до нових інформаційних технологій та їх всезагального використання без дискримінації»; п. 4 – «Заборона рабства, примусової праці і торгівлі людьми»; п. 5 – «Право на справедливий суд і призначення покарання відповідно до закону»; п. 6 – «Захист власності»; п. 7 – «Право на вільні вибори»; п. 8 – «Свобода зборів». Загальна оцінка документу дозволяє зробити висновок, що зазначені права є пріоритетними для інформаційного суспільства. Це, зокрема, підтверджує таку європейську ознаку верховенства права, як визнання визначальної ролі прав людини в діяльності держави.

Аналіз Розділу I дозволив виділити окремі особливі *ознаки* верховенства права саме в інформаційному суспільстві, а також *принципи* та обов'язкові *рекомендації* для держав-членів щодо нього. З огляду на обмежений обсяг цієї публікації висвітлимо тільки ознаки. До них належать:

1. Майже необмежена свобода слова, інформації і спілкування, свобода зборів у зв'язку з цифровою формою, а також, за окремими винятками, сумісна з правом на приватне життя автоматична обробка персональних даних державними органами чи приватним сектором.

2. Рівність свободи слова, інформації, поваги до приватного життя та листування, доступу до різних заходів регулювання стосовно засобів масової інформації та нових комунікаційних послуг у віртуальному та не віртуальному просторі.

3. Можливість полегшення доступу та стимулювання нових форм інформації та знань, права на освіту за допомогою інформаційних і комунікаційних технологій (далі – ІКТ) для більшої інклюзивності й подолання дискримінації.

4. Можливість підтримки плюралізму, культурної та мовної різноманітності за допомогою ІКТ.

5. Можливість аналогічної кваліфікації торгівлі людьми як в цифровому, так і в не цифровому середовищах.

6. Можливість однакового визначення обсягу інформаційних прав людини та їх рівного захисту як в цифровому, так і в не цифровому середовищах.

7. Можливість однакового застосування права на призначення покарання відповідно до закону в цифровому і в не цифровому середовищах.

8. Можливість громадського контролю за діяльністю суддів через публічну трансляцію судових слухань і відвертість інформації.

9. Безпрецедентна можливість доступу і використання за допомогою ІКТ матеріалів, захищених правом інтелектуальної власності, та можливість належного захисту права інтелектуальної власності в цифровому середовищі.

10. Можливість зміцнення представницької демократії ІКТ через полегшення проведення виборів і громадських обговорень, участь в яких доступна для всіх, та підвищення якості суспільних дискусій і забезпечення активної участі громадян і громадянського суспільства у виробленні політичних рішень на національному, регіональному і місцевому рівнях.

11. Відповідність електронного голосування принципам демократичних виборів і референдумів.

12. Можливість впливу ІКТ на державні органи з метою підвищення ефективності, чуйності, прозорості і підзвітності їх діяльності.

13. Постійне розширення можливостей і способів користування свободою слова, інформації і спілкування, реалізації права на свободу зборів і об'єднань за допомогою ІКТ.

14. Можливість загальносоціального користування правом участі в суспільних формах життя, де застосовуються ІКТ, з метою резонансного розвитку громадянського суспільства.

Заклик інститутів громадянського суспільства, приватного сектору та інших зацікавлених сторін до врахування положень Розділу II в їхній діяльності зі створення інформаційного суспільства – це теж заклик до дій, від яких залежатиме втілення в життя верховенства права.

Згідно з ч. 1 Розділу II «Побудова інформаційного суспільства на принципах багатостороннього управління: ролі і зобов'язання сторін», побудова всезагального інформаційного суспільства, що ґрунтується на повазі до прав людини і верховенстві права, потребує нових форм солідарності, співробітництва і взаємодії між урядами, громадянським суспільством, приватним сектором і міжнародними організаціями. Через відкриті дебати і міжнародний обмін інформацією принцип багатостороннього управління допоможе визначити плани робіт і розробити нові регулюючі та інші моделі, що відповідають на виклики і проблеми, які є результатом стрімкого розвитку інформаційного суспільства.

Втілення в життя запропонованих способів (форм) такої взаємодії сприятиме вирішенню багатьох проблем інформаційного суспільства.

Головним підсумком проведеного аналізу є визнання безпрецедентної згуртованості Європи навколо такої основоположної суспільної цінності, як верховенство права. Саме на цій основі, на нашу думку, у майбутньому буде досягнуто прогрес у розбудові Європи без контрастів. А однією з основних цілей діяльності Ради Європи є утвердження верховенства права на континенті.

**КЛАСИФІКАЦІЯ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ ІНСТИТУТІВ:
ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ***Левицька Н.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Ефективне функціонування соціальної системи забезпечується завдяки дієвому комплексу правових засобів. Саме завдяки цим засобам забезпечується належний взаємозв'язок особи та суспільства. Чільне місце у цій системі займає система джерел права.

На сучасному етапі розвитку людства, саме це поняття є найбільш витребуваним, так як у багатьох правових системах світу спостерігається урізноманітнення джерел права, взаємодія яких викликає потребу взаємоузгодження нормативно-правових приписів, що містяться у цих джерелах.

Як і будь-яка інша система, система джерел права має внутрішню будову (структуру). Первинним елементом системи джерел права є нормативно-правові приписи, угруповання яких дозволяє утворити такі структурні частини як нормативно-правові інститути, галузі та інші системні утворення. Отже, найменшим системним угрупованням у системі джерел права є нормативно-правовий інститут.

Як структурна частина системи джерел права нормативно-правовий інститут є впорядкованою системою нормативно-правових приписів, які містяться у певних джерелах права і регулюють певний вид (групу) однорідних суспільних відносин.

В кожній галузі можна виокремити певну меншиність нормативно-правових інститутів. Нормативно-правовий інститут є зовнішньою формою інституту права, а тому особливості їх співвідношення є наступними: 1) інститут права групується із норм права; нормативно-правовий інститут – із нормативно-правових приписів; 2) інститут права є відносно самостійною складовою частиною галузі права; нормативно-правовий інститут є складовою частиною нормативно-правової галузі, що впливає на суб'єктний характер (в значній мірі залежить від суб'єкта правотворення); 3) інститут права формується з врахуванням предметної (галузевої) структури, а нормативно-правовий інститут з врахуванням як галузевої, так й ієрархічної структури системи; 4) інститут права містить лише загальнообов'язкові правила поведінки (норми права); а нормативно-правовий інститут нормативно-правові приписи як прямого регулювання (заснованого на нормі права), так і опосередкованого – дефінітивні, декларативні, оперативні (визначення понять, нормативні засади, правові ідеї, порядок набрання чинності тощо), тобто є значно ширшими за обсягом; 5) як інститут права, так і нормативно-правовий інститут регулює певний вид (групу) однорідних суспільних відносин.

Щоб визначити роль та місце конкретних нормативно-правових інститутів у нормативно-правовій галузі чи системі джерел права в цілому, необхідно, насамперед, визначити основні критерії їх угруповання. До таких критеріїв угруповання можна віднести предмет правового регулювання, функції у правовому регулюванні, обсяг нормативно-правових приписів, характер врегульованих відносин та ін.

Отже:

1. за предметом правового регулювання нормативно-правові приписи угруповуються в конституційні-правові інститути, цивільно-правові, адміністративно-правові інститути, кримінально-правові;

2. за характером врегульованих відносин – матеріальні (наприклад, інститут підряду) та процесуальні (наприклад, інститут порушення кримінальної справи);

3. за функціями у правовому регулюванні – регулятивні (інститут міни) та охоронні (інститут кримінальної відповідальності);

4. за обсягом нормативно-правових приписів – прості (інститут громадянства) та складні (інститут виборчого права);

5. за сферою поширення – галузеві (інститут спадкування), міжгалузеві (інститут екологічної відповідальності), комплексні (інститут опіки та піклування).

Нормативно-правовий інститут є необхідною структурною частиною у цілісній системі джерел права. Кожна галузь права складається із угрупованих, насамперед, за предметом регулювання нормативно-правових інститутів. Наприклад, цивільні нормативно-правові інститути: купівлі-продажу, спадкування, представництва, відшкодування шкоди, дарування та ін. Головне призначення кожного з них – забезпечення відносно завершеного регулювання. Водночас, галузеві інститути забезпечують цілісність у межах нормативно-правової галузі. Їх група найчисленніша, кожний має власний предмет та методи правового регулювання, правовий режим. Міжгалузеві інститути є ширші за обсягом, їх утворюють нормативно-правові приписи різних галузей. Комплексні інститути утворюються в результаті взаємопроникнення нормативно-правових приписів різних нормативно-правових галузей, що підкреслює їх інтегративний характер, а також цілісний характер системи джерел права в цілому незважаючи на можливість її диференціації на певні системні утворення. Виокремлення останніх дозволяє більш глибоко проаналізувати особливості кожного виду та підвиду нормативно-правового інституту, визначити його специфічну роль та значимість у системі джерел права.

О ПОНЯТИИ ТЕРМИНОВ «ИСТОЧНИК ПРАВА» И «ФОРМА ПРАВА»*Левко П.**Белорусский государственный университет*

Многозначность понятия «источник права» как базовой категории юриспруденции, вытекающая из различного осмысления феномена самого права, обуславливает различные научные и практические определения. Целенаправленное исследование источников права как теоретического феномена началось только в XIX в. в рамках исторической школы и юридического позитивизма. Однако этот термин использовался ранее: например, Тит Ливий указывает, что Законы XII таблиц являются «источником всего публичного и частного права». При этом, по мнению Ф.К. Савиньи, римляне не дали источникам права никакого определения, используя их как конкретную данность (Родионова О.М. Развитие научных представлений об источниках права (на примере источников гражданского права) // Правоведение. – 2005. – №3. – С. 133).

Указанное качество источника права (многозначность) приводит к наделению его различным содержанием. Так Ф. Шершеневич указывает, что под источником права нужно понимать: «силы, творящие право, например, когда говорят что источником права следует считать волю Бога, волю народную, государственную власть, ...»; «материалы, положенные в основу того или иного законодательства, например, когда говорят, что римское право положено в основу германского гражданского кодекса, ...» (Шершеневич Ф. Общая теория права. [Электрон. ресурс] – Режим доступа: <http://www.allpravo.ru>). При этом не дается определения понятия «источник права», а лишь перечисляется различное его понимание. Акцент делается на установлении «сил» или «причин», которые создают право. Е.Н. Трубецкой, под источником права, понимал «не те причины, которые так или иначе влияют на содержание правовых норм, а только те именно причины или силы, которые сообщают тем или другим правилам значение правовых норм, т. е. обуславливают собою их обязательность» (Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. [Электрон. ресурс] – Режим доступа: <http://www.allpravo.ru>). Наличие таких качеств у закона, прецедента и обычая позволяет называть их источниками права.

В советский период источник права рассматривался в зависимости от правопонимания. С.Ф. Кечекьян обращал внимание на то, что под источником права «следует понимать, прежде всего, специфическую («особую») форму изъявления воли и придания ей значения общеобязательной нормы» (Цит. по Кутафин О.Е. Источники конституционного права Российской Федерации. М.: Юрист, 2002. С. 10). Н.Г. Александров под источником права понимал «вид деятельности государства, заключающийся в установлении юридических норм». «Источник права есть особый акт волеизъявления, который не следует отождествлять с объективированной волей» (Александров Н.Г. Понятие источника права // Ученые труды ВИЮН. Вып. VIII. – М. – 1946). «Источник права есть внешняя форма объективизации правовой нормы. Причем только объективизированная («в определенной форме») норма становится общеобязательной, правовой нормой, реализация которой обеспечивается соответствующими средствами государственного воздействия. Норма права не существует и не может существовать вне источника права – оболочки бытия правовой нормы» (Зивс С. Л. Источники права. – М.: Наука, 1982. – С. 10). Таким образом, источник права в советский период понимается как деятельность или результат деятельности государства, который выражается в принятии правовой нормы.

Считаем, что многозначность термина не должна приводить к противопоставлению различных определений, характеризующих многие стороны бытия права. Под источником в общепотребительном значении понимается то, из чего берется, черпается что-либо; то, что дает начало чему-либо, служит основой для чего-либо. Поэтому источник права можно охарактеризовать как явления, процессы и факторы детерминирующие (определяющие) право в большей или меньшей степени, наполняющие его определенным содержанием, которые сами по себе не являются правом, а лишь предопределяют его содержание.

К таким явлениям (процессам и факторам) современные ученые относят:

- Естественно-географический, климатический, биологический и иные факторы, оказывающие непосредственное влияние на процесс правообразования и опосредованное –

на процесс правотворчества и соответственно на само право, что в науке именуется естественным источником права (Марченко М.Н. Источники права: понятие, содержание, система и соотношение с формой права // Вестник Московского университета. Сер. 11, Право. – 2002. – № 5. – С. 6).

- Социальные и экономические факторы, оказывающие прямое воздействие на процесс правотворчества, включающие реально складывающиеся общественные отношения, которые нуждаются в регламентации правом;
- Идеологические факторы, то есть совокупность философских и других концепций, правовых воззрений, политических теорий и доктрин, правосознание.

В современной юридической научной литературе выделяются и другие факторы, детерминирующие право, однако, их изучение требует самостоятельного анализа и более четкой классификации.

Понятие «источник права» обычно соотносится (используется одновременно) с термином «форма права». Например, А.Ф. Шебанов утверждал, что законы, правительственные постановления, и другие акты государства, именуемые в литературе «формальными источниками права» сами по себе не создают право: эти акты лишь форма его выражения и, как всякая форма не могут быть источниками своего содержания. Между тем применение к ним термина «источник права» может создать такое представление (Кутафин О.Е. Указ. соч. – С. 14). Калинин А.Ю., Комаров С.А. предлагают разграничивать «источник и форму права как соответственно происхождение и образование права» (Калинин А.Ю. Комаров С.А. Форма (источник) права как категория в теории государства и права // Правоведение. – 2000. – №6. – С. 4).

Фактически ряд ученых отождествляют источник права в формальном (специально юридическом) смысле с формой права или выражают источник права через форму, указывая на многозначность понятия «источник права». Например, в учебнике под редакцией В.К. Бабаева существует глава под названием «Форма права», в которой «под источником права в юридическом смысле понимаются формы выражения, объективизации нормативной государственной воли», которая, по мнению автора главы, и есть «внешняя форма права в истинном значении термина» (Теория государства и права./ Под редакцией проф. В.К.Бабаева. – М.: Юрист, 2005. – С.267-268). В. С. Нерсесянц определяет источник права в формальном смысле как «официально определенные формы внешнего выражения содержания права» (Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. – М.:НОРМА, 2001. – С. 400).

Словарь Ожегова дает девять значений слова "форма", акцентирующих внимание на внешнюю сторону предмета, явления, процесса: форма (это "способ существования содержания, неотделимого от него и служащего его выражением"). Поэтому форма права – это официальный, обладающий бесспорным авторитетом способ внешнего выражения содержания права. Форма как таковая не тождественна праву, но они могут совпадать, когда идея права материализуется в форме и получается само право как совокупность норм. Но создание формы, например издание закона, может и не означать образование права, поскольку идея права может не материализоваться в данном законе или материализоваться не полностью, что позволяет говорить о правовом или не правовом законе.

Значимость такого подхода заключается в том, что источник, право и форма – это хотя корреляционные, но разные понятия. Когда говорят об источнике права в формально-юридическом смысле слова, и имеют в виду закон, судебный прецедент и т.д., то употребляют выработанный чисто юриспруденцией термин, смысл которого сводится к месту нахождения правовой нормы. Итак, источник права можно понимать по-разному:

- как то, на что можно сослаться субъекту реализации права (в том числе субъекту правоприменительной деятельности) для обоснования своего поведения (деяния) либо обоснования принятого акта применения права, акта правосудия как правомерного и, что для «обусловленного определенным характером правопонимания данного общества» будет авторитетным и бесспорным. Речь может идти о нормативном правовом акте для романо-германской правовой семьи, о судебном прецеденте для семьи общего права, об обычае для правовых систем развивающихся стран Азии, Африки и Океании, о доктрине для семьи общего права и для мусульманского права;
- либо как то, что детерминирует право, предопределяет его содержание в большей либо меньшей степени. Например, говоря о доктрине, то мы можем без сомнения признать ее одним из основных источников права континентальной Европы («Кодификация является

естественным завершением творчества университетов» – Давидр., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. – М.: Международные отношения, 1998. – С. 49), судебную практику – источником права как для семьи общего права, так и для континентальной Европы, хотя данные источники и оказывают существеннейшее влияние на содержание права этих стран, но они могут и не признаваться источником права в первом его значении.

Исходя из вышеизложенного, можно сделать очевидный вывод о том, что для устранения неточности о тех или иных источниках права действующих и преобладающих для той или иной отрасли и вообще в государстве, более удачным представляется первое значение источника права называть формой права, а второе значение источником права. Либо при употреблении все же термина «источник права» необходимо четко указывать то значение, в котором он употребляется. Таким образом, для практической и иной деятельности необходимо четко соотносить термин и его содержание, для правоприменения важен термин «форма права» как перечень внешних признаков, позволяющих норме быть правом (общеобязательным).

ЭТИМОЛОГИЯ СУБЪЕКТИВНОЙ СОСТАВЛЯЮЩЕЙ В ПРЕДИКТОРАХ ТРАНСФОРМАЦИИ ФЕНОМЕНА «ПРАВОНАРУШЕНИЕ»

Литвинко В.

Белорусский государственный университет

Эпоха постмодернизма ознаменовала собой переход к новым принципам и ценностям развития цивилизации. Конец XX-XXI века доказал утрату веры в такие ценности, как Прогресс и Свобода в качестве приоритета успешного и стабильного развития общества; исчезновение с политической карты мира одной из супер-держав – СССР, принесло ряд диспропорций в новообразованные независимые государства, возникшие после распада СССР. Республика Беларусь столкнулась с целым рядом сложных проблем, обусловленных, с одной стороны, противоречиями между обществом и природой, с другой стороны, политическими, экономическими, социальными и культурными противоречиями в обществе.

Проблемой трансформации общества, экономики и права занимались такие известные ученые как А.М. Абрамович, С.Г. Дробязко, Н.В. Кивенко, И.И. Лановенко, О.В. Манока, К.В. Седых, А.О. Бурчак, В.А. Бачинин, Я.И. Гишинский, Р. Кловард, Б. Крег, Г.В. Данхем, К. Эрикссон, Р. Фермс, В. Шелодон, В.С. Нерсисянц, Ю.В. Тихонравов, А.И. Долгова, С.М. Корецкий, О.М. Костенко, М.В. Костицкий, Л.В. Кравченко, В.М. Кудрявцев, М.М. Бабаев, С.С. Алексеев и др.

Поскольку предикторы трансформации правонарушений не исчерпываются только лишь объективными условиями и процессами, происходящими в обществе, и влияющими на генезис того или иного типа мышления, необходимо также исследовать субъективные факторы, качающиеся к модификации правонарушений.

Субъективные моменты трансформации правонарушений требуют дополнительных исследований, поскольку изучение указанных вопросов необходимо для верного понимания и закрепления в законодательстве тех или иных объектов правовой охраны от противоправных посягательств, иначе снова и снова будут возникать коллизии и пробелы в правовом регулировании тех или иных правоотношений. Но именно понимание того, какие субъективные факторы имеют влияние на процесс видоизменения категорий права, а также понимание этих категорий, ведет к адекватному правовому регулированию правоотношений и ориентации всего нормативного массива на человека, его права, гармоничное существование в обществе, а не на то, как заставить его сделать что-либо. Недостаточный учет роли человеческого (личностного) фактора ведет к отчуждению человека от общества и фрустрации. Данная постановка вопроса в таком контексте позволяет расширить изучение правонарушения в русле его генезиса, трансформации, функционирования.

В юридической доктрине термин «фактор» применяется достаточно широко. Под ним понимается «причина, движущая сила какого-то процесса, определяющая его характер, отдельные его черты». Факторы – родовое понятие, которое включает в себя все виды детерминации. (Это положение можно принять при оговорке, что субъективные факторы считаем причиной первого уровня, а объективные условия – второго. Поскольку в Конституции Республики Беларусь Личность, ее права и свободы – под охраной государства», это требует более детального изучения механизмов обеспечения ее потребностей; гуманизации законодательства). Необходимо отметить, что авторы не используют деления, используемое в философии на объективные условия и субъективные факторы. Поэтому объективные условия смешиваются в понимании с факторами.

«Субъективное» – то, что относится к субъекту, человеку как мыслящему и познающему существу (взгляды, интересы, действия); субъективное соотносится с объективным (которое не зависит в онтологическом значении от субъективного), поскольку отношение: «субъект-объект» – классическая оппозиция гносеологии, однако в современной эпистемологии (а точнее, в современном материализме) в отношении «субъект-объект» выделяют их независимость существования, их социокультурный исторический характер.

Теоретической базой исследования личности как качественно высшего во все исторические времена и у всех народов уровня развития индивидуальности человека в онтогенезе послужили для нас психологические труды П. Жане, Ж. Ньютена, Л. Сзва, З. Фрейда, Г. Салливена, Э. Эриксона,

А. Адлера, К. Хорни, З. Фромма, Г. Олппорта, А. Маслоу, Л. Хьелла, Д. Зиглера, Д. Блюма, Т. Адарно, Б.С. Братуся, В.А. Богданова; философские работы украинских ученых А.В. Азархима, Л.В. Бондаренко, Е.К. Быстрицкого, В.И. Мазепы, В.А. Малахова, В.П. Михалева, В.Л. Петрушенко, Г.Н. Щербаковой, А.К. Шевченко, В.К. Кантора, В.Ж. Келле, и др. Факторный подход представлен в 18 веке, в работах Ш. Монтескье, выделяющего различные факторы и их влияние на государство, законы и личностные особенности. А. Кетле попытался классифицировать факторы преступности, «он развил теорию факторов преступности не умозрительно, опирался на позитивистскую философию Конта».

Пространство между двумя полюсами – субъективизмом и объективизмом является полем нашего исследования.

«Антропологический поворот» XX века, сделавший человека центральной темой исследований, одновременно обусловил и бурное развитие специальных научных знаний о человеке. Идет поиск такой модели человека, где наиболее полно отражаются характерные черты личности, реализация которых конкретизировала бы механизмы генезиса и функционирования человеческого «Я», сюда включаются проекции человека как природного, социального, культурного существа. Еще описывают человека как микрокосмос (тело), микротеос (душа как жизненная энергия, определяющая судьбу человека, его волю, характер; природно-психологический аспект дополняется ее экзистенциальными характеристиками; она индивидуализирует человека), микросоциум (дух – всеобщее в человеке, сущностные родовые особенности человека, это разум и социальность; «Сверх-Я» в структуре человеческого опыта); соответственно аспектам на природно-телесных, индивидуально-психологических или социокультурных аспектах понимания человека строится стратегия его интерпретации: натурализаторская, экзистенциально-персоналистская, рационалистическая и социологизаторская.

В современной психологии девиантного поведения прослеживаются три тенденции:

4. Тенденция раскрытия личностной детерминации социальных отклонений, в силу которой фокус исследований смещается с девиантного поведения на «девиантную личность»;
5. тенденция исследования интегральных механизмов личностной регуляции социальных отклонений в противовес «коллекционерскому» изучению частных психологических особенностей личности с девиантным поведением;
6. тенденция освещения личностной детерминации целостного жизненного пути, стиля и образа жизни.

«Концепция исследования также основывается на смысловом подходе, в контексте которого личность рассматривается как регуляторная система, конструируемая функциями сообразования активности субъекта с устойчивой иерархизированной системой его жизненных отношений».

На наш взгляд, структура личности должна состоять из двух подструктур: индивидуальной подструктуры, состоящей из совокупности внешних, социальных свойств и проявлений человека как одного из элементов социального целого; интраиндивидуальной подструктуры, состоящей из свойств, образующих внутренний мир человека как продукт его многообразных связей с обществом в целом, различными социальными группами и институтами. Она в свою очередь представляет собой совокупность свойств личности, показывающих отношение человека к основным видам его деятельности.

Полагаем, что необходимо при учете субъективного фактора в праве исследовать как личностное восприятие, вернее его механизмы, человеком тех или иных поступков, ситуаций, условий жизни, выражающееся в социально-психологических факторах микроуровня, так и социально-психологические факторы макроуровня, т.е. все те условия, которые существовали: а) раньше и повлияли на развитие определенного генотипа и фенотипа не только отдельного человека, но и определенной совокупности лиц в масштабах общества, а также б) современные условия, влияющие на трансформацию мышления и поведения «здесь-и-сейчас», на конкретном промежутке времени (чаще всего в пределах жизни человека) и на определенной территории, о которых было сказано в предыдущем параграфе.

Эту систему личностных факторов еще можно представить так:

- социокультурные факторы (характерны для всего населения, проживающего на определенной территории и испытывающего влияние факторов «здесь-и-сейчас»);

- социально-психологические факторы (факторы индивидуализированные, влияющие определенным образом на человека «здесь-и-сейчас»;

Это два уровня факторов можно с большой долей вероятности отнести к динамическим факторам общего и индивидуального характера.

- Культурно-исторические факторы (они характеризуют то, что является общим для населения, проживающего на определенной территории, и отличает его от населения другого территориального образования, например, менталитет);
- Биогенетические факторы (характеризуют генотип, входящие в основу фенотипа определенного человека, это по большому счету натуралистическая составляющая человека).

Два уровня данных факторов можно охарактеризовать как более статичное образование в личности человека, то, что существовало ранее и продолжает свое влияние теперь, хотя может отчетливо и не осознаваться человеком. Это факторы личного (единичного) и общего (коллективного) характера генезиса и трансформации человеческой личности.

Полагаем, что целесообразно определить перечень процессов, явлений, входящих в указанную схему субъективных факторов.

Учитывая важность трансформационного процесса нравственных ценностей в перспективе развития общества, необходим всесторонний анализ и исследование данного явления представителями различных отраслей знания: философами, социологами, политологами, экономистами. В виду неоднозначности проявления основных тенденций переосмысления нравственных ценностей личностями сложно прогнозировать будущую реальность духовной жизни общества, функционирования в ней нравственных ценностей, их иерархию, смысловой контекст. Трансформационный процесс четко проявляется в интеграции и дезинтеграции молодого и старшего поколений. Смысл жизни родительское поколение определяет как обеспечение достойного продолжения своего рода, в то время как молодежь главное видит в свободе человека, без которой жизнь теряет смысл. Объединяют обе группы ценности добра, свободы.

Основные теоретические рекомендации можно свести к следующему:

- требуют анализа условия и факторы формирования нравственных ценностей общества, их видоизменение, динамика и тенденции;
- необходим целостный социально-философский анализ источников и причин процесса трансформации нравственных ценностей;
- целесообразен анализ значения трансформации нравственных ценностей в дальнейшем развитии социально – экономических условий общества, определения роли, негативных и позитивных тенденций;
- нельзя оставить без внимания различные прогнозы развития духовной жизни общества, в свете происходящего процесса трансформации нравственных ценностей, детерминирующего изменения морального сознания индивидуумов и социума;
- необходима разработка новых подходов к проблеме трансформации нравственных ценностей, разрешению деструктивных последствий, выработке соответствующих мер, направленных на предотвращение процесса деформации в моральном сознании личности и общества;
- необходимым является анализ и изучение механизмов возможного влияния особенностей российской культуры на процесс трансформации нравственных ценностей, их качественных и количественных показателей.

**СИСТЕМА ДЖЕРЕЛ ПРАВА:
ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА***Луць Л.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Глобалізаційні процеси, які є характерною ознакою сьогодення викликають суттєві соціальні зміни у тому числі, і в правовій сфері. Разом з цим, даний етап розвитку характеризується появою нових правових явищ, а також трансформацією існуючих. Це стосується, зокрема, і трансформації змісту нормативно-правових приписів та форм їх об'єктивації у різних правових системах світу. Відтак, виникає потреба у дослідженні нових явищ та процесів, створенні нових понять та конструкцій, переосмисленні понять, які не відповідають сучасним реаліям. До таких понять, що потребують переосмислення можна віднести поняття "система законодавства".

У вітчизняній юридичній літературі дане поняття і дотепер трактується доволі широко, а саме: як сукупність всіх чинних нормативно-правових актів у державі. І це не дивно для держави, правотворення якої тривалий час здійснювалося із засад того напряму юридичного позитивізму, який ототожнює право і закон. Крім того, таке розуміння системи законодавства було своєрідним відображенням принципу єдиновладдя, що був притаманний радянській державі.

При цьому, у літературі відсутня однаковість поглядів, щодо обсягу нормативно-правових актів, що містяться у системі законодавства. Розуміння ж системи законодавства як сукупності всіх нормативно-правових актів дозволяло включати до її складу підзаконні нормативно-правові акти всіх рівнів, особливе місце в якій займали акти відомчого правотворення. І ще донедавна відомчі акти за своєю кількістю домінували у системі законодавства, а часто і прирівнювалися до нормативно-правових актів вищої юридичної сили. Таким чином, система законодавства ототожнювалася із системою чинних нормативно-правових актів.

Активізація законодавчої діяльності, зокрема, в Україні, поява поряд з законами значної кількості інших джерел права, викликала потребу у дослідженні цих явищ та виявила як термінологічну неузгодженість, так і проблемність в правотворенні та правозастосуванні. Тому сьогодення вимагає від юридичної науки в цілому та від загальної теорії права зокрема розмежування понять "система законодавства", "система нормативно-правових актів", "система джерел права", наповнення їх буквальним змістом.

Найбільш об'ємним серед цих понять є поняття "система джерел права", яке відображає стан розформалізованості правової системи за рахунок урізноманітнення зовнішніх форм (джерел) права, а також необхідності їх взаємоузгодження у межах єдиної системи нормативних регуляторів.

І хоча, у юридичній літературі проблеми джерел права не можна назвати обділеними увагою дослідників, проте, як правило, їх розв'язання вичерпується характеристикою юридичної природи останніх. А це не дозволяє дати відповідь на питання, які виникають із взаємодії джерел права у межах певної цілісності.

Видається, що саме поняття "система джерел права" дозволить розв'язати ці проблеми.

Досліджуючи питання структури та юридичної природи системи джерел права, необхідно підняти і проблему співвідношення понять "джерело права" та "форма права". У сучасній юридичній науці існують два напрями розв'язання цієї проблеми.

Представники одного напряму ототожнюють поняття "джерело права" та "форма права", а представники іншого – вважають їх нерівнозначними.

При цьому, необхідно зазначити, що у філології термін "форма" трактується неоднозначно: як зовнішній вияв явища, пов'язаний із сутністю та змістом; спосіб існування змісту; внутрішня структура та зовнішній вираз змісту тощо. Філософія, категорії "зміст" і "форма" розглядає як парні і такі, що відображають єдність сутнісних сторін відповідних явищ дійсності. Вони дозволяють розглядати певні явища дійсності як систему, в якій зміст є визначальним. Таким чином, форма права може бути способом організації правової матерії, її зовнішньої та внутрішньої сторін. Відповідно, під формою права у юридичній літературі розуміють спосіб внутрішньої організації та зовнішнього виразу права (правил поведінки, що містяться у нормах права).

Що ж до терміну “джерело”, то філологія його трактує як: те, що дає початок, основа, вихід, начало чого-небудь тощо.

У юридичній літературі, щодо поняття джерело права однозначність також відсутня. Як правило, цей термін використовується з метою характеристики факторів правотворення: матеріалів, на підставі яких утворюється певна сукупність загальнообов'язкових правил поведінки; пам'яток права (наприклад, Руська Правда та ін.); засобів пізнання права; способів формальної фіксації та зовнішнього виразу норм права; філософських ідей, покладених в основу правотворення.

Серед такого багатоманіття уявлень про джерела права, виокремлюється формально-юридичне його розуміння (як способу внутрішньої організації правової матерії, так і зовнішньої форми її виразу).

Акцентуючи увагу на такому розумінні джерел права, у науковій літературі, інколи використовується поняття джерела права у спеціально-юридичному значенні, тобто як способу виразу та закріплення норм права.

Отже, саме у формально-юридичному розумінні зовнішня форма права (форма об'єктивації норми права) та джерело права (спосіб надання, й загальнообов'язковості) можуть об'єднуватися.

Таке поєднання є найбільш доцільним і має практичну значимість, бо дозволяє застосовувати різні способи об'єктивації, що відповідають тим чи іншим аспектам змісту права, визначають природу джерел права, а відтак – різний рівень дієвості та обсяг загальнообов'язковості.

Таким чином, під зовнішньою формою (джерелом) права слід розуміти спосіб об'єктивації норм права, шляхом надання їм загальнообов'язковості.

Це поняття джерела права (у формально-юридичному значенні) використовується для характеристики системи джерел права.

Аналіз правових систем світу свідчить про значну багатоманітність зовнішніх форм (джерел) права. Найбільш використовуваними джерелами права у різних правових системах, є нормативно-правовий акт, нормативно-правовий договір, нормативно-правовий прецедент, правовий звичай, принципи права. В низці правових систем як зовнішні форми (джерела) права використовуються релігійні джерела, а також правова доктрина.

Питома їх вага та структура взаємоузгодженості є відмінною у різних системах і залежить від рівня розвитку суспільства та особливостей національної правової системи. Водночас, вони мають різні регулятивні можливості у системі джерел права.

При цьому, у кожній національній чи міждержавній правовій системі формується специфічна, саме цією правовою системою витребувана система джерел права. Це дозволяє говорити про особливості кожної з таких систем джерел права чи видові або ж типологічні їх особливості.

З позицій загальної теорії права, система джерел права є зовнішньою формою системи права, тобто вони співвідносяться як форма і зміст. Система джерел права має суб'єктивний характер, так як її формування залежить від суб'єктів правотворення.

Від якісної та ефективної діяльності суб'єктів правотворення залежить і динамічний характер системи джерел права, здатність її реагування на потреби суспільства, зокрема, щодо необхідності впорядкування відносин між суб'єктами за допомогою норм права. Відтак це свідчить про можливість використання системи джерел права як специфічної нормативно-правової організації необхідної для правового регулювання у будь-якому суспільстві.

Первинним елементом системи джерел права є нормативно-правовий припис, який дозволяє здійснити формалізацію та об'єктивацію норми права (адже остання є логічною структурою, на основі якої формується припис).

Система джерел права є поліструктурним утворенням, у межах якого нормативно-правові приписи взаємоузгоджуються та угруповуються у нормативно-правові інститути, підгалузі, галузі, комплексні галузі та інші нормативно-правові системні утворення. Отже, крім об'єктивації відповідних нормативно-правових приписів у зовнішніх формах права, які утворюють зовнішню модель системи джерел права, така система має чітку внутрішню будову (структуру), в якій первинні елементи – нормативно-правові приписи, угруповуються у нормативно-правові інститути, галузі та інші структурні частини.

Все це дозволяє охарактеризувати систему джерел права як комплекс взаємоузгоджених нормативно-правових приписів. Таким чином, система джерел права – це комплекс взаємопов'язаних та взаємоузгоджених нормативно-правових приписів, які об'єктивовані у відповідних зовнішніх

формах і утворюють нормативно-правову організацію необхідну для забезпечення правового регулювання у будь-якому суспільстві.

У межах системи джерел права можна виокремити систему нормативно-правових актів, а в межах останньої систему законодавства. Таке розташування нормативно-правових приписів та виокремлення її підсистем, що об'єктивуються у нормативно-правових актах та законах, дозволить не тільки розкрити їх зміст у буквальному розумінні. Це дозволить застосувати найбільш ефективні прийоми правотворчої техніки, виокремити необхідні стадії правотворення та способи угруповання конкретної групи нормативно-правових приписів та їх систематизації.

Проте необхідно зазначити, що система джерел права утворюється не лише з метою забезпечення її якості та стабільності, але й для задоволення інтересів суб'єктів суспільного життя, шляхом створення необхідних умов для реалізації та застосування нормативно-правових приписів.

Серед названих проблем сьогодні особливо важливим, зокрема і для України є уточнення поняття "системи законодавства" як системи нормативно-правових приписів, що містяться у законах, а також формулювання поняття "системи джерел права" – як комплексу нормативно-правових приписів, що об'єктивуються у джерелах права. Це дозволить забезпечити досконалість цієї системи, ліквідувати деформації, підвищити ефективність правового регулювання.

НАЦІОНАЛЬНІ ІНТЕРЕСИ УКРАЇНИ ЗА УМОВ РЕФОРМУВАННЯ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ

Медвідь Ф.

Правова система України, як засіб нормотворчого закріплення і реалізації внутрішньої і зовнішньої політики держави, в умовах глобалізації вимушено трансформується, тому її необхідно систематизувати на основі відповідних методологічних засад. Нормативною основою правової системи України виступає істинно оновлене за роки незалежності на нових методологічних засадах українське право, що знайшло своє вираження у національному законодавстві.

Зasadничою основою розвитку правової системи України виступає правова політика держави, спрямована на забезпечення прав і свобод громадян, законності і правопорядку у суспільних відносинах, побудову демократичної, соціальної і правової держави. Стратегічні і тактичні аспекти цієї політики відбилися в концепціях розвитку законодавства, юридичної освіти і науки, судово-правоохоронної та адміністративно-правової реформи, реформи правоохоронних органів України.

На даному етапі трансформації правової системи України, як відзначалося на щорічному зібранні Академії правових наук України у Харкові, правова політика здійснюється насамперед шляхом реформування всієї правової системи, оновлення практично всіх галузей законодавства, його кодифікації і систематизації.

Національні інтереси виступають як реалізація природного права народу на гідне існування, важлива детермінанта національного відродження України. Національні інтереси завжди виступали і зараз виступають у ролі дійової, рушійної сили історії, так як вони полягають в реалізації права кожного народу на самостійне існування та включеність його у світову цивілізацію.

Національні інтереси, на наш погляд, відображають фундаментальні цінності та прагнення Українського народу, його потреби в гідних умовах життєдіяльності, а також цивілізовані шляхи їх створення і способи задоволення. Національні інтереси України та їх пріоритетність обумовлюються конкретною ситуацією, що склалася в країні та за її межами.

У Зверненні Президента України до Верховної Ради України В. Ющенко наголосив: „Сьогодні для нас як ніколи гостро стоїть питання реалізації власної місії, консолідації багатоетнічної нації України та формування реалістичної, власної стратегії розвитку. Своїм першочерговим завданням як Президента України я бачу проведення системи фундаментальних інфраструктурних реформ для творення України як суверенної держави, життя якої визначається європейськими цивілізаційними координатами, а розвиток спрямований від соціально-економічної периферії до центру світового співтовариства”.

Становлення концепції національних інтересів України розпочалося з прийняття Декларації про державний суверенітет України, Акту проголошення незалежності України від 24 серпня 1991 року, схваленим 1 грудня 1991 року всенародним голосуванням.

Конституція України, Постанова Верховної Ради України від 2 липня 1993 р. „Про основні напрямки зовнішньої політики України”, Концепція (Основи державної політики) національної безпеки України, Закон України „Про основи національної безпеки України”, Універсал національної єдності склали основу концепції національних інтересів України.

В літературі національні інтереси поділяються традиційно на внутрішні і зовнішні. На наш погляд, варто говорити про національні інтереси – як внутрішні, і національно-державні інтереси – як зовнішні. Хоч, зауважимо такий поділ є до певної міри умовний, оскільки будь-який національний чи національно-державний інтерес має, як правило, внутрішні, і зовнішні аспекти.

Крім цього проблема дослідження змісту інтересів учасників міжнародних відносин, на думку дослідників сучасної теорії міжнародних відносин, залишається однією з найскладніших, оскільки їх вивчення досі ґрунтується більше на інтуїтивних міркуваннях науковців, ніж на безперечних та доказових аргументах.

Науковий підхід до визначення національних і національно-державних інтересів, безперечно, передбачає врахування історичних, соціально-політичних та економіко-географічних чинників функціонування української нації. Вихідними засадами при цьому є чітке розуміння того, що являє

собою сучасна українська нація у вузькому значенні, як етнічно однорідна спільнота громадян української національності, що проживають в Україні, та в широкому значенні – як відкрита поліетнічна спільнота, що історично склалася на території України, яка усвідомлює себе українським народом, а її члени – громадянами України, тобто мова йде про політичну націю.

Національним інститутом стратегічних досліджень визначені пріоритетні національні та національно-державні інтереси України: забезпечення суверенітету та територіальної цілісності; подолання економічної кризи; досягнення національної злагоди, політичної та соціальної стабільності; збереження генофонду народу, зміцнення здоров'я громадян; створення демократичного суспільства; інтеграція України в європейську та світову спільноту; забезпечення екологічно безпечних умов життєдіяльності; створення цілісної системи забезпечення національної безпеки.

З набранням чинності в липні 2003 року Закону України „Про основи національної безпеки України” втратила чинність Концепція (основи державної політики) національної безпеки України, схвалена Постановою Верховної Ради України від 16 січня 1997 року. У відповідності до ст.6 Закону України визначено пріоритети національних інтересів: гарантування конституційних прав і свобод людини і громадянина; розвиток громадянського суспільства, його демократичних інститутів; захист державного суверенітету, територіальної цілісності та недоторканності державних кордонів, недопущення втручання у внутрішні справи України; зміцнення політичної і соціальної стабільності в суспільстві; забезпечення розвитку і функціонування української мови як

державної в усіх сферах суспільного життя на всій території України, гарантування вільного розвитку, використання і захисту російської, інших мов національних меншин України; створення конкурентоспроможної, соціально орієнтованої ринкової економіки та забезпечення постійного зростання рівня життя і добробуту населення; збереження та зміцнення науково-технологічного потенціалу, утвердження інноваційної моделі розвитку; забезпечення екологічно та техногенно безпечних умов життєдіяльності громадян і суспільства, збереження навколишнього природного середовища та раціональне використання природних ресурсів; розвиток духовності, моральних засад, інтелектуального потенціалу Українського народу, зміцнення фізичного здоров'я нації, створення умов для розширеного відтворення населення; інтеграція України в європейський політичний, економічний, правовий простір та в євроатлантичний безпековий простір; розвиток рівноправних взаємовигідних відносин з іншими державами світу в інтересах України.

Однак, категорія „пріоритети національних інтересів України” несе дещо інше смислове навантаження, чим базова категорія „пріоритетні національні інтереси України”, хоч законодавець ототожнив їх майже по змісту.

Напередодні п'ятнадцятої річниці незалежності України перед українською владою, політичною та громадською елітою країни, усіма силами, яким небайдужа доля Батьківщини, – зазначено в Універсалі національної єдності, – постала історична вимога і можливість об'єднати свої зусилля, досягти національної єдності. „І в діях, і у вчинках *неухильно керуючись* національними інтересами України, проголошуємо спільну волю до об'єднання зусиль, задля реалізації таких пріоритетів національного розвитку, як висока якість життя громадян, конкурентно-спроможна, заснована на знаннях економіка, ефективна та справедлива влада, інтегрована у глобальні процеси та поважана у світі держава, погоджуємось на першочергове здійснення плану дій для забезпечення національної єдності...”.

Аналіз національних і національно-державних інтересів ми розглядаємо з позиції політичної суб'єктності української нації, тобто українська нація постає творцем власної держави, яка використовується нацією як інструмент здійснення внутрішньої і зовнішньої політики.

Для нації як політичного суб'єкта найголовнішим є збереження її ідентичності і культурно-мовної самобутності у властивій саме цій нації формі, тобто у формі реалізації національної ідеї. В силу цього пріоритетні політичні інтереси нації спрямовані на подальшу консолідацію спільноти, на створення чи збереження власної державності та налагодження відносин з іншими націями-державами. Національний інтерес, на наш погляд, можна визначити, виходячи саме з суттєвих ознак нації як етносоціальної спільноти. Структура національного інтересу змінюється залежно від завдань нації, ступеня (етапів) її консолідованості (початковий етап формування, етап національно-визвольної боротьби, розквіт національної спільноти тощо).

Щодо нації-держави, як суб'єкта міжнародного права, то національний інтерес звернений всередину спільноти, до умов її внутрішнього функціонування і прояву її ознак.

Націю – державу як суб’єкт міжнародних відносин, вважаємо, характеризує національно-державний інтерес, який виступає в загальному плані як мотивація зовнішньополітичної діяльності держави. Національно-державний інтерес України в перехідний період становлення незалежної держави можна охарактеризувати як національне виживання, що повністю підпорядковане завданням стабілізації ситуації в державі і забезпеченню переходу до демократичного суспільства, зорієнтованого на ринкову економіку. Він передбачає формування механізму зовнішніх зносин як основи зміцнення стабільності і відвернення міжнародних конфліктів, цивілізованих входжень у систему колективної та міжнародної безпеки.

Відправною точкою зарубіжної політики будь-якої країни, на думку Моргентау, є концепція національних інтересів, визначених у термінах сили. Сила (вплив) як суспільне явище має багато вимірів і проявів: від фізичної (військової) сили до економічних, соціальних, психологічних впливів. Серед них, на думку фахівців, найважливішими є: геополітичне становище; населення; природні ресурси; індустріальний розвиток держави; військова могутність; воля; політичне керівництво і внутрішня організація влади; дипломатія; міжнародний імідж.

Основним базовим національно-державним інтересом, геополітичним пріоритетом і стратегічним завданням зовнішньополітичного курсу України в умовах глобалізації та євроінтеграції є її виживання, підвищення життєспроможності та зміцнення як вільної, суверенної, незалежної держави сучасного світу за умов збереження національних цінностей, захисту економічного та політичного суверенітету, власної соціально-культурної ідентичності, перетворення з об’єкта геополітичних ігор великих потуг на повноцінний суб’єкт геополітики, тобто на самостійного гравця, який визначає свої цілі і дії на міжнародній арені.

Становлення концепції національних інтересів України в умовах реформування правової системи сприятиме швидкому усвідомленню тождасності державних структур і дасть можливість державі проводити активну внутрішню і зовнішню політику, що приведе до формування реальної державної політики, пропаганди базових національних інтересів та зовнішньополітичних пріоритетів, просування їх у внутрішній і зовнішній політиці.

**ПРАВОЗАСТОСОВНІ ПОМИЛКИ ПРАЦІВНИКІВ МІЛІЦІЇ ТА ШЛЯХИ
ЇХ УСУНЕННЯ***Мелех Л.**Львівський державний університет внутрішніх справ*

Правозастосовні помилки співробітників міліції в процесі як адміністративно-правової, так і кримінально-процесуальної діяльності можуть породжувати низку негативних наслідків, зокрема порушення прав і свобод людини і громадянина, недосягнення мети, яку висував нормотворець, видаючи нормативний акт.

На загальнотеоретичному рівні правозастосовні помилки аналізувалися на початку 80-х років ХХ ст. у працях російського вченого М.Вопленка. На галузевому рівні питанням названих помилок присвячено ряд праць вчених Росії у кінці 20 ст. з кримінально-процесуального права. Зокрема, дослідженням цієї проблеми займалися такі вчені, як А.Д. Бойков, А.Б. Соловйов, Н.В. Григорьев, А.А. Плотнікова та ін. Кваліфікаційні помилки скоювані співробітниками міліції, А. Н. Бабай визначає як порушуюче законність діяння правозастосовуючого суб'єкта, яке виразилося в неправильній юридичній оцінці яких-небудь життєвих обставин, що призвело до настання негативних наслідків і визнане як таке самим суб'єктом кваліфікації або вищим органом. Що стосується самих правозастосовних помилок, то їх визначень у юридичній літературі можна зустріти дуже мало. Так, В.Г. Беляєв вважає, що правозастосовною помилкою буде невинний відступ конкретного правозастосовця від обов'язкових вимог закону, який він застосовує. М.М.Вопленко вважає, що правозастосовною помилкою необхідно вважати результат владної діяльності спеціальних суб'єктів правозастосування, який суперечить нормам матеріального і процесуального права і який не досягає істинних цілей правового регулювання і кваліфікується як помилкове компетентним органом в особливому акті.

Наведені визначення містять ряд загальних ознак, що характеризують помилку як явище. Разом з тим, ці ознаки потребують істотного уточнення стосовно помилок у застосуванні права співробітників міліції. Існує думка, що реалізація права припускає тільки правомірні дії. Застосування права – одна з форм його реалізації. Отже, і застосування права може бути тільки правомірним. Але ж помилка – це завжди відступ від норми, вона завжди передбачає неправомірність.

Значна кількість правових норм, які застосовуються співробітниками міліції, містять суворі імперативні веління, що зобов'язали співробітника ухвалити певне, однозначне рішення. Можливості правозастосовця в таких випадках жорстко детерміновані змістом норми. Але існують ситуації, де замість одного варіанта поведінки норма права наділяє співробітника певним об'ємом дискреційних повноважень – йому належить самому вибирати одну з пропонуваніх можливостей. В цьому випадку у співробітника-правозастосовця з'являється певна свобода, певна оперативна самостійність. Для таких випадків критерій відповідності нормам права повинен бути доповнений критерієм доцільності.

Для ситуацій, в яких застосовується додатковий критерій можливі два визначення помилки:

- а) помилкою признається вибір будь-якого, крім оптимального варіанту розвитку подій ;
- б) помилковим є такий вибір, який призвів до негативних наслідків.

Яким повинно бути оптимальне рішення – для кожної конкретної ситуації необхідно визначати окремо. Не можна, мабуть, з абсолютною упевненістю сказати, що якщо в декількох справах є ряд схожих ознак, то у всіх з них найдоцільнішим буде одне і те ж рішення. Навіть одна деталь, особливість може змінити оцінку певної ситуації правозастосовцем. Отже, в порівнянні з критерієм відповідності вимогам норми права цей додатковий критерій характеризується відомою складністю у використанні. Визначення одного з декількох варіантів як помилкового, що допускається нормою права залежить багато в чому від суб'єктивної оцінки, сприйняття суб'єкта. Вони, у свою чергу, зумовлюються досвідом, знанням, службовим становищем, психічними особливостями, інтелектуальним розвитком і под. чинниками. Тому посадовець, що контролює правозастосовну діяльність співробітника міліції, може визнати помилковим, в принципі, правильне рішення співробітника.

В юридичній літературі немає єдності думок з приводу того, скільки ж існує принципів застосування права. Критеріями помилковості можуть виступати тільки три такі принципи – законність, обґрунтованість і доцільність. Законність, по суті, – вимога здійснення правозастосовної діяльності в суворій відповідності з приписами норм права. Офіційне тлумачення цього принципу правозастосування свідчить: "рішення законне, коли воно повністю відповідає нормам матеріального права при точному дотриманні процесуальних норм".

Обґрунтованість означає застосування норм права тільки в результаті повного, всебічного і об'єктивного встановлення конкретних фактів, на які ці норми були розраховані. Тобто в рішенні повинні бути відображені факти, що мають значення для справи. Необґрунтованість правозастосовного акта неминуче тягне його незаконність.

Доцільність полягає в ухваленні рішення в рамках, визначених нормою права, яке б найкращим чином забезпечувало досягнення мети правозастосування. Ступінь доцільності того або іншого рішення визначає у кожному конкретному випадку співробітник-правозастосовець залежно від обставин справи.

Принциповим є питання про психологічний механізм вчинення правозастосовної помилки. Більшість дослідників різних типів помилок наполягають на тому, що помилка – це завжди результат ненавмисних дій. Коли ж певні дії скоюються з наміром (тобто з розумінням можливості настання шкідливих наслідків і бажанням цього), то прийнято говорити вже не про помилку, а про правопорушення. М.М.Вопленко пише про "правозастосовне свавілля", що являє собою "порушуючу режим законності владну, юрисдикційну, виконавчо-розпорядчу або контрольну-наглядову діяльність посадовців шляхом видання необґрунтованих актів застосування права, які виступають результатом самовладдя і свавілля".

Підбиваючи підсумок вищесказаного, потрібно визначити поняття "правозастосовна помилка співробітника міліції". Правозастосовною помилкою співробітника міліції є виданий ним акт застосування права, зміст якого не відповідає вимогам застосовуваних норм об'єктивного права і /або/ принципам правозастосування.

Істотним є питання про співвідношення понять "правозастосовна помилка", "правопорушення", "провина". З одного боку, не всі посадові злочини і провини скоюються у сфері правозастосування. З іншого – правозастосовна помилка не зводиться тільки до "правозастосовних злочинів" і "правозастосовної провини", оскільки помилки включають як законні, так і незаконні дії, що як призвели негативні наслідки, так і створили загрозу їх прояву.

Найважливіше значення для запобігання правозастосовних помилок співробітників міліції має діяльність щодо ліквідації причин помилок, зведення до можливого мінімуму негативної дії неусувних причин на правозастосовний процес в органах міліції. Основними напрямками цієї діяльності можуть стати такі:

1. Вдосконалення нормативно-правової бази.

Вдосконалення законів і підзаконних актів, як тих, норми яких застосовуються, так і тих, які регламентують правозастосування, повинне здійснюватися як зі змістовної, так і з зовнішньої, формальної сторони – усунення суперечностей, точність, зрозумілість формулювань і под. Всі нормативно-правові акти, що мають відношення до правозастосовної діяльності в міліції, повинні мати однозначні поняття, терміни, принципи – бути узгодженими між собою.

2. Вдосконалення професійного відбору.

Професійний відбір співробітників-правозастосовців полягає в науково обґрунтованому виявленні відповідності особистих якостей співробітника, що збирається займатися правозастосуванням, вимогам, що пред'являються до нього цією професією.

Оскільки раніше було визнано, що якість правозастосовної діяльності неабиякою мірою визначається здібностями людини, його психічними і інтелектуальними властивостями, то для того, щоб понизити відсоток правозастосовних помилок співробітників, необхідно приймати на службу до органів внутрішніх справ осіб, що відповідають певним вимогам.

3. Професійна підготовка.

Професійна підготовка правозастосовців є цілеспрямованим формуванням професійно необхідних для безпомилкового правозастосування якостей і навичок. Вона необхідна, оскільки наявність у співробітників відповідної професійної кваліфікації – обов'язкова передумова якісного застосування права.

4. Належна організація та ефективне керівництво правозастосовною діяльністю міліції.

Начальник відповідного підрозділу міліції повинен раціонально організувати правозастосовну діяльність своїх підлеглих – рівномірно розподіляти навантаження між ними, забезпечувати всім необхідним для якісного, безпомилкового застосування права (спеціальна література, технічні засоби і т. д.), регулювати роботу своїх підлеглих так, щоб у них залишався час і для відпочинку, і для підвищення свого професійного рівня. Начальник кожного підрозділу повинен правильно провести розстановку кадрів своїх підлеглих – з урахуванням ділових якостей, схильностей, характеру. Враховуючи ту обставину, що багато співробітників (особливо тих, що не мають достатнього досвіду правозастосування) часто звертаються до безпосереднього начальника за роз'ясненнями з приводу застосовуваних норм, просять поради з питань кваліфікації, тлумачення норми права, керівник повинен бути юридично грамотним, добре інформованим, орієнтуватися в законодавчих актах відповідної галузі права, володіти необхідними знаннями, у тому числі щодо особливостей оформлення актів застосування права.

Від керівника багато в чому залежить морально-психологічний клімат у колективі. Він може підтримувати здорову психологічну обстановку, попереджати професійну деформацію своїх підлеглих, або, навпаки, упередженими, некомпетентними діями, невиправдано жорстким стилем керівництва створювати атмосферу нервозності, напруги в колективі, що, звичайно, не сприяє здійсненню співробітниками застосування права без помилок. Керівник повинен застосовувати до тих, хто часто скоює правозастосовні помилки, відповідні заходи – не залишати безкарними, а за безпомилкову, якісну діяльність – заохочувати співробітників. Він повинен використовувати різноманітні форми і методи заохочення працівників внутрішніх справ з тим, щоб створити в цьому колективі мотивацію служби, прагнення до сумлінності і професіоналізму.

З метою подолання чи зведення до мінімуму кількості правозастосовних помилок необхідно:

- здійснювати персональний облік правозастосовних помилок конкретних співробітників-правозастосовців в формі спеціальної карти обліку;
- на основі власних аналітичних розробок з притягненням відповідних оглядів прокуратури і судів складати огляди правозастосовних помилок співробітників міліції. Такі огляди будуть служити інформаційним фондом, об'єктивною основою для винесення вищими органами вказівок і рекомендацій;
- з певною періодичністю складати і розсилати співробітникам міліції огляди типових помилок у застосуванні права, в яких вказувались би конкретні справи, сутність помилки, аналізувались причини і умови її здійснення, приводились вимоги, що висуваються до цього виду актів застосування права;
- запровадити спеціальне відомче видання – бюлетень, в якому регулярно розглядалися би проблеми правозастосовної діяльності за всіма напрямками роботи міліції, аналізувався б позитивний досвід;
- регулярно проводити семінари за участю прокурорів і суддів регіону, на яких би обговорювались найбільш поширені правозастосовні помилки співробітників міліції.

СУДИ ЯК ОСНОВНІ ОРГАНИ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ

Мелех Б.

*Львівський регіональний інститут державного управління
Національної академії державного управління при Президентові України*

Основною ефективною формою захисту прав і свобод людини і громадянина є судовий захист.

Судова влада – це той новий політичний і правовий феномен, який адекватно відображає прагнення побудувати в Україні правову державу, засновану на доктрині поділу влади. Судова влада за своїм призначенням, функціональними особливостями має особливу перевагу перед іншими гілками влади. І полягає ця перевага в тому, що не існує такої діяльності держави в особі її органів, яка не підлягала б судовому контролю.

Конституція України закріплює, що захист прав і свобод людини та громадянина здійснюється судом. Кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових, службових та інших осіб.

Відповідно до положень ст. 124 Конституції України юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі, тобто основоположним елементом системи захисту прав людини в Україні є судова система.

Судочинство в Україні здійснюється Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції. Але роль Конституційного Суду України у захисті прав людини все ще залишається нез'ясованою до кінця. Відповідно до положень ст. 43 Закону України "Про Конституційний Суд України" від 16 жовтня 1996 р., громадяни мають право безпосередньо звертатись до Конституційного Суду України з питань тлумачення норм Конституції і законів України. Конституційний Суд не розглядає справи по суті і результатом розгляду звернення не може бути компенсація шкоди конкретному громадянину.

У зв'язку з наведеним вище, цікавим є роз'яснення Європейського Суду у справі Сільвер та інших проти Сполученого Королівства (1983 р.). Суд, зокрема, зазначив: "Коли особа, наводячи аргументи, звертається із заявою про порушення гарантованих Конвенцією прав і свобод, вона повинна мати засоби правового захисту у відповідному національному органі як для того, щоб її питання було вирішене, так і з метою одержання, в разі необхідності, компенсації". Отже, Конституційний Суд України теж не може розглядатись як засіб захисту прав людини в розумінні Конвенції.

Чинна система загальних судів далеко не досконала і не всі стадії процесу можуть бути визнані стадіями захисту прав людини. У більшості випадків працює двоступенева, а в окремих випадках навіть одноступенева система судового захисту прав людини. Перед поданням скарги до Європейського Суду особа повинна звернутися за захистом своїх прав до національних судів усіх рівнів, аж до найвищих органів, до повноважень яких належить розгляд такого роду справ. Тут слід зазначити, що особа повинна використати лише загальнодоступні засоби. Загальнодоступність полягає у можливості кожної заінтересованої особи у разі зазіхання на її права особисто звернутись до відповідного органу з заявою про відновлення, захист, охорону чи запобігання порушенню цих прав. Така заява повинна бути безпосередньою підставою для відкриття провадження у справі, а не відкриття справи у винятковому (надзвичайному) порядку. З цього приводу Європейський Суд, у справі Де Беккер проти Бельгії, зазначив, що засіб не може бути визнано як такий, що необхідно вичерпати, відповідно до принципів міжнародного права, якщо він спрямований на здобуття прихильності, а не на відстоювання права. В іншій справі (№ 299/57) вказано, що засоби, які є виявом милості, прихильності, не є серед тих, які повинні бути вичерпані відповідно до вимог Конвенції.

Потреба у судовому захисті закономірно впливає з ускладнення характеру і структури економічних відносин, зростання конфліктності і соціальних протиріч у суспільному житті. Разом з тим доводиться констатувати ще досить низький авторитет судової влади. Це пояснюється великою переважаністю судів, дорожнечою судових витрат, мало-ефективністю судових рішень. Ліквідація слабких сторін організації судового захисту вимагає забезпечення доступності судових органів населенню в територіальному і процесуальному аспектах, оперативного вирішення справ, фактичного

досягнення реальності судового захисту як безпідставно обвинувачених, так і осіб, які постраждали від злочинів і посадових зловживань.

Важливою гарантією прав та свобод людини і громадянина є право на їх захист. Захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань будь-якими не забороненими законом засобами має право кожна людина і громадянин. Це право вона може здійснювати як особисто, так і за допомогою правозахисних органів і організацій.

Найбільш ефективний захист прав і свобод людини і громадянина забезпечують суди загальної юрисдикції, які розглядають переважну більшість справ, пов'язаних з порушенням прав та свобод людини і громадянина. Саме на забезпечення ефективного поновлення у правах компетентними національними судами порушених основних прав людини, наданих їй Конституцією або законом, спрямована ст. 8 Загальної декларації прав людини. Ці вимоги реально забезпечуються в Україні закріпленням в Основному Законі положення щодо захисту прав та свобод людини і громадянина судом, здійсненням правосуддя виключно судами, недопустимості як делегування, так і привласнення цього повноваження судів іншими органами чи посадовими особами, поширення юрисдикції судів на всі правовідносини у державі (статті 55, 124 Конституції України).

Чинна Конституція України не містить застережень щодо реалізації права на судовий захист, як це мало місце в Основному Законі 1978 р. У ньому також передбачалося право оскаржити до суду рішення, дії чи бездіяльність державних органів, юридичних осіб у сфері управлінської діяльності у встановленому законом порядку. Однак минуло понад десять років, поки нарешті 1989 р. було прийнято Закон Союзу РСР "Про порядок оскарження в суд неправомірних дій органів державного управління і посадових осіб, що ущемлюють права громадян" і громадяни змогли скористатися цим правом.

Поширення юрисдикції судів на всі правовідносини, розширення права на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб значно збільшило надходження справ до суду, а відповідно й завантаженість суддів, що впливає як на строки розгляду справ, так і на їх якість. Усе це вимагає вдосконалення судочинства, зокрема, розширення повноважень касаційної та наглядової інстанцій для прийняття рішень без направлення справи на новий розгляд при скасуванні судового рішення, надання повноважень суддям приймати особисто рішення за скаргами в порядку нагляду на судові рішення, що набрали чинності.

Статті 10, 11 Загальної декларації прав людини закріплюють права людини на розгляд її справи на основі повної рівності, гласності, доведеності вини незалежним і безстороннім судом. На це спрямовано встановлення в Конституції України основних засад судочинства. До таких засад віднесено законність, рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом, забезпечення доведеності вини і права на захист обвинуваченому, змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів і в доведенні перед судом їх переконливості, гласність та обов'язковість судових рішень тощо.

Особливе місце в механізмі захисту прав і свобод людини і громадянина належить органам конституційного контролю та нагляду. Конституційні права і свободи, як слушно говорить А.Козлов, сприймаються як норми Конституції та інших законів, які безпосередньо обмежують владу, а тому потрібен контрольний механізм за дотриманням владою правового статусу особи. Роль такого контрольного механізму поряд з іншими органами державної влади та організаціями здійснюють й органи конституційної юрисдикції.

В окремих країнах (Австрія, Іспанія, Росія, ФРН) ці органи наділяються також повноваженнями щодо захисту прав і свобод громадян. Зокрема, частина 4 ст. 125 Конституції Російської Федерації встановлює, що Конституційний Суд розглядає скарги на порушення конституційних прав і свобод громадян. Захист прав і свобод громадян органами конституційної юстиції останнім часом набуває дедалі більшого поширення через процедуру конституційної скарги в Угорщині, Грузії, Кореї, Словенії, Чехії, Югославії.

В Україні здійснення захисту конституційних прав та свобод людини і громадянина Конституційним Судом не передбачено. Однак це не означає, що даний орган взагалі не захищає права і свободи громадян. Забезпечення захисту прав і свобод людини впливає із завдання Конституційного Суду України: гарантувати верховенство Конституції України на всій території держави. Норми щодо прав і свобод людини і громадянина також включені до Основного Закону. Таким чином, забезпечуючи верховенство Конституції України, Конституційний Суд України забезпечує пріоритет її норм щодо прав і свобод над іншими нормативно-правовими актами. Такі

повноваження випливають і з тексту присяги судді Конституційного Суду України, в якій судді зобов'язуються "захищати конституційний лад держави, конституційні права та свободи людини і громадянина" (ст. 17 Закону України "Про Конституційний Суд України"), глави 12 "Особливості провадження у справах щодо відповідності положень чинних правових актів, зазначених у пункті 1 ст. 13 цього Закону, конституційним принципам і нормам стосовно прав та свобод людини і громадянина".

На думку В.Лазарева, Конституційний Суд самим фактом свого створення і діяльності покликаний гарантувати політичну і правову стабільність суспільного життя, надійно охороняти права і свободи громадян, захищати, а не засуджувати. В центрі його юрисдикції знаходяться основні права, людська гідність.

Здійснюючи контроль за відповідністю Конституції України законів та інших правових актів, Конституційний Суд України може визнати їх чи окремі положення неконституційними, якщо вони не відповідають Основному Закону. Визнані неконституційними закони, інші правові акти втрачають чинність, а якщо їх дією було порушено конституційні права та свободи людини і громадянина, вони фактично поновлюються рішенням суду. Як приклад, можна навести справу за конституційним поданням народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України "Про вибори народних депутатів України". Рішенням у цій справі Конституційний Суд України визнав такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними), положення закону, за якими обмежується здійснення виборчих прав громадянами України, зокрема положення частини четвертої ст. 3 Закону, згідно з яким "здійснення виборчого права зупиняється для осіб, які за вироком суду перебувають у місцях позбавлення волі – на час перебування в цих місцях", оскільки воно суперечить ст. 70 Конституції України, за якою право голосу, тобто право обирати, не мають громадяни, визнані за рішенням суду недієздатними.

Можливості Конституційного Суду України щодо захисту прав та свобод людини і громадянина певною мірою обмежені встановленими формами конституційного контролю – абстрактним, факультативним, наданим громадянам правом звертатися до Конституційного Суду лише з питань офіційного тлумачення Конституції України та законів України. Підстави для їх звернення також обмежені певними умовами, зокрема, наявністю неоднозначного застосування одних і тих же положень Конституції України чи законів України судами України, іншими органами державної влади. Безпосередньо звернутися до суду з питань конституційності законів або інших правових актів вони не можуть, але це може зробити в їхніх інтересах Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, якому таке право надано.

Конституція України значно розширила захист прав та свобод громадянина, закріпивши право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна. Це конституційне положення відповідає вимогам ст. 26 Європейської конвенції з прав людини. Дотримання цих вимог є визначальною умовою прийняття скарги до розгляду в Європейському суді з прав людини. В одному із своїх перших рішень Європейський суд з прав людини зазначив, що система захисту прав людини, передбачена Конвенцією, за своєю природою є субсидіарною, тобто допоміжною, і за встановленим нею процесуальним правилом особа може подати скаргу до Ради Європи лише після того, як використає всі доступні внутрішні державні засоби правового захисту. Таким чином, захист прав і свобод людини повинен бути забезпечений національними органами державної влади і в першу чергу – національними судами, які зобов'язані визнавати принципи і норми Конвенції як пріоритетної основи своєї діяльності. Це означає, що при розгляді питань і справ щодо прав і свобод людини органи державної влади, в тому числі суди, повинні виходити не тільки з національних нормативно-правових актів, але й з Конвенції та чинних міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Такі договори є частиною національного законодавства (ст. 9 Конституції України), і в разі розбіжностей між національними нормативно-правовими актами і чинними міжнародними договорами органи державної влади, в тому числі суди, повинні застосовувати останні.

У Європейському суді з прав людини напрацьовано певні критерії вирішення питань щодо використання всіх національних засобів захисту. До них належать доступність, доцільність та ефективність звернення, безпідставне чи безнадійне звернення до судових чи інших органів державної влади країни, якщо практика правозастосування, що склалася, не залишає ніякої надії на задоволення скарги.

СУЧАСНА ПОЗИТИВНО-ПРАВОВА СИСТЕМА УКРАЇНИ: ТИПОВІ РИСИ І ВЛАСТИВОСТІ

Миронова Г.

НДІ приватного права і підприємництва

Суспільство є природним способом існування людських індивідуумів, які є органічними членами соціального цілого та за своєю онтологічною природою покликані до єдності у формі вільної взаємодії. Саме з такого розуміння природи людини можна пояснити функціональний сенс громадянського суспільства, що воно є не зовнішнім засобом для задоволення інтересів окремих людей, а саме необхідною формою спільного співробітництва. Система суспільних відносин, що утворюються між окремими суб'єктами-носіями автономії, знаходить своє реальне оформлення в системі правових норм. Саме нормативний правовий характер є специфікою соціальної організації, оскільки в самій природі людини корениться необхідність соціальної регламентації спільного життя через специфічні інститути, які покликані забезпечити соціальний порядок.

Будучи системою, право як суспільний інститут складається з діалектичної сукупності законодавства, юридичної практики та правосвідомості в їх різноманітних формах існування. Тобто категорія "правова система" охоплює все розмаїття правових явищ суспільства в їх реальному процесі взаємозв'язку, функціонування і розвитку. Цілісність цієї системи полягає в тому, що всі складові утворюють нерозривну єдність і є несамостійними етапами єдиного процесу. Діалектичною ця сукупність є оскільки вказані складові пов'язані між собою відносинами каузальності та взаємозалежності.

Правове регулювання як управлінська функція повинно з'єднати специфічні одиниці – людських осіб не тільки вільних, але й таких, що при прийнятті рішень схильні більш керуватись міркуваннями особистої вигоди, які ґрунтуються, перш за все, на природному індивідуалізмі. Тому процесуально воно розпадається на такі функціональні елементи, як *постановка завдання, примус, контроль, кара*. Як управлінський орган цілісного суспільного організму (якщо взяти за основу ідеальну схему) право повинно: а) керуватись міркуваннями доцільності (суспільного блага); б) виробляти на цій основі загальну стратегію та норми і правила поведінки для всіх учасників; в) враховуючи їхні потреби та можливості та, звичайно, інтереси вихідної мети; г) періодично контролювати стан виконання та причини і фактори відхилення від закладених стандартів; д) використовуючи спонукальні та примусові механізми; а також е) (у потрібній мірі) покарання з метою нейтралізації шкідливих наслідків та приведення системи у нормальний стан.

Актуальною науковою проблемою є дослідження питання, **чи є позитивно-правовий устрій**, яким він сформувався протягом історико-культурного процесу, **адекватним механізмом людського нормативного улаштування**. У зв'язку з таким завданням представляється доцільним простежити, які загальні закономірні риси і властивості, що є необхідними та історично повторюються, виявляє сьогодні українське право як системне позитивне утворення. При цьому треба враховувати, що значущість неупередженого дослідницького погляду полягає в тому, щоб бачити те, що є, а не те, що хочеться бачити.

Саме через риси і властивості, які постійно виявляє в своєму функціонуванні певна система, можна адекватно охопити суттєві внутрішні процеси, які висвітлюють у такий спосіб свою іманентну природу. *Риси* – сукупність ознак, прикмет, що утворюють зовнішній вигляд правового феномена, постійно супроводжують його функціонування. Фактично риси є формальним проявом змістовної сутності явища, вони описують відмітні характеристики, якими вони сприймаються незацікавленим споглядачем та сигналізують про змістовні внутрішні процеси. *Властивість* же предмету характеризує його вже з боку внутрішніх, необхідних, питомих якостей, зв'язків, що є іманентними та утворюють його сутнісну феноменальність.

Серед загальних рис сучасної правової системи як цілісності її законодавчої, виконавчої та судової гілок слід відмітити такі: перманентно *недосконала нормативна база, неправові закони*, що суперечать один одному і створюють умови для корупції, та, як слідство, поширення невиконання законів; *засилля підзаконних актів*, що в особливих випадках зводить нанівець основний законодавчий документ; *свавілля та зловживання посадових осіб*, які пристосовують норми законодавства до своїх

приватних інтересів, *кумівство* в усіх ланках влади, традиційно велика *роль особистості та особистих зв'язків; небезсторонність машини правосуддя*. Саме так нетенденційний погляд ззовні фіксує типові будні української правової системи, і це не є виключно українським явищем. Такі емпіричні риси, зокрема, – недосконалість, несправедливість, небезсторонність, – демонструють в тій чи іншій мірі всі правові системи світу. Звичайно, дець більше порядку, дець менше, але перелічені загальні тенденції притаманні людській правовій системі в цілому, і цей факт має істотне значення в контексті світоглядного дослідження.

Аналізуючи ці та подібні до них риси, можна сформулювати загальний висновок про істотну недосконалість системи позитивного права, що знаходить своє вираження в таких її загальних властивостях, як – *обмеженість, кон'юнктурність*, (складовими якої є *лобізм і корупція, бюрократизм*).

Глибинна причина обмеженості людської здатності до управління взагалі корениться у природній вузькокорисності людської свідомості. До того ж людина як тимчасова егоїстична істота має такі природні обмеженості, як – залежність від зовнішніх обставин, недалекоглядність, індивідуалізм (тобто спрямованість на себе). Така природна недосконалість виявляє себе в тому, що безсумнівно розумні суб'єкти влади поведуться стосовно свого об'єкта цілком нерозумно. Яскравий приклад такого функціонування влади в нашій країні ми спостерігаємо останні 15 років. І це далеко не єдиний приклад того, як сумарне поведження колективу цілком розумних (окремо) людей не тільки не укладається в рамки здорового глузду, але й буває позбавлено змісту взагалі. В свій час І.Кант у трактаті "Про вічний світ" пророче намалював діалектичну залежність, що притаманна людській натурі за своєю природою. Філософ помітив, що люди зазвичай глухі до аргументів розуму, що пропонує їм норми згоди, але вони коряться голосу своїх особливих інтересів та у такий спосіб виявляються сліпими агентами розбратів та війн.

Загальна недосконалість позитивної системи права знаходить своє вираження також в кон'юнктурності. На відміну від обмеженості, яка ґрунтується на несвідомих помилках обмежених за своєю суттю людей, під кон'юнктурністю розуміють свідоме пристосування норм права під окремий інтерес. Кон'юнктура в праві являє собою результат об'єктивно існуючого конфлікту між соціальною природою права та організацією політичної влади. Виникнення цього конфлікту пов'язано з перетворенням держави у корпоративну політичну організацію, яка відбиває, як правило, інтереси економічно пануючого класу. Кон'юнктура знаходить специфічний прояв у всіх основних сферах існування інституту права.

- У сфері правотворчості про кон'юнктуру можна говорити по таких напрямках: а) прийняття законів, що не відповідають об'єктивним потребам суспільного розвитку, суперечать основним нормам правового регулювання, надають широке поле для чиновницького розсуду, носять популістський характер і не можуть бути забезпечені реально; б) неприйняття або штучне затягування прийняття законодавчих актів, що відповідають потребам суспільного розвитку; в) прийняття підзаконних актів, що відповідають корпоративним (у тому числі відомчим), а не загальнодержавним інтересам. Причому, сили, зацікавлені в прийнятті або неприйнятті певного правового акту, використовують як протизаконні, так і легальні демократичні механізми (наприклад, шлях легітимного одержання необхідної більшості). Актуальною формою кон'юнктури є сьогодні задіяння не основного змісту правової норми, а відшукування та використання законодавчих прогалин та помилок. Особливою формою кон'юнктури у правотворчості є науковий лобізм, який полягає в професійній зацікавленості юриста-науковця чи наукової школи у проштовхуванні певного нормативного акту як професійного здобутку, що пов'язано з інтересом престижу.
- У правозастосуванні кон'юнктура виявляється, наприклад, у таких формах, як а) невиконання або неналежне виконання законів; б) установлення не передбачених законом процедур; в) розчинення закону шляхом "розкладання" його на низку деталізуючих правових актів, які в решті решт зводять нанівець реалізацію соціальних цілей, що закладено в законі.

Що стосується питання про вирішення проблеми корупції як такої, то у професійній юридичній літературі поширеності сьогодні набуває така точка зору, що максимум, якого можна досягти у справі протидії корупції, це: 1) зменшити її обсяги, обмежити (локалізувати) сфери її розповсюдження; 2) змінити характер злочинних проявів на менш небезпечні; 3) істотно обмежити вплив злочинності на економічні, політичні, правові та інші соціальні процеси; 4) збільшити ризик настання негативних

наслідків для особи, яка вступає в корупційні відносини. Аналіз ситуації, що склалася в Україні, реально демонструє, що не вдалося зробити корупцію справою не вигідною і надто ризикованою. Отже, рівень поширеності корупції, характер її проявів, неефективність діяльності правоохоронних органів у сфері протидії корупції свідчить про наявність системи суспільних відносин, яка стимулює корупційну поведінку.

Конкретними проявами і ілюстраціями означених сутнісних рис і властивостей сучасної позитивної системи права виступають такі типові вади, що фіксуються емпірично:

- *нестабільність, неповнота, численність*, що утворюють разом небезпечні чинники неефективного регулювання. Як справедливо нарікає проф. В.М. Селіванов, законодавчий процес продовжує мати безсистемний характер. Законодавча система України становить сьогодні скоріше законодавчий масив, ніж систему, складний конгломерат нормативних актів, то того ж у більшості своїй – підзаконних, багато в які з них відразу ж після прийняття вносилися і продовжують вноситися зміни та доповнення.
- *суперечливість*, тобто невідповідність, непогодженість, навіть, в окремих випадках, несумісність та протилежність нормативних актів один до одного. Показовою в цьому контексті є ситуація із одночасним прийняттям Цивільного і Господарського кодексів, які запроваджують та використовують принципово різні понятійні апарати, фактично встановлюючи різні підвалини регулювання. Це може спричинити (і фактично спричиняє) нездоланні перешкоди на шляху поступового розвитку країни.
- *декларативність*. Саме поняття вказує на те, що ціллю деяких правових норм є виключно проголошення, тобто емоційний виклад певних загальнозначущих, але занадто абстрактних і принципово нездійснених, недосяжних положень чи правил. Переважна більшість законодавчих актів містять так звані “мовленнєві лушпайки”, тобто гасла, що нікого і ні до чого не зобов’язують, за типом: “прийняти додаткові ефективні і конкретні засоби”, “визначити головні пріоритети”, “посилити контроль”, “забезпечити розвиток” і т.д. Про декларативність свідчить також факт слабкої розробки механізмів реалізації, контролю та відповідальності у законотворчій діяльності. Окремим випадком цієї загальної вади є так звані “мертві” норми – реальні норми діючого права, але такі, що ніколи не було і не буде втілено.

Підсумовуючи викладання характерних рис та властивостей системи позитивного права України, слід відмітити їх в цілому негативний характер. Причому, можна стверджувати про те, що всі вони є не просто окремими відхиленнями в працюючій в цілому системі, а утворюють у сукупності характерну форму – стійкий стан, в якому відображується внутрішній зміст та сутнісна визначеність системи. Ці риси і властивості (як зовнішні сигнали) вказують на фактичну відсутність єдиної, внутрішньо несуперечливої правової системи, єдиної законності та правопорядку. Це означає, що вказані характеристики є стійкими ознаками права і поза них право як атрибут сучасного буття просто не існує. Вони у такий спосіб виявляють своїм існуванням глибоку внутрішню порочність права як суспільного явища

Усвідомлення того факту, що право і, зокрема, законодавство не забезпечують нормального функціонування суспільних відносин відповідно до ідеального розуміння, актуалізує інтерес до проблеми ефективності діяльності правових інститутів та пошуків і визначення нової парадигми прогресивного розвитку правової реальності.

ВИДИ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЇ УНІФІКАЦІЇ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ

Монастирський О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Інтеграційні процеси, які є характерною ознакою сучасного етапу розвитку людської цивілізації викликають потребу в уніфікації права. Цей спосіб правової інтеграції виник об'єктивно в результаті необхідності взаємного пристосування внутрішньодержавного права, як в межах співпраці на рівні урядових та неурядових міжнародних організацій, так і на рівні дво- або багатосторонньої взаємодії з метою досягнення уподібненого правового регулювання. Разом з тим, нормативно-правова уніфікація є дієвим способом досягнення уподібненого правового регулювання і в межах національного права.

Як вітчизняна, так і зарубіжна юридична наука не обходить увагою проблеми правової інтеграції в цілому, та уніфікації і гармонізації, зокрема. Ці та інші питання знайшли своє відображення у працях: Бахіна С., Базедова Ю., Дороніної Н., Давідар., Луць Л., Тихомірова Ю., Топорніна Б., Ентіна Л. та ін. Проте з позицій загальної теорії права ці проблеми є малодослідженими.

Загальнотеоретична характеристика нормативно-правової уніфікації є вкрай необхідною не тільки для юридичної науки, але і для юридичної практики, зокрема, в частині виокремлення сфер та меж застосування нормативно-правової уніфікації.

Класифікація нормативно-правової уніфікації дозволить виявити спеціальні ознаки кожного виду, дозволить виявити сфери, де його застосування буде більш ефективним.

Якщо, під нормативно-правовою уніфікацією слід розуміти процес встановлення чи введення у національні правові системи уподібненого правового регулювання, то за дією в просторі її можна розмежувати на міжнародно-правову та внутрішньодержавну.

Нормативно-правова уніфікація може використовуватись при взаємодії окремих правових систем. Так, зокрема, вона використовується в межах Європейського Союзу. Основними формами зовнішнього прояву такої уніфікації є регламенти, директиви та міжнародні договори, прийняті в рамках "першої опори" права Європейського Союзу. Сприяють однаковому застосуванню права ЄС і рішення Суду Європейських Співтовариств, що містять обов'язкові для держав-учасниць правила застосування та тлумачення норм права ЄС. На даний час міжнародно-правова уніфікація також широко поширена у правових системах Данії, Швеції, Норвегії, Ісландії, Фінляндії, де уніфіковано морське, торговельне, договірне, вексельне, сімейне, деліктне, спадкове, зобов'язальне законодавство та законодавство про компанії, інтелектуальну власність. Відмінною рисою міжнародно-правової уніфікації, яка відрізняє її від інших способів правової інтеграції, зокрема, від гармонізації, є те, що її метою є створення на міждержавному рівні та введення в національне право однакових юридичних норм, створених в результаті спільної взаємодії кількох держав як в межах міжнародних організацій, так і поза ними.

Крім того, міжнародно-правова уніфікація може бути такою, що охоплює прикордонні держави, держави, що входять до складу міждержавних організацій, регіональною, універсальною (що охоплює всі або більшість держав світового співтовариства).

Внутрішньодержавна нормативно-правова уніфікація застосовується при систематизації законодавства окремої держави і поширюється виключно на територію цієї країни. Проявом такої уніфікації, наприклад, є кодифікований акт, створений шляхом змістовної переробки та об'єднання норм кількох нормативно-правових актів. В результаті суспільні відносини, що раніше регулювалися нормативно-правовими приписами різних нормативно-правових актів, регулюються єдиним кодифікованим актом. Таким чином, цей акт є засобом попередження чи усунення колізій, які б могли виникнути при застосуванні різних нормативно-правових актів. Водночас, необхідно зазначити, що такий вид уніфікації можна застосовувати лише щодо стабільних нормативно-правових приписів, які не викликають необхідності їх частого перегляду та внесення змін і доповнень до нормативно-правового акту.

Необхідність застосування внутрішньодержавної нормативно-правової уніфікації доволі часто виникає у федеративних державах, оскільки поряд із автономним правом суб'єктів федерації функціонує право федерації. Загальнофедеральні нормативно-правові акти поширюють свою дію на всіх суб'єктів федерації і повинні враховувати їх спільні інтереси та особливості.

За способом регулювання суспільних відносин та загальнообов'язковістю результатів у нормативно-правовій уніфікації можна виокремити нормативну та договірну (неправову). При нормативній уніфікації створюються джерела права, що містять норми права, які поширюються на неперсоніфікованих суб'єктів та є обов'язковими для застосування всіма суб'єктами права. Їх дія забезпечується силою державного примусу або спільною волею держав. Однакові норми, що створюються в процесі такої уніфікації, об'єктивуються в кодексах, регламентах, директивах, модельних законах, міжнародних договорах, правових звичаях та інших джерелах права. Очевидно, що при такому різновиді уніфікації, права та обов'язки учасників правовідносин встановлюються імперативно.

Договірна уніфікація передбачає створення міжнародними організаціями, (переважно неурядовими) зводів типових положень, що спрощують регулювання відносин між сторонами. Такі акти є результатами уніфікації вже існуючих звичаїв, наприклад, звичаїв господарського обороту. Оскільки учасниками таких відносин є резиденти різних держав, за допомогою таких типових положень сторони зовнішньоекономічних контрактів можуть домовитись про регулювання відносин між собою за допомогою вже готового набору положень, зробивши відповідне застереження про це в договорі або використавши в тексті договору вже готові приписи. Окрім того, така практика значно спрощує господарські відносини між нерезидентами, попереджаються колізії, що можуть виникати через невідповідність нормативно-правових приписів різних держав, які регулюють однорідні суспільні відносини. Такі уніфікаційні акти не забезпечуються державами і стають індивідуальнообов'язковими для сторін зовнішньоекономічного контракту тільки в результаті їх спільного волевиявлення.

Формами прояву договірної уніфікації є уніфіковані умови поставок Інкотермс, Принципи міжнародних комерційних контрактів УНІДРУА, Принципи європейського контрактного права. Такі акти не мають ознак нормативно-правового акту, тому існує точка зору про необхідність їх виокремлення в специфічне "субправо" (Бахін С.В.). Не виключено, що деякі положення цих зводів положень зовнішньоекономічних договорів можуть ставати загальнообов'язковими – шляхом включення їх до нормативно-правових актів. Така ситуація мала місце при включенні до Господарського кодексу України положення про необхідність обов'язкового передбачення в договорі поставки між господарюючими суб'єктами потрібної в конкретному випадку умови поставок згідно Інкотермс 2000 року.

Все ж перешкоди для застосування результатів договірної уніфікації можуть виникати при суперечності колізійних норм різних держав та наявності беззастережних положень в праві однієї з цих держав про застосування права тільки цієї держави до відносин, що потребують врегулювання. При чому дія конституційних положень держав щодо пріоритету міжнародного права не поширюється на ці акти, оскільки вони не охоплюються таким поняттям.

За своїм предметом нормативно-правова уніфікація може бути матеріальною – коли застосовуються способи однакового регулювання прав і обов'язків суб'єктів права, та процесуальною – передбачає введення єдиних процедурних правил.

За сферою правового регулювання можна виділити уніфікацію приватного та публічного права. При цьому необхідно зазначити, що найбільш уніфікованим є міжнародне приватне право, оскільки необхідність його уніфікації об'єктивно зумовлена розвитком економічних відносин та посиленням товарообороту між державами. Тому така уніфікація проводиться вже тривалий час. Потреба в уніфікації публічного права назріла в останні десятиліття, коли в рамках євроінтеграційних процесів виникла необхідність в усуненні перешкод для вільного руху товарів, праці та коштів, що означало спрощення та уніфікацію митних, банківських правил, створення спільної монетарної системи. В межах федеративної держави уніфікованим є як приватне, так і публічне право.

За способами здійснення та формою об'єктивації результатів нормативно-правової уніфікації можна виділити уніфікацію, що здійснюється за допомогою актів інституційних органів міжнародних організацій (регламенти, судові рішення міжнародних судових установ), міжнародних договорів, модельних законів, внутрішньо національних актів, актів "субправа".

За спрямованістю результатів може бути цілеспрямована та ситуативна уніфікація. Метою цілеспрямованої уніфікації є досягнення уподібненого правового регулювання за рахунок створення уніфікованого акту, що містив би однакові правові норми.

За спрямованістю результатів можна виокремити цілеспрямовану та ситуативну уніфікацію. Метою цілеспрямованої уніфікації є досягнення уподібненого правового регулювання за рахунок створення уніфікованого акту, що містив би однакові правові норми. При ситуативній уніфікації також виникає уподібнене правове регулювання, проте мета такого процесу може бути зовсім іншою. Наприклад, рішення міжнародних судових інстанцій сприяють однаково застосуванню певних нормативних положень в різних національних правових системах. Так, Європейський Суд з прав людини своїми рішеннями створює правові прецеденти щодо тлумачення та застосування Конвенції про захист прав та основних свобод людини 1950 р., які сприяють її уподібненому застосуванню в національних правових системах. Суд Справедливості Європейських Співтовариств забезпечує впровадження основних засад Європейського Союзу, закладених Римським договором. Зводи типових умов зовнішньоекономічних контрактів, створені для спрощення міжнародного товарообороту, також забезпечують уподібнене правове регулювання відносин між учасниками цих контрактів.

З вищеведеного можна зробити висновок, що наявність і витребуваність юридичною практикою (як міжнародною, так і внутрішньодержавною) нормативно-правової уніфікації, свідчить про те, що на даний час це один з найефективніших засобів правової адаптації, який сприяє досягненню уподібненого правового регулювання.

**ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧИХ МЕЖ РЕАЛІЗАЦІЇ СВОБОДИ
ВІРОСПОВІДАННЯ (ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ)***Панкевич І.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Права людини належать до вічних тем, над якими працювали мислителі різних епох, починаючи із мислителів античного світу та закінчуючи нашими сучасниками. Свобода віросповідання поряд з такими іншими важливими правами людини як право на свободу слова, право вільно обирати і бути обраним, право на вільне пересування та вибір місця проживання та ін. є тим “наріжним каменем”, який формує підвалини демократії у будь-якій державі. Зрештою сумна практика сьогодення неодноразово підтверджувала те, що значна кількість воєнних конфліктів починалася саме на релігійному ґрунті. Свобода віросповідання закріплена у відповідних нормах міжнародного права. Так ще Загальна декларація прав людини (далі – ЗДПЛ) проголосила, що кожна людина має право на свободу думки, совісті та релігії; це право включає свободу змінювати релігію чи переконання та свободу сповідувати свою релігію чи переконання як особисто, так і разом з іншими, публічним чи приватним чином у навчанні, богослужінні та відправленні релігійних і ритуальних обрядів. Деяко пізніше положення ЗДПЛ знайшли своє відображення у інших міжнародних актах, як от Конвенції про захист прав людини та основних свобод, Міжнародному пакті про громадянські та політичні права, Декларації про ліквідацію всіх форм нетерпимості і дискримінації на підставі релігії чи віровизнання.

Характеризуючи законодавчі межі реалізації свободи віросповідання, хотілося би їх спершу поділити на дві групи: межі, які встановлюють практично усі держави з огляду на інтереси держави, національної безпеки, громадського порядку та ін. та межі, які встановлюються з огляду на забезпечення привілейованого становища панівної ідеології чи релігійної течії.

Щодо першого виду меж то, наприклад, стаття 35 Конституції України встановлює, що “реалізація права свободи світогляду та віровизнання може бути обмеженою законом тільки в інтересах охорони громадського порядку, здоров’я та моральності населення або захисту прав і свобод інших людей”. Стаття 9 Конвенції про захист прав людини та основних свобод (далі – Конвенція), встановлюючи, що кожен має право на свободу думки, сумління та віровизнання, передбачає, що свобода вираження віровизнання чи переконань може підлягати лише таким обмеженням, які передбачаються законом і є необхідними у демократичному суспільстві для захисту інтересів громадської безпеки, охорони громадського порядку, здоров’я та моральності або захисту прав і свобод інших людей”. Тобто відповідна стаття Конституції України не суперечить Конвенції. Щодо другого виду меж реалізації права на свободу віросповідання, а саме меж, що встановлюються з огляду на забезпечення привілейованого становища панівної ідеології чи релігійної течії. Слід зазначити, що на сьогодні практика законодавчого обмеження прав на свободу віросповідання однієї групи населення на користь іншої є ще досить таки поширеною.

Питання встановлення законодавчих меж реалізації свободи віросповідання є вельми делікатним та складним. Адже певна релігія могла домінувати у тій чи іншій державі протягом багатьох століть чи навіть тисячоліть, унеможливаючи визнання нових релігійних течій, які подекуди кидають виклик існуючим теологічним догмам. Проте у даній ситуації слід відрізнити релігійні течії від релігійного екстремізму. Відмінність традиції чи культури не повинна використовуватися як підстава обмеження права на свободу віросповідання. Крім того, державна влада повинна постійно вести діалог з існуючими релігійними громадами, аналізуючи погляди представників різних конфесій на такі питання як рівноправність чоловіка і жінки в суспільстві, громадянські шлюби, евтаназія, аборти та інше. Ліквідація ж цієї “релігійної безграмотності” держави однозначно сприятиме консолідації суспільства, унеможливить розвиток релігійного екстремізму, позитивно впливаючи на формування засад громадянського суспільства.

ДОСТУПНІСТЬ ЮРИДИЧНИХ ЗАСОБІВ ЗАХИСТУ ЯК УМОВА ЇХ ЕФЕКТИВНОСТІ

Пашук Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

На сьогодні одним із актуальних питань загальнотеоретичної юриспруденції залишається проблема ефективності права, зокрема ефективності певного юридичного засобу, тобто проблема виявлення ступеня відповідності реальних наслідків дії у суспільстві даного засобу тій меті, заради якої він створювався. Не знаючи відповіді на це питання, мабуть, неможливо адекватно оцінити якість юридичного регулювання суспільних відносин.

Для здійснення аналізу ефективності юридичних засобів саме *захисту* у юридичній літературі пропонуються різні методології, одна з яких полягає у *встановленні спеціальних умов*, за наявності яких цей засіб захисту вважатиметься ефективним. Зазначений підхід яскраво спостерігається у правозастосувальній практиці Європейського суду з прав людини (далі – Суд). Серед таких умов ефективності можна виділити *доступність* юридичного засобу захисту. Запропонуємо нижче інтерпретацію змісту цієї умови.

Зазначена умова ефективності полягає у тому, що, по-перше, особа повинна мати можливість скористатись запропонованим засобом захисту *персонально*, тобто *безпосередньо* звернутись до юрисдикційного органу зі своєю правовою вимогою, а не вдаватись до посередництва іншого органу, наділеного дискреційними повноваженнями. По-друге, така можливість не повинна зазнавати *невиправданих* юридичних обмежень (скажімо, внаслідок надмірно ускладненої процедури реалізації права на звернення до органу захисту). По-третє, ця можливість має бути *реальною*, а не декларативною, суто теоретичною.

Тому, відштовхуючись, так би мовити, від протилежного, можна виділити три групи обставин, за яких певний засіб захисту буде вважатись недоступним, а отже, як наслідок, – неефективним:

а) Відсутність права прямого звернення до юрисдикційного органу

Найчастіше порушення умови доступності засобу захисту констатується Судом у випадках відсутності *персональної* можливості особи вдатися до засобів захисту внаслідок того, що така можливість опосередковується дискреційними повноваженнями певного „проміжного” органу чи посадової особи (наприклад, судді Верховного Суду, Голови суду чи Генерального прокурора). Зокрема, у рішеннях, що були ухвалені у справах „*Падовані проти Італії*”, „*Спадеа і Скалабріно проти Італії*”, „*Імобіліаре Саффі проти Італії*”, Суд, аналізуючи такий засіб захисту як заява до Конституційного суду Італії про визнання неконституційним певного законодавчого акта, відзначив, що згідно з національним законодавством Італії особа не має права *безпосередньо* звертатися до Конституційного суду з такою заявою. Лише суд, який розглядає справу, за клопотанням сторони у справі або з власної ініціативи може звернутися до Конституційного суду із зазначеного питання. Тому – робить висновок Суд – даний засіб захисту є, а отже, й неефективним. Те ж саме відзначив Суд у справі „*Хартман проти Чеської Республіки*”: „скарга до вищестоячого органу – засіб захисту, який пропонує Уряд, – не може розглядатися як ефективний засіб захисту, оскільки він не передбачає персонального права сторін у справі змусити державу здійснити свої наглядові функції”.

Відсутність права на пряме звернення до юрисдикційного органу лежить в основі кваліфікації певного засобу захисту як недоступного й у тих випадках, коли аналізуються такі екстраординарні правозахисні процедури, як перегляд судових рішень у порядку нагляду. У таких процедурах оскарження остаточного судового рішення здійснюється також внаслідок реалізації повноважень певної посадової особи (зазвичай, Генерального прокурора чи судді вищого суду). Сторона ж у справі таким правом не наділена. У таких випадках Суд доходить висновку, що цей засіб захисту теж є недоступним, а тому неефективним. Так, у справі „*Ердогду проти Туреччини*” Суд відзначив, що законодавство Туреччини й справді передбачає такий спеціальний засіб захисту як заяву про скасування рішення Касаційного суду самим цим судом, якщо буде доведено факт неправильного з’ясування обставин справи або ж помилкового застосування певної норми права, що мало вирішальне значення для результату розгляду справи. Проте цим засобом захисту може скористатися лише

Генеральний прокурор – за клопотанням засудженої особи або ж з власної ініціативи. За таких умов даний національний юридичний засіб захисту не є доступним для особи, а тому вона не зобов'язана була його вичерпувати в сенсі ст.35 Конвенції.

Як відомо, процедура перегляду судового рішення у порядку нагляду була передбачена довгий час і в законодавстві України. Існування такої процедури у національному правопорядку могло ввести в оману заявника про момент вичерпання усіх *ефективних* засобів захисту всередині держави і привести до помилкового розрахунку ним шестимісячного строку, встановленого для звернення до Суду. Мусимо, однак, відзначити, що процедура перегляду рішення у порядку нагляду тлумачиться Судом не тільки як така, що є недоступною та неефективною, а тому не обов'язковою для вичерпання. В уявленні Суду, зазначена процедура є ще й *неправомірною*, оскільки суперечить гарантіям ст.6 Конвенції та принципу правової певності, що є складовим компонентом принципу верховенства права.

Показовим прикладом такого прецедентного тлумачення ст.6 Конвенції є рішення Суду у справі „*Рябих проти Росії*”. У ньому Суд проаналізував, яким чином застосування процедури перегляду судового рішення в порядку нагляду вплинуло на права заявниці, гарантовані ст.6 Конвенції. Зокрема, він відзначив, що право на справедливий судовий розгляд, передбачене ч.1 ст. 6 Конвенції, слід тлумачити у світлі преамбули до Конвенції, де проголошено принцип верховенства права як складову спільної спадщини Договірних Сторін. Одним із основоположних аспектів верховенства права є принцип правової певності, який, окрім іншого, встановлює, що у тих випадках, коли суди ухвалюють остаточні рішення, такі рішення не можуть оспорюватись. Принцип правової певності включає й дотримання принципу *res judicata*, тобто вимоги остаточності судового рішення. Остання засада означає, що жодна сторона не має права ставити питання про перегляд остаточного судового рішення, яке набрало чинності, лише заради повторного судового розгляду й ухвалення нового рішення у справі. Повноваження вищих судів щодо перегляду судових рішень мають використовуватись задля виправлення судових помилок. Перегляд же рішень в порядку нагляду не може розглядатись як замаскована апеляційна інстанція, а сама наявність двох точок зору на предмет спору ще не є підставою для повторного розгляду справи. Відхилення від цього принципу можливе лише за виняткових обставин.

У зазначеній же справі рішення районного суду було скасоване Президією обласного суду на тій підставі, що суддя районного суду неправильно витлумачила норми матеріального права. Президія обласного суду відхилила позовні вимоги і закрила справу, тим самим звівши нанівець увесь судовий процес, який завершився винесенням судового рішення, що набрало чинності, і здійсненням виконавчого провадження за цим рішенням. Суд звернув увагу на ту обставину, що процедура перегляду в порядку нагляду судового рішення була розпочата Головою обласного суду, який не був стороною у справі, проте був наділений такими повноваженнями згідно із процесуальним законодавством. Ці його повноваження не були обмежені жодними часовими рамками, тому судові рішення могли опротестовуватись ним будь-коли.

В результаті Суд дійшов висновку, що право позивача на суд було б ілюзорним, якби національні правові системи Договірних Сторін допускали можливість скасування вищим судом, за заявою державного службовця, судового рішення, яке набрало чинності та стало остаточним. Використання процедури перегляду судового рішення в порядку нагляду вищим судовим органом призвело до порушення принципу правової певності і права на суд, гарантованого ч.1 ст. 6 Конвенції.

Аналогічні висновки Суду містяться у рішеннях, ухвалених у справах „*Брумареску проти Румунії*”, „*Совтрансавто Холдинг проти України*”, „*Трегубенко проти України*”, „*Світлана Науменко проти України*”, „*Полтораченко проти України*”.

б) Невиправдані юридичні обмеження у доступності засобу захисту

Друга група обставин, наявність яких дозволяє розглядати засіб захисту як недоступний, а тому й неефективний, характеризується встановленням додаткових, спеціальних умов, необхідних для прийняття скарги. Так, у справі „*Хорват проти Хорватії*” Суд, аналізуючи право заявника на звернення до Конституційного суду, передусім відзначив, що на перешкоді *прямого* звернення до цього органу лежить процедура попереднього розгляду заяви, на основі дискреційних повноважень останнього. Однак далі Суд зауважив, що доступність до цього органу обмежується, окрім того, ще й двома спеціальними умовами, які повинні існувати одночасно: по-перше, конституційні права особи, яка звертається до Конституційного суду, мають бути *грубо порушені*; по-друге, ця особа повинна нести *ризик серйозних та непоправних наслідків* для її прав. Суд далі зазначив, що поняття „грубе порушення” і „серйозні та непоправні наслідки” зазнавали довільної інтерпретації з боку національних

органів, а це істотно ускладнює доступ до такого засобу захисту. Підсумувавши усе це, Суд не зміг кваліфікувати зазначений засіб захисту як доступний та ефективний.

У справі „*Меріт проти України*” Уряд звернув увагу на невичерпання такого засобу захисту прав обвинуваченого, як скарга до суду на дії слідчого в порядку ст.234 Кримінально-процесуального кодексу України, який (засіб захисту) з’явився в українському кримінальному процесі після 21.06.2001 року. Аналізуючи цей засіб захисту, Суд відзначив, що попри те, що він був впроваджений лише у 2001 році, такий засіб захисту ще й не задовольняв умову доступності (права лише до 30.01.2003 року, тобто до відповідного рішення Конституційного суду України), оскільки скарги на дії чи бездіяльність органів та посадових осіб досудового слідства, могли бути розглянуті лише після його закінчення, а точніше – на стадії попереднього розгляду справи або при розгляді справи по суті. Під час же досудового слідства судовий розгляд такої скарги не був доступний навіть теоретично.

в) Нереальність доступу (фактична недоступність)

У певних випадках навіть за наявності права на пряме звернення до юрисдикційного органу і за відсутності обмеження цього права спеціальними кваліфікаційними умовами, Суд все одно може констатувати недоступність певного засобу захисту, якщо встановить, що саме у даній справі особа не отримала *фактичного, реального* доступу до нього. Хоча, зазвичай, доступність цього засобу захисту може бути реальною й сумніву не викликати (власне останнє положення і відрізняє дану умову від умови „практичності” засобу захисту, про яку йтиметься нижче).

Проілюструємо цей аспект умови доступності засобу захисту прикладом зі справи „*Чонка проти Бельгії*”. У цій справі заявники – громадяни Словаччини румунського походження – стверджували про наявність порушень гарантованих Конвенцією їхніх прав, спричинених обставинами їх арешту на території Бельгії та депортацією з цієї держави. Уряд вказав, що заявники мали можливість оскаржити всередині держави ці рішення національних органів. Однак Суд виявив низку факторів, які ставили під сумнів *доступність* того засобу захисту, про невичерпання якого стверджував Уряд. Зокрема, Суд звернув увагу на те, що у поліцейському відділку заявникам було надано на папері інформацію про наявні засоби захисту, однак вона була видрукувана надто дрібним шрифтом і мовою, якої вони не розуміли. Для допомоги багатьом румунським сім’ям був передбачений тільки один перекладач, який з’явився у поліцейській відділок лише для перекладу усних і письмових повідомлень, адресованих їм. Очевидно, що за таких обставин заявники, перебуваючи у поліцейському відділку, не мали належної можливості звернутись через перекладача до адвоката. І хоча, будучи у розподільчому центрі, вони могли викликати адвоката телефоном, там уже не було перекладача. Незважаючи на такі труднощі, органи влади не створили жодної служби правової допомоги при поліцейському відділку чи при розподільчому центрі. Як наслідок, адвокат заявників дізнався про їх ситуацію лише 1 жовтня у п’ятницю о 10-30 вечора. Тому, подавати будь-які скарги вже не було сенсу, оскільки вони були б прийняті лише 4 жовтня, а розглянуті – аж 6 жовтня, тобто після дати (5 жовтня), коли заявники підлягали депортації. Таким чином, адвокат *фактично* не мав можливості оскаржити зазначені рішення.

Підсумовуючи, Суд відзначив, що умова доступності засобу захисту в сенсі ст.35 Конвенції означає також те, що державні органи повинні створювати *реальну можливість* заявників скористатись таким засобом захисту. У даній справі цього не було забезпечено.

Такими є, на наш погляд, основні аспекти прояву умови *доступності* національного юридичного засобу захисту, яка є складовим елементом поняття його ефективності.

**ПРОБЛЕМА СПІВВІДНОШЕННЯ ПРИРОДНОГО І
СОЦІОНОРМАТИВНОГО У ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВІЙ ДУМЦІ
АНТИЧНОСТІ***Рабінович С.**Львівський державний університет внутрішніх справ*

Як відомо, давньогрецькій соціонормативній думці в цілому властивий морально-правовий синкретизм, змістовне трактування права як справедливості (to dikaion). Причиною цього було насамперед специфіка полісного устрою суспільного життя, в якому благо громадянина полісу було невіддільне від блага самого полісу. Це призводило до єдності етики й політики, до збігу етичної сфери суспільного блага й суспільної чесноти зі сферами політики й державно-юридичного права.

На тлі соціально-економічного розвитку грецьких полісів й поляризації суспільних інтересів агональний, змагально-ігровий характер грецької культури сприяв неабиякому прогресу раціоналістичного й діалектичного мислення й, зокрема, уможливив появу критичного ставлення до традиційних соціальних установлень.

Вже з кінця VI ст. до н.е. у грецькій культурі виникає змістовна опозиція *fusis – nomos*, в яких природа (*fusis*) протиставляється людським *nomos* («установленням» – звичаям, законам) як справжня, істинна форма сущого. При цьому *nomos* означало також найменування, гадку.

У V ст. до н.е. антитеза природи і установлення починає активно використовуватись при обговоренні факторів, необхідних для людського розвитку й формування «добродесної», «добродіної» людської натури (Демокріт, софісти). Прагнучи вдосконалити людські якості на раціоналістичній основі, софісти доводили, що людину формує політична спільнота (тобто, полісний *nomos*). Водночас саме в софістиці виникає й негативна оцінка закону і звичаю як явищ «протиприродних», як суто зовнішніх та чужих людській природі регуляторів.

Демокрітом і софістами започатковано діалектичне осмислення антиномії *fusis – nomos*: *nomos* формує й виражає другу, соціально-культурну (А. Гусейнов) природу людини. Однак при цьому сам *nomos* повинен бути сформований згідно з деякою «природою» (А. Ахутін). Таким чином розкривається античне уявлення про людину як про «діалектичний синтез природи й мистецтва» (О. Лосев).

Запереченням етичного релятивізму й нігілізму софістів став поворот до сакралізованої інтерпретації процесів правоутворення і права у філософії Сократа та Платона. У Платона основним завданням законодавця виступає виховання досконалої людини (Закони, 957e). Закон, поряд із страхом та правдивим словом, розглядається Платоном як потужний засіб протидії надмірному зростанню первинних потреб і пристрастей людської натури. Моральний та божественний закон у Платона стає інструментом створення тоталітарної, морально-унітаристської теократичної держави, яка повністю відкидає унікальність та творчі здібності окремої людини, розуміючи її виключно як службовий елемент суспільно-державного цілого.

У вченні найвидатнішого з учнів Платона – Арістотеля – природна недосконалість людини (її залежність від пристрастей і брак природної моральності) стає підґрунтям концепції «правління законів, а не людей». Подібно до Платона, Арістотель вважає, що закон має насамперед загальногромадянське етико-виховне призначення. При цьому Арістотелева оцінка ролі закону вища від Платонової. Адже у Платона виховна дія законів не поширюється на самого законодавця, який є добродесним на основі знання ідей блага та справедливості і сам по собі не потребує законів. Перед Арістотелем же постає проблема виховання «якостей законодавця», який повинен мати відповідний душевний склад (розуміння), досвід (Нікомахова етика, 1181в 1-10). Таким чином, виникає замкнене коло: аби стати досконалою людиною і громадянином, необхідно бути вихованим законами, але ж і сам законодавець також має отримати відповідне виховання. Згідно з Арістотелем, необхідною умовою для виховного ефекту вираженого в законі права є тривала, звичаєва дія останнього. Отже, звичка та звичай є природними засобами морального виховання; закріплені в законі справедливі приписи формують «другу природу» людини завдяки її постійному вправлянню в добродесних вчинках.

На противагу Платону та більшості грецьких філософів періоду класики, в яких образ досконалої людини-мудреця невіддільний від образу досконалої держави, *кініки* вважали існуючу державу та її закони протиприродними винаходами. При цьому «природа» у кініків виступає як етико-аксіологічний принцип, з позицій якого відбувається заперечення усіх культурних надбань суспільства як таких, що є штучними та шкідливими. Нормативністю ж у кініків наділяється лише внутрішня індивідуальна моральність, яка видається їм самодостатньою і різко протиставляється як існуючій суспільній моралі, так і позитивному праву.

За елліністичної доби, в період кризи полісу, в Греції відбувалась дедалі більша суб'єктивізація, інтеріоризація нормативного, переміщення останнього до сфери моральної свідомості людини з одночасним проголошенням «зовнішньої» нормативності ціннісно нейтральною (кініки, епікурейці, стоїки). Причиною цьому стала низка соціально-економічних та політичних факторів, які призвели до відокремлення образу «досконалої людини» від образу «громадянина полісу», і, зрештою, до перетворення останнього в образ «космополіта» – громадянина ідеальної духовної держави, «космополісу».

Аналіз розвитку філософсько-правової та соціологічної думки давніх греків демонструє зміну поглядів на відношення між сферами суспільної моралі й державного права, а також про співвідношення цих сфер зі сферою природного права.

Поляризація соціальних інтересів у полісах сприяла поступовому руйнуванню уявлень про гомогенність соціонормативної сфери. Так, вже в «Антигоні» Софокла (V ст. до н.е.) відображено усвідомлення певної структуризації суспільних установлень – поділ полісних *номоі* на писані («*graphos*») й неписані («*agraphos*»); при цьому неписаним, традиційним *номоі* (звичаям та суспільній моралі) надається ціннісний пріоритет щодо писаних установлень.

Емпірико-індуктивний та «дистинктивно-дискриптивний» (О. Лосев) метод Арістотеля дозволив йому сформулювати положення про принципову відмінність «домашньої справедливості» від справедливості державної й таким чином намітити ідею про *взаємозв'язок міжлюдського відчуження і позитивного права* – ідею, евристичне значення якої важко перебільшити. Ставлення до свого й до чужого лежить в основі відокремлення морального та юридичного. Відносини між «своїми» за визначенням не допускають відчуження, саме тому вони суттєво відрізняються від відносин між «чужими» – юридичними: це відкриття належить Арістотелю. В такий спосіб вперше було позначено існування межі між нормативними сферами юридичного права і моралі. *Міра відчуження у відносинах, які регулюються правом чи мораллю може слугувати одним з важливих критеріїв розмежування зазначених сфер.*

Антична дискусія про природне право (справедливість) стосувалась питання про позакультурні (до- чи понад-культурні) – необхідні, об'єктивні й сутнісні основи права і моралі. При цьому первинно звернення грецьких філософів до категорії *fusis* (природи) було зумовлене самим речово-матеріальним характером грецької культури, в якій людина трактувалась як річ, як «еманация чуттєво-матеріального космосу» (О. Лосев).

Багатозначність категорій *fusis*, *kata fusin* (згідно з природою), «пара фюсін» (протиприродне), які використовувались грецькими філософами при обговоренні етико-правових проблем, відображала різноманіття методологічних підходів до виявлення таких основ, зокрема пошуки їх в матеріальній чи духовній сферах буття.

В антиномії *fusis* – *nomos* звертає на себе увагу здатність її складових до взаємоперетворення. Так, якщо в «Антигоні» традиційні, неписані *nomos* мають значення *fusis*, то вже в багатьох софістів та кініків вся традиційна мораль окремих людських спільнот інтерпретується як умовний *nomos*, якому протиставляється деяка істинна всезагальна *fusis*.

Загалом в античній філософії природно-правове завжди є етично-необхідним, вірним. Проте *сфери природно-правового й морального в античності далеко не завжди співпадають*. При обмеженні «природного» в моралі та праві лише емпірично суцям (Арістотель) сфера морально належного є значно ширшою від сфери природного, в такому разі природне право становить лише біосоціальну складову морального устрою суспільства. Загалом природне право не співпадає з моральністю у тих концепціях, в яких природно-правове пов'язується з біологічними, зоологічними, фізіологічними, психічними, етнічними та ін. емпірично даними факторами.

Натомість метафізична інтерпретація «природного» (Сократ, Платон, стоїки) призводить до збігу природного права й моральності. До такого ж – принаймні зовнішнього – збігу, в принципі, призводить і проголошення емпірично-природного – належним (кініки).

Таким чином, для визначення співвідношення між сферами природного права і моралі в античній філософії є важливою специфіка трактування поняття «природи», зокрема в рамках дихотомії матеріального та ідеального, суцього та належного (остання дихотомія загалом не притаманна для античності) і, насамперед, питання про те, чи вичерпує «природно-правове» зміст деонтичного, морально-належного у відповідній доктрині.

Провідним принципом античного праворозуміння є *речово-матеріальний телеологізм*, найбільш послідовно виражений в Арістотеля. Саме звідси постає давньогрецьке розуміння «arete» (чесноти) як досконалого стану, як характеристики максимальної відповідності будь-якого предмета – в тому числі людини, суспільства, держави та їх нормативних установлень – своєму призначенню, ідеї. Саме телеологічно осмислена людина виступає в античності стрижнем нерозривного взаємозв'язку сфер політики, етики і права.

Втрата ж сучасними політико-правовими культурами нормативного образу досконалої людини (Е. Макінтайр) є проявом та водночас однією з причин глибокої моральної кризи, в якій перебуває західна цивілізація сьогодні. Споживацько-лібералістичній фрагментації духовного життя антична думка протиставляє ідеально-ціннісну орієнтацію на сутнісну єдність соціонормативної реальності, на її об'єктивне людиномірне призначення, без якого суспільні й державні інституції та норми позбавляються свого справжнього смислу.

ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ ПРАВ ЛЮДИНИ: ПОНЯТТЯ, СТРУКТУРА, ДЖЕРЕЛА ФОРМУВАННЯ.

Раданович Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Забезпечення повної, так би мовити, вичерпної відповідності національно-правового регулювання міжнародно-правовому у сфері прав людини вимагає чіткого встановлення змісту міжнародного праволюдного зобов'язання. Цим пояснюється детальне дослідження міжнародних (європейських) правозастосувальних актів, в яких знаходять свій перспективний розвиток, конкретизацію ідеї, основні принципи прав людини, закладені в нормах міжнародних договорів про права людини. Тому не випадково в юридичній науці та практиці сформувалося поняття міжнародних, зокрема європейських стандартів прав людини, що передбачає комплексне формування змісту міжнародно-правового зобов'язання у галузі прав людини. Але при цьому виникає ряд запитань, що стосуються змісту, джерел і суб'єктів формування таких стандартів, їхньої структури (внутрішньої будови).

Зважаючи на це, а також досліджуючи діяльність держави щодо приведення її юридичної практики у відповідність із міжнародно-правовими зобов'язаннями, можна розглядати *європейські стандарти прав людини як систему певних моделей прав людини, які відображають основний зміст і обсяг цих прав та визнаються європейською спільнотою (далі – євростандарти)*.

Розуміння таких стандартів, як орієнтовних моделей прав людини, на які вивіряється національна юридична практика, сприятиме вдосконаленню останньої, а відповідно належній реалізації праволюдних зобов'язань.

Як видається, такий євростандарт буде формуватися, в першу чергу, на основі відповідної норми базового європейського документа з прав людини – Конвенції про захист прав і основних свобод людини (далі – Конвенція). Таким чином основний зміст євростандарта, його, так би мовити, змістовний скелет становить відповідна норма Конвенції. Але, як відомо, зміст прав людини, передбачених Конвенцією, розвивається в прецедентній практиці Європейського суду з прав людини (далі – Суд). І відбувається це за рахунок:

1. визначення (окреслення) Судом певних понять в рамках даного права;
2. визначення сфери застосування права (при цьому можна дослідити, яка категорія справ розглядається Судом в рамках певного права);
3. з'ясування меж здійснення права особою та меж втручання держави у здійснення права;
4. встановлення характеру сатисфакції;
5. встановлення взаємозв'язку з іншими правами;
6. винесення “взаємовиключних” рішень Судом в аналогічних справах та прийняття рішень залежно від особливостей національної правової системи Держави – відповідача;
7. виокремлення особливої думки судді.

Для прикладу в обґрунтування наведених положень можна навести відповідну практику Суду.

Визначення Судом понять. Так, наприклад, Європейська комісія з прав людини (далі – Комісія) і Суд констатували, що право вступати в шлюб за ст.12 не охоплює право на розірвання шлюбу, навіть з тим, щоб отримати право повторного вступу в інший шлюб (справа Джонстон проти Ірландії).

Суд також окреслив підхід для визначення “розумного характеру тривалості строків затримання” (в рамках статті 5 Конвенції) з метою зменшення дискусій навколо цього поняття і надання національним органам влади чітких орієнтирів у визначенні прийнятних строків затримання. Відповідно Судом було встановлено сім спеціальних критеріїв оцінки тривалості затримання: 1) строк тримання під вартою, 2) строк ув'язнення залежно від типу порушення, від призначуваного за нього покарання, 3) матеріальні, моральні та інші чинники впливу на особу ув'язненого, 4) поведінка обвинуваченого в плані впливу на нього затримок будь-якого характеру, 5) труднощі, пов'язані зі

справою (наприклад, її заплутаність або велика кількість свідків), 6) спосіб ведення слідства, 7) дії судових органів при розгляді клопотань про звільнення в період ведення слідства і судового розгляду.

В контексті визначення понять у праволюдних зобов'язаннях потрібно також пам'ятати про *принцип автономності*. Мова йде про те, що деякі конвенційні поняття є автономними в тому розумінні, що вони в контексті Конвенції мають інший зміст і об'єм, ніж одноіменні поняття в національних системах права держав-учасниць.

Прикладом автономного розуміння конвенційних понять є поняття “майно” в статті 1 Першого протоколу до Конвенції. Суд встановив, що це поняття, а відповідно і поняття “права власності” в контексті цієї статті – незалежні від формальних кваліфікацій у внутрішньому праві, вони значно ширші і охоплюють й інші права та інтереси, крім права власності на рухоме і нерухоме майно. Ця позиція знайшла своє відображення у справах Латрідіс проти Греції, Бейеллер проти Італії.

Проте Суд в порядку добровільного самообмеження визнав, що деякі правові поняття не підлягають автономному тлумаченню, як наприклад, вступ у шлюб за ст.12 Конвенції.

Визначення Судом сфери застосування права. “Нарощування змісту” відповідного права, а отже, ще один напрямок формування євростандартів відбувається шляхом визначення категорії справ, які розглядаються Судом в рамках даного права. Так, наприклад, Суд вказав, що зі сфери застосування п.1 ст.6 випадають спори державних службовців, особливість діяльності яких – здійснення державних управлінських функцій в тій мірі, в якій ці службовці виступають як представники публічної влади, уповноважені охороняти загальні інтереси держави або інші публічні інтереси. Всі інші державні службовці, що не відносяться до цієї категорії “владних чиновників”, у випадку судових спорів, пов'язаних з їх службовими відносинами, користуються захистом згідно із п.11 ст.6.

Згадати в цьому контексті можна і спроби Суду поширити дію п.1 ст.6 на конституційне провадження в тих країнах, де право на звернення в конституційні суди надано громадянам (тобто передбачена можливість подачі індивідуальної конституційної скарги). Так, у рішенні по справі Пьер-Блош проти Франції Судом була сформульована позиція, згідно з якою “те, що судовий процес вчиняється в конституційній юрисдикції, недостатньо для того, щоб виключити його зі сфери дії п.1 ст.6”.

З'ясування меж здійснення права особою та меж втручання держави у здійснення права.

Статті 8 – 11 Конвенції та стаття 2 Протоколу №4 є подібні за своєю структурою. В першому пункті цих статей гарантуються конкретні права і свободи, а в наступних пунктах – викладено загальні принципи та конкретні положення, які може використовувати держава, обмежуючи здійснення цих прав і свобод. Така структура допомагає встановити рівновагу між правами особи та інтересами демократичного суспільства, коли між ними виникає конфлікт. Звичайно, що обмежувальні положення, передбачені цими статтями, можна тлумачити досить широко. А тому, щоб запобігти зловживанням з боку держав, Комісія встановила правило чіткого тлумачення положень, яке сформулювала у справі Санді Таймс проти Сполученого Королівства (1979): “Чітке тлумачення означає, що основою для будь-якого обмеження можуть бути тільки ті критерії, про які йде мова в самому обмежувальному положенні, а ці критерії, в свою чергу, треба розуміти таким чином, щоб значення цих слів не виходило за рамки їхнього звичайного змісту. Це правило задовольняє дві основні умови, властиві обмежувальним пунктам – “законності” обмежень та їх “необхідності у демократичному суспільстві”.

При застосуванні ст.8-11 Конвенції Судом сформувалася система чотирьох послідовних питань-критеріїв, відповіді на які є обов'язковими для обґрунтування рішень по цих статтях. Цих *процедурних стандартів* Суд завжди дотримується, встановлюючи, чи дії державних органів, що обмежили використання заявниками прав і свобод, гарантованих Конвенцією, відповідали цій Конвенції чи навпаки порушували її. Ці питання – критерії формулюються наступним чином:

- чи було втручання державних органів у здійснення гарантованого Конвенцією права “передбачене законом”, тобто чи порушувала поведінка особи діюче законодавство;
- чи здійснювалося таке втручання із правомірною метою;
- чи було втручання необхідним у демократичному суспільстві за конкретних обставин;
- чи були заходи, вжиті державними органами, співрозмірні із обставинами справи.

Встановлення взаємозв'язку з іншими правами. Є статті, які за своєю природою передбачають спільне застосування з іншими статтями. Наприклад, в контексті всієї Конвенції право на доступ до суду (ст.6) перетинається правом на ефективний засіб правового захисту (ст.13). Ця

норма ширша за змістом, ніж норма, що передбачає право на доступ до суду. Практично Суду часто доводиться оцінювати ситуацію типу “особа не знайшла компетентного суду і при цьому не знайшла і іншого компетентного органу”. Як правило, Суд у цьому випадку вважає достатнім рішення згідно із ст.13.

У статті 18 державам забороняється застосовувати дозволені обмеження з метою, яка не передбачена Конвенцією. Ця стаття може бути застосована тільки разом з іншими статтями Конвенції. Хоча Комісія не підтримувала таку позицію і наголошувала на автономному характері ст.18, але Суд, навпаки намагався не розглядати справи за ст.18, якщо в них не було посилян на порушення іншої статті, яка містила основне право (Енгель проти Нідерландів), або якщо до цього Суд вже розглянув застосування обмежувальних положень, які були викладені в інших статтях, на що було зроблено посилення (Хендісайд проти Сполученого Королівства; Бозано проти Франції 1986).

Винесення взаємовиключаючих рішень Суду, залежність рішень Суду від особливостей національної правової системи. Застосування ст.3 Протоколу №1 передбачає, що будь-яка виборча система повинна оцінюватися у світлі політичного розвитку країни, і тому дії, неприпустимі в рамках однієї політичної системи, можуть бути виправдані в іншій, принаймні при тій умові, що діюча система забезпечує „вільне волевиявлення народу при виборі законодавчої влади”. Зокрема в рішенні Матьє-Моен і Клерфейт проти Бельгії (п.54) Суд вказує, що спеціальний закон 1980 року, дія якого порушує на думку заявників право, гарантоване ст.3 Протоколу №1 на вільні вибори, діє в рамках загальної інституційної системи бельгійської держави, що ґрунтується на територіальному принципі. Проведена, але не завершена в Бельгії реформа спрямована на встановлення рівноваги між усіма культурними співтовариствами і регіонами Королівства, для чого використовується механізм зважувань і противаг, а мета реформи – зм’якшити мовні розходження шляхом створення стабільних і децентралізованих структур.

**ДЕЯКІ ПИТАННЯ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА У
ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІЙ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ***Сушко Є.**Інститут законодавства Верховної Ради України*

Для української правової науки дослідження проблематики верховенства права набуло особливої актуальності після прийняття Конституції України, в тексті якої було зафіксовано відповідний принцип. Однак, закріпивши поняття верховенства права в Основному законі, законодавець тим самим лише спровокував появу кола питань, які слід з'ясувати в межах даного поняття. У зв'язку з цим розгорнулася широка дискусія щодо змісту та ролі даного правового явища. До того ж значимість проблеми його розуміння та співвідношення з іншими правовими явищами збільшилася після того, коли вказана проблема перейшла із статусу суто теоретичної у прикладну. Постають питання: яке значення і місце посідає це явище у національній правовій системі? Як принцип верховенства права співвідноситься з іншими принципами права? Яким має бути механізм впровадження верховенства права?

Положення Конституції України, як і положення основних законів більшості держав, можна розглядати у різних площинах. З одного боку, вони мають програмний характер, окреслюють цілі та пріоритетний напрямок розвитку держави, а з іншого – це юридичні норми, які, нехай і найбільш абстрактного рівня, проте регулюють реальні суспільні відносини. Не виключенням є і положення статті 8 Конституції України, яка висвітлює принцип верховенства права: вона об'єднує ці два аспекти, адже з одного боку, проголосивши принцип верховенства права, Україна обрала курс на встановлення правової держави та громадянського суспільства, а з іншого – зважаючи, зокрема й на те, що норми конституції є нормами прямої дії, верховенство права повинно впроваджуватися в теорію права та активно застосовуватися у національній юридичній діяльності.

Як видається, саме другий із зазначених аспектів має мати пріоритетне значення у загальнотеоретичному дослідженні того явища, що відображається поняттям верховенства права. У цьому контексті цікавою є думка С. Головатого, висловлена декілька років тому, щодо стану теоретичного осмислення та практичного впровадження цього явища в Україні. Автор, зокрема, зазначає, що розуміння явища „верховенство права” ніколи не було і не є однозначним, що це явище й досі в Україні є практично неосмисленим. Та, все ж таки, на сьогоднішній день у вітчизняній правничій літературі уже висунуто ряд істотних позицій з даної проблеми. Наведемо нижче схематичний їх аналіз.

Слід відзначити, що згідно з європейською правовою традицією верховенство права доволі часто розглядають як верховенство прав людини, за умови, що права людини трактуються з юснатуралістичних позицій. Такої ж думки дотримується низка вітчизняних вчених (П. Рабінович, М. Козюбра, А.Заєць). У той же час варто було б уточнити, що такий підхід є лише одним із варіантів можливого тлумачення такого багатогранного явища як верховенство права. Адже ідея максимального здійснення прав людини може розглядатися як окремий правовий принцип. На підтримку даної позиції процитуємо, зокрема, положення статті 3 Статуту Ради Європи: „Кожен член Ради Європи обов'язково має визнати *принципи* (але не принцип – авт.) верховенства права та здійснення прав і основних свобод людини всіма особами...”. Таким чином даний міжнародно-правовий документ відрізняє принцип верховенства права від принципу здійснення прав і свобод людини.

Відповідно ж до іншого підходу верховенство права практично ототожнюється з принципом верховенства закону (законності). Така позитивістська інтерпретація все ще й досі має місце у вітчизняній літературі, що, перш за все, пояснюється інертністю ідеології радянської правової науки. Як наслідок, панування легістського типу праворозуміння, що передбачало ототожнення права і закону, вочевидь, не давало можливості всебічно вивчати дане правове явище. Дотримуючись позицій необхідності існування діалектичного взаємозв'язку між юснатуралістичним, позитивістським, соціологічним підходами у поясненні права, можна стверджувати, що право і закон не у всіх випадках є тотожними.

Адаптовуючи позитивістське розуміння верховенства права до сучасних тенденцій у трансформації об'єкта загальнотеоретичної юриспруденції (зокрема до такої тенденції як

антропологізація права), деякі автори зводять суть явища верховенства права до концепції верховенства правового закону. В той же час така позиція викликає певні застереження. По-перше, вона тлумачить природу верховенства права як похідну від природи верховенства закону. По-друге, верховенство правового закону, як видається, може бути лише інструментом, шляхом реалізації верховенства права. По-третє, певний національний закон може бути правовим, однак верховенство права так і не буде забезпечено (скажімо, у зв'язку з відсутністю інших правових законів, які необхідні для регулювання деякої іншої групи суспільних відносин на основі вимог природного права).

Особливий інтерес становить думка, яку висловив вчений М.Козюбра, характеризуючи суть концепції прав людини у праві. Він відзначає, що права людини можна тлумачити як „безпосередньо діюче право” і у зв'язку з цим вони можуть застосовуватися „*contra legem*”, тобто всупереч закону, який сам суперечить фундаментальним правам людини, не відображає природно-правові начала, не відповідає загально визнаним міжнародно-правовим принципам і нормам про права людини і громадянина, прийнятий нелегітимним органом держави, тощо.

Такий загальний підхід до інтерпретації дії „права прав людини” мабуть є цілком слушним, з огляду на впровадження ідей верховенства права, правової держави, громадянського суспільства. Однак вона, як видається, криє за собою небезпеку появи правового безладу, якщо одразу ж не пропонувати юридичні механізми такої безпосередньої дії „права прав людини”. Адже застосування принципу верховенства права кожним громадянином на власний розсуд і навіть *contra legem* може привести до повного ігнорування закономірності і як наслідок до правового свавілля.

У зв'язку з цим варто було б зупинитися на аналізі питання юридичного механізму дії верховенства права у національній правовій системі. Спосіб, форма, порядок функціонування верховенства права у правовій системі держави багато в чому залежать від основних варіантів співвідношення досліджуваного явища саме з принципом законності. З цього огляду можна припустити, що верховенство права може проявлятися у національній правовій системі зокрема такими основними шляхами:

- через верховенство закону, який (закон) відповідає вимогам природного права (тобто верховенство права проявляється через верховенство правового закону). У таких ситуаціях верховенство права опосередковується через дію верховенства закону;
- через „коректувальну” правотворчу та правотлумачну практику, в результаті якої позитивне право, що не відповідає вимогам природного права корегується компетентними державними органами (наприклад, певний акт законодавства – з метою забезпечення його відповідності верховенству права – скасовується, змінюється, доповнюється; пропонується адекватне, пристосувальне офіційне тлумачення цього акта). В зазначених випадках верховенство права підпорядковує собі дію верховенства закону;
- через належну правозастосовчу діяльність, яка здійснюється відповідно до вимог саме природного права, за умови, що позитивне право не пропонує однозначного вирішення правової ситуації. Такий прояв верховенства права може мати місце в силу, зокрема, наступних обставин: а) абстрактність юридичної норми, що підлягає застосуванню; б) прогалина у правовому регулюванні (що породжує потребу застосування аналогії права чи закону); в) відносна визначеність санкції юридичної норми; г) колізія юридичних приписів. Якраз остання обставина набуває сьогодні особливого значення, якщо взяти до уваги той факт, що відповідно до чинного законодавства України рішення Європейського суду з прав людини визнаються тепер теж (як і акт законодавства) джерелом позитивного права. Таким чином в процесі правозастосування може з'явитися проблема колізії між юридичними приписами, що зафіксовані у рішенні Європейського суду з прав людини з одного боку, та в акті національного законодавства – з іншого боку. Як видається, за наявності вищевикладених обставин орган правозастосування, не порушуючи в цілому принципу законності, може прийняти рішення, керуючись якраз принципом верховенства права. Отже, за вказаних обставин верховенство права проявляється самодостатньо і незалежно у відношенні до верховенства закону.

ПРАВОВИЙ ЗВИЧАЙ – ФОРМА ПРАВА ТА РЕГУЛЯТОР СУСПІЛЬНИХ ВІДНОСИН

Толкачова Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В останні роки в нашій вітчизняній правовій системі відбуваються суттєві зміни в сфері регулювання суспільних відносин. Ринкова економіка вимагає нових принципів і традицій в її регулюванні, що закладено в нових нормативних актах прийнятих законодавцем останнім часом (Цивільний кодекс, Земельний кодекс, Сімейний кодекс, Кримінальний кодекс тощо). Принципи юридичної рівності, диспозитивності, законодавчого обмеження державного втручання в приватні справи, судового захисту суб'єктивних прав підвищують цінність права в суспільстві. Зміни стосуються і сфери, яка безпосередньо пов'язана із здійсненням правового регулювання суспільних відносин – сфери джерел права.

Суттєвим нововведенням є визнання державою в якості одного з джерел права поряд з нормативним актом звичаю, зокрема звичаю ділового обороту, національних звичаїв (ст. 7 Цивільного кодексу України, ст. 11 Сімейного кодексу України). Тим самим держава допустила формування правових норм в децентралізованому порядку, поза рамками законотворчого процесу.

Форма права, на відміну від *джерела права* передбачає специфічну юридичну мову (понятійний апарат), особливу систему права, визначену систему її ієрархію джерел права та інші правові засоби і фактори, що в цілому визначають своєрідну інтерпретацію правової матерії і оригінальний правовий погляд (праворозуміння). Правова система будь-якого суспільства будується на основі взаємодії кількох форм права або на основі конкретної домінуючої форми права, яка сприймає деякі елементи інших форм.

Виникнення звичаєвого права з історичної точки зору було обумовлено певними соціально-економічними і культурними передумовами, у зв'язку з чим у науці напрацьовані різні концепції походження звичаєвих норм. В теорії права одна концепція стверджує, що є наявною детермінуюча роль держави в процесі зародження права, в той час як інша, яка активно розробляється в суспільній вітчизняній науці, стверджує, що найбільш адекватною характеристикою регулятивної системи первісності є саме звичаєве право. Воно розглядається як самостійний історичний тип права поряд із становим, формальним і соціальним правом. Як синоніми терміну «звичаєве право» використовуються поняття «архаїчне право», «примітивне право», «протоправо» тощо, чим підкреслюється його відмінність від сучасного права.

Привертає увагу й той факт, що на ранніх етапах свого існування право було виключно конкретним. Всі елементи правової норми – гіпотеза, диспозиція, і санкція – були деталізовані вкрай, що, вірогідно, було пов'язано з предметністю мислення давньої людини. Конкретизація правових норм існувала і в системах звичаєвого права більш пізнього періоду.

Для виразу звичаєвого права характерними є розмаїття зовнішніх *форм*. Писемність перевела регулятивну систему суспільства в більш доступну інформаційну форму, писемні джерела давнини часто називались законами. Але виникнення писемності не відразу потягнуло за собою появу законодавчого права. Першим писаним джерелом права стає саме правовий звичай. Багато так званих законів ранньокласового суспільства являють собою не що інше, як збірки звичаїв, що виражали ідеї устрою перших держав, зобов'язання царів, спроби обмеження росту багатства, лихварства, закріплення справедливих цін тощо.

Процес розвитку права може бути представлений у вигляді поступової і невідвратної зміни звичаю законом та завершується встановленням монополії закону, який образно названий С.Л. Зивсом «закатом звичаєвого права» є встановлення монополії закону. З цієї точки зору, звичай – це форма, що вичерпала себе, форма, яка виконує по відношенню до закону функцію тимчасову, та з допомогою якої заповнюються прогалини.

В наш час, як правило, виділяють дві форми санкціонування звичаєвих норм: фіксоване та відсилне. При *фіксованому санкціонуванні* зміст звичаєвої норми формулюється в якомусь правовому акті. В цьому випадку звичаєве право як сукупність звичаєвих норм сприймається й адаптується

законодавством. Санкціоновані таким шляхом звичаєві норми функціонують в подальшому так само як й інші законодавчі акти. Таким чином відбувалось санкціонування звичаєвого права давніми державами при виданні збірок звичаїв своїх народів. Фіксоване санкціонування звичаєвих норм може здійснюватися через закон, адміністративний акт чи судові рішення (в країнах «загального права»). Про *відсильне санкціонування* можна говорити, коли в певному правовому акті міститься відсилка до звичаєвої норми, якою необхідно керуватися в зазначених випадках. Відсилка не визначає суті і змісту звичаєвих норм, тому деякі фахівці називають відсильне санкціонування легалізацією звичаєвого права. При цьому відсильна санкція може бути *загальною* (міститься в основоположних законодавчих актах, наприклад, кодексах) і *приватною* (міститься в інших нормативних актах).

Звернемося до Цивільного кодексу України (2004) ст. 7 якого допускає можливість застосування в регулюванні цивільно-правових відносин звичаїв, зокрема звичаїв ділового обороту (відсильне регулювання), а в п. 2 цієї ж статті встановлено, що звичаї, що суперечать договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не застосовуються. З даного положення ясно, що звичай ділового обороту визнається субсидіарним джерелом права і має «меншу» юридичну силу порівняно з законодавством та договором сторін.

Щодо застосування диспозитивних норм уявляється, що звичай ділового обороту і будь-який інший правовий звичай не повинні застосовуватися, якщо умови договору визначаються імперативними нормами. При відсутності відповідності умов договору імперативним нормам, встановленим в законах чи інших правових актах, договір може бути визнаний недійсним. Очевидно, диспозитивна норма закону не в усіх випадках може мати пріоритет над нормою звичаю. У тих випадках, коли норма правового звичаю покликана заповнити прогалину, що утворилась в результаті неврегульованості позитивним правом умови в договорі, вона повинна застосовуватися якщо умову договору неможливо визначити із змісту диспозитивної норми.

В аспекті співвідношення застосування норм звичаїв і норм права слід розглянути ще одну проблему: взаємодія правил звичаїв ділового обороту і суті договірної зобов'язання. В нормах, що регулюють загальні положення про виконання цивільно-правових зобов'язань, суті зобов'язання надається перевага перед звичаєм ділового обороту. В нормах, що регулюють умови окремих цивільно-правових договорів, суті зобов'язання також надається перевага перед звичаєм ділового обороту, хоча між двома поняттями може стояти союз «чи», який передбачає їхню рівну юридичну силу. В такому випадку застосування правового звичаю чи норми права виникає питання: чи повинен правовий звичай мати пріоритет над підзаконними актами?

Для пріоритетного застосування окремих нормативних актів у цивільному законодавстві повинні бути зроблені чіткі застереження, які б встановлювали послідовність застосування цих актів і звичаїв. При цьому переважне застосування повинно стосуватися нормативних актів, що містять імперативні норми, обов'язкові для учасників цивільно-правових відносин. Підзаконні нормативні акти, що містять диспозитивні норми, на нашу думку, можуть мати пріоритет над правилами звичаїв при регулюванні відносин, що впливають з конкретних цивільно-правових договорів, тільки в тому випадку, якщо в договорі міститься пряма відсилка до цих нормативних актів.

Таким чином, *правовим звичаєм* визнається правова норма, не передбачена законодавством, яка склалась і стала обов'язковою в певній сфері діяльності в результаті багатократного і одноманітного повторення відомої поведінки, забезпечена соціальним примусом (авторитетом) і використовується для регулювання конкретних цивільно-правових відносин в установленому порядку з санкції держави.

Передача, трансляція нормативного повідомлення, закладеного у звичаєвій поведінці, відбувається частіше за все не через закріплення і наступне цілеспрямоване поширення писаного тексту серед невизначеного кола осіб, як у випадку із законом, а шляхом безпосереднього сприйняття поведінкового зразку тими, хто зайнятий в одній і тій же сфері діяльності. Частіше за все суб'єкт права дізнається про існування звичаєвої норми не із нормативного документу, а через зіткнення з її носіями, безпосередньо спостерігаючи за її застосуванням на практиці. Розвиток засобів зв'язку суттєво розширило можливості такого зіткнення, але тільки просторово, а не за колом осіб. Те, що відбувається в торгівлі текстилем, як і раніше, мало цікавить продавця сталі.

Сама природа звичаю не дозволяє встановити чіткі рамки його застосування. «Таким чином, для норм звичаєвого права немає і не може бути такого точно визначеного середовища підкорення, як для закону. Для одних звичаїв вона більше, для інших менше. В цій обставині криється значний недолік правових звичаїв як примусових норм співжиття». Розмитість меж дії звичаєвої норми створює підґрунтя для колізій різних звичаїв в регулюванні однорідних відносин.

Для регулювання правовідносин в сучасних умовах особливого значення набуває *звичай ділового обороту*. Це також усталене правило поведінки, яке широко застосовується у певній сфері підприємницької діяльності. Традиційно найбільш поширеними звичаями ділового обороту є звичаї в торгівлі, розрахункових операціях, торговельному мореплаванні. При формуванні торговельних звичаїв, інших звичаїв ділового обороту важливу роль відіграє як сама поведінка учасників відносин, так і судова практика, що визнається і санкціонується державою. Торговельні звичаї міжнародного характеру викладені в одному з найбільш авторитетних зібрань «Правила ІНКОТЕРМС», які редагуються, переглядаються і затверджуються Міжнародною Торговельною Палатою у Парижі (ІСС). Обов'язковість застосування «Правил ІНКОТЕРМС» в нашій державі передбачена відповідно до Указу Президента України «Про застосування міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів» від 4 квітня 1994 р.

Цивільний кодекс України також передбачає широке застосування звичаїв ділового обороту як джерело правового регулювання зобов'язальних відносин. Зокрема ст. 526 передбачає, що зобов'язання має виконуватися належним чином відповідно до умов договору, вимог ЦК та інших актів законодавства, а за відсутності таких умов та вимог – відповідно до звичаїв ділового обороту, або інших вимог, що звичайно ставляться. Аналогічні норми містяться в статтях 527, 531, 538 ЦК та багатьох інших.

Серед ознак звичаю ділового обороту слід назвати: якщо правило склалось і широко застосовується, то учасникам конкретних відносин в сфері підприємницької діяльності необхідно знати про нього. Очевидно, що в такій ситуації мова повинна йти тільки про презумпцію знання чи незнання про існування звичаю, яку можна при певних умовах оспорити. При цьому застосування звичаїв ділового обороту повинно здійснюватися з урахуванням тлумачення ст. 7 ЦКУ, яке полягає в тому, що такий звичай повинен бути достатньо визначеним у своєму змісті.

В цьому зв'язку вдалим уявляється формулювання, дане в п. 2 ст. 9 Віденської конвенції ООН 1980 р. про договори міжнародної купівлі-продажу товарів, що «при відсутності домовленості про інше вважається, що сторони мали на увазі застосування до їх договору чи його укладання звичаю, про який вони знали чи повинні були знати і який в міжнародній торгівлі широко відомий і постійно дотримується сторонами в договорах даного роду у відповідній сфері торгівлі». Тут слід мати на увазі той факт, що в Конвенції застосовується широке трактування поняття звичаю, під яке підпадають не тільки правила, які являються звичаєво-правовими нормами, але й правила, застосовність яких ґрунтується на включенні їх в склад волевиявлення сторін (узвичаєності). Не випадково, в англійському тексті конвенції використовується термін *usage*, під яким розуміється правило ненормативного характеру, а не *custom*, який використовується для позначення норми звичаєвого права.

Отже, не можна не визнати того факту, що в сучасному праві основним джерелом права є нормативний акт (закон), однак існує особлива наукова та практична зацікавленість до правового звичаю. З догматичної точки зору питання про співвідношення між звичаєвим правом і законом полягає в тому, чи є ці джерела права рівнозначними чи ні. Позитивне визнання звичаєвого права, як правило, відбувається шляхом використання чи запозичення певних звичаєво-правових норм та інститутів в офіційному праві, тобто шляхом *рецепції*.

ВАДЕМЕКУМ МЕТОДОЛОГІЇ ПРИВАТНОГО ПРАВА

Трутеня В.

*Рівненський інститут Київського університету права
Національної академії наук України*

Вважається, що свобода – це енергія волі (Г. Коген): свобода конститує правові цінності – воля формує типові обставини справи (ОС) питання факту і типовий фактичний склад (ФС) правової норми. Віднесення справедливості й юридичної визначеності як апіорних цінностей, типового ФС і типових ОС до свободи та їх відношення між собою є початком і походженням правового судження (*iudicium*), є логічним обґрунтуванням розв'язання юридичної проблеми, є всезагальним і необхідним опосередкуванням, артикулюванням правового рішення.

Шлях від свободи до правового рішення, від невизначеного до більш визначеного править правильного провадження, терпіння і спритності розуму, які не залежать від того, скільки кроків вдалося вже пройти ... Найбільше значення мають перші п'ять!

Вадемекумом приватного права має стати методика пред'явлення правоправежу (субсумції), – супутником тому, хто мусить дати хід своїй здатності судження, своїй силі волі, своїй можливості вільно діяти.

Запропонована в неокантіанському стилі методика „Субсумція після субальтернації” допоможе відповісти на всі питання приватного права, крім одного: що ж таке приватне право? Не зможе тому, що й нинішні юристи, як і 230 років тому, шукають своє визначення права (Е. Кант) ...

Такий пошук буде успішнішим в системі координат правочину і правежу, тим більш що це сучасні артефакти пандектистики, а не інструменти класичного римського права. Його результат можна застосувати в суді, третейському суді, при консіліації, медіації та неогоціації. Поза межами цих способів залагодження спорів – в навчанні та на практиці – методика також може бути належним чином використана.

В цілому ця методика, вступ до якої подається нижче, завдячує диспуту із проф. А.С. Довгертом про опосередкування в праві на основі аксіоми про єдність приватного права.

ЕНЕРГІЯ СУДЖЕННЯ ЮРИСТА

Енергія волі юриста – в застосуванні судження. Вільним воно буде тоді, коли у його провадженні, у його методі „зберігається об'єднання в обособленні, обособлення в об'єднанні” (П. Наторп), тобто коли за точку відліку беруть невизначене, невідоме задачі, *x*, проблему як символи свободи й із декількох можливих її розв'язань вибирають на основі апіорних цінностей – справедливості та юридичної визначеності й їх похідних, формулюючи відкриті ФС та ОС, *найбільш формально прийнятне* для цільової аудиторії й *обґрунтоване* для всіх правове рішення. Таке віднесення свободи і цінностей, свободи і типового ФС норми, свободи і типових ОС, свободи і правового рішення, а також їх взаємне відношення, *називаємо кореляцією*, а формулювання правового рішення *etc.* в кореляції зі свободою – його *артикулюванням*.

Артикулювання правового рішення – це теорія правозастосування, яка описує, відповідаючи на питання *що? та як?*, і пояснює, відповідаючи на питання *чому?*, правильне правове провадження обґрунтування естиматійного, типового нормативного, типового фактичного та, зрештою, аплікативного судження, керуючись судженням свободи як початком і походженням права.

Естетика ЦК

Антиномія свободи і автономії, автономії і гетерономії волі

Приватне право і філософія права – два полюси, на одному займає своє місце свобода, на іншому – правове рішення. Кореляція – це загальне і необхідне опосередкування між двома початками, яке вичерпується пересічними рівнями цінності, ФС та ОС. Судження свободи є початком, судження правового рішення (*юдиції*) – завершенням правового провадження. Тому варто розпочати теорію застосування приватного права зі свободи, точніше – зі судження свободи.

Судження свободи – це початок шляху до правового рішення, агенс, активне начало якої в питанні *quomodo sit?* Що означає – як (яким чином) артикулюється дія? Це той таємничий четвертий

статус в системі „знаходження” Гермагора (II ст. до н.е.), „який звів багатоманітність судових казусів до логічної схеми видів і підвидів (статусів)”(Мацько Л.І., Мацько О.М. Риторика: Навч. посіб. – К.: Вища шк., 2003. – С. 45): (iii) *quale sit?* (ii) *quid sit?* (i) *an sit?* – це відповідно статуси якості (*status qualitatis* або *juridicialis*), визначення (*status definitivus* або *legitima*) та встановлення (*status conjecturalis*). Питання ставилися так: спочатку – чи мала місце дія? Потім – чи законна вона? І зрештою, – чи може дія бути виправдана?

Якщо прийняти до уваги, що воля і дія – в марбурзькому неокантіанстві синоніми, то де тоді початок: в волі, в питанні факту, як думає Гермагор, чи в свободі, в питанні методу, як думаю я? Відповідь проста – початок правозастосування у свободі, у методі, у правильному правовому провадженні. Оскільки саме це є головною і єдиною теоретичною задачею навчання на юридичному факультеті. Розпочинає з питання факту застосовувати норму права тільки неюрист, тобто людина, яка не усвідомлює відповідальності за вирішення справи.

В традиції критичної філософії майже не розрізняють поняття свободи, автономії та волі: „у Канта свобода – це умова самовизначення волі власним законом”(Філософський словарь: Основанг. Шмидтом. – 22-е, новое, переработ. изд. под ред.г. Шишкоффа / Пер с нем. Общ. ред. В.А. Малинина. – М.: Республика, 2003. – С. 363), а „воля як духовний акт завжди є вільною волею”(там само. – С 83). Марбурзька школа неокантіанства ці поняття досить тонко розрізняє і об’єднує. Так,г. Коген аналізує чотири поняття: (i) дія (= воля), (ii) свобода, (iii) автономія та (iiii) добродій (= цінність баденської школи неокантіанства), тому виникає антиномія свободи і автономії волі: „Логічний і етичний зміст дії розкривається через орієнтування її в юридичному відношенні, яке є дія; логічний і етичний зміст поняття автономії розкривається через орієнтування в понятті законодавства, суду і покарання, поняття свободи орієнтується в юридичних категоріях постільки, оскільки воно є **правилом закономірності** (виділено мною. – В.Т.) в „науках про дух”, для яких юриспруденція є математикою свого роду; нарешті, поняття добродію лиш постільки, оскільки можна говорити про добродійни юриспруденції”(Савальский В.А. Основы философии права в научном идеализме. Марбургская школа философии: Коген, Наторп, Штаммлер и др. Т. I. – М.: Тип. Императ. Моск. Ун-та, 1908. – С. 167).

Вирішується ця суперечність в спосіб, який ми називаємо, використовуючи відомий термін із «Логіки чистого пізнання»г. Когена, кореляцією. Всі згадані чотири поняття „зосереджуються в одному, центральному і головному понятті етики, понятті суб’єкта (=самосвідомості) і всі вони суть лише різні вираження цього поняття”(Там само. – С. 167). В юриспруденції, так само як і в етиці, віднесення до вільної особи (= свобода, судження свободи) цінностей (= добродій), ФС (= автономія волі) та ОС (= воля, дія) має своїм результатом формулювання правового рішення.

Запропоноване уподібнення не викликало б жодних заперечень, якби не аналогія між ФС та автономією волі. Однак таке уподібнення виправдане тим, що універсальна конструкція норми: S – P, може бути виражена як відношення автономії і гетерономії волі, тобто права і обов’язку. Якщо погодитися з тим, що обов’язок (і гетерономія волі) є поняттям закритим, а право (і автономія волі) – відкритим, то для того, щоб запропонувати сучасну відкриту модель правозастосування, на відміну від закритої моделі XIX ст., тільки автономія волі може зайняти місце логічного суб’єкта правової норми. Це пояснюється тим, що відкрита схема правозастосування будується через відкритий середній термін так званого нормативного силлогізму: у такому разі відкритий типовий ФС співпадатиме з відкритими типовими ОС, що матиме наслідком прийняття відповідного правового рішення. Символом як ФС, так і ОС стає, таким чином, не тільки x, але й знак безкінечності (∞). Ця методика має за мету описати, як при цьому приходять до доконечного правового рішення, використовуючи принцип інфінітезимального методу, тобто методу обчислення безкінечно малих.

Суть цього принципу полягає в тому, що правове рішення має бути найбільш прийнятним чи підходящим для двох типів аудиторій: тієї, яка ініціює рішення, чи його заперечує, та тієї, для якої встановлено абстрактну норму в цілому, тобто для партикулярної і універсальної аудиторії.

Найбільш прийнятним це рішення буде тоді, коли воно належно визначено і обґрунтовано, і тому відповідає правовому почуттю людини, громадянина, володаря, власника, кредитора, боржника, подружжя, батьків, дітей, спадкоємця та третіх осіб. Правове почуття (юдиція) в такому випадку стає символом єдності правового рішення і судження свободи. Свободу як зачин (як пагін) та як правило закономірності можна охарактеризувати через віднесення її з тим, що з неї виникло, – з правовим рішенням. Зв’язок між зачином і позитивним предметом, яким є індивідуальна позитивна норма (правове рішення), в такому разі має значення не тільки кореляції, але й символу, оскільки, як вважає Е. Касіер, „віднесення” предмета до чогось іншого, ніж сам він є, по суті, утворенням знаку, а мислення знаходить своє чисте втілення в акті утворення знаку, символу(Кант и кантианцы:

критические очерки одной философской традиции / Отв. ред. А.С. Богомолов. – М.: Наука, 1978. – С. 247). Свобода в такому разі становиться символом позитивного права, правове рішення є частиною, фундаментом такого права.

Звідси два питання: як пояснити можливу гетерономію правового рішення? Що є кореляцією в приватному праві?

Відповідь на перше питання витікає із визначення свободи як збереження (визнання) автономії в гетерономії, гетерономії в автономії волі. Звідси два способи досягнення та два різновиди правового рішення: без примусу (консенсус) і з примусом (непримиримий конфлікт).

Кореляцією в приватному праві є правильне провадження правового рішення. Це провадження є правилом закономірності в естетиці ЦК.

**СОЦІАЛЬНА І ПРАВОВА ДОКТРИНА РОСІЙСЬКОЇ ПРАВОСЛАВНОЇ
ЦЕРКВИ: ДО ХАРАКТЕРИСТИКИ ДЖЕРЕЛ***Цебенко С.**Львівський державний інститут новітніх технологій та управління
імені В'ячеслава Чорновола*

Сьогодні багато демократичних країн світу прагнуть бути правовими державами, в яких побутують уявлення про рівні та невід'ємні права людини. Проте не завжди ми замислюємось над тим, в яких глибинах історії людства, від яких джерел беруть вони свій початок. Наприклад, на думку Анатолія Пчелінцева, "Права людини, правова держава, демократія – усі ці цінності з'явилися на світ в надрах християнської цивілізації, їх виникнення і розвиток були зумовлені Євангелієм, яке проголосило людину Образом і Подобою Бога".

Багато науковців визнають, що великі релігійні організації, зазвичай, мають свої соціальні вчення (доктрини), за допомогою яких вони пояснюють широке коло мирських проблем – проблем особистості й суспільства, свободи та справедливості, шлюбу, сім'ї та моральності, економіки, права, державного ладу, політичної влади, демократії, війни і екології тощо. Ступінь розробленості таких вчень, їх теоретичної ґрунтовності, як і широта аналізованого кола питань, залежать від конкретних історичних умов, від специфіки віровчення, досвіду і традицій релігійних організацій тощо.

Соціальне вчення Церкви – це сукупність положень, засад і рекомендацій, у світлі яких варто шукати вирішення суспільних проблем. Стосовно всіх головних проблем суспільного, політичного й економічного життя людини Церква може висловлювати свою думку, особливо з питань, які стосуються фундаментальних прав людини.

Деякі вчені вважають, що історичні умови не дозволяли Російській Православній Церкві (далі – РПЦ) сформулювати власне соціальне вчення, що призвело до того, що за два останні століття російське православ'я не мало яскраво вираженої своєї позиції з багатьох актуальних і суспільно-значимих питань. Але не всі науковці підтримують таку думку, вважаючи, що в РПЦ існує розвинена традиція у висвітленні соціальних проблем. На їхню думку, теоретичними підвалинами соціальних доктрин православних течій виступають основні ідеї Святого Письма (Біблія), вчення «отців церкви», духовних авторитетів, рішення національних і міжнародних зборів духовництва, висловлювання керівників конфесій, дослідження теологів, зокрема "Слово про Закон і благодать" митрополита Іларіона (XI ст.), ідеї єднання і праведності Сергія Радонежського (XIV ст.), праці Ніла Порського (XVI ст.), діяльність митрополита Філарета (Дроздова) (XIX ст.), Ігнатія Брянчанинова, Іоанна Крондштадського, а також праці найвідоміших російських релігійних філософів: Соловйова В., Розанова В., Булгакова С., Бердяєва М., Ільїна І. та інших.

Отож, звернемося до першоджерела всіх християнських соціальних доктрин, зокрема і православної, так званої Книги Книг – Біблії. Як зазначає професор П. Рабінович, "Біблія є, безперечно, одним із визначних джерел, з яких поступово розвинулись існуючі нині уявлення про права людини". Саме в цій книзі можна знайти і фізичні (право на життя, право на фізичну недоторканність), і особистісні (право на честь і гідність), і соціально-економічні права (право на працю, право на відпочинок, право на справедливу винагороду). Про всі ці права людини можна говорити лише скрізь призму однієї з основних божих заповідей: "люби свого ближнього як самого себе". Особливістю виразу прав людини у Біблії є те, що досить часто їх зміст розкривається через закріплені нею обов'язки і заборони, а не через дозволи чи уповноваження.

Ще одним джерелом православної соціальної доктрини, поряд із Святим Писанням (Біблією), вважають церковну традицію, яку називають Святим Переказом. Більше того, Святий Переказ багато православних теологів фактично вважають важливішим, ніж Святе Письмо, розглядаючи його як складову частину церковної традиції. Також до Святого Переказу відносять догми і канони, прийняті на семи Вселенських Соборах, вчення "отців церкви", літургійні тексти, співи та, власне кажучи, всі церковні звичаї, сформовані протягом багатьох століть. Деякі православні богослови вважають, що в Святому Переказі не існує якоїсь кінцевої кількості складових частин, "об'єктів", що воно є невгамовне, а це дає можливість ставити творчі завдання перед богословами. Крім того, деякі вчені вважають, що соціальному вченню Церкви вже 2000 років.

Проте сформульованої, оформленої документально, офіційної концепції РПЦ не мала. Тому наприкінці 80-х років ХХ ст. РПЦ постала перед необхідністю формування своєї соціальної концепції, яка виявилася б своєрідною “конституцією” її існування у Росії. За усю свою багатовікову історію православна церква на той час ще ніколи не була така далека від суспільства, хоч ряд принципів положень РПЦ були наочно показані в церковних документах 90-х років (визначення Архієрейських Соборів 1994 і 1997 рр., спільна заява Патріарха і Священного Синоду від 28 грудня 1996 р., великоднє послання Патріарха Московського і всієї Русі Алексія II 1997 р. та ін.).

У 90-х роках ХХ ст. у православному світі існували декілька різних точок зору щодо необхідності сформулювати особливу соціальну доктрину. Одні теологи і вчені вважали, що для православних природніше не мати системної соціальної концепції, інші ж – сприятливо поставилися до розробки документа, який висвітлював би позицію РПЦ щодо основних соціальних, економічних, державних проблем зокрема, о. Всеволод Чаплін вважав, що “існує необхідність вироблення соціального вчення на загально-православному рівні”.

У зв'язку з вищенаведеними обставинами та враховуючи різні точки зору, все ж на Архієрейському Соборі РПЦ у 1994 р. було прийнято рішення про створення робочої групи для вироблення – як сказано в документах – “всеосяжної концепції, яка показуватиме загально церковний погляд на питання церковно-державних відносин, проблеми сучасного суспільства в цілому”. На засіданнях 11 жовтня 1996 року та 17 лютого 1997 року Священний Синод Російської Православної Церкви затвердив склад і схвалив запропоновані методи роботи Синодальної робочої групи з підготовки проекту Концепції. До групи увійшли архієреї і клірики РПЦ, професори духовних шкіл, працівники синодальних відділів – разом 26 чол. З січня 1997 року розпочалися робочі засідання. За необхідності до роботи залучалися експерти з різних галузей знань. Організаційне забезпечення діяльності групи здійснював Відділ зовнішніх церковних зв'язків Московського Патріархату. Усього відбулося 30 засідань робочої групи. Попередні результати роботи обговорювалися на Богословській конференції Російської Православної Церкви “Православне богослов'я на порозі третього тисячоліття” (7-9 лютого 2000 року) й на спеціально організованому для цієї мети симпозиумі “Церква і суспільство – 2000”, яке відбулося в Свято-Данилівському монастирі 14 червня того ж року.

Концепцію було обговорено й прийнято на ювілейному Архієрейському Соборі в серпні 2000 р. Документ отримав назву «Основи соціальної концепції Російської православної церкви» (далі – “Основи...”). Цей документ викладає базові положення РПЦ з питань церковно-державних відносин та сучасних суспільно актуальних проблем. Документ також відображає офіційну позицію Московського Патріархату у сфері взаємовідносин із державою та світським суспільством.

Головним мотивом для створення соціальної концепції був, за словами о. Всеволода, наполегливий запит, звернений до Церкви від суспільства: дати відповіді на актуальні церковно-суспільні питання. Він також повідомив, що в процесі роботи над текстом концепції брали до уваги як католицькі, так і, меншою мірою, протестантські документи, присвячені проблемам християнського соціального вчення; проте автори прагнули уникати “переписування”, а головними джерелами для них були Біблія та Святий Переказ (церковна традиція).

“Основи...” розглядають досить широке коло проблем. Серед її розділів – церква і нація; церква і держава; християнська етика і світське право; церква і політика; праця та її плоди; власність; війна і мир; злочинність, покарання, виправлення; питання особистої, сімейної та суспільної моральності; здоров'я особистості і народу; проблеми біоетики; церква і проблеми екології; світські культура, наука та освіта; церква і світські засоби масової інформації; міжнародні відносини; проблеми глобалізації і секуляризації.

Слід зазначити, що положення концепції не обов'язкові для інших автокефальних православних церков, вони розраховані тільки на віруючих РПЦ або віруючих православної Церкви Московського Патріархату.

Шість років пройшло з моменту ухвалення “Основи...”. За цей час було зроблено кілька перевидань цього документа. Та, попри це, реакція на нього православного суспільства досить млява. Річ тут, можливо, зовсім не в недосконалоостях документа. Висловлюються думки, що причиною незацікавленості “Основами...” є те, що православний світ продовжує вважати, що ніякої соціальної доктрини йому й не потрібно; якщо дві тисячі років Церква прожила без неї, то й далі проживе. На думку таких вчених, “завдання Церкви – у порятунку індивідуальних душ, у підготовці їх до Царства Небесного, а щодо улаштування суспільства – то це справа десята”.

Та все ж соціальна доктрина була потрібна православній церкві. Однак, коли вона справді з'явилася, не всім стало зрозуміло, що з нею робити. Ця доктрина, на жаль, не містить багатьох відповідей на питання. Доктрина – це випробування. Адже якщо церква не зможе її подужати, це буде історичною поразкою, рівносильною найзначнішим невдачам в історії церкви. На нашу думку, соціальна концепція РПЦ (перша серед усього Православного світу!), незважаючи на те, що вона подекуди не має чітко визначеного, однозначного змісту, все ж фіксує проблеми суспільства кінця XX століття і у зв'язку з цим робить позитивний внесок у соціальне вчення православ'я та у побудову громадянського суспільства.

ФІЛОСОФСЬКІ АСПЕКТИ ВПЛИВУ ФОЛЬКЛОРУ НА ПОЗИТИВНЕ ПРАВО

Чорнобай О.

Львівський державний університет внутрішніх справ

Фольклор – національне явище. В ньому відображено духовне обличчя народу, його національний характер, працю, побут, світогляд. Фольклор – постійний, живий творчий процес. У ньому одне народжується, розвивається і удосконалюється на протязі віків, переходить з однієї епохи в іншу як спадщина, а інше, народившись, діє у вузьких просторових межах.

Творчість народу відіграє важливу роль у житті суспільства. Вона живе разом із суспільством, взаємопов'язана з ним і розвивається так само як суспільство. І.Франко закликав якнайширше збирати і досліджувати народну поетичну творчість, де трудовий народ, бідний і упосліджений, у всіх творах свого багатого духа будити симпатію і співчуття до бідних і упосліджених.

Як явище складне і синтетичне фольклор увібрав у себе елементи різних видів духовної культури. Саме тому народна творчість є предметом вивчення не тільки для фольклористів, а й для етнографів, мовознавців, літературознавців та представників інших галузей науки. Відповідно правознавців має цікавити дослідження народної творчості як основного джерела формування позитивного права в межах природних норм.

Народна творчість є багатогранним відображенням сутності людини. Розкриваючи значення народної мудрості, він висвітлює її розвиток у позитивному праві. Фольклор, як зазначається, є так званним фундаментом у створенні сприятливого середовища для буття людини загалом.

Проникнення в ендогенну природу фольклору дозволяє осягнути закладені в ньому життєві і ментальні процеси, творчу живлющу енергію вічності, його універсальні зв'язки з усіма явищами життєвого світу людини.

У фольклорних жанрах органічно поєднується етика й релігія, право й історія, філософія і поезія, тобто охоплюються усі сфери суспільної ідеології. Фольклор є основою цивілізації – щонайпершого відтворення життя в його природних і суспільних формах.

Рівень цивілізаційної ідентичності етносів у галузі права можна розкрити через категорію “традиції права”. Саме ці традиції визначають право як феномен світової цивілізації. Правова традиція – це сукупність глибоко укорінених у свідомості людей уявлень про роль права в суспільстві, його природу, а також організацію та функціонування правової системи.

Кожен етнос має свою історію зародження, взаємодії, трансформації, мутації й виникнення нових модифікацій. В основі етнокультурної ідентичності – спільне походження, мова, традиції, психологія, своєрідний голос “крові”. Вони слугують вихідними підвалинами загальної культури етносу, трансформованими в праві через правове почуття. Правове почуття не має в собі негативного заряду, воно спрямоване на комунікацію й толерантність. Базуючись на комунікативних здібностях людини як виразника культури етносу, правове почуття створює умови для узагальнення конкретних випадків, підведення їх під загальне правило, тобто сприяє формуванню права, закладаючи в нього етнокультурний зміст.

Культура етносу відображається в народній мудрості, яка акумулюється в різних фольклорних жанрах. Фольклор, своєю чергою, сприяє формуванню позитивного права з урахуванням національних особливостей. *Jus vendit, quod usus approbavit* право пропонує те, що схвалене звичаєм, тобто знання народу відображаються в нормах права. Але потрібно зауважити, що не всі правові норми підпорядковані народній мудрості через що і з'являються прогалини у позитивному праві.

У народній творчості відображаються і стають своєрідною історичною пам'яткою суспільний лад, трудова діяльність, побут. Ця пам'ятка концентрує у собі самосвідомість народу, його прагнення, бажання, потреби. Так чи інакше народна творчість є відображенням поведінки людини і якісним, оригінальним, унікальним регулятором людських діянь.

Знання народної мудрості забезпечують повноцінний розвиток і функціонування суспільства, всебічний розвиток права та розвиток людини зокрема. Не підтримуючи природних процесів людина

тим самим нівелює власну життєздатність і можливість забезпечити належні умови життя для наступних поколінь. Лише почуття відповідальності сприяє тому, що людина піклується про нащадків, яке розвивається завдяки знанням народної мудрості.

Фольклор – це саме життя. Він є каталізатором культури етносу, відображенням його субстанційних процесів. У фольклорі втілені ідеали, світогляд і прагнення народу, його поетична уява, багатий світ думків, почуттів, хвилювань, протест проти експлуатації, мрії про справедливість та щастя. Це усна, словесна творчість, яка виникла в процесі формування людської мови та набула світових масштабів завдяки впливу на суспільство, людину зокрема.

Фольклор є особливим видом народної творчості, який полягає у правдивих або вигаданих творах (усних чи писемних), скерованих на правове виховання, повчання і навчання.

Правове виховання передбачає вплив позитивних норм на поведінку людини та профілактику відхилення від них. Дане виховання не завжди є ефективним, тому що далеко недосконале і мало що робиться для його удосконалення в бік виховання людини, а не її знівечення.

Правове повчання пов'язане з культурним прогресом, онтологією правового виховання членів суспільства. Таке повчання існує незалежно від волі людини і відображає творчий потенціал людства, який необхідно реалізувати в житті. Воно має великий вплив на позитивне виховання людини у випадку хоча б незначної зацікавленості людини до народної мудрості.

Правове навчання – це навички, знання, наближені до законів природного права, які дають змогу регулювати і змінювати запроваджені норми позитивного права, пристосовуючи їх до природних норм.

Фольклористика, як наука про фольклор, нерозривно пов'язує мистецьку творчість народних мас з їхнім матеріальним, соціальним і політичним буттям, з їхньою працею і боротьбою, з їхнім світоглядом, почуттями і прагненнями. Вона скерована на збирання локалізованих матеріалів різних фольклорних жанрів, зіставлення регіонального та загальнолюдського фольклору, висвітлення їхнього впливу на врегулювання поведінки людини.

Фольклористика повинна відображати фольклор, тобто сукупність як позитивних, так і негативних норм. Під позитивними слід розуміти норми природного права, які є взірцем для людини. Вони є найвищою ланкою у житті людини, власне, це оптимальний закон, наближення до якого повинно бути метою людини. Негативні норми – це зруйновані людиною норми природного права. Так, фольклористика вивчається, розвивається і перебуває у безперервному русі, тобто вона існуватиме доти, доки буде існувати людина.

Пареміографія – одна із галузей фольклористики, яка вивчає, як відомо, прислів'я, приказки, притчі та інші споріднені з ними твори. Вона оперує матеріалом, узятим як з усного народного побутування (фольклорні записи), так і з художньої наукової та публіцистичної літератури.

Вислів римського цензора Аппія Клавдія 312 р. до н.е.: „Кожен є ковалем свого щастя” або як говорять українці: „всяк свого щастя коваль” означає, що щастя й успіхи людини значною мірою залежать від неї самої, від її вчинків. Даний вислів підкреслює, що людина сама може змінити свою долю, а саме: дотримуватись норм природного права і, відповідно, норм позитивного права чи навпаки, порушувати їх, завдяки чому змінюється життя людини в той або інший бік. Необхідно приділити більше уваги щодо наближення людини до норм фольклору з раннього віку, щоб позитивно вплинути на її правове виховання, тому що саме в дитинстві починає формуватися правосвідомість людини як майбутнього громадянина країни.

Українські народні приказки, прислів'я є надзвичайно важливим і цікавим джерелом для пізнання і вивчення правосвідомості українського народу, тобто погляду народу на основні принципи права. Народні приказки з правничим змістом є висловом народної правосвідомості і з цього погляду вивчення й вияснення необхідно для пізнання й вивчення правового світогляду народу.

Народний світогляд і життєва філософія, висловлені в прислів'ях, приказках та інших жанрах українського фольклору є незамінним науковим надбанням людини, яким необхідно користуватися на її благо.

Висока моральна краса народу свідчить про чистоту й шляхетність народного світогляду, про існування в народі міцної й непорушної любові до свого роду, родини, а разом з тим до рідної Вітчизни. Така любов має властивість перемагати складні моменти в житті людини, негаразди в суспільстві й непорозуміння у відносинах між народами. Це щире почуття є творцем усіх благ, досягнень, миру і спокою.

Вчинок людини є результатом її думки, тобто людина повинна навчитися думати на рівні високих моральних цінностей. Народне надбання – фольклор повинен бути постійно у свідомості, в душі кожної людини. Навчаючи контролювати думки, він дасть змогу бути впевненими і в будь-якій ситуації не втрачати здорового глузду. Поведінка людини залежить, насамперед, від її думок, які стають словами, вчинками, звичками, характером, що визначає долю людини.

Право розвивається разом із суспільством і є феноменом культури, воно відображає культурно-етнічні особливості правового життя суспільства. Зрозуміти право кожного народу неможливо поза його культурно-історичним розвитком. Оскільки право формує не держава, а суспільство, етнічні особливості народу відображаються в праві.

Різноманітний простір фольклору навчає не забувати головну істину – творцем мудрості є людина. Фольклор спрямований на неповторення помилок, які допускалися упродовж життя і регулюється властивістю природного права – наставляти на шлях істини і зміцнювати зв'язок людини з природою. Особливістю є те, що поведінка повинна відповідати нормам природного права, які є її регулятором. Для досягнення поставленої мети потрібно створити необхідний ґрунт, тобто умови, які в процесі розвитку будуть набувати очікуваного результату. Людина перебуваючи в сприятливій обстановці матиме такий світогляд, який сприяє належному розвитку позитивного права в межах природного і контролюється останнім.

Позитивне право регулює поведінку людини і санкціонує її у випадку невідповідності його нормам. Недотримання законів природного права тягне за собою застосування санкцій до людини, яка не підкоряється цим законам і відповідно створює негативне позитивне право, звідси й кажуть: „всяк правду знає, та не всяк про неї дбає”, тому й необхідно досягнути максимального дотримання людиною, в першу чергу, норм природного права, тому що за їх порушення санкції настають у всіх випадках без винятків, а порушуючи норми позитивного права досить часто бувають прогалини: „в нас таке право: без свідків побив, то й пропало”.

Дослідження нових аспектів моральної чи соціальної культур суспільства дає змогу формувати правові норми, які допомагають виробити стійкі позиції у свідомості народу, який своєю чергою створює фольклор. Порівняння нової й традиційної культур покаже, що злиття їхнього позитивного начала сприятиме створенню якісного продукту, який ввійде у життя людини одним із найбільших її досягнень і стане культурою майбутнього.

**ПРАВО НА ЕВТАНАЗІЮ ЯК ПРОБЛЕМНИЙ АСПЕКТ РЕАЛІЗАЦІЇ
КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА НА ЖИТТЯ***Шукліна Н.**Київський національний університет імені Тараса Шевченка*

Відповідно до статті 27 Конституції України, кожна людина має невід'ємне право на життя. Ніхто не може бути свавільно позбавлений життя. Обов'язок держави – захищати життя людини. Кожен має право захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань.

Проблемними і дискусійними аспектами реалізації права на життя є: визначення часових меж поняття «життя»; проблема моральної, етичної оцінки і правової регламентації права жінки самостійно приймати рішення щодо переривання вагітності (право на аборт); проблема смертної кари; проблема евтаназії. З правом на життя також тісно пов'язані проблеми щодо правового регулювання використання ембріонів у медичних цілях, трансплантації органів та інших анатомічних матеріалів людини, суїциду, клонування, сурогатного материнства.

Розглянемо детально проблему евтаназії з точки зору її відношення до реалізації конституційного права людини на життя.

Під евтаназією прийнято розуміти заповідання легкої смерті безнадійно хворому на його прохання з метою позбавлення його від зайвих страждань.

Спочатку цим словом називали «гарну смерть», що личить освіченій людині. У часи модерну (особливо в роботах англійського філософа Френсіса Бекона, 1561-1626 рр.), термін «евтаназія» набув значення медичного втручання з метою полегшення страждання і болю хворого, включаючи також можливість прискорення його смерті. Досить точно визначення терміна «евтаназія» запропоновано Папою Іваном Павлом II, який вважав, що евтаназія – це дія чи бездіяльність, що за своєю природою чи намірами виконавця призводить до смерті з метою уникнення певного страждання.

На сучасному етапі про евтаназію говорять не тільки у відношенні важкохворих чи тих, хто знаходиться у термінальній стадії невиліковної хвороби, а також у випадку появи на світ дитини із серйозними вадами розвитку (евтаназія немовлят). Також сьогодні ми зіштовхуємося з таким новим видом евтаназії як соціальна евтаназія. Даним поняттям позначається така евтаназія, коли рішення про позбавлення життя залежить не від окремої людини, а від суспільства, яке виходить з міркувань про те, що ресурси, необхідні для лікування безнадійно хворих дорогими препаратами, внаслідок їхньої евтаназії будуть заощаджені для лікування тих хворих, що після видужання зможуть повернутися до нормальної робочої діяльності.

Існування права на евтаназію дає підстави для постановки питання про те, чи можна розглядати припинення власного життя як право людини.

Найчастіше евтаназію класифікують на активну і пасивну.

Активна евтаназія – це введення помираючому будь-яких лікарських чи інших засобів або здійснення будь-яких дій, що спричиняють швидке і безболісне настання смерті.

Пасивна евтаназія – це припинення надання людині медичної допомоги, спрямованої на продовження її життя, що прискорює настання природної смерті.

Активна евтаназія є, як правило, забороненою. Пасивна евтаназія дозволяється в Австралії, Нідерландах, Фінляндії, Швеції, окремих штатах США. У зазначених державах підставою для прийняття лікарем рішення про припинення лікування є вільне й усвідомлене волевиявлення пацієнта. Аналогічні прохання від близьких родичів пацієнта, що знаходиться у несвідомому стані, є юридично недійсними.

У США правове регулювання інституту евтаназії на федеральному рівні відсутнє. Однак евтаназія дозволена в американському штаті Орегон. У січні 2006 р. Верховний суд США підтвердив легітимність орегонського закону «Про смерть і гідність», що був прийнятий населенням Орегона на референдумі 1994 року; з тих пір невиліковні пацієнти нерідко просять лікарів покласти кінець їх стражданям. При цьому процес евтаназії регулюється дуже чітким набором правил: пацієнту

повинно залишатися жити менш, ніж півроку; двоє лікарів повинні визнати його психічно дієздатним для прийняття такого серйозного рішення. Крім того, протягом визначеного періоду пацієнт повинен представити мінімум одну письмову і дві усних вимоги; між поданням цих вимог має пройти не менше двох тижнів. У такому випадку хворий одержує від лікаря смертельну дозу препаратів, які повинен прийняти самостійно.

Судова практика у США з даного питання досить суперечлива. Так, у 1990 р. Верховний суд США у рішенні в справі Кразен проти Департаменту охорони здоров'я штату Міссурі підтримав правило Департаменту, що надає посадовій особі лікувальної установи право припинити введення підтримуючих життя препаратів невиліковно хворому пацієнту, якщо існують незаперечні докази того, що хворий не бажав їхнього введення. У 1996 р. на цій підставі був виправданий Джек Кеворкян, що виступив пособником у самогубстві 27 пацієнтів (після виправдання він вчинив ще два аналогічних діяння). Однак у липні 1997 р. Верховний суд змінив позицію з цього питання, визнавши неконституційними законодавство штату Орегон і практику допомоги у самогубстві безнадійно хворим людям, мотивуючи це складністю встановлення факту смерельності захворювання і добровільності самогубства. При цьому, у 2005 р. у рішенні в справі Террі Шиаво, життя якої штучно підтримувалося протягом 15 років, Верховний Суд США виніс рішення про відключення відповідної апаратури.

У Великобританії питання про те, чи передбачає право на життя право на смерть, зокрема на евтаназію, у статутному праві не регулюється. Суди ж по-різному вирішували цю проблему. Двічі – у 1993 і в 2001 рр. – англійські суди виносили рішення, що виправдовують пасивну евтаназію, тому що «припинення лікування у випадку тривалого перебування смертельно хворого у вегетативному стані не порушує права на життя». Однак у тому ж 2001 р. у справі безнадійно хворої і паралізованої Діани Претті, що домагалася активної евтаназії, Палата лордів вказала, що ст. 2 Акту про права людини 1998 р. спрямована на визнання життя священним і не припускає права на його припинення. У цілому ж питання відносно евтаназії дуже актуальне у Великобританії. Законопроекти, що стосуються права на смерть не раз ставали об'єктом розгляду парламенту. Однак вони відхилялися більше двадцяти разів.

Поряд з активною та пасивною евтаназією, в залежності від наміру особи, розрізняють пряму і непряму евтаназію; також розрізняють добровільну евтаназію (практику заподіяння смерті за згодою невиліковно хворого) і недобровільну евтаназію (коли хворий не може дати своєї добровільної згоди через, наприклад, психічну неповноцінність чи перебування у стані коми).

Що стосується України, то відповідно до частини 4 статті 281 Цивільного кодексу України, забороняється задоволення прохання фізичної особи про припинення її життя. Відповідно до частини 3 статті 53 Основ законодавства України про охорону здоров'я, медичним працівникам забороняється здійснення евтаназії – навмисного прискорення смерті чи умиртвіння невиліковно хворого з метою припинення його страждань. Відповідно до Кримінального кодексу України, евтаназія кваліфікується як злочин – умисне вбивство (частина 1 статті 115). Таким чином, в Україні евтаназія заборонена законодавчо.

При цьому, цікаво, що Кримінальний кодекс Української РСР 1922 р. у примітці до статті 143 містив норму, яка встановлювала, що вбивство, вчинене за наполяганням убитого з почуття жалості, не карається. Ця норма була чинною до 03 січня 1923 р., коли була скасована.

Проблема юридичного розмежування понять «самогубство», «убивство» і «евтаназія» ускладнюється у зв'язку із тим, що безпосередньою причиною смерті людини у випадку застосування активної евтаназії буде не хвороба, а отруєння на фоні невиліковної хвороби.

Питання щодо того, чи охоплює право на життя також обов'язок жити, розглядається й у міжнародному праві. Так, у 1978 р. на 39-й сесії Всесвітньої медичної асамблеї була прийнята «Декларація про евтаназію», у якій зазначалося, що евтаназія як акт навмисного позбавлення життя пацієнта на підставі звернення з подібним проханням його близьких, неетична. Це не виключає необхідності поважного ставлення лікаря до побажання хворого не заважати перебігу природного процесу вмирання у термінальній фазі захворювання. Отже, аналіз змісту зазначеного положення дає підстави для висновку про те, що світова медична громадськість висловила протидію активній евтаназії, допускаючи можливість пасивної.

Проблема евтаназії широко дискутується на Заході з кінця 50-х рр. Вважається, що однією з причин цього стало розголошення практики вже згаданого нами американського лікаря – патологоанатома Дж. Кеворкяна. У 1958 р. лікар Кеворкян опублікував у пресі низку статей, в яких

закликав безболісно позбавляти життя злочинців, засуджених до смертної кари, а їхні тіла використовувати для наукових експериментів, окремі органи – для операцій по пересадженню. У США при проведенні опитувань з'ясувалося, що більше половини американців, у тому числі лікарів, виступають за евтаназію.

Не зважаючи на пряму заборону евтаназії за українським законодавством, дане питання не вважається однозначно вирішеним і широко обговорюється на різних рівнях. При цьому, представники основних християнських конфесій України висловилися однозначно проти практики евтаназії. Правда, у цьому контексті дещо несподіваними виявилися результати опитувань у групі віруючих лікарів. Тільки 38, 7 % з них переконані в антигуманності практики евтаназії, майже 26 % вважають, що людина має самостійне право розпоряджатися своїм життям, а 16 % віруючих лікарів взагалі готові допомагати хворому у його прагненні піти з життя.

Як таке, що заперечує право на евтаназію можна розуміти положення Декларації про права та гідність людини X Всесвітнього Російського Народного Собору, прийнятої 6 квітня 2006 р., відповідно до якого Всесвітній Російський Народний Собор «... за право на життя і проти «права» на смерть...».

На наш погляд, законодавче закріплення права на пасивну евтаназію в Україні є невідворотним. При цьому, з юридичної точки зору необхідно розробити і законодавчо закріпити чіткий алгоритм застосування даної процедури з максимальним врахуванням усіх можливих ситуацій і нюансів. Звичайно, що таке закріплення може мати місце тільки як результат спільної роботи юристів і медиків.

Право на пасивну евтаназію у демократичній державі, якою прагне себе бачити Україна, на наш погляд, повинно закріплюватися на рівні Конституції в статті, що закріплює право людини на життя. Однак його відсутність у Конституції, виходячи з принципу невичерпності прав людини, закріплених у демократичних конституціях (зокрема, у частині 1 статті 22 Конституції України), не повинна розглядатися як його заперечення. Тобто і без такого закріплення може бути прийнятий закон, що встановлює порядок здійснення пасивної евтаназії.

На наш погляд, критеріями, що дозволяють прийняти рішення про застосування пасивної евтаназії, закріпленими в спеціальному законі або в Основах законодавства про охорону здоров'я, повинні бути наступні:

- пацієнту повинно залишатися жити не більш, ніж півроку;
- пацієнт повинен звернутися двічі з усним і один раз з письмовим проханням застосувати до нього евтаназію;
- пацієнт повинен бути повнолітньою психічно дієздатною особою і бути невиліковно хворим у термінальній стадії хвороби;
- невиліковний хворий повинен перебувати у свідомості, бути об'єктивно проінформованим своїм лікарем про діагноз і можливі результати лікування;
- діагноз повинен бути підтверджений письмовим висновком консилиуму лікарів відповідної акредитованої установи охорони здоров'я чи наукової установи, висловленим одноставно;
- пацієнт повинен укласти письмовий договір з лікарнею на проведення евтаназії, що має бути завірений нотаріусом і підписаний сторонами в його присутності;
- тільки хворий має право на згоду на проведення евтаназії;
- смертельна доза медикаментів вводиться самим пацієнтом;
- родичі не мають права вирішувати долю людини, що знаходиться в комі.

Існує точка зору про те, що невиліковно хворий повинен подати письмову заяву з вимогою про застосування евтаназії в суд, який має невідкладно розглянути цю заяву на судовому засіданні колегіальним складом. Рішення суду, прийняте одноставно, повинно бути доведено до відома невиліковно хворого і його лікаря. Однак, з нашої точки зору, такий підхід суперечить чинній Конституції України, оскільки у цитований вище її статті 27 закріплене право людини на життя, а не обов'язок жити. Крім того, навряд чи самі судді захочуть брати на себе відповідальність фактично виносити людині смертний вирок.

Отже, на наш погляд, законодавче врегулювання права на гідну смерть в Україні є невідвратною вимогою сьогодення. Його здійснення має наблизити національну правову систему до кращих світових стандартів правового регулювання реалізації прав та свобод людини і громадянина.

СЕКЦІЯ ІСТОРИКО-ПРАВОВИХ НАУК

НАУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ КОСТЯ ЛЕВИЦЬКОГО

Андрусак Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Наукова діяльність Костя Левицького розпочинається з часів його навчання на юридичних факультеті Львівського університету. Його першою науковою працею була доповідь „Правда руска” яко перший зборник прав руских” була виголошена 13 лютого 1882 р. „на вечорницях товариства академічного „Дружний Лихвар” у Львові”. В тому ж році вона була опублікована в журналі „Зоря”. Пізніше в 1895 р. Кость Левицький повернувся до цієї теми і у видавництві Наукового товариства імені Шевченка було опубліковано його працю „Правда руска пам’ятник законодавчих права руского з XI віку”, де, крім огляду законодавчої пам’ятки також було наведено її переклад українською мовою (можливо, єдиний на сьогодні).

Кость Левицький був одним з ініціаторів створення при товаристві „Дружній Лихвар” „Кружка правників”. Завданням цього, по суті, першого професійного об’єднання українських правників на західноукраїнських землях, було сприяти фаховій підготовці молодих українських правників. При ньому було створено юридичну бібліотеку, яка складалася з наукових видань, скриптів (тестів лекцій) професорів юридичного факультету та юридичної періодики. Проводилася значна наукова робота. Так, тільки за перші два роки діяльності було підготовлено і заслухано вісімнадцять наукових доповідей, про одну з яких виголошену Костем Левицьким згадувалося вище. Також була розпочата робота над виробленням української юридичної термінології, яка знайшла своє завершення в виданому Костем Левицьким українсько-німецькому юридичному словнику.

Після завершення навчання не зважаючи на професійну адвокатську роботу, громадську та політичну діяльність Кость Левицький продовжував займатися наукою. Його науковий доробок є суттєвим вкладом в розвиток української правової думки.

Вступивши 14 червня 1885 року до Товариства імені Шевченка як „член-основатель” він до кінця життя, в тій чи іншій мірі, підтримував наукові зв’язки з Товариством. Так одним з перших наукових видань вже Наукового Товариства ім. Шевченка був „Німецько-руський словар висловів правничих і адміністрацій них” Костя Левицького, який побачив світ в 1893 році. А в 1894 році Товариство перебирає випуск „Часописі Правничої”, яку з 1 лютого 1889 року почали видавати у Львові молоді українські правники – Кость Левицький, Антон Горбачевський та Євген Олесницький. Власне цей журнал – „Часопись Правнича. Місячник для теорії і практики” – був першою спробою українських наукових сил на царині юриспруденції, першим полігоном для вироблення і апробації української правничої термінології. Саме завдяки цьому органі розвиток української правової думки на західноукраїнських землях був піднятий на новий рівень. Як підкреслював М. Грушевський: „Головний орган Товариства – Записки Наукового Товариства ім. Шевченка почали виходити відр. 1892, містячи наукові розвідки з усіх галузей наук. репрезентованих секціями Товариства; тільки право мало від початку свій особний орган в „Правничій Часописі”. Але й після того як „Часопись Правнича” стає органом Наукового Товариства ім. Шевченка Кость Левицький, який від самого початку був редактором, залишається ним аж до 1900 року, коли журнал був реформований і його редактором став Станіслав Дністрянський. Після того як НТШ було реформоване і введений інститут „дійсного членства” на перших виборах дійсних членів, які відбулися на спільному засіданні секцій 1 червня 1899 року Кость Левицького обрано дійсним членом Товариства, а пізніше його було обрано також почесним членом Наукового Товариства імені Шевченка. На цьому ж засіданні було обрано президії секцій. Директором (головою) історико-філософічної секції було обрано Михайла Грушевського, заступником – Кость Левицького. В цей період він інтенсивно займається науковою роботою бере активну участь і є членом правничої, археографічної та мовної комісії. З’являється друком ряд його наукових праць. Особливе зацікавлення викликають у вченого проблеми цивільного права і процесу. Практично у всіх річниках „Часописі Правничої” публікуються наукові праці редактора. Це, зокрема, „Критичні uwagi про значення присяги з додатком „скільки знаю і собі

пригадую” (1889), „Чи має бути обмежена подільність ґрунтів селянських?“, „В справі реформи поступованя неспірного” (1890), „О набуттю недвижимої при екекуційній продажи. Студія з права цивільного” (1891, окремим виданням – Львів. Накладом автора, 1892 р.-43с.), „Про новий цивільний процес в Австрії” (1894-1896), „Несвідомо поминений дідич. Розвідка практична в освітленню теоретичнім”, „Про новий устав екекуційний” (1897), „Правна охорона необхідного маєтку зобов’язаного” (1898), „Про новості в поступуванні відкличнім” (1899), „Про неважність в новім процесі цивільнім” (1900, окремим виданням – Львів: Накладом Наукового Товариства ім. Шевченка., 1900 р.-46с.).

Поруч з власною науковою роботою Кость Левицький значну увагу приділяє проблемі становлення і розвитку української науки і освіти в цілому. Так він, разом з Костем Паньківським та Іваном Франком, як представники „Просвіти” бере участь в нараді скликаній на початку 1902 року Науковим товариством імені Шевченка в справі заснування українського університету у Львові. Він був також у складі депутації НТШ, яка 13 травня 1916 року вручила міністру просвіти Австро-Угорської імперії петицію з вимогою негайно відкрити український університет у Львові, Кость Левицький, розуміючи велике значення широких міжнародних зв’язків української науки по мірі своїх сил і можливостей сприяв їх розширенню і зміцненню. Виступаючи на з’їзді чеських правників, який проходив у Празі в травні 1904 року, Кость Левицький, як представник Наукового товариства імені Шевченка підкреслив важливість і необхідність налагодження тісних зв’язків між народами, які населяють Австро-Угорську імперію і перед якими стоять однакові завдання в справі національного та політичного визволення.

Повернувшись з політичної еміграції де Львова на початку 20-х років, Кость Левицький не тільки довгі роки очолює „Союз українських адвокатів” але й створює друкований орган цього товариства – журнал „Життя і право” перший номер якого побачив світ у липні 1928 року і який появлявся регулярно кожних три місяці аж до червня 1939 року. Номер який мав побачити світ в вересні вже не з’явився. І від початку видавництва до його припинення начальним (головним) і відповідальним редактором часопису був Кость Левицький, власне завдяки якому, незважаючи на фінансові труднощі, ряд інших проблем він виходив регулярно на протязі такого тривалого періоду. В першому номері журналу в редакційній статті Кость Левицький так окреслив завдання цього видання та його мету: „Поставити наш вісник „Життя і право” на висоті новітнього правничого видавництва, що розуміє і відчуває життя нації, його потреби і недомагання та спрямовує своє питоме правознавство на добро нації. Програмою нашого видавництва є: дати спромогу українським правникам всіх станів вироблювати свої сили наукові та їх досліди правничого змісту подавати теоретикові і практичному правникові для поглиблення фахового знання...”.

Неоціненне значення мають для історії держави і права України, історії української правової та політичної думки, загальної історії України фундаментальні праці Костя Левицького „Історія політичної думки галицьких українців 1848–1914: на підставі споминів і документів(у двох частинах)”, „Історія визвольних змагань Галицьких українців з часу світової війни 1914–1918 р. На підставі споминів і документів”, „Великий Зрив (До історії української державності від березня до листопада 1918 р. На підставі споминів та документів)”, „Українські політики: Сильвети наших давніх послів і політичних діячів (з портретами)” загальний обсяг яких сягає біля двох тисяч сторінок.

Загалом, підсумовуючи наукову діяльність Костя Левицького слід зазначити, що його наукова спадщина має не тільки історико-пізнавальне але й практично-прикладне значення. Це стосується і історико-правових досліджень і цивілістичних праць вченого.

ЗАСТОСУВАННЯ ПОЛЬСЬКОГО ПРАВА У РУСЬКОМУ ВОЄВОДСТВІ (1434–1569 РР.)

Бойко І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Сучасні процеси державотворення України ставлять перед сучасним правознавством цілу низку актуальних завдань, які потребують належного наукового аналізу. Серед історико-правових проблем, які вимагають переосмислення з новітніх позицій, є питання застосування польського права у Руському воєводстві (1434–1569 рр.).

У першій половині XIV ст., користавшись послабленням Галицько-Волинської держави, дворянська Польща в 1349 р. захопила частину її території, зокрема Галичину. Після приєднання Галичини до Польщі в середині XIV ст. вона зберігала деяку адміністративну автономію і в офіційних документах називалась “Руське королівство”. У 1434 р. усі галицькі землі польські власті об’єднали і створили одне Руське воєводство з адміністративним центром у Львові. Воно складалося з чотирьох земель: Львівської, Галицької, Перемишльської та Сяноцької. У тому ж році у Галичигі було скасоване “руське” (українське) право, а замість нього введено польське право і запроваджено такий самий державний устрій, який існував у Польському королівстві. Польська колонізація, яка вирізнялася широкими масштабами у Галичині, переносила з собою польське право, насамперед звичасве.

Найдавнішим збірником норм польського звичаєвого права була “Польська Правда”. У польській історико-правовій літературі її називають “Книга звичаєвого польського права (“Księg prawa Zwyczajowego polskiego”), інколи скорочено “Книга права” (“Księga prawa”), “Найдавніший звод польського права”, або Ельбломська книга (“Księga Elblomska”). Ця пам’ятка права не мала власного заголовка, своєї назви. В українській історико-правовій літературі вона відома під назвою “Польська Правда”, аналогічно до назв пам’яток раннього Середньовіччя “Руська Правда”, “Салічна Правда”. Застосування “Польської правди” у Галичині мало на меті забезпечити польським урядовцям правову основу при здійсненні суду над галицьким населенням.

Згодом польські правителі видають привілеї, які поділяються на одноособові й земські. Одноособові польський король видавав окремим особам – магнатам, шляхті, монастирям, церквам. З XIII ст. польські королі почали видавати також земські привілеї для окремих станів чи іншої землі. Згодом видавали загальнодержавні привілеї, які стосувалися всього королівства.

Важливе значення мав Вислицький статут 1347 р., що мав загальнодержавне значення, тому й поширював дію на Галичину. Він регулював різнотипні правовідносини, містив норми і публічного, і приватного права. Статут визначав правовий статус окремих станів суспільства, насамперед шляхти та духовенства. На обидва стани покладалися обов’язки військової служби на користь короля залежно від розмірів землеволодіння. Якщо з певних причин священник не міг виконати цей обов’язок, то допускалась можливість передати комусь із близьких родичів. Інакше земельне володіння вилучалося і поверталось до королівського земельного фонду.

Вислицький статут був прийнятий і оголошений у неділю Laetare, 11 березня 1347 р. на генеральному з’їзді (generale et grande conventum) представників шляхти Малої та Великої Польщі (прелатів і баронів). Проте у польській літературі висловлюється думка, що це зібрання було лише одним із трьох звичайних судових віч, які щороку відбувалися у Вислиці; з них одне зазвичай припадало на неділю. Дослідникр.Губе допускав, що головним укладачем Вислицького статуту була особа духовного сану. На його думку, це засвідчують вживані у тексті звороти, характерні для декреталій Папи Григорія IX (1234 р.), і посилання на Святе Письмо.

Петраківський статут було прийнято у 1347 р., як і Вислицький. Однак цей статут не застосовувався у Галичині, а поширбався лише на Велику Польщу. Вислицький статут було перекладено українсько-руською мовою, а Петраківський – ні. Дослідникр.Губе дійшов висновку, що між цими статутами були суттєві розбіжності. На його думку, Вислицький статут не лише узаконив діючі в державі норми звичаєвого права, а й містив також багато правових нововведень, що відповідали новим соціально-економічним і політичним умовам. Петраківський статут обмежувався

лише викладом існуючих законів і звичаїв. Тому Петрівський статут через свою вузьку юридичну природу застосовувався лише у Великій Польщі, а Вислицький статут мав загальнодержавне значення і діяв на всій території королівства.

Польські королі намагалися уніфікувати польське законодавство, тому в XIV ст. проводились кодифікаційні роботи. Кодифікаційний процес закінчився створенням нового нормативного правового акту “Повного зводу статутів Казимира III” у 1420–1423 рр. Цей загальний судебник увібрав у себе Вислицький і Петрівський статуту 1347 р. Зазначимо, що Вислицький статут був введений туди повністю, а Петрівський лише частково. Із Петрівського статуту були взяті ті норми, які не суперечили Вислицькому статуту.

Однак до часу об’єднання статутів у єдиний звід вони все-таки зазнали певних змін. Зокрема, з Вислицьким статутом були об’єднані різноманітні статуту, видані після 1347 р. Казимиром III та його наступниками (ці статуту трапляються під назвою “екстраваганти”), а також окремі статті, сформульовані як казуси, засновані на судовій практиці.

У 1420–1423 рр. було видано Вартський статут. Головна увага в ньому було приділено сімейному, спадковому та опікунському праву. В окремих статтях визначалася компетенція сільських старост. Статуту Казимира III та Вартський статут, що уточнював їх, стали основними писаними джерелами польського права, які діяли в Руському воєводстві до 1569 р.

У 1523 р. Вальний сейм ухвалив підготовлений соціальною комісією проект судово-процесуального кодексу. Він був названий “формула кодексу”, налічував 111 артикулів з чітко викладеним матеріалом: усунені архаїчність, формалістика, консерватизм. Текст кодексу розділявся на дві частини. У першій (арт. 1–75) містилися приписи про ведення процесу, другій (арт. 76–111) зібрано процесуальні формули, докладно розроблено процедуру виконання вироків і рішень.

Внаслідок подальших кодифікаційних робіт у 1432 р. був опублікований проект законів із основних галузей польського права, названий “Коректура права” (*Correctura iurium*). Він налічував 929 артикулів, мав п’ять книг (перша стосується діючих джерел права, устрою держави і судів; друга – процесуальне право; третя – сімейне і спадкове право; четверта – зобов’язальне і кримінальне право; п’ята – процесуальні норми). Це, безумовно, був ґрунтовний проект законів, проте сейм у 1534 р. відхилив проект, отже, офіційного характеру він не отримав.

У період перебування Галичини під владою Польщі в епоху Середньовіччя законодавчі акти переважно створювалися на основі польського звичаєвого права і виступали у формі статутів, окремих привілеїв та інших правових актів, що видавалися польськими королями.

Джерелами права були також загальні й особисті привілеї, законодавство сеймиків, а з утворенням Вального сейму – його власні акти.

Князівські та королівські грамоти зазвичай отримували міста й соціальні групи населення. Прикладом можуть бути привілеї та грамоти, видані з XVI ст. м.Львову. Так, грамота польського короля Казимира III від 17 червня 1356 р. надала м.Львову магдебурзьке право, а грамотою цього ж короля від 28 грудня 1360 р. було підтверджено адміністративний статус м.Львова.

Із сеймових постанов як приклад можна назвати постанову 1496 р. Вона закріплювала виняткове право шляхти на землю й інші постанови 1550 р., що стосувалися прав міського населення. Земельні сеймики також видавали нормативні акти стосовно своєї землі. Їх називали земські лауди. Іноді складались збірники цих лауд. Важливим джерелом права була Коронна метрика (*Metrica Regni Poloniae*) – реєстраційні книги. Їх вели канцлер і підканцлер, насамперед, записували дипломатичні документи, листування, королівські нормативні акти, вирок королівських судів, розпорядження центральних органів управління. У містах джерелом права, крім загальнодержавних актів, були свої статуту (вількери). Велись також реєстраційні книги міських рад і лав.

З-поміж найважливіших особливостей правової системи найбільше привертає увагу гармонійне співіснування у ній трьох правових субсистем: польського земського права; міського, званого німецьким; церковного, канонічного права.

Певною мірою до джерел канонічного права належить привілеї польського короля Сігізмунда I (1522).

Хоча правова система Польського королівства орієнтувалась здебільшого на правовий звичай і нормативно-правовий акт, у правових відносинах часто регулятором виступав також і прецедент. Судова практика як джерело польського права періоду Середньовіччя виявлялась у тому, що рішення вищих королівських судів і місцевих з’їздів шляхти створювали обов’язковий судовий прецедент для

вирішення аналогічних справ. Уже з XIV ст. у практичній діяльності вищих королівських судів траплялись випадки, коли ці суди виносили вирок у конкретній справі на основі прийнятих раніше судових рішень. При цьому спеціально зумовлювалося, що у подальшому справи повинні вирішуватися аналогічно. Згодом судовий прецедент як джерело права отримав ще більший розвиток, що привело до видання спеціальних збірників судових рішень, яким була надана обов'язкова юридична чинність для розгляду відповідних кримінальних і цивільних справ.

З кінця XIV ст. почали регулярно вестись судові книги – земські та гродські. До них вписували зміст справ, рішень і вироків, акти купівлі-продажу нерухомості, дарування та спадкування, “протестації” у зв'язку з порушенням прав, заподіяння шкоди тощо. Кожен судовий повіт мав власну книгу. Гродські книги велись у кожному місті.

Отже, головною проблемою польського законодавства, що діяло на території Галичини з 1434 р. до 1569 р. було те, що чіткої кодифікації не проводилось. Система права Польського королівства не мала достатньої єдності. Спроби кодифікації чинного законодавства відбувались неодноразово: у 1505 р. ухвалено збірник польських законів; 1532 р. підготовлено новий збірник, який видано у 1533 р. Певний кодифікаційний характер мав “Повний звіт статутів Казимира Великого”.

Проте цілісної кодифікації польського права так і не відбувались. Причиною недосконалості правової системи Середньовічної Польщі стало те, що найпливовішим світським і духовним магнатам, а також шляхті це було не вигідно, адже кодифікація польського права могла б обмежити їх широкі права заради захисту прав інших суспільних груп.

Загалом польське право доби Середньовіччя мало подібні ознаки із правом інших країн Європи цього історичного періоду. Найсуттєвішою вирізняючою рисою був небачений обсяг прав польської шляхти.

ОСНОВНІ ПОЛОЖЕННЯ КРАЙОВОЇ КОНСТИТУЦІЇ 1850 Р.**Гриб Н.***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Розбудова Української держави потребує не лише осмислення закономірностей її розвитку у сучасний період, а й об'єктивного наукового аналізу історичного досвіду. Саме тому нині зростає значення досліджень історії національної державності і права. Насамперед це стосується проблем, розв'язанню яких у попередні десятиліття приділялася недостатня увага. З'ясування специфіки генезису та подальшої еволюції ідеї українського державотворення у Галичині в історично насичений період середини XIX століття дає змогу більш повно реконструювати розвиток теорії і практики українського державотворення загалом та врахувати набутий досвід у процесі розбудови сучасної української держави та громадянського суспільства.

У досліджуваній період Галичина і Буковина були приєднані до Австрійської монархії, де діяв принцип централізації державної влади. Створений у Галичині і Буковині адміністративний апарат підпорядковувався центральному урядові, а його методи діяльності повністю відповідали тогочасним традиціям австрійського абсолютизму. Органи самоврядування перебували під контролем державних органів і не мали реальної самостійної влади. Деякі демократичні методи управління Галичиною почали запроваджуватися тільки після буржуазно-демократичної революції 1848 р.

Особливість і складність революційних подій 1848 р. у Галичині полягали в тому, що національно-визвольну боротьбу проти монархії Габсбургів очолювала польська шляхта і буржуазія, які прагнули зберегти національний гніт українського народу.

У березні 1849 р. молодий австрійський імператор Франц-Йосиф "дарував" імперії нову антидемократичну так звану "открійовану" конституцію. Вона створювала централізовану державу, в якій вся повнота виконавчої влади була зосереджена в руках імператора і його міністрів.

Законодавча влада належала імператору разом з рейхстагом, який складався з двох палат. До верхньої палати (Oberhaus) входили обрані на строк п'ять років делегати від крайових сеймів, а нижня палата (Unterhaus) обиралася прямими виборами повнолітніми платниками не менше 5 гульденів безпосередніх податків на рік за нормою один депутат на 100 тис. населення. Прийнятий обома палатами законопроект вимагав обов'язково санкції імператора.

Для управління окремими коронними краями імператор призначав наділених широкими повноваженнями намісників (Staathalter). Крім того, при імператорі створювалася на правах дорадчого органу призначена ним Державна рада, яка була єдиним реалізованим на практиці заходом открійованої конституції.

Березнева конституція 1849 р. у 77-й статті проголошувала, що всі австрійські коронні краї одержать свої крайові конституції. Для Галичини крайова конституція була видана патентом імператора від 29 вересня 1850 р. Того ж самого дня була надана крайова конституція і для Буковини.

Крайова конституція для Галичини налічувала 82 статті і складалася з таких розділів: "Про край" (ст. 1–6); "Про крайове представництво взагалі" (ст. 7–9); "Склад крайового представництва" (ст. 10–55); "Компетенція крайового представництва" (ст. 56–81); "Кінцеві постанови" (ст. 82).

Згідно даної конституції Галичина була коронним краєм Австрійської імперії. Українці, поляки та інші громадяни, які проживали на даній території були рівними, мали право на збереження національної мови.

Крайовою конституцією визначались питання, які відносились до державних питань.

Так, відповідно до ст. 9 «открійованої» конституції до державних питань конституція відносить наступне: 1) всі розпорядження відносно державного планування використання та охорони природних ресурсів, благодійних закладів країни; 2) видання розпоряджень відносно місцевого самоврядування, питань релігії, армії та іншим питанням.

Крайова конституція для Галичини, порушуючи єдність краю, ділила його на три округи (Краківський, Львівський і Станіславський), тобто суто польський, змішаний польсько-український і

суто український. Начальником крайової адміністрації був намісник, якому підпорядковувалися призначені сеймовими куріями президенти округів.

Поділ Галичини на три округи був невдалою спробою вирішення національних суперечностей у Галичині, де поляки становили 45,9 % населення, українці – 45,4 %, євреї – 7,1 % та інші – 1,6 %.

Крайове представництво за конституцією повинно було складатися з трьох сеймових курій: Львівська – 50 депутатів, Краківська – 58 депутатів, Станіславська – 42 депутати. Депутати обиралися прямими виборами на строк шість років при наявності майнового цензу. Пасивне виборче право надавалося з 30-річного віку. Для того щоб бути обраним до Парламенту необхідно самому мати право голосу між виборцями адміністративного округу, залишатися як мінімум 5 років з дня виборів бюргером Австрійської Імперії, володіти в повному обсязі своїми громадянськими і політичними правами.

Молодий австрійський імператор Франц-Йосиф подарувавши імперії нову антидемократичну Конституцію, 29 вересня 1850 р. видав Положення про вибори в Парламент для імперії, яке налічувало 86 статей і складалося з таких розділів: «Про виборчі округи» (ст. 1-13); «Про виборче право» (ст. 14-20); «Про списки виборців» (ст. 21-36); «Про виборність» (ст. 37-40); «Про місце проведення виборів» (ст. 41-44); «Про виборчі комісії» (ст. 45-50); «Призначення виборів» (ст. 51-53); «Проведення виборів» (ст. 54-74); «Про прийняття результатів виборів» (ст. 75-82); «Про затвердження законності і перевірки виборів» (ст. 83-86).

Даним Положенням визначено процедуру проведення виборів в Парламент, особливості виборчого права в даний період на території імперії, в тому числі на території Галичини.

Так, відповідно вимогам ст. 15 Положення право голосу мав кожний громадянин, який:

1. був бюргером Австрійської імперії;
2. був повнолітнім;
3. володів в повному об'ємі своїми громадянськими та політичними правами;
4. щороку виплачував в адміністративному округу певну суму прямого податку на нерухоме майно (домоволодіння чи земельна власність), на приватне підприємництво, на духовні та так звані «мирські» потреби. Дана сума встановлена для членів місцевого самоврядування м. Львова і Кракова в мінімальному розмірі 15 гульденів.

Згідно зі ст. 24 Конституції сеймові курії щорічно скликалися імператором у листопаді, тривалістю чотири тижні, проте курії Парламенту не можуть скликатися одночасно з Імператорським сеймом. Імператорові належало право розпуску курій. Всі депутати одної курії формували так звані «Збори».

Відповідно до ст. 30 Конституції кожна сеймова курія більшістю голосів обирала голову (офіційно він йменувався президентом) і його заступника терміном на три роки. Компетенція курій зводилася головним чином до питань господарського характеру, і їхні рішення вимагали санкції імператора. Внаслідок цього вони одержували статус крайового закону в справах, які перелічені в крайовій конституції (ст. 61).

Для прийняття рішення необхідна присутність в кожній курії більшість конституційних членів, а для набрання законної сили рішення необхідна абсолютна більшість голосів присутніх (ст. 33).

Конституцією надано імператорові право на закриття засідань парламентських курій і може в будь-який час видати розпорядження про розпуск одної чи всіх курій Парламенту (ст. 37).

Виконавчим органом усіх трьох курій був спільний Крайовий виділ (комітет) у складі 15 членів, обраних порівну куріями. Члени комітету зобов'язані були проживати у Львові і з свого середовища обирали голову. Спільним законодавчим органом усіх трьох округів Галичини був Центральний виділ у складі 33 членів (15 членів Крайового виділу і по шість депутатів від кожної курії). Компетенція Центрального виділу зводилася до розгляду питань, які конституція вважала спільними для всього краю (ст. 39-45).

Намісник краю, а також президенти округів і призначені ними комісари контролювали діяльність сеймових курій і Центрального виділу, беручи в обов'язковому порядку участь у їх засіданнях (ст. 35).

Відповідно до ст. 46 Конституції на Галичині створювався Центральний комітет з 33 членів, а саме: з 15 членів державного комітету, з 6 депутатів, які обирались в кожній окремій курії.

Центральний комітет скликався та розпускався імператором. В патенті на скликання комітету вказуються проекти, які підлягають обговоренню, а також строки сесії.

Засідання центрального комітету публічні, за виключенням тих випадків, коли президент або як мінімум 3 члени вимагають закритого засідання, при цьому центральний комітет виносить рішення. Для прийняття рішення в центральному комітеті необхідна присутність 2/3 його членів, серед яких повинно бути мінімум 6 з 11 членів кожної курії. З розпуском курії також припиняє свою діяльність сформований з її членів центральний комітет. У четвертому розділі крайової Конституції регулюється питання компетенції крайового представництва. Так, відповідно до ст. 56 Конституції кожна курія Парламенту в рамках встановлених в Конституції є органом адміністративного округу у всіх питаннях, які закон не ввіряє в відомство місцевого чи районного самоуправління, а також імперської влади. У всіх питаннях, яких закон приписує статус районних, курія Парламенту виконує функцію районного представництва для всього адміністративного округу.

Курії Парламенту скликаються для прийняття участі в державному законодавстві. Правом подання законопроектів, які стосуються державних питань мали право імператор та курії Парламенту. Що стосується бюджетних питань, то ст. 62 Конституції передбачено, що бюджет адміністративного округу висувався начальником окружного управління від курій Парламенту на підставі попереднього проекту, який складався з всіх доходів і розходів, після чого він затверджувався. Доходи адміністративного округу поступали від оподаткування на державні потреби, від користування кредитом, а також від управління майном, яке належало адміністративному округу. Курія Парламенту контролювала збереження та контроль майна, а також доходи адміністративного округу.

Статтею 76 крайової Конституції закріплено коло повноважень комітету, а саме: на вимогу намісника державний комітет повинен давати висновки по важливих питаннях державного управління чи в випадках видання тимчасових законів; державний комітет повинен збирати і пред'являти куріям інформацію для державних справ та інші повноваження.

Що стосується внесення змін в дану Конституцію, то ст. 82 Конституції передбачено, що вимоги про внесення змін до конституції повинні обговорюватись всіма парламентськими куріями, а також центральним комітетом. Постанову центрального комітету про внесення змін в конституцію може вступити в законну силу лише в присутності 25 членів та при згоді 17 з них.

Видана в березні 1849 р. загальнодержавна і крайова конституція для Галичини 1850 р. так і не були введені в дію. Австрія знову перетворилася в самодержавну монархію, в якій і мови не могло бути про автономію окремих народів. І тільки пізніше, наприкінці 60-х рр. XIX ст., ставши двоцентровою (дуалістичною) державою, Австрія вступила поступово на шлях буржуазного конституціоналізму.

ПРАВОВА ОХОРОНА ОБ'ЄКТІВ ПАТЕНТНОГО ПРАВА НА ЗАХІДНОУКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ У СКЛАДІ ПОЛЬЩІ У 20-30Х РОКАХ XX СТ.

Довгань Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

При дослідженні питання розвитку законодавства України про інтелектуальну власність необхідним є вивчення питань правової охорони об'єктів інтелектуальної власності на західноукраїнських землях у складі Польщі у 20-30х роках XX ст. Законодавство Республіки Польща у цій сфері розроблялося з урахуванням основних концепцій розвитку права інтелектуальної власності у Європі та положень міжнародних документів.

Питання правової охорони об'єктів інтелектуальної власності на західноукраїнських землях у складі Польщі, і зокрема об'єктів патентного права, не висвітлені в українській юридичній літературі. Відповідне законодавство, яке діяло в цей час у західному регіоні України не було перекладене українською мовою. Тому на сьогодні ці питання залишаються недостатньо вивченими.

При висвітленні даного питання використано праці польських вчених початку ХХст. – Ф.Золля, В.Чемпінської, С.Чайковського, А.Понікло, Я.Гутовського. Джерельну базу становлять нормативно-правові акти Республіки Польща, що діяли на західноукраїнських землях в зазначений період, практика Вищого Адміністративного Суду, матеріали Патентного Відомства Республіки Польща.

Метою дослідження є аналіз правової охорони об'єктів патентного права на західноукраїнських землях у складі Польщі у 20-30х роках ХХст. на основі вивчення тогочасного польського законодавства, виявлення європейських впливів та специфіки правової охорони зазначених об'єктів на західноукраїнських землях.

Як відомо, після I світової війни з'явилося багато нових держав. Серед перших законів, прийнятих у таких державах як Естонія, Латвія, Болгарія, Греція, Чехословаччина, Балканських країнах, були закони про охорону об'єктів патентного права. Не винятком була і Польща: вже через місяць після проголошення незалежності (11.11.1918 р.) главою держави був виданий Декрет від 13.12.1918 р., яким передбачалося створення при Міністерстві Промисловості та Торгівлі Патентного Відомства. Основним завданням цього органу було надання патентів на винаходи та видача охоронних свідоцтв на промислові зразки, моделі та товарні знаки. Це свідчило про усвідомлення важливості винахідництва, захисту вільної конкуренції для відродження та подальшого розвитку економіки.

4.02.1919 р. були видані 3 декрети: про патенти на винаходи, про охорону промислових зразків та моделей і про охорону товарних знаків. Але у цьому ж році міністр промисловості та торгівлі призупинив видачу патентів і свідоцтв, доручивши Патентному Відомству опрацювати новий патентний закон, проект якого було представлено у Сеймі у 1921 р. Аргументами були: невідповідність цих документів Паризькій конвенції про охорону промислової власності, до якої Польща приєдналася 10.11.1919 р.; відсутність норм, які би передбачали кримінальну відповідальність за порушення прав власників патентів.

На думку В.Чемпінської, подібні аргументи не виправдовували тої ситуації невизначеності, яку спричинило подібне рішення. Занепокоєння висловлювали і науковці, і промисловці.

У декретах 1919 р. було передбачено визнання патентів, виданих до 11.11.1918 р. Внаслідок цього, до Патентного Відомства було подано 20 тисяч заявок, переважно закордонними промисловцями. Тому призупинення видачі патентів та свідоцтв, за які вже були сплачені відповідні збори, зумовило занепокоєння у Німеччині, Австрії, Франції, Швейцарії, США. Окрім цього, таке рішення могло свідчити про неочікувану зміну політики держави стосовно визнання права приватної власності.

Закон “Про охорону винаходів, зразків та товарних знаків” був прийнятий 5.02.1924 р. Над проектом працювали Ф.Золль та С.Врублевський. Після появи закону відновило свою діяльність Патентне Відомство, яке 11.04.1924 р. здійснило першу реєстрацію товарного знаку, а 24.04.1924 р. видало перший патент. За період з 24.04.1924 р. по 29.11.1924р було видано 1117 патентів, з них 163 – отримали громадяни Польщі, в тому числі 36 патентів – заявники, що мешкали на західноукраїнських

землях. Серед львівських винахідників згадаємо Ігнатія Мошціцького, Мар'яна Бендла, Леона Саковича, Вітольда Хилевського, Людвіга Ебермана. Як бачимо, заяв з Польщі було найменше – лише 16%, натомість 84% було подано з інших держав (35% з Німеччини, 9% з Франції, 7% з США та Австрії, решта з інших країн). Це пояснювалося й низьким рівнем розвитку промисловості, й відсутністю належного зацікавлення винахідництвом. Цікавим є порівняльне дослідження Міжнародного бюро з охорони промислової власності: серед 30 держав Польща займає 17 місце за кількістю виданих у 1927 р. патентів (2964), на 1 місці США – 87545 патентів.

Як відомо, кількість патентів у тій чи іншій сфері діяльності людини у різних державах є різною. У Польщі – це галузь хімії, у зв'язку з розвинутою на той час нафтовою промисловістю. Наприклад, патент №45012 клас12a2 виданий ТзОВ «Метан» (Львів) на метод та пристрій для згущення та конденсації амоніаку з амоніакальних пар, що містять водні пари (заява подана 23.10.1919 р., патент видано 7.05.1924 р.); патент №62 клас12i2 отриманий Ігнатієм Мошціцьким (Львів) на метод отримання хлору з хлористого водороду (заява подана 20.10.1919 р., патент видано 7.05.1924 р.).

Закон 1924 р. містить 162 статті і складається з 4 частин: 1. про патенти на винаходи, 2. про промислові зразки та корисні моделі, 3. про товарні знаки та 4. про органи Патентного Відомства та патентних повірених. Закон не містить визначення поняття «винахід». Згідно з теорією патентного права «винахід» розуміли як нове вирішення конкретного технічного питання, яке може бути застосовано у промисловості або торгівлі. Право виключного користування патентом поширювалося на територію Республіки Польща і тривало протягом 15 років від моменту видачі патенту.

Згідно зі ст.3 патент можна було отримати лише на нові винаходи. Не вважалися такими ті, що на момент подання заявки були вже опубліковані або використовувалися на польських землях, або були представлені до загального огляду в такий спосіб, що кожний експерт міг би їх застосувати. У ст.9 було передбачене невідоме у інших державах поняття «попереднього користувача» – особи, що добросовісно використовувала винахід на польських землях до подання заяви іншою особою. Вона могла продовжувати таке використання. Відповідно до ст. 13 власник патенту зобов'язаний протягом 3 років з моменту отримання патенту застосувати винахід самостійно або доручити це іншій особі. При цьому використовувати потрібно було в обсязі, що задовольняв би потреби промисловості Польщі.

Право на отримання патенту мав винахідник. Працівник міг отримати патент, якщо інше не було передбачене у трудовому договорі. Працедавець мав право використовувати винахід на підставі ліцензії (ст.15). Розрізняли добровільні (надані за згодою власника патенту) та примусові (видані на підставі рішення Патентного Відомства) ліцензії.

Процес отримання патентів був недовгим та нескладним. Існувала явочна система експертизи, схожа на існуючу у Франції, в процесі якої новизна винаходу не досліджувалася. Зазначені вище положення стосувалися й інших об'єктів патентного права. Але процедура оформлення прав була легкою – достатньо було реєстрації у Патентному Відомстві. Право власності тривало 10 років.

Слід зазначити, що правова охорона цих об'єктів була переважно цивільно-правовою. Порушник повинен був припинити протиправні дії, сплатити отримані доходи за останні 3 роки, відшкодувати будь-яку шкоду, в тому числі і моральну. Кримінальна справа могла бути порушена лише за приватним обвинуваченням, призначалося покарання у вигляді штрафу у розмірі до 50 тисяч злотих або арешт на строк до 6 місяців (ст.23,24).

Структуру Патентного Відомства складали: президія, відділ заяв, відділ спірних справ, відділ апеляцій. Для висвітлення процедури розгляду справ наведемо такий приклад. 24.04.1928 р. ТзОВ „Karmel” (Варшава) подало до відділу спірних справ скаргу про анулювання реєстрації товарного знаку фірми “Henryk Bloch” (Дрогобич) для позначення вин. На думку скаржника, цей знак є подібним до позначення, здавна відомого на польських землях як товарний знак фірми “Richon”, яка експортує палестинські вина. Така подібність може вести споживачів в оману щодо походження товару. При розгляді скарги Відділ досліджував питання: – чи був оспорюваний знак відомий на польських землях як товарний знак палестинського підприємства “Richon” для позначення вин сорту Кармел; – чи використання цього знаку фірмою “Henryk Bloch” буде причиною введення споживачів в оману. Отримавши ствердні відповіді фахівців, Відділ спірних справ задовольнив скаргу, посилаючись на ст.110 п.3 Закону від 5.02.1924 р. Фірма “Henryk Bloch” подала апеляцію на це рішення до Апеляційного Відділу Патентного Відомства, який звернувся до Торгівельно-промислових палат у Варшаві, Лодзі, Кракові, Львові, Вільні, Любліні та Соснівці із запитанням – чи був оспорюваний знак відомим у першій половині 1927 р. як знак однієї з палестинських фірм, якщо так, то якої саме. У

більшості відповідей підтверджувалася можливість введення споживачів в оману у зв'язку з подібністю знаку до позначення вин фірми "Karmel". Отже, 31.03.1930 р. Апеляційний Відділ своїм рішенням відхилив апеляцію. Фірма "Henryk Bloch" звернулася зі скаргою до Вищого Адміністративного Суду. Суд дослідив, що ТЗОВ "Karmel" була зареєстрована 25.04.1925 р., тоді як заявка про реєстрацію оспорюваного знаку була подана фірмою "Henryk Bloch" 3.03.1925 р., зареєстрували знак 12.02.1927 р. Тому, висновки Торгівельно-промислових палат не можуть братися до уваги, а анулювання реєстрації знаку у зв'язку з пізніше закінченою реєстрацією є необґрунтованим. Вищий Адміністративний Суд наголосив, що не може бути оспорена дійсність реєстрації товарного знаку з тієї лише причини, що в період між поданням заявки та реєстрацією інше підприємство розпочало фактичне використання аналогічного знаку. Окрім цього, адвокат фірми "Henryk Bloch" довів неподібність знаків, оскільки їх істотні елементи відрізнялися. У рішенні Вищого Адміністративного Суду зазначалося, що асоціація у споживачів товару з певною країною, але не з конкретним виробником, не є достатньою підставою для анулювання реєстрації подібного знаку згідно зі ст.110 п.3 Закону (ст.177 абз.1с Розпорядження).

У зв'язку з Гаазькою конвенцією, до рішення якої приєдналася і Польща, необхідним було внесення змін до Закону 1924 р. Тому 26.04.1928 р. було видано Розпорядження Президента з такою самою назвою як і закон. Суттєвих відмінностей між цими документами не було.

Таким чином, можна дійти висновку, що на західноукраїнських землях у 20-30х роках ХХст. існувала ефективна правова охорона об'єктів патентного права. Це забезпечувалося законодавчими актами, які відповідали міжнародним стандартам у цій сфері, діяльністю Патентного Відомства. Прийняття одним із перших документів у державі – Декрету про Патентне Відомство – свідчить про увагу, яка приділялася цій сфері людської діяльності. Однак кількість патентів, отриманих громадянами Польщі була незначною, що було пов'язано з поки що недостатнім розвитком промисловості.

**ВЛЕНСЬКО-РАДОМСЬКА УНІЯ 1401 Р. ТА
ЇЇ ІСТОРИКО-ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ***Єфремова Н.**Одеська національна юридична академія*

Входження України у нове тисячоліття як суверенної демократичної держави супроводжується пошуком оптимальної моделі суспільного поступу та напруженим осмисленням досвіду становлення української державності в її інституційному та ідеологічному вимірах. Проте це осмислення виявилось ускладненим низкою суб'єктивних і об'єктивних чинників. Серед них можна, зокрема, відзначити такі: багатостолітній несuverенний розвиток українських земель, що ставить перед вченим додаткові методологічні проблеми; історичне знаходження України у зоні впливів типологічно різних правових та політичних культур; домінування в українській науці історії права підходів, вироблених представниками наукових шкіл сусідніх держав, що нерідко неадекватно тлумачать українські реалії, ігноруючи їх особливості або переслідуючи певні політичні цілі; тривалий методологічний застій та ідеологічна цензура в українській історії права у радянській період, недостатній обсяг опублікованого документального матеріалу.

В 70-х – середині 80-х років ХХ ст. в Україні почала простежуватися тенденція відходу від традиційних позицій в історичній науці. Під значним тиском заідеологізованих політичних структур все наполегливіше проголошувалася концепція формування середньовічних елементів державності в Україні. З початком 90-х років домінуючою також стала тенденція щодо нових досліджень і переоцінки документальної бази з історії держави і права України.

До сьогодення недостатньо висвітленим вважається питання поновлення унії між Польщею та Великим князівством Литовським на рубежі XIV – початку XV ст. Тут слід нагадати, що з огляду на акт Кревської унії литовські князі мусили присягнути на вірність «волебному господарю Владиславу, королеви польському, литовському и руському, и иных земель господареви, и велебной госпожи Ядвиги, королици польской, и их детем, и Коруне Польской... поддаваючыся с людьми и с землями, и с городами, и с твержатами на веки веком». До нашого часу збереглися присяжні грамоти трьох Князів Гедиміновичів, котрі в останні десятиліття XIV ст. порядкували на українських землях – Володимира Ольгердовича, Дмитра Корибута Ольгердовича й Федора Любартовича. Однак Ягайло докладав чимало зусиль, щоб реалізувати плани приєднання литовсько-руських земель до складу Корони Польської, але така політика інкорпорації наштовхнулася на протест з боку більшості литовсько-руської шляхти. Двоюридний брат Ягайла Вітовт заявив про свої наміри щодо збереження політичної окремішності Великого князівства Литовського.

Початком державного відродження Литви було покладено Острівською угодою 1392 р., за якою Ягайло оголосив Вітовта своїм намісником у Литві. Позиції князя швидко зміцнилися, й у 1398 р., на з'їзді литовсько-руської знаті поблизу Мемель, він був проголошений господарем.

Наприкінці XIV ст. Литва стала крупною державою Східної Європи. Окрім власне литовських земель, до її складу входили білоруські, українські території і деякі терени Північно-Східної Русі. Велике князівство Литовське простягалось від Балтійського до Чорного моря. У цей час, відстоючи свої власні інтереси, Литва починає активно боротися за відокремлення від Польщі. У 1398 р. на з'їзді литовських і орденських представників біля озера Саліна Вітовт уклав з орденем хрестоносців договір про передачу Жемайтії у повне володіння останнього. За цю поступку хрестоносці повинні були допомогти князю у боротьбі з татарами. На підставі цієї угоди Кревська унія була оголошена розірваною. Заручившись підтримкою хрестоносців Вітовт сподівався на успішну компанію проти татар у справі приєднання окремих руських земель, які знаходились під Ордою, але військовий похід 1399 р. закінчився важкою поразкою у битві над річкою Ворсклою. Орденська допомога виявилась незначною, а повний політичний розрив з Польщею помилковим. Окрім цього Вітовт розумів, що поновлення старої унії, це єдина можливість зміцнити Велике князівство Литовське на передодні початку війни з Тевтонським орденем і з врахуванням політичного посилення Московського князівства, яке також претендувало на руські землі.

Поновлення литовсько-польської унії сталося у проміжку між 1399 та 1401 рр. в містах Гродно, Вільні і Радомі. Згадку про ці переговори ми можемо зустріти у записках Длугоша де зазначається, що

у 1400 р. Вітовту було надане Велике князівство Литовське «до його живота». Нове ж зближення Вітовта з Ягайлом і краківським двором вірогідніше сталося після смерті Ядвіги, на підставі нового політичного компромісу. Тут доцільно звернути увагу, що досвід польських політиків підштовхував останніх до укладення нової унії вже не тільки з князем, а і з панами і шляхтою князівства. Такий з'їзд було проведено на різдвяні свята 1400 р. у Вільно. Серед представників Великого князівства Литовського більшу частину складали магнати і пани литовські, руських посланців було небагато. Оформлення нової унії 18 січня 1401 р. Сталося у двох грамотах. Їх тексти ми можемо зустріти у праці Догеля *Codecx diplomaticus regni Poloiae et m. Lithuaniae*, а також у сучасній збірці «*Historia ustroju i prawa w Polsce do 1772/1795*» (Варшава: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2006; составители: Славомир Годек, Магдаліна Вилчик-Каржевская; редактор профессор М. Даллас. – С. 37-38). Щодо останнього збірника, то тут слід зазначити, що акт Віленсько-Радомської унії міститься у ньому в адаптованому варіанті польською, а ні латинською мовою.

Перша грамота була видана Вітовтом, в якій зазначалось про розподіл влади між Ягайлом і ним в землях литовських і інших володіннях до його живота. Відновлювалась обіцянка князя про підтримку Польської Корони і її мешканцям, дана у 1385-1386 рр. Там же зазначалось, що по смерті Вітовта його влада з батьківськими землями повернуться до Ягайла чи його нащадків. Виняток складали лише землі його вдови княгині Ани до її живота та його брата Жигмонта.

В другій грамоті прелати, борони, шляхтичі й земляни земель литовських і руських дали обіцянку за себе і своїх співвітчизників підтримувати політику корони, всіляко допомагати королю, Короні Польській і її обивателям всіляким чином, щиро і без підступу й ніколи їх не покидати. Також вони заручились, що по смерті Вітовта вся влада і вотчинні землі повернуться до короля Ягайла й Корони. За себе й своїх нащадків вони дали обітницю коритися польському королю і окрім нього більш не будуть собі шукати іншого володаря. Але у тому випадку, якщо Ягайло помре не лишивши по собі синів, пани польські не могли обирати нового монарха без участі представників від литовської сторони.

Доповненням до цих грамот стали присяжні грамоти князів окремих земель Великого князівства Литовського. Таких документів, що збереглися до наших часів є п'ять: 1) 31.12. 1400 р. Олександра Патрикиєвича Стародубського; 2) 5.02.1401 р. Івана Ольгіймундовича; 3) 24.02.1401 р. Юрія і Андрія Михайловичів; 4) 24.02.1401 р. Юрія Довговида; 5) 11.05.1401 р. Семена князя Ручького. Всі зазначені документи були написані за однаковою зразком, де зазначались присяга князів на вірність Короні Польській і обіцянка не шукати іншого господаря крім Володислава (Ягайла). У них, на особу увагу, заслуговує той факт, що князі називали Вітовта своїм господарем, отже за його життя польський король не мав прав на ці землі.

Отже зі змісту Віленсько-Радомського акту 1401 р. ми бачимо юридичне поновлення союзу між двома країнами на підставі персональної унії. Безумовно, що для польської дипломатії це був триумф. Але і у цьому документі можна знайти багато проблемних питань. Нова інкорпорація чітко зв'язувалась з конкретними особами – великого князя Вітовта та польського короля Владислава (Ягайла). Лише в першій грамоті, Вітовта, зазначалось про продовження дії цього документу і після смерті обох правителів. У другій грамоті ця доба не розглядалась, з чого можна зробити висновок, що унія мала тимчасовий та персональний характер. До смерті Вітовта автономія Великого князівства була забезпечена. Хиткість такої угоди підштовхувала польську сторону до висунення Вітовту вимог щодо видання ним ще кількох грамот, які містили ствердження або доповнення його обіцянки у 1401 р.

Отже Віленсько-Радомську унію 1401 р. можна охарактеризувати як тимчасову персональну унію між Великим князівством Литовським і Польщею, згідно якої Литва зберігала свою автономію до смерті Вітовта. Документ унії не можна вважати за такий, що поновлював Кревську унію у незмінному вигляді. У тексті документа, прямо не згадується назва «Кревська унія», але при цьому польською стороною він пояснювався як уточнення попередньої унії, що на справді не відповідає реальності.

Досить важливим аспектом в оцінці значеної унії слід вважати той факт, що де-юре Віленсько-Радомська унія стала наступним кроком у політичних змаганнях Польщі за Литовсько-руські землі. Фактично Кревська унія стала прецедентом для юридичного обґрунтування прав Польщі на ці землі. Її підтвердження актами Віленсько-Радомської, Городельської та інших уній, врешті решт призвели до повної ліквідації залишків української автономії і утворення єдиної держави Речі Посполитої.

**ДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВОСУБ'ЄКТНІСТЬ ОСІБ ЗА ЗВИЧАЄВИМИ
ЗБІРНИКАМИ ПРАВА РАННЬОФЕОДАЛЬНИХ МОНАРХІЙ ЄВРОПИ****Качур В.***Національний аграрний університет*

На ранніх етапах розвитку суспільства право зароджувалося у формі звичаєвого права, переважно неписаного. Його охоронцями виступали старійшини соціальних груп, найбільш поважні люди. Згодом норми звичаєвого права знайшли своє відображення у збірниках звичаєвого права, які виступали головною формою права у ранньофеодальних монархіях Західної та Східної Європи, процес виникнення яких інтенсивно проходив в VI-XII ст. Зокрема, 1) у „Салічній правді” або „Салічному законі” (Lex Salica) – записі давніх звичаїв салічних франків, які оселилися на території Римської Галії і створили в V-VI ст. найбільше варварське королівство в Західній Європі; 2) у „Руській правді” – найважливішій пам'ятці давньоруського права. 3) у „Польській правді”, яка виступає головним джерелом польського звичаєвого права. Ми з'ясуємо лише деякі риси правосуб'єктності осіб згідно цих правових пам'яток.

Суб'єктом права у досліджуваній період розглядалася особа, яка в своїй правоздатності та дієздатності відповідала певним правовим вимогам, якими були станова приналежність, вік і стать.

Оскільки названі „Правди” приймалися в умовах політичної нестабільності і були необхідними для закріплення панування однієї соціальної групи над іншою, то при їх аналізі ми спостерігаємо поділ населення на вільне і невільне (феодалі і феодально-залежне селянство), що, в свою чергу, також характеризується певною неоднорідністю. Так, феодалі поділялися на сеньйорів та васалів, між якими встановлювалися відносини сюзеренітету-васалітету. Наприклад, у франкській державі васал отримував землю від сеньйора за умови несення військових повинностей на користь останнього. Майже в усіх ранньофеодальних монархіях дворяни, отримуючи землю від короля, одержували й імунітетну грамоту, що надавала фіскальну, поліцейську, судову владу над залежним населенням.

Всі стани панівного класу феодалів володіли широкими правами, мали значні привілеї в порівнянні з селянством, яке перебувало в повній або частковій залежності від своїх господарів, підкорялися їх юрисдикції і, по суті, були повністю безправними. Тому говорити про правоздатність феодально залежного селянства ми не можемо.

Що стосується впливу віку особи на її право- і дієздатність, то, наприклад, Польська правда пов'язує отримання дієздатності з досягненням повноліття, а тому поділяє всіх осіб на повнолітніх і неповнолітніх (actecs legitima і actecs infantiles). Цікавим є те, що повноліття наступало для чоловіків з 12 років, а для жінок – з 16.

Щодо статевої приналежності, то тут усі збірники звичаєвого права були єдиним в тому, що жінка повинна мати значно менше прав, ніж чоловік. Це було викликано домінуванням патріархальної сім'ї. Салічна та Польська правди чітко розмежовували правоздатність дівчат, заміжніх жінок і вдів. Найбільш обмеженими у своїй дієздатності були дівчата, які не могли вчиняти правочини в межах свого майна. Однак Руська правда передбачала випадки, коли жінка могла отримати повну дієздатність щодо усього майна, яке належало родині (ст. 84, 92 за Троїцьким списком).

Наявність юридичних осіб не була характерною для ранньофеодальної Європи. У збірниках звичаєвого права нічого не згадується про можливість утворення таких осіб. Проте, до них можна віднести окремі церкви, монастирі, які у відповідності до церковного законодавства мали право 1) володіти рухомим і нерухомим майном, включаючи землю, 2) набувати нових прав та обов'язків і 3) мати залежних селян.

Таким чином, збірники звичаєвого права ранньофеодальних європейських монархій передбачали ознаки, що дозволяли відносити певних осіб до категорії суб'єктів права, що надавало їм можливість виступати активними учасниками різних правовідносин. Головними критеріями при цьому виступали станова приналежність, віковий ценз та стать. Відтак учасниками правовідносин могли бути лише особи чоловічої статі, які досягли певного віку і належали до феодального стану, тоді як жінки, хоча і володіли правосуб'єктністю, однак були значно обмежені в ній.

МАГДЕБУРЗЬКЕ ПРАВО ТА РЕЦЕПЦІЯ РИМСЬКОГО ПРАВА В УКРАЇНІ

Кобилецький М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Магдебурзьке право виникло у Німеччині (Саксонії) у XII ст. Правовою основою став привілей архієпископа Віхмана 1188 р. Протягом XII – XIII ст. магдебурзьке право поширюється на німецькі землі, територію Польщі, Чехії, Словаччини, Угорщини. У кінці XIII – на початку XIV ст. магдебурзьке право почало поширюватись на українські землі. Вперше його отримали українські міста і села, що входили до складу Галицько-Волинської держави. Першим із відомих на сьогоднішній день привілеєм про надання магдебурзького права українським містам став привілей останнього Галицько-Волинського князя Юрія II Тройденовича місту Сянок 1339 р. З кінця XIV ст. магдебурзьке право почало поширюватись на Поділля, Волинь, Київщину, а з кінця XVI ст. – на Лівобережну Україну. Останнім українським містом, що отримало магдебурзьке право на основі привілею гетьмана Кирила Розумовського стало місто Новгород-Сіверський 1758 р. Окрім права місцевого самоврядування магдебурзьке право широко використовувалось як джерело кодифікації українського права у XVIII – XIX ст. Серед джерел магдебурзького права, окрім привілею архієпископа Віхмана, звичаєвого права, були ортілі, вількери, судові та міські книги тощо. Зокрема, Саксонське Зерцало, магдебурзький Вейхбільд (Weichbild) або Вейхбільд Вульгата, магдебурзько-бреславське систематизоване лавницьке право, “Квіти з Магдебургу”, Магдебурзько-Гьорлицьке право, Познанське шиффенське зібрання, книга Магдебурзьких ортілів, Дев’ять книг Магдебурзького права або *Pollmschen Distinktionen*, Еізенахарська правова книга, Магдебурзькі питання, Стендальська книга ортілів та ін. Важливу роль у поширенні римського права у Східній Європі та використанні їх у джерелах магдебурзького права у кінці XIV – на початку XVI ст. відігравав Николаус Вурм (помер після 1401 р.). Він був учнем відомого болонського юриста Іоанна де Ліньяно. Николаус Вурм був яскравим представником школи коментаторів (постглюсаторів) та створив цілий ряд робіт, що стали джерелами магдебурзького права та Саксонського Зерцала. Перша з них носить назву “Квіти з Магдебургу” і була написана близько 1390 р. У ній ще слабо відчувався вплив римського права. Наступна робота “Квіти Саксонського Зерцала” містила норми земського і частково міського права Саксонії і не опублікована до сьогоднішнього дня. Третя робота стосувалась міського права міста Легніція і вже в ній відчувається значний вплив римського права. Праця побудована на основі діалогу двох відомих юристів Гая і Менія з посиланням на римське право.

З XIV ст. майже усі джерела магдебурзького права зазнають впливу римського права. Особливо цей процес активізувався з кінця XV – початку XVI ст., коли у східнонімецьких князівствах розпочалась рецепція римського і канонічного права. Цьому сприяло створення цілого ряду університетів у Празі (1348 р.), Ерфурті (1379 р.), Ляйпцігу (1409 р.), Віттенберзі (1502 р.), Франкфурті-на-Одері (1506 р.), Кенігсберзі (1544 р.), Йені (1552 р.), Галле (1694 р.) та ін. В університетах готувались кваліфіковані юридичні кадри для судової системи, що сприяло створенню єдиної системи судів на чолі з імперським судом (*Reichskammergericht*), який оголосив римське право загальним правом імперії. Це сприяло поширенню римського права і у міських судах. З середини XVI ст. магдебурзький суд складався з професійних юристів і магдебурзьке право відчувало усе більший вплив римського права. З українських міст лише Львів та інші міста Галичини підтримували зв’язок з Магдебургом і відповідно отримували протягом XIV – XV ст. магдебурзькі ортілі, що містили норми римського права. Після поширення магдебурзького права на територію Польщі, Великого князівства Литовського, а пізніше Речі Посполитої, до складу яких увійшли українські землі, спершу використовувались німецькі джерела магдебурзького права. У 1506 р. виходить Саксонське Зерцало і Вейхбільд латинською мовою. Автором цієї редакції був канцлер Польщі Ян Ласкі, який доповнив дані джерела, використавши праці з римського права. У 1535 р. краківський писар Николай Яскер переклав Саксонське Зерцало і *Jus Municipale* (Вейхбільд) на латинську мову разом із глосами. Польський король Сизигмунд I надав цій роботі офіційного статусу. Серед глос, які використав Яскер, були праці німецьких глосаторів Йогана фон Буха, опрацьовані Дітріхом фон Боксдорфом, Бурхарда фон Мангельфельда та ін., що популяризували римське право. На роботи цих глосаторів опирався і львівський синдик Павло Щербич, який у 1581 р. видав Саксонське Зерцало і Магдебурзьке право

(Вейхбільд) у перекладі на польську мову. Римське право у своїх роботах використовували також інші дослідники магдебурзького права: Ян Сервус Тухольчук, Ян Кірштейн Церазин та Бартоломій Гроїцький. Ян Тухольчук, котрий працював вчителем у Кракові та Львові, у своїй праці “*Farrago actium civilium juris Magdeburgensis*” (1531 р.) використав Саксонське Зерцало і Вейхбільд із статуту Я. Ласкі та глоси Н. Яскіра поруч з романізованою юридичною літературою. Ян Кірштейн Церазин у своїй праці “*Enchiridion aliquot locorum communium Juris Maidenburgensis*” (перевидалась сім разів) поряд з магдебурзьким правом широко використав римське право, тому сучасні дослідники відносять роботу цього автора не до магдебурзького, а до римського права. У тексті “Прав, за якими судиться малоросійський народ” вказувалось: “ В порядку “*Enchiridion*” під словом опікун № 2” або “порядок “*Enchiridion*” про рани.” З 26 розділів “*Enchiridion aliquot locorum communium Juris Maidenburgensis*” у Кодексі 1743 р. використано 12, з яких на 2 розділи посилаються чотириразово, на 1- три рази, на 3 розділи – 2 рази та 6 розділів згадуються лише один раз. Норми “*Enchiridion aliquot locorum communium Juris Maidenburgensis*”, що були використані у Кодексі 1743 р. стосувались приватного права, опіки і піклування, спадкування, поруки, речового та особистого найму. У тексті Кодексу 1743 р. члени кодифікаційної комісії загалом використали 23 положення з “*Enchiridion*” Яна Кірштейна Церазина. Найпродуктивнішим і найпопулярнішим дослідником магдебурзького права у Польщі та Речі Посполитій був Бартоломій Гроїцький, який у своїх працях поряд з Саксонським Зерцалом, Вейхбільдом, польським законодавством, судовою практикою польських міст використовував різноманітні джерела римського права. Зокрема, у найвідомішій роботі “*Porzadek sadow i spraw miejskich prawa magdeburskiego w koronie Polskiej*” Гроїцький використав “*Corpus Juris civilis*”, “*Dekretum Gratiani*” тощо. Ще більший вплив римського права спостерігається у іншій роботі Гроїцького “*Tytuly prawa magdeburskiego do Porzadku i Artykulow, pierwiej po polsku wydanych, w sprawie tego czasu nawiecej kłopotnych z tegoz prawa maideburskiego przydane*”. На римське право опирався у своїй праці “*Prawa Chelminskie*” і Павло Кушевич.

Усі роботи вищезгаданих авторів широко використовувались українськими містами та селами, котрі володіли магдебурзьким правом, а також у кодифікаційних роботах на Україні у XVIII – XIX ст., що сприяло рецепції римського права в українське право.

ВИНИКНЕННЯ ІНСТИТУТУ УСИНОВЛЕННЯ У КИЇВСЬКІЙ РУСІ

Ковальчук І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Усиновлення як "штучне синовство", як прийом "стороннього" до складу родини відбувалося в Древній Русі ще в часи язичництва.

Усередині родової громади мало місце так зване "приймачество" – усиновлення. "Приймати у родину сироту", як правило, могли люди літнього віку, коли їм ставало важко справлятися з господарством або коли в них не було спадкоємців. Прийнятий у родину повинний був почитати своїх нових батьків, господарювати і т.д.

Іншою формою підтримки сироти була общинна, мирська допомога, коли дитина переходила з будинку в будинок на годівлю.

Сироті могли призначати "громадських" батьків, що брали його на свій прокорм.

Але якщо сирота мав господарство, громада протидіяла усиновленню. Такі сироти називалися "вихованцями", "годованцями".

Таким чином, у найдавніший період слов'янської історії зароджуються форми допомоги і підтримки, що надалі стануть основою для християнської моделі допомоги і підтримки нужденним дітям.

Що ж стосується руського звичайного права, то воно передбачало різні процедури усиновлення, що зберігалися довгий час. У їхньому числі:

- обряд фіктивного народження. Для більшої вірогідності в деяких місцевостях на мниму породілля надягали сорочку, забруднену кров'ю. Імітувати пологи міг і чоловік. Вважалося, що обряд, що імітує пологи дитини чоловіком, супроводжував усиновлення ним дитини;
- одруження з вдовою брата;
- фактичний прийом усиновленого до будинку;
- особливий договірний акт між усиновителем і особою, що усиновлюється.

Отже, усиновлення було відоме ще тоді, коли існувала древня родина з патріархальним батьком сімейства на чолі, до якої однаково входили і діти, і раби, і прийняті в родину (приймаки) з чужої родини.

У пору, коли на зміну язичництву прийшло християнство, усиновлення здійснювалося церквою за допомогою особливого акта, що виходить від церковної влади. Воно освячувалося особливим церковним обрядом "синотворення".

Для того щоб усиновлення мало силу, воно підлягало ствердженню єпархіальним архієреєм при дотриманні визначеного церковного обряду. Такими були вимоги, що пред'являлися до усиновлення нормами візантійського права, під впливом яких тоді знаходилася Русь.

Але якщо раніше усиновлення викликалося потребою зберегти чисельність, міцність громади, то згодом все очевиднішою стає інша мета усиновлення – мати спадкоємця, що поминав би душі бездітного чоловіка і жінки.

Це був своєрідний відгомін стародавності, оскільки в пору християнства турботу про душу покійного можна було доручити церкві, а в язичницькі часи приношення йому пожертв складало винятковий обов'язок його дітей. Разом з тим при усиновленні враховувалися інтереси не тільки усиновителя, але й осіб, що усиновлюються, особливо тих, хто втратив власну родину.

Довгий час правила, що стосуються усиновлення, не піддавалися істотним змінам і як і раніше відрізнялися великою розмаїтістю. Але в міру зміцнення приватновласницьких початків у сімейних відносинах усе більше значення стало здобувати розпорядження: не можна усиновляти своїх незаконних дітей. Тим самим створювалися перешкоди на шляху можливого зазіхання на власність усиновителя з боку його незаконних дітей.

Князь Ярослав Володимирович, що прийняв престол у 1016 році, заснував сирітське училище, у якому навчав на своєму утриманні 300 юнаків.

Піклування бідних, страждених, сиріт було однією з головних турбот Володимира Мономаха, про що свідчить і його заповіт: "Усього ж паче убогих не забувайте, оскільки вам можливо по силі своєї годуєте". Сестра його, Ганна Всеволодівна, заснувала в Києві училище для дівчиць, яких не тільки утримувала на свої кошти, але й учила них читати, писати і ремеслам.

На Русі серед монастирів і великих храмів не було таких, котрі не містили би лікарні, богодільні або притулки.

Традиції піклування в древньоруському народі не обмежувалися діяльністю церкви й окремих князів. Прості люди надавали допомогу і підтримку один одному, і в першу чергу – дітям.

Справа в тому, що в цей період діти ще не сприймалися державою і церквою як цінність для суспільства. Єпископи домонгольського періоду, по свідченнях істориків, не ознаменували себе нічим у справі надання допомоги дітям, тоді як народ не залишався байдужим до долі сиріт.

Сформована ще в додержавний період традиція піклуватися про дитину всією родовою громадою перетворилася в турботу про кинутих дітей при скудельницях. Скудельниця – це загальна могила, у якій ховали людей, що вмерли під час епідемії, що змерзнули узимку і т.п. При скудельницях споруджувалися сторожки, куди привозилися кинуті діти. Займалися їхнім піклуванням і вихованням скудельники – старці і бабці, що спеціально підбиралися і виконували роль сторожа і вихователя.

Утримувалися сироти в скудельницях за рахунок милостинь населення околиць міст і сіл. Люди приносили одяг, взуття, продукти харчування, іграшки.

Саме тоді склалися такі прислів'я, як "Зі світові по нитці, а бідному сироті сорочка", "Живий не без місця, а мертвий – не без могили". У скудельницях покривалися народним милосердям і нещаслива смерть, і нещасливе народження.

При усій своїй примітивності будинки для убогих дітей були вираженням народної турботи про сиріт, проявом людського боргу перед дітьми. Скудельники стежили за їхнім фізичним розвитком, за допомогою казок передавали їм моральні правила, а колективна увага згладжувала дитячі переживання.

ЦЕРКОВНА ЮРИСДИКЦІЯ РУСЬКОЇ ПРАВОСЛАВНОЇ ЦЕРКВИ НА ЗЕМЛЯХ НАДДНІПРЯНСЬКОЇ УКРАЇНИ В СИНОДАЛЬНИЙ ПЕРІОД (1721-1917 РР.).

Ковбасюк С.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Синодальний період був в історії Руської Православної Церкви періодом, в якому існували найбільші протиріччя між церквою та державою. XVIII та XIX століття були для церкви періодом безумовної підлеглості державі (за словами І.К.Смолича „в петровську епоху центром історії стають взаємовідносини держави та церкви з їх впливом на всі сторони церковного життя”), однак Російська імперія все ж заявляла про своє православне коріння та пануючою була проголошена християнська *кафолічна* східного віросповідання церква. *Симфонія влад* визначала вирішення всіх актуальних для церкви питань лише з тією обмовкою, що їх актуальність оцінювала не сама церква, а Російська держава. Насправді ця обмовка в реальному житті знищувала поняття „симфонії”. Ці обставини необхідно враховувати при дослідженні церковної юрисдикції та діяльності церковного суду Руської Православної Церкви в Синодальний період.

З 1721 р. на землях Наддніпрянської України, що входили до складу Російської держави, почав діяти *Духовний регламент* – документ, який перетворював Руську Православну Церкву на складову частину державного механізму, ліквідував патріаршество і впроваджував Святіший Урядовий Синод, функції якого незабаром було зведено нанівець інститутом обер-прокурора.

Звичайно, було б спрощенням зводити політику російської державно-синодальної влади стосовно православної церкви на землях Наддніпрянської України виключно до міркувань забезпечення церковно-національної зверхності Москви. Включення Київської митрополії до складу Московської патріархії зобов'язувало церкву до виконання церковних розпоряджень, викликаних не тільки і не стільки національними умовами, скільки загальнодержавними потребами.

При Київській митрополії діяв орган місцевого церковного управління – Духовна консисторія. На той час Духовна консисторія виконувала судові функції та вирішувала такі злободенні питання, як багатощлюбність, визначення ступенів родинних зв'язків, вела боротьбу з марновірствами. Київській духовній консисторії було підпорядковано чотири повіти: Київський, Лубенський, Ніжинський та Полтавський. Духовна консисторія здійснювала свої функції на місцях через намісників митрополита та протопопів, які обирались місцевим духовництвом.

Наприкінці XVIII – першій половині XIX ст. на землях Наддніпрянщини було організовано дев'ять епархій: Волинську (з 1799 р.), Катеринославську (з 1802 р., а раніше – Словенська й Херсонська), Київську (з 1797 р. – в нових епархіальних межах), Подільську і Брацлавську (з 1795 р.), Полтавську і Переяславську (з 1803 р.), Харківську і Таврійську (з 1837 р., пізніше – Херсонську й Одеську), Таврійську й Сімферопольську (з 1859 р.). У межах кожної з них в той час відбувся більш чіткий, ніж раніше, розподіл церковної та державної юрисдикції. Після заснування Святішого Урядового Синоду більшу частину кримінальних справ, за якими особи всіх станів були підсудні церкві, віднесли до компетенції загальних (світських) судів. У церковній юрисдикції залишились лише справи, що мали чисто релігійний характер: про богохульство, ересь, розкол, чаклунство, про насильне взяття шлюбу та постріг.

У подальшому держава все більш звужувала компетенцію церковних судів. Так у період правління імператриці Катерини II (1762-1796 рр.) більшість, із зазначених вище судових справ, уряд відніс до компетенції світських судів, хоча зміна підсудності не супроводжувалась необхідними змінами матеріального права. За цієї причини в *Уложенні про покарання кримінальні та виправні 1846 р.* (15 том Зводу законів Російської імперії – фактично перший Кримінальний кодекс Російської імперії) містилось правило про те що, особи, за злочини проти віри, церковних правил та моральності підлягали не тільки кримінальному покаранню, але й церковному покаянню, види та тривалість якого визначались духовною особою. Участь духовного (церковного) суду в цих випадках обмежувалась визначенням міри церковного покарання.

Протягом Синодального періоду миряни підлягали церковній юрисдикції частіш за все при вирішенні питань стосовно розірвання шлюбу. Проте, якщо в XVII ст. та в середині XVIII ст. грамота про розлучення могла видаватись єпархіальним єпископом і навіть парафіяльним священиком, то в подальші роки, починаючи з років правління Катерини II, така практика була припинена – Синод зберіг право видавати грамоту про розлучення тільки за єпископами. За царювання Олександра II указами 1805 р. та 1810 р. Синод остаточно перевів справи про розлучення виключно до своєї компетенції.

Проте укази 1805 р. та 1810 р. не вирішили складної проблеми розірвання шлюбів. В епоху Великих реформ царський уряд був вимушений знову повернутись до її обговорення: при підготовці *Судових статутів 1864 р.* більшість членів комісії з їх підготовки висловлювали думку про необхідність залишити за духовними властями лише виконання рішень світського суду. Пропозиція не була схвалена Державною Радою, як така, що змінювала канонічне право. Але це не означало повного вирішення „шлюбної проблеми”. Через сорок років, в 1905 р., обговорюючи церковні зміни, деякі єпископи відмітили й необхідність визначення процедури розлучення. Архієпископ Алеутський та Північноамериканський Тихон (1865-1925 рр.) (майбутній Святіший Патріарх Московський і всієї Русі) пропонував передати у відання світського суду справи про розлучення, залишивши при цьому за церковною владою право визнавати чи не визнавати постанови з таких питань світської влади та самій визначати, кому може бути дозволений повторний шлюб після отримання грамоти про розлучення.

Проблемним в Синодальний період було питання про підсудність духовництва. Ще Петро I (1682-1725 рр.) своїм указом дозволив єпархіальним єпископам і Святішому Синоду судити підлеглих їм осіб, хоча і вилучив із їх відання кримінальні і політичні справи. Державні злочини, які скоювали духовні особи, також розслідувала світська влада. Єдине, що припускалось в такому випадку, – участь в процесі над духовною особою церковного депутата. Внутрішня логіка в подібному „зрівнянні” духовництва з іншими станами в країні існувала: імперія за своєю природою завжди прагне уніфікації, в тому числі і в правовій сфері. Повністю незалежного від світських властей суду в імперії існувати не могло. Не випадково російське та українське освічене суспільство до середини XIX ст. сприймало церкву, як «установу православного сповідання». Політичні інтереси держави не могли бути для „установи необов’язковими”.

Мабуть цим можна пояснити указ Петра I 1721 р., який він видав при заснуванні Святішого Урядового Синоду: Над духовними особами, обвинуваченими у злочині, слідство та суд проводити світському начальству. Таким чином, за кримінальні злочини духовництво підлягало відповідальності на загальних засадах, проте позбавлення сану проводив Синод.

Намагання підпорядкувати церкву світському контролю найбільш проявилось в роки царювання імператора Миколи I (1825-1855 рр.). Саме в роки його правління обер-прокурор Святішого Синоду граф Микола Протасов (1836 – 1855 рр.) провів реформу системи управління церквою, перетворивши синодальний апарат на зразок міністерств, а членів Синоду – в „безголосих статистів”. Сам Святіший Синод став дорадчим органом при обер-прокурорі. Духовна консисторія, набуваючи функцій нагляду за єпископом та обмеживши його владу, перестала бути його канцелярією”.

Навіть після того, як в 1883 р. було прийнято новий *Статут Духовних консисторій*, становище не змінилось, як і не змінився поділ Консисторії на робочий відділ, так зване присутствіє та канцелярію, яку очолював світський чиновник-секретар. Присутствіє розглядало поточні справи єпархії. Без відома Консисторії єпископ не міг зробити нічого, а в Консисторії „панував” секретар, який безпосередньо був підвладним обер-прокурору. Аналіз повноважень Консисторії дозволяє зробити висновок про те, що Статут духовних консисторій фактично обмежував канонічну владу єпископа, його норми протирічили нормам канонічним правом.

За *Статутом духовних консисторій 1883 р.*, який діяв до Жовтневої революції 1917 р., кримінальна підсудність духовництва визначалась наступним чином: єпархіальному суду були підсудні клірики які чинили посадові злочини. Крім того, в *Судових статутах 1864 р.* було залишено правило, згідно з яким духовні особи підлягали юрисдикції церковного суду (виключно) при порушенні своїх обов’язків, встановлених церковними правилами й іншими постановами, що діяли в „духовній установі”.

Існували випадки, коли судові справи розглядались не світському суді, а церковним керівництвом: коли духовна особа звинувачувалась в злочинах проти „благочинія” та „благоповедінки”. Це правило базувалось на тому канонічному положенні, що клірик, який образив когось словом або дією, не тільки скоює вчинок, морально недозволений та такий, що юридично

карається, але разом з тим зневажає сан, який він носить (27 Апостольське правило, 9 правило Двократного Вселенського собору).

Таким чином, не дивлячись на посилення в Синодальний період державної юрисдикції, церковний суд, згідно букві закону, мав достатньо повноважень та можливостей для покарання церковних опонентів. Церква судила та карала всі діяння своїх членів, які містили в собі явне порушення виключно церковних правил. Дане положення керівництво Руської Православної Церкви намагалось відстояти не тільки в теорії (в православної державі проти цього ніхто не суперечив), але й на практиці.

**ПІДГОТОВКА АДМІНІСТРАТИВНО-СУДОВИХ КАДРІВ
КОЗАЦЬКО-ГЕТЬМАНСЬКОЇ ДЕРЖАВИ***Кульчицький В., Присташ Л.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

За березневими статтями 1654 р. в Україні був збережений механізм управління, що склався в роки народно-визвольної війни під проводом Богдана Хмельницького. Для його чіткого функціонування потрібні були кваліфіковані кадри. Однак, на жаль, проблема їхньої підготовки не стала ще в нашій історичній та історико-правовій науці предметом спеціального дослідження.

На початку існування Гетьманщини в управлінському апараті працювали люди, які набули спеціальної освіти і практики в козацькому війську або в польських державних установах. З другої половини ХУІІ ст. такі кадри почали готувати власними силами. Велика заслуга в тому братських шкіл і особливо Києво-Могилянської академії, де крім українців, навчалися студенти з Болгарії, Греції, Молдови, Сербії та інших країн.

Навчальні заклади ХУІІ-ХУІІІ ст., у тому числі й Києво-Могилянська академія, давали ґрунтовані знання загальноосвітнього характеру. Спеціальну ж освіту одержували переважно під час практики.

Значну роль у підготовці кадрів для адміністративно-судових і фінансових органів відігравали канцелярії гетьманських центральних і місцевих установ, особливо Генеральна військова канцелярія, якою керував генеральний писар, будучи вищою службовою особою гетьманської адміністрації в Україні. Крім основних функцій (складання гетьманських універсалів, дипломатичного листування, прийому іноземних послів, розгляду повідомлень полкової та сотенної старшини, справ міст тощо), вона виконувала ще й функції підготовки керівних кадрів для державного апарату. У ній під керівництвом досвідчених фахівців готували кваліфікованих дипломатів, юристів, адміністраторів. Згодом при Генеральній військовій канцелярії створено спеціальний канцелярський курінь.

Точна дата його заснування невідома і вперше про нього згадував у "Щоденнику" український мемуарист Яків Маркович, який обіймав посади наказного лубенського полковника (1721, 1793-1795), а пізніше генерального підскарб'я (1740-1762). Описуючи пожежу в Глухові (тепер Сумської обл.) в 1748 р., він зазначав, що згоріло багато будинків, крім канцелярського куреня, що був на околиці міста. Імовірно, такий курінь був раніше в Батурині (тепер Чернігівської обл.) і відновлений у Глухові після перенесення туди в 1708 р. столиці Лівобережної України.

Хоч курінь формально школою не називався, але фактично це був своєрідний навчальний заклад напіввійськового типу, підпорядкований генеральному писареві, а безпосередньо ним керував старший канцелярист. До куреня приймали осіб переважно із знатних козацько-старшинських родин. Тих, хто успішно склав вступні іспити і відповідав іншим вимогам, приводили до присяги і записували до списку військових канцеляристів. Проживали вони в окремому будинку-курені і були на державному утриманні. Лише найзаможніші жили на приватних квартирах.

Військові канцеляристи вивчали іноземні мови, юриспруденцію, камеральні, тобто фінансово-економічні науки і військову справу. У навчальних планах були також співи, музика і спорт. У неділі та свята канцеляристи куреня співали в місцевій церкві і славилися як найкращі співаки у Глухові.

Навчання військових канцеляристів тісно поєднували з практикою. Їм доручали вести окремі справи, а також призначали до складу різних комісій, які виїжджали для розгляду справ у полки і сотні. З великою повагою ставився до канцеляристів і сам гетьман.

З вихованців канцелярського куреня вийшло багато здібних юристів, освічених адміністраторів і досвідчених технічних працівників, а також істориків, мемуаристів, письменників, твори яких є важливим джерелом для вивчення історії українського народу. Такими вихованцями були козацький літописець та особистий секретар Б. Хмельницького Самійло Зорка, невідомий канцелярист-літописець, що увійшов в історію під іменем Самовидця, літописець Григорій Граб'янка, мемуарист Микола Ханенко та інші.

ПРАВОВИЙ СТАТУС УКРАЇНСЬКОЇ ГРЕКО-КАТОЛИЦЬКОЇ ЦЕРКВИ В МІЖВОЄННІЙ ПОЛЬЩІ. 1918–1939 РР.

Липитчук О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Церковне питання в умовах суверенної України залишається складним і потребує з боку держави виваженої політики та вдосконалення правових засад врегулювання релігійних проблем. Крім того, що в Україні існують конфлікти між трьома православними церквами (Українська Православна Церква Московського патріархату, Православна Церква Київського патріархату, Українська Автокефальна Православна Церква), досить складними залишаються відносини між православними та греко-католиками, які мають сьогодні в Україні 3165 парафій. Відтак об'єктивне вивчення історії Української Греко-Католицької Церкви (УГКЦ) та її правового статусу на різних етапах історичного розвитку, зокрема, у міжвоєнний період, дозволить обрати найоптимальніший шлях визначення юридичного статусу УГКЦ в сучасній Україні.

У 1918 р. була відновлена Польська держава, до складу якої в результаті складної військово-політичної та дипломатичної боротьби і всупереч волі більшості населення були включені західноукраїнські землі. Створена Польська держава містила найвищий відсоток національних меншин в усій Європі. У 1921 р. поляки становили 69,2% усього населення Польщі, українці – 14,3%, євреї – 7,8%, білоруси – 3,9%, інші національні меншини – 4,8%. У східних воєводствах Польщі чисельність українців становила: 68,9% – у Станіславівському, 68,4% – у Волинському, 45,5 – у Тернопільському, 36,1% – у Львівському. До віросповідання римо-католицького латинського обряду належало 63,8% населення, греко-католицького 12,2%, православного 10,5%.

За таких умов польська влада змушена була обіцяти населенню західноукраїнських територій громадянську рівність, що включала й забезпечення прав на збереження і розвиток його національних особливостей. Ці зобов'язання були закріплені у статтях міжнародних договорів, які визначали статус Польської держави у європейській спільноті. У Версальському мирному договорі, підписаному між країнами Антанти та Польщею у червні 1919 р., записано, що “всі польські громадяни без різниці раси, мови чи релігії будуть рівні перед правом і будуть користуватися однаковими цивільними і політичними правами...”

За Ризьким мирним договором, укладеним у 1921 р. між Польщею, з одного боку, та радянською Росією і Україною – з другого, польський уряд зобов'язувався надати “особам російської, української та білоруської національності, які проживають у Польщі, на підставі рівноправності національностей усі права, що забезпечують вільний розвиток культури, мови і виконання релігійних обрядів”.

Правове обґрунтування статусу Церкви в II Речі Посполитій було визначено в Березневій конституції 1921 р., положення якої підтверджувалися в Квітневій конституції 1935 р. В цих конституційних актах врегульовувався обсяг релігійних свобод, стосунки Церкви і держави, низка проблем, пов'язаних із майновим становищем Церкви, церковної освіти, способів фінансування, релігійних об'єднань тощо.

В Березневій конституції 1921 р. декларувалося, що “Всі громадяни мають право на свободу совісті та віросповідання. Жоден громадянин не може бути із-за свого віросповідання і релігійних переконань обмежений в правах, якими користуються інші громадяни” (ст.111). Це положення було значним кроком в польському законодавстві, оскільки розширило обсяг свободи совісті і віросповідання в Польській державі. Ця стаття зобов'язувала державу поважати право громадянина не виявляти своїх релігійних переконань. Певним обмеженням свободи совісті і віросповідання було впровадження Конституцією 1921 р. обов'язкового вивчення релігії учнями до 18 років, які навчаються в державних або частково утриманих державою чи місцевою владою школах (ст. 120).

Конституція 1921 р. містила статті, які визначали правовий статус релігійних об'єднань. Березнева конституція поділяла релігійні об'єднання на визнані законом і не визнані законом. Визнаними законом *de iure* релігійні об'єднання були такі, які на час вступу у дію Березневої конституції 1921 р. мали врегульований статус на підставі законодавства колишніх держав-окупантів.

До визнаних законом релігійних віросповідань в міжвоєнній Польщі належали римо-католицька Церква, православна Церква, євангельська Церква. Кожна релігійна громада визнана державою набувала право публічно відправляти службу божу, самостійно здійснювати свої внутрішні справи, володіти та набувати рухоме та нерухоме майно, управляти та розпоряджатися ним, мати своїх фундаторів та фундації, а також заклади для релігійних, наукових і громадських цілей. Упривілейоване становище серед визнаних релігійних об'єднань *de iure* набуло римокатолицьке віросповідання, яке згідно Конституції 1921 р. “займає в державі зверхнє становище над рівноправними релігіями” (ст. 114). Березнева конституція 1921 р. визначила автономний статус католицької Церкви в Польській державі (на відміну від інших релігій) та задекларувала, що стосунки держави і католицької Церкви будуть врегульовані в конкордаті.

Автономію католицької Церкви Березнева конституція вирішила в особливий спосіб, що полягало у невтручанні держави у внутрішнє законодавство (канонічне право) католицької Церкви. Ст. 114 Конституції проголошувала, що “Римо-католицька Церква управляється за власними законами. Стосунки між державою і Церквою будуть визначені згідно договору з Апостольською Столицею, який має ратифікувати сейм”.

Згідно положень Березневої конституції особливий правовий статус католицької Церкви був врегульований конкордатом, укладеним 10 лютого 1925 р. в Римі між Апостольською Столицею і II Річчю Посполитою.

В ст. 1 конкордату проголошувалося, що “Католицька Церква будь-якого обряду буде в Польській Республіці вільною. Держава гарантує римокатолицькій Церкві вільне здійснення нею духовної влади та юрисдикції, а також вільного управління своїми справами і майном згідно законів божих і канонічного права”. Цей Акт підтвердив організаційну структуру Костела, який обіймав три обряди: латинський, греко-католицький і вірменський. Територіальна структура римо-католицької Церкви включала п'ять митрополій: гнєзненсько-познанська, варшавська, львівська, краківська і віленська. Центр управління церковною провінцією греко-католицького обряду, яка включала дві єпархії, знаходився у Львові.

Упродовж міжвоєнного періоду УГКЦ в Польщі становила розгалужену інституцію. Вона складалася (наприкінці 1930-х рр.) зі Львівської архієпархії, Перемиської і Станіславської єпархій, Апостольської Візитатури для Лемківщини. Також мала одного митрополита, двох єпископів, чотирьох єпископів-помічників, апостольського адміністратора; нараховувала 2387 парафій, 2352 осіб парафіяльного і 143 монашого духовенства; мала Богословську академію, три єпархіяльні семінарії, де навчалося 480 студентів, 31 чоловічий і 121 жіночий монастир і монаші дома, в яких перебувало 315 монахів і 932 монахині, близько 3,6 млн. вірних. Було засновано низку періодичних видань.

Оскільки в Польській державі приналежність до УГКЦ ідентифікувалася з українською нацією, то її роль в національному житті українців була надзвичайно важливою. Польський уряд постійно порушував задекларовані конституційні статті щодо українців. Тому, не зважаючи на положення конкордату між Ватиканом і Польщею, які зобов'язували польський уряд надати УГКЦ рівні права з римо-католицькою, поважати історичні права цієї Церкви, сприяти їй матеріально, польський державно-адміністративний апарат постійно порушував ці статті. Особливе занепокоєння польська влада виявляла з приводу українізації греко-католицьким духовенством “польських греко-католиків” у метричних книгах. З метою зменшення кількості української інтелігенції, польські власті ставили питання: або переносити метрику до костела, що було рівнозначним відреченню від своєї національності, або виїжджати на роботу на чисто польські терени. Під тиском польської влади Ватикан заборонив УГКЦ проводити місійну працю на Волині і Поліссі. У 1934 р. Ватикан на вимогу польського та москвофільського духовенства утворив із західних частин Перемиської єпархії Апостольську адміністрацію для Лемківщини, на чолі якої було поставлено адміністратора – русофіла. У 1938 р. на Холмщині Польська держава проводила кампанію “ревіндикації” храмів: у православних українців конфіскували ті церкви, які свого часу належали уніям, а нащадків уніятів примушували переходити на латинський обряд. Не знайшла підтримки у польській адміністрації Католицька Акція, в якій на теренах Східної Галичини приймала найактивнішу участь УГКЦ, що надавало їй можливість зміцнювати свій вплив в регіоні.

Конституція 1921 р. та конкордат були підставою упривілейованого становища римо-католицької Церкви в II Речі Посполитій. Римо-католицька Церква, будучи фактично державною в значній мірі використовувалася для денационалізації українського населення. Це, безперечно, звужувало правовий статус УГКЦ у міжвоєнній Польщі.

МЕТОДОЛОГІЧНІ ВИМОГИ Б.О. КІСТЯКІВСЬКОГО ДО ІСТОРИКО-ЮРИДИЧНИХ ДОСЛІДЖЕНЬ ПОЛІТИКО-ПРАВОВИХ ЯВИЩ*Меленко О.**Одеська національна юридична академія*

У сучасних умовах, коли вивчення і творче використання історичних традицій вітчизняної юриспруденції та інтелектуального досвіду її видатних представників вважається одним зі шляхів подальшого розвитку цієї галузі наукового знання, багато питань наукової спадщини одного з видатних українських вчених кінця XIX – початку XX ст. Богдана Олександровича Кістяківського – правознавця, філософа, історика, академіка Української Академії Наук, доктора державного права, залишаються недослідженими.

Б.О. Кістяківський зробив значний внесок у розробку багатьох теоретико-методологічних проблем правознавства. Особливий інтерес також представляють його погляди з питань методології історичних досліджень політико-правових явищ, розгляд яких складає основну мету представленої роботи.

Проблеми методології історичних досліджень політико-правових явищ розглядаються в двох роботах Б.А. Кістяковського: «Соціальні науки і право. Нариси по методології соціальних наук і загальної теорії права» і «Сторінки минулого. До історії конституційного руху в Росії» (з приводу книги: В.Я. Богучарський. «З історії політичної боротьби в 70-х і 80-х рр. XIX сторіччя. Партія «Народної Волі», її походження, доля і загибель. М., 1912»).

Вихідним посиланням для визнання різних юридичних дисциплін, на думку Б. Кістяковського, є їхня методологічна природа. Деяким вченим, що ігнорували це положення, на початку XIX сторіччя, коли «була висунута нова науково-юридична задача, що полягає у вивченні історії права», здавалося, що історія права покликана замінити догматику права. Як пише Б. Кістяківський, методологічна самостійність і відособленість, а також право на існування кожної із юридичних дисциплін не відразу були з'ясовані. Навіть така знаменитість як Ерінг писав про деякі дослідження з історії права, що вони представляють собою лише розташовану по різних історичних епохах, тобто послідовну в часі, догматику. Однак, в другій половині XIX сторіччя історія права остаточно завоювала собі самостійне місце, як особлива за своїми методами юридична наука.

На думку Б. Кістяківського, дослідження політико-правових явищ може бути двоєке: історичне і догматичне. Історико-юридичні дослідження спрямовані на вчення історичного походження норми, тобто встановлюють причинні зв'язки, що привели до їх створення, і тому вони належать до «наук про причини», на відміну догматичним дослідженням, що належать до «наук про цілі».

Б. Кістяківський не погоджується з тими вченими, що ставлять знак рівності між історією і природознавством. Розмежовуючи їх, насамперед, за методологічними підставами, вчений пише, що історик вивчає окрему подію в тому безпосередньому вигляді, якою вона є, намагається насамперед вірно встановити «факт у всій його красі, враховуючи специфічні особливості», прагне «відтворити його таким, яким він був, як єдине, виняткове, не повторюване явище». Тоді як природознавство – це наука про закономірності в природі.

Головною методологічною підставою для принципового розмежування цих наук, як вважає Б. Кістяківський, є розходження точок зору і напрямку наукового інтересу. У випадку вивчення явищ природного світу дослідник «цікавиться не даним індивідуальним явищем, а тим причинним співвідношенням, що у ньому проявилось», а «коли дослідженню підлягає історична подія, історик настільки зацікавлений, поглинутий і проникнений цим індивідуальним явищем, що воно зі всіма своїми рисами і дрібницями складає предмет його вивчення... Досліджуючи переважно одиничне, історик вивчає все окремо, на противагу натуралісту, що, досліджуючи тільки загальне, вивчає все разом. Логічна структура того та іншого дослідження – зовсім різна. Судження натураліста в більш вузькому значенні цього слова аподиктично; натураліст говорить: так повинно бути. Судження історика асерторно: він говорить: так є чи так було».

На думку вченого, крім встановлення і відтворення фактів, історія зайнята ще дослідженням причин явищ та подій і через це відрізняється від природознавства, що теж вивчає причини явищ:

«Історія прагне проникнути в зовсім інші причини, ніж ті, які визначають науки, що досліджують закономірність явищ у природі. ...причини подій, яких розшукуються історики, і причинні співвідношення між явищами, що встановлюють натуралісти, із гносеологічної і логічної точки зору, не мають нічого між собою спільного. Причини, що досліджує історик, такі ж індивідуальні та єдині, як і самі історичні події... На відміну від натураліста, історик досліджує індивідуальний збіг та переплітання різних причинно-обумовлених явищ, що призвели до даної події».

Б.О. Кістяківський у роботі «Сторінки минулого. До історії конституційного руху в Росії», написаної з приводу книги відомого в той час історика В.Я. Богучарського «З історії політичної боротьби в 70-х і 80-х рр. XIX століття. Партія «Народної Волі», її походження, долі і загибель», критикуючи Богуславського в неправдивості, висловив ряд цінних методологічних ідей щодо проведення історичного дослідження.

По-перше, подібні дослідження, насамперед, вимагають спеціальної наукової підготовки, компетентності в досліджуваних питаннях.

По-друге, головними вимогами будь-якого історичного дослідження є об'єктивність і неупередженість; у подібних дослідженнях не повинно бути місця для суб'єктивної сваволі. Тому що в кожного дослідника «є свої симпатії й антипатії, то надане його сваволі і буде розглядатися через призму цих явищ. Якщо історик дуже суб'єктивно відноситься до досліджуваних ним подій, якщо увага його звернена головним чином на те, щоб точно встановлювати лише кожен окремих факт, і якщо він при цьому переконує себе, що він викладає факти і тільки факти, то він навіть не помітить, як в його інтерпретації хід історичних подій поступово прийме своєрідний напрям, що зовсім не відповідає історичній дійсності. Йдучи далі цим шляхом, історик, зрештою, напише не історичне дослідження, а дидактичний твір на вибрану ним тему».

По-третє, для історичного дослідження необхідна темпоральна віддаленість суб'єкта пізнання від об'єкта. Вчений вважає, що при вивченні новітньої історії її сучасниками, (тобто при відсутності їх темпоральної віддаленості), неможливо дотримати головні вимоги до історичних праць – об'єктивність і неупередженість. Зокрема, Кістяківський, критикуючи Богуславського, відзначив, що «дуже шкідливо вплинула на його роботу та обставина, що він є сучасником подій, про які він розповідає. Очевидно, у свій час, коли відповідні події відбувалися, у нього склалися цілком визначені думки відносно них, і тепер він підшукує факти для підтвердження цих давно сформованих думок. Але зовсім збили автора з дійсного шляху правдивого зображення історичних подій його захоплення своїми удаваними відкриттями і створеними на їх підставі судженнями. Усе це привело до того, що книга Богучарського не тільки не дає правдивої картини описаних ним історичних подій, але і відтворює їх у зовсім перекрученому вигляді».

По-четверте, раціональним методом історичного дослідження є викладення найголовніших історичних подій досліджуваного суспільного явища в їх історичній послідовності з урахуванням історичного зв'язку між фактами. Дотримання даного методу допомагає досліднику уникнути зайвих повторень і захищає його від перекошування історичного зв'язку між фактами.

По-п'яте, історик не повинен випустити з уваги соціально-історичний контекст досліджуваних явищ. Історичне вивчення вказаних явищ, на думку Кістяківського, вимагає «висвітлення суспільної атмосфери, завдяки якій тільки могли і виникнути» та існувати ці явища.

На завершення необхідно відзначити, що методологічно цінні установки, розроблені Б. Кістяківським, спрямовані на забезпечення плідної та соціальної результативності історико-юридичних досліджень політико-правових явищ. Досвід історико-правової науки показує, що ігнорування зазначених методологічних вимог неодмінно приводить до ґрунтового перегляду результатів проведених досліджень.

ПРАВОВІ ЗАСАДИ ДІЯЛЬНОСТІ ГАЛИЦЬКОГО НАМІСНИЦТВА У 1849-1918 РР.

Моряк-Протопопова Х.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У 1848 р. знову вибухнула революція у Франції. Під її впливом активізувався революційний рух у багатьох Європейських країнах, у тому числі і в Австрії. Навесні 1848 р. угорський сейм під тиском народних мас прийняв конституцію та закони про скасування кріпацтва, свободу слова та друку і ряд інших. Імператор, щоб заспокоїти розбурхане населення затвердив ці акти та конституцію Угорщини.

13 березня 1848 р. розпочалося велике повстання у Відні і 25 квітня 1848 р. імператор був змушений „дарувати” народу так звану квітневу конституцію, яка проголошувала створення загальнодержавного представницького органу, та містила ряд інших прогресивних положень. Так Австрія розпочала свій шлях перетворення у конституційну монархію, який завершився у 1867 р. підписанням ряду конституційних законів та її перетворенням у Австро-Угорську дуалістичну державу.

Квітнева конституція не могла влаштувати найбільш радикально налаштованих представників революційних мас і імператор Фердинанд I у травні 1848 зупиняє введення її в дію та скликає спеціальний сейм для переробки основного закону. Прийняття нової конституції затягувалось. У цей час (2 грудня 1848 р.) на престол зійшов молодий енергійний імператор – Франц Йосиф. Він розпускає сейм і 4 березня 1849 р. проголошує нову (урядову) конституцію, яка увійшла в історію під назвою открайована (накинута зверху) конституція. На протигагу попередній конституції Австрія проголошувалась унітарною державою у якій усі її частини мали рівні права. У жовтні 1849 р. революційний рух Угорщини, вдалося придушити за допомогою військової підтримки Росії, також були ліквідовані повстання у Відні, Північній Італії та деяких інших землях імперії. Революція в Австрії 1848-1849 рр. зазнала невдачі. Однак, дала поштовх багатьом позитивним зрушенням у свідомості людей, та державі. До таких можна віднести піднесення національного руху, скасування кріпацтва, проведення реформи політичних установ монархії (політичними в австрійському законодавстві традиційно називали ті державні установи, які здійснювали управління) і ін. Як відомо до 1848 р. управління Галичиною здійснювалось губернатором, якого призначав і заміщував імператор з числа австрійської знаті. З 1848 Галичина (одне з 9 австрійських намісництв (Statthalterei), управляється імператорсько-королівським намісником.

Далі, по-можливості, у хронологічному порядку подано назви найважливіших нормативних актів, що визначали правові засади діяльності Галицького Намісництва, дату їх прийняття та їх короткий аналіз.

Вже конституцією 1849 р. проголошувалось про заміну губерній на чолі з губернаторами на намісництва під керівництвом намісників. Найважливішою відмінністю між намісництвом з одного боку та бувших губернських правлінь з іншого було те, що усунуто існуючий до того часу колегіальний спосіб прийняття рішень, та запроваджено принцип одноособової відповідальності намісника за діяльність довіреної йому установи.

8 жовтня 1850 р. було оголошене розпорядження Міністерства внутрішніх справ про організацію політичної адміністрації королівств Галичини і Лодомерії з Князівствами Освецімським і Заторським, разом з Великим князівством Краківським (далі – Галичина). Воно складалося з 14 розділів і визначало найважливіші засади діяльності галицького намісництва. Цим розпорядженням визначалось, що на чолі адміністрації стоїть намісник, з відповідною кількістю підлеглих йому урядовців. Закріплено поділ Галичини на урядові округи (Львівський, Краківський, Станіславський) на чолі з окружними президентами. Повітові старости та очолювані ними повітові староства були нижчою ланкою державного управління.

Імператорським патентом від 29 вересня 1850 р. було проголошено Крайову конституцію і Положення про вибори в крайовий сейм для Галичини. Крайова конституція складалась з 5 розділів і 82 параграфів. У крайовій конституції проголошувалось, що до компетенції органів крайового представництва належать тільки ті справи, коло яких чітко окреслено законами, всі інші хоча б і не

передбачені прямо законами входять у компетенцію держави. Конституція закріплювала право і обов'язок намісника та відповідного окружного президента бути присутніми на засіданнях парламентських курій (Львівської, Краківської і Станіславської), а також право і обов'язок намісника приймати участь у засіданнях центрального комітету та право у будь-який час взяти слово при обговоренні цими органами будь-яких питань.

12 лютого 1851 р. Міністерство віровизнань і освіти прийняло розпорядження про встановлення тимчасової крайової шкільної ради для Галичини в параграфі другому якого йшлося про те, що крайова шкільна рада є підрозділом намісництва, і її Намісник очолює безпосередньо, загальне керівництво здійснюється Міністерством віровизнань та освіти. 18 квітня 1890 р. наказом імператора була запроваджена окрема посада заступника намісника у крайових шкільних радах Відня, Праги і Львова, якого призначав монарх за поданням Міністра віровизнань і освіти.

31 грудня 1851 р. імператор Франц Йосиф адресував до Президента Ради міністрів князя Шварценберга лист у якому визначав основні засади адміністративно-територіальної організації коронних країв Австрійської імперії, та доручив міністерства, які мають стосунок до політичних влад розробити та подати на імператорський розгляд відповідні пропозиції. 36 параграфів „Зasad установ організаційних в коронних краях Австрійської імперії” поміж іншим визначали, що у коронних краях над окружними владами стоїть намісництво і начальник краю.

19 січня 1853 р. оприлюднене спільне розпорядження Міністрів внутрішніх справ, справедливості і скарбу, яким доводились до відома найвищі постанови, які торкалися урядової діяльності повітових органів, окружних влад та органів намісництва прийнятих 14 вересня 1852 р. Даним розпорядженням встановлювалось, що органами політичного управління у більших краях (як Галичина) будуть намісництва під керівництвом Намісників, а у менших (як Буковина) крайові уряди під керівництвом крайових Президентів. Це було певною новеллою, оскільки з 1849 до часу прийняття цього розпорядження усі адміністративні одиниці монархії називалися намісництвами.

Група „С” розпорядження, що називалася „Найвищі постанови про створення намісництв та їх правовий статус” складалась з трьох розділів, 49 параграфів та Додатку. У першому розділі „Апарат намісництва” зазначено, що намісництво складається з Намісника, його заступника, радників намісництва, секретарів, практикантів і ін. допоміжного персоналу. Намісництво підпорядковувалось Міністерству внутрішніх справ, що стосувалось виконання ним своїх обов'язків у царині державного адміністрування, та іншим міністерствам чи центральним органам, що стосувалось виконання намісництвом делегованих ними повноважень. У другому розділі йшлося про те, що Намісник крім управління власне намісництвом здійснював найвище керівництво поліцією, нагляд за пресою, підприємствами і таке ін. Третій розділ повністю призначений порядку прийняття рішень намісництвом та відповідальності намісника у разі неналежного виконання своїх обов'язків. Тим же розпорядженням встановлювалась тарифна сітка посадових окладів намісництв. За нею намісник отримував заробітну плату від 6 до 8 тисяч золотих ринських (ринський – тогочасна Австрійська валюта), плюс безкоштовне житло (на практиці це був величезний будинок у центрі міста) та кошти на представницькі витрати у розмірі від 4 до 8 тисяч золотих ринських. Для порівняння зазначимо, що платня скажімо порт'єра намісництва не перевищувала 216 ринських.

Те ж розпорядження від 14 вересня 1852 р. містило постанови „Про становище органів будівництва і межх компетенції будівельної служби”. У параграфі першому було зазначено, що намісник є найвищою владою крайової адміністрації для публічної будівельної служби. Будівельне управління та його органи підлягають керівництву і контролю з боку намісника

Згодом, для спрощення ведення справ і з метою зменшення витрат, кількість урядових установ поступово скорочувалась. За розпорядженням міністерства (23 вересня 1865 р.) в Галичині були ліквідовані повітові органи у якості самостійної інстанції і були збережені тільки посади повітових старост з виконавчими і наглядовими повноваженнями

Після поразки Австрії в австро-пруській війні 1866 р. Габсбурги (правляча династія) пішли на угоду з угорським дворянством і буржуазною верхівкою. 21 грудня 1867 р. укладена угода між урядом Австрійської імперії і панівною верхівкою Угорщини. Результатом стало створення дуалістичної монархії під назвою Австро-Угорщина, яка проіснувала до 1918 р. Згідно грудневого патенту Австро-Угорська монархія складається з двох цілком незалежних союзних держав: королівство Угорщини з Трансільванією, Хорватією, Словенією із Закарпаттям, що об'єдналися під назвою Транслейтанія та Австрія з Чехією, Моравією, Сілезією, Герцогом, Істрією, Трієстом, Дальмацією, Буковиною, Галичиною та Крайною. Ця частина отримала назву Ційслейтанія. Обидві частини монархії мають самостійний внутрішній устрій (окремі уряд, парламент), але спільно представляються на міжнародній

арені, мають єдине військо і фінанси, які виділялися для ведення спільних загальнодержавних справ. Імператор Франц Йосиф зобов'язувався не втручатися у внутрішні справи Угорщини.

Такі події стали причиною певних змін в управлінні окремими частинами Австрійської частини монархії. У зв'язку зі змінами в центральному апараті управління був 19 травня 1868 р. був виданий закон „Про організацію урядових (політичних) установ”. Він складався з 17 параграфів і основним нововведенням стало запровадження тільки двох ланок управління: вищої – намісницька влада і нижчої – влади окружного начальника. Справи, що знаходились у віданні повітових органів, законом від 19 травня 1868 р. були передані владі округів.

15 квітня 1873 р. було прийнято наказ „Про внесення змін і уточнення до деяких положень наказу від 19 травня 1868 р. „Про створення урядових (політичних) установ”. Зміни стосувалися головним чином проходження державної служби у підрозділах намісництва та порядку оплати відряджень. З часу прийняття вказаного наказу і до 1918 р. правові засади діяльності Галицького намісництва не зазнали жодних суттєвих змін.

ПРО СТАТУС ДЕПУТАТІВ ГАЛИЦЬКОГО СТАНОВОГО СЕЙМУ

Настасяк І.

Львівський державний університет внутрішніх справ

Після приєднання у 1772 р. Галичини до Австрії з'явилася потреба створити там становий представницький орган. Факт його створення повинен був свідчити про використання австрійською владою демократичних методів в управлінні своїми володіннями. За таких обставин цісарським патентом від 13 червня 1775 р. був заснований Галицький становий сейм як представницький орган різних соціальних верств краю.

Згідно з цим документом, сейм складався з представників трьох станів. Перший стан репрезентували магнати: князі, графи і барони з Галичини, які сплачували щорічно не менше 75 золотих ринських (ця сума рівнозначна тодішнім 300 польським злотим) податку з майна, а також архієпископи (два львівські – римо-католицький і вірменський), єпископи римо-католицького і греко-католицького обрядів, інфулати.

Другий стан у сеймі був представлений лицарством, тобто всіма іншими дворянами, прелатами і кафедральними каноніками.

Магнати і лицарі могли брати участь у роботі сейму за умови відсутності у них подвійного підданства. Такі особи позбавлялися права участі в сеймі, оскільки вони, буцімто, “не зовсім належали до Галичини, і тому як станам держави, так і краю, особливим чином через свою несвідомість були шкідливі”.

Третій стан представляли міщани. Слід зазначити, що міста мали у сеймі обмежене представництво – лише два депутати від Львова як столиці краю. Імператриця Марія Терезія пообіцяла іншим містам, що вони згодом отримають право делегувати своїх представників для участі в роботі сейму, однак ні вона, ні її наступники не виконали обіцянки, а тому репрезентація міст у сеймі була символічною.

Виконавчим органом станового сейму був Становий, або Крайовий комітет, який складався з депутатів, обраних сеймом зі свого складу на шість років. Депутати приступали до виконання своїх обов'язків тільки після попереднього затвердження їхніх кандидатур імператором.

Згадуваний імператорський патент визначав, що повноваження сейму поширюються на всі сфери суспільного життя коронного краю Галичини. Фактично ж діяльність сейму була формальною, він жодною мірою не впливав на хід крайових справ і не відображав реальних настроїв шляхетського стану. Це був ідеальний приклад того, у що австрійська влада мала намір перетворити представницькі органи по всій монархії.

Згідно з імператорським патентом від 14 березня 1787 р., до складу сейму ввійшли депутати від Буковини, яка з 1786 р. підпорядковувалася галицькій адміністрації. Цей документ зачисляв буковинського єпископа до стану духовенства; осіб, наділених титулами графів і баронів – до стану магнатів; давніх бояр і мазилінів (так на Буковині титулувалася нижча шляхта) на підставі шляхетської іматрикації – до лицарського стану.

За правління імператора Франца I (аж до Віденського конгресу 1815 р., під час наполеонівських воєн) у країні фактично не існувало ні станової організації, ні сейму. Безсумнівно, це було наслідком посилення поліційно-абсолютистських тенденцій австрійської влади, однак остання пояснювала цей факт організаційними труднощами.

Однак австрійському урядові потрібна була така установа, яка б підтримувала офіційну думку, що центральна влада враховує всі найважливіші потреби краю. Тому на Віденському конгресі у 1815 р. було вирішено, що піддані королівства Галичини і Лодомерії отримають установу, “котра гарантує збереження їхньої нації”. У розвиток цієї постанови імператор Франц I патентом від 14 квітня 1817 р. відновив діяльність Галицького станового сейму. Хоча насправді він не мав на меті посилювати позицію місцевих депутатів стосовно центральної влади, але в нових умовах цей досі недовірений представницький орган набув дещо більшого значення.

Тепер сейм творили депутати від чотирьох станів: духовенства, магнатів, лицарів і представників королівських міст. Духовенство представляли архієпископи, єпископи, ігумени, а також обрані капітулами особи римо-католицького, греко-католицького і вірмено-католицького обрядів. Окрім цього, римо-католицький архієпископ наділявся званням примааса (тобто першої особи серед духовництва) королівства Галичини і Лодомерії та відповідними правами і привілеями.

Магнатський стан охоплював усіх князів, графів та баронів як Галичини й Буковини, так і інших країв Австрійської монархії.

До лицарського стану належали депутати від шляхти, котра довела своє походження на підставі документів чи свідчень, і згідно з патентом імператора Йосифа II від 20 січня 1782 р. була записана до галицької метрики (отримала підтвердження належності до дворянства).

Для магнатського і лицарського станів були затверджені титули. Серед магнатів виділялися охмістр, маршалок, підкоморій, кухмістр, ловчий, конюший, сокольничий, чашник, креденцез (повірений у справах). Усі ці титули означувалися прикметником “великий”, який входив до їхніх офіційних назв. Лицарі різнилися такими титулами, як архістольник, віце-маршалок, віце-підкоморій, мечник, підскарбник, віце-креденцез, хорунжий.

Четвертий стан був представлений двома депутатами від міста Львова. Попри те, що монарший патент визначав, що з часом розглядатиметься питання про станові права усіх королівських міст, усе ж жодне інше галицьке місто не отримало права на представництво у сеймі. Натомість, згідно з окремим указом імператора від 2 листопада 1820 р., до його складу мав входити ректор Львівського університету.

Спеціальний параграф патенту від 1817 р. стосувався депутатів від Буковини. Зокрема, у ньому зазначалося, що буковинський єпископ належить до стану духовенства. Стосовно шляхти підкреслювалося, що графи і барони будуть зачислені до стану магнатів, а колишні бояри, котрі скористалися правом іматрикації – до лицарського стану.

Окремо в сеймі виділялися титуловані особи, які обіймали високі крайові посади. Засідали вони у своїх станах. Першоджерела, зокрема “Gazeta Lwowska”, містять згадку про цих осіб та займані ними посади: зі стану духовенства це був примаас королівства архієпископ князь А.Алоїз граф Скарбек з Пославіц; зі стану магнатів – великий коронний охмістр граф С.Семенський, великий коронний маршалок граф Ю.Оссолінський, великий коронний підкоморій граф А. Лянцкоронський, великий коронний кухмістр граф Т.Залуський, великий коронний ловчий граф Я.Канті Стадницький, великий коронний конюший князь Л.Яблонівський, великий коронний сокольничий граф І.Скарбек, великий коронний чашник граф К.Холоневський, великий стражник коронного срібла граф П.Забельський; з лицарського стану – коронний архістольник Л.Калиновський, коронний віце-маршалок Я.Фредро, коронний віце-підкоморій О.Шумлянський, коронний мечник К.Урусський, коронний скарбник А.Ковнацький, віце-стражник коронного срібла Я.Натовський, коронний крайник Т.Дамський, коронний хорунжий Т.Янішевський.

Депутати відновленого Галицького станового сейму мали носити спеціальний мундир у кольорах герба королівства Галичини і Лодомерії, який представляв собою геральдичний щит, увінчаний королівською короною. Голубе тло щита посередині було розділене червоною смугою. У верхній частині щита зображувався чорний орел, а у нижній – три однакового розміру золоті корони. Червона, чорна і жовта барви повторювали колористику прапора Австрійської держави. Фасон мундира розробив головний кравець віденського двору А.Алкенс, схвалити його мали депутати, а затвердити – імператор.

Виконавчим органом сейму, згідно з імператорським патентом 1817 р., залишався Становий (Крайовий) комітет. До його складу входили по два депутати від духовенства, магнатів, лицарів та один – від міщан Львова. Уряд вимагав, щоб половина членів комітету обов'язково володіла німецькою мовою, хоч офіційно про це не йшлося. Але оскільки галицька шляхта не забезпечувала цієї вимоги, то це значно обмежувало коло тих, з-поміж кого можна було обирати членів комітету.

Головою Галицького станового сейму і його комітету був губернатор (патент від 14 квітня 1817 р. називав його президентом губерньського правління). Саме він мав право визначати порядок роботи сейму, черговість обговорення питань, а також процедуру підрахунку голосів депутатів. Він також голосував на власний вибір першим або останнім. Імператор мав право призначати головуючого на сесіях з числа найбільш знатних депутатів, що повинно було стати свідченням демократизації у роботі представницького органу галицьких і буковинських станів. Однак документально зафіксований лише один такий випадок, коли у 1820–1823 рр. на сесіях сейму головував граф Я.Канті Стадницький.

Повноваження депутатів Галицького станового сейму на цей раз були дещо розширені, хоча вони і надалі виконували лише дорадчі функції. З власної ініціативи депутати мали право вносити пропозиції до губернського правління лише з окремих господарсько-економічних питань. Імператорський патент від 14 квітня 1817 р. окреслював коло повноважень сейму: виконання вказівок губернської та центральної влади; стягнення та розподіл визначених урядом податків, зокрема, квартирного податку; управління власним, так званим становим вітчизняним фондом; збирання за дозволом губернської влади внесків для потреб краю; призначення станових посадових осіб; затвердження станових звань; провадження шляхетської метрики. Проте жодне з цих повноважень не мало істотного значення для суспільно-політичного життя Галичини.

Будь-яке рішення сейму набувало чинності лише після санкції імператора. Дуже важко було дочекатися резолюції чи монаршого дозволу в справі, яка могла бути корисною для краю. Так, 1828 р. депутати сейму зверталися з проханням відкрити медичний факультет у Львівському університеті, на що імператор відповів, що у віденській лікарській школі є декілька стипендій для галичан. Так само реагував імператор і на інші прохання депутатів: викладати в школах рідною мовою, збільшити кількість учнів у гімназіях, знизити ціну на сіль тощо. Відповіді, як правило, надходили не раніше, ніж через рік, і були негативні.

Австрійська влада позитивно реагувала тільки тоді, коли йшлося про обрання нового депутата, призначення на посаду чиновника; коли виникала потреба надати шляхетські привілеї черговому претендентові. А такі прохання депутатів, як анулювання податкових заборгованостей, поширення мовних прав, піднесення промислу льону, залишалися непочутими урядом.

Починаючи з 1818 р., сеймові засідання проводилися в читальній залі університетської бібліотеки (приміщення колишнього монастиря оо. Тринітаріїв). Напередодні першого засідання відбулося неофіційне зібрання депутатів, що згодом переросло у традицію. На таких зібраннях узгоджувалися погляди представників станів з тим, щоб на офіційних сесіях не виникало жодних непорозумінь.

Імператорський патент 1817 р. не визначав, якою мовою слід вести сесійні засідання. На пропозицію губернатора Галичини Ф.Гауера, засідання тимчасово проводилися польською мовою, а в діловодстві послуговувалися німецькою. Попри пропозицію депутатів користуватися латиною, така практика тривала досить довго.

Виконавши урядові постулати, депутати ухвалювали так звану адресу до імператора, після чого губернатор наказував розпустити сейм. Насправді ці адреси були за суттю та формою вірнопідданськими, але деколи містили несміливі спроби галицьких і буковинських депутатів поліпшити ситуацію в краї, наприклад, пригальмувати онімечування чи полегшити обтяжливі для населення Галичини податки.

Усупереч побоюванням урядових кіл, що низький майновий ценз для шляхти на виборах до Галицького станового сейму призведе до того, що у Львові зосередиться велика її кількість, сеймові сесії не користувалися великою популярністю серед представників шляхетського стану. Це було на руку урядові, який виношував план обмеження повноважень сейму.

27 вересня 1845 р. Галицький становий сейм провів своє останнє сесійне засідання. У 1848 р. Галицький становий сейм як представницький орган станів Галичини і Буковини припинив існування.

Аналіз компетенції і діяльності сейму свідчить, що ця установа була показною формою станової монархії. Обмежені повноваження депутатів Галицького станового сейму, відсутність у ньому представництва усіх верств населення не дали йому змоги стати виразником інтересів населення краю.

СТРУКТУРА ТА КОМПЕТЕНЦІЯ ГАЛИЦЬКОЇ ФІНАНСОВОЇ ПРОКУРАТУРИ

Панич Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В умовах побудови суверенної та незалежної української держави великого значення набуває питання забезпечення та захисту її майнових інтересів спеціальними органами, здатними ефективно виконувати свої функції. Саме тому дедалі більшої уваги та вивчення заслуговує організація та діяльність органів прокуратури, до повноважень яких належить представництво інтересів держави у суді, а також здійснення нагляду за додержанням та правильним застосуванням законодавства держави. У зв'язку з цим актуальним є врахування досвіду українського державотворення, зокрема, аналізу організації та функціонування Галицької фінансової прокуратури, яка діяла на території Королівства Галичини і Володимирії у складі Австрії, а згодом і Австро – Угорщини у 1852 – 1918 роках.

Галицька фінансова прокуратура була утворена в період судової реформи 1852 року на базі фінансової палати і поширювала свою діяльність на територію всього Королівства Галичини і Володимирії, у тому числі і Буковини, де лише у 1867 році було засновано Чернівецьку фінансову прокуратуру. Окремий відділ Галицької фінансової прокуратури – експозитура – існував також і у Кракові, будучи підпорядкованим фінансовому прокурору у Львові.

Правове рулювання організації та діяльності органів прокуратури в Галичині здійснювалося шляхом видачі інструкцій (Instruktion), указів (Erlass) та оголошень (Kundmachung). Виключним правом прийняття актів щодо утворення та функціонування Галицької фінансової прокуратури володіло міністерство фінансів імперії і лише у деяких випадках, з метою уникнення розбіжностей у тлумаченні повноважень органів прокуратури, допускалося прийняття таких актів спільно з міністерствами юстиції та внутрішніх справ.

Керівництво Галицькою фінансовою прокуратурою здійснювалося прокурором, який підпорядковувався особисто міністру фінансів Австрії, а згодом і Австро – Угорщини. До складу прокуратури також входили заступники фінансового прокурора, секретарі, ад'юнкти та конципісти.

Для зайняття посади працівника прокуратури імперське законодавство передбачало ряд вимог, зокрема, успішну здачу трьох державних екзаменів, а проходження однорічної практики. Основними вимогами, які висувалися для учасників іспитів, були відмінні знання законодавства імперії, а також вміння його правильного застосування на практиці. В разі неуспішної здачі одного з іспитів, претендент міг бути допущений до роботи на певній посаді за умови здачі останнього екзамену протягом шести наступних місяців після зарахування на посаду. Законодавством імперії встановлювалися також окремі вимоги щодо канцелярських службовців, які могли бути прийнятими на роботу за умови наявності закінченої середньої освіти.

До повноважень Галицької фінансової прокуратури належали забезпечення та захист майнових інтересів Австрії, а згодом і Австро – Угорщини, для чого фінансові прокурори були уповноважені представляти інтереси держави у судових справах, які стосувалися володіння, користування та розпорядження державним майном та пов'язаними з цим інтересами. З метою уникнення двозначностей у тлумаченні законодавства, урядом було затверджено вичерпний перелік видів майна, яке могло бути предметом захисту органів прокуратури. Для ефективного виконання своїх повноважень Галицька фінансова прокуратура мала також право витребувати від органів влади та місцевого самоврядування ті чи інші відомості, звертати їхню увагу на порушення імперського законодавства, а також вимагати припинення таких порушень.

Чітке уявлення про реалізацію наданих Галицькій фінансовій прокуратурі повноважень на практиці, дають можливість зробити архівні матеріали фонду № 159 Центрального державного історичного архіву України у м. Львові, які стосуються її організації та діяльності. Аналізуючи дані матеріали, можна відзначити, що основними видами діяльності Галицької фінансової прокуратури, зокрема, були:

- Представництво інтересів держави у судах при розгляді справ щодо державного майна – наприклад, участь Галицької фінансової прокуратури в розгляді справи за позовом общини села Радимно до військового фінансового відомства щодо порушення правил проїзд (справа № 1429);
- Визначення прав володіння, користування або розпорядження щодо окремого майна на користь органів державної влади – наприклад, визнання сервітутного права на користь військової казни у м. Перемишль (справа № 1580);
- Нагляд за передачею майна з державної власності жителям імперії – наприклад, нагляд за передачею землі у володіння мешканцям с. Клодно (справа № 4842);
- Здійснення інших повноважень, зокрема, надання юридичної допомоги при укладенні державними відомствами та установами угод та контрактів, виданні ними відомчих актів тощо.

За результатами своєї діяльності Галицька фінансова прокуратура щорічно звітувала міністерству фінансів Австрії, а згодом і Австро – Угорщини про свою діяльність. Крім того, вона також доповідала про результати діяльності підпорядкованих їй експозитур, зокрема, експозитури у м. Кракові. Обов'язковою умовою належно оформленого звіту було повідомлення про загальну характеристику кожного процесу, участь у якому за звітний період брала фінансова прокуратура.

В сучасній правовій літературі немає однозначної оцінки утворення та функціонування Галицької фінансової прокуратури. Це зумовлено, перш за все тим, що її діяльність не вивчена і до цього часу. Ускладнюється процес аналізу ролі цього органу в Галичині також і тією обставиною, що практично всі матеріали написані німецькою та польською мовами. Крім того, значна кількість цих матеріалів перебуває за кордоном, що значно утруднює доступ до них та їх опрацювання. Однак необхідність такого вивчення, запозичення позитивних результатів організації та діяльності Галицької фінансової прокуратури є очевидною, адже в умовах трансформації та розвитку органів прокуратури сучасної України все більш нагальною стає необхідність суттєвого вдосконалення їх структури та функцій. Такі нововведення можуть і повинні бути запозичені, в тому числі, і з досвіду діяльності Галицької фінансової прокуратури.

СТРУКТУРА ТА КОМПЕТЕНЦІЯ ГАЛИЦЬКОГО СТАНОВОГО СЕЙМУ (1775-1848 РР.)

Питльована В.

Прикарпатський державний університет ім. В. Стефаника

У сучасних умовах Україна відроджує інститут місцевого самоврядування, який, може, і повинен створити надійний механізм активної участі громади в управлінні територіями, вирішенні багатьох важливих територіальних проблем. Однією з передумов вирішення цих питань повинно бути вивчення національного історичного досвіду місцевого самоврядування в Україні. Певний інтерес викликає дослідження організації та діяльності Галицького станového сейму (1775-1848 рр.)

Внаслідок першого поділу Польщі (1772 р.) Галичину загарбала Австрія, а 1774 р. за Кючук-Кайнарджійським миром, укладеним між Росією і Туреччиною, вона анексувала Буковину. Ще у першій половині XVI ст. (1526 р.) Австрія поширила свою владу на Угорщину, в складі якої перебувало Закарпаття. Отже, у другій половині XVIII ст. усі західноукраїнські землі опинилися під владою Австрійської монархії. Захопивши Галичину, австрійський уряд штучно об'єднав українські та польські землі в один адміністративний так званий Коронний край з центром у Львові, встановивши офіційні назви Східної та Західної України.

Після захоплення Галичини австрійська влада видала сувору заборону організації будь-яких публічних з'їздів чи нарад, ліквідувавши таким чином інститут сеймиків. Як виняток, лише у грудні 1773 р. було дозволено проведення зборів шляхти в окремих циркулах для проведення виборів делегатів до холдової акції. Попри застереження Відня шляхта розтлумачила такий збір як сеймики і ухвалила для своїх делегатів інструкцію. Австрійський імператор був обурений цим рішенням. З цієї причини наступні вибори делегатів до холдової акції зі Західної Галичини відбулись аж у 1796 р. під суворим наглядом губернатора Яна Вацлава фон Маргеліка.

Таким чином, у Галичині утворився вакуум представницького органу влади на регіональному рівні. Цей вакуум викликав незручності в управлінні та невдоволення групи польських магнатів і шляхти. З метою ліквідації цього несприятливого явища імператор видав 13 червня 1775 р. патент, яким було утворено Галицький становий сейм. Він мав обмежену компетенцію та знаходився під повним контролем центральної влади. Польський вчений Б. Лозинський таким чином охарактеризував цей правовий інститут: «У порівнянні з живою і багатою традицією польського парламентаризму такий сейм був карикатурою».

Проте патент 1775 р. протягом правління Марії Терези не був реалізований. Його реалізація відбулась за правління Йосифа II у 1782 р. Регламентація його діяльності була також дещо змінена, зокрема обмежувалась участь в сеймі духовенства. Цього ж року відбулась інаугурація Галицького станového сейму та перше засідання, проведене в приміщенні колишнього єзуїтського костелу. У ньому взяли участь 230 депутатів.

Згідно з патентом 1775 р. Галицький становий сейм складався з магнатів, шляхти та представників міст. До магнатів належали князі, графи, барони, архієпископи, єпископи й інші інфулати римо- і греко-католицького обрядів. Серед шляхти право участі в сеймі мали лицарі, прелати і каноніки, які спалачували щорічно 75 рейнських (тобто 300 польських злотих) домінальної контрибуції. Як для магнатів, так і для шляхти вимагалась особиста участь в засіданнях сейму.

Магнати і лицарі могли брати участь у роботі сейму за умови відсутності у них подвійного громадянства (*sujets mixtes*). До них належали особи, нерухома власність яких внаслідок поділів Польщі опинилась на території різних держав, а також особи, землі яких знаходились у Галичині, але самі вони самі вони постійно проживали за межами австрійських володінь.

Компетенція Галицького станového сейму була досить вузькою. До його відання належала сфера формування крайової податкової політики. Крім того, він видавав свої висновки, які надсилались до Придворної канцелярії і розглядались імператором у формі подань. Сесії сейму за патентом 1775 р. повинні були відбуватись раз у рік. На сесії головуєчим був губернатор. Галицький становий сейм формував свій виконавчий орган – Становий комітет, який складався з трьох магнатів і трьох представників шляхти. Становий комітет виконував для урядової адміністрації функцію

дорадчого органу. Персональний склад Станового комітету обирався сеймом шляхом таємного голосування та затверджувався імператором.

Протягом правління Йосифа II сейм скликався тричі, а саме у 1784 р., 1786р, і 1788 р. Виключною метою його засідань було обрання членів Станового комітету. Галицький становий сейм не мав реальних повноважень впливу на ситуацію в краю, а також неналежно представляв інтереси шляхти. Серед прийнятих ним актів слід звернути увагу на патент, прийнятий 24 червня 1784 р., який питання такси у домінікальних судах. Лише в 1790-1791 рр. на фоні ліберальної політики Леопольда II, сейм і його Становий комітет розвинули більш активну свою діяльність, виступачи проти урбаріальної реформи, закладеної у Хартії Леопольда ("Charta Leopoldina"). За правління імператора Фанца II аж до закінчення наполеонівських воєн Галицький становий сейм не зібрався жодного разу.

У 1790 р. група польських депутатів сейму запропонувала імператору Леопольду II затвердити конституцію для Галичини (Велика хартія вільності для Галичини). Ініціаторами такого проекту були князь С. Яблоновський, граф Ю.Оссолінський, граф Я. Банківський, М. Потоцький і Ян з Батова. Текст документу складався з 9 розділів і 53 статей. Перший розділ торкався суспільного ладу та громадянських прав. Другий і третій розділи розглядали організацію та сферу повноважень законодавчої влади. Четвертий, п'ятий і шостий розділи стосувалися особливостей правового становища адміністративних органів. Сьомий розділ регламентував судочинство. Восьмий розділ складався із статей про військові та господарські справи. Дев'ятий розділ визначав засади, на яких Галичина отримувала автономію у складі Австрії.

Конституція Галичини не була затверджена і введена в дію. Історики вважають, що це пов'язано з несподіваною смертю імператора у 1792 р. Федеральна концепція була реалізована в Австрії аж у 1848 р.

У 1802 р. віденський уряд вирішив скликати Галицький становий сейм. Однак виявилось, що юридична дія патентів 1775 і 1782 років поширилася на територію не тільки Східної, але й Західної Галичини. Побояючись, що сейм стане внаслідок такого приєднання надто чисельним органом, уряд подав у губернію проект, яким уповноважив шляхту обирати від кожного циркулу по одному представнику до сейму. На стадії обговорення проекту з Придворною канцелярією, його було відхилено, щоб запобігти загрози повернення старих польських сеймиків.

У 1815 р. відбувся Віденський конгрес, в якому на Австрію було покладено зобов'язання утворення правового інституту для Галичини і Лодомерії, який забезпечив би збереження їх нації.

13 квітня 1817 р. на основі законодавства Йосифа II було прийнято патент, який провів ґрунтовну реформу сейму. Цей акт не посилював Галицький становий сейм відносно з австрійською владою, однак збільшував його значення.

Відповідно до патенту 1817 р. Галицький становий сейм складався з чотирьох станів: магнати, духовенство, лицарі (шляхта), міщанство (з королівських міст). Духовенство було представлено архієпископами, єпископами, ігуменами, а також обраних капітулами римо-католицького, греко-католицького і вірмено-католицького обрядів. Римо-католицький єпископ наділявся званням Примааса (першою особою духовенства).

Стан магнатів охоплював усіх князів, графів і баронів як Галичини і Буковини, так і в інших краях Австрійської монархії. До лицарського стану належали шляхтичі, які підтвердили на підставі документів чи свідчень своє походження і були записані у галицьку метрику. Серед магнатів виділялися Великий маршалок, Великий охмістер, Великий кухмістер, Великий підкоморій, Великий ловчий, Великий конюший, Великий сокольничий, Великий чашник, Великий креденценз. Серед шляхти виділялися архистольник, віце-маршалок, віце-підкоморій, мечник, підскарбник, віце-креденценз, крайник, хорунжий.

Стан міщанства складався з двох депутатів від Львова. Хоча імператорський декрет містив застереження про можливе розширення прав інших королівських міст, але жодне інше місто так і не було представлено у Галицькому становому сеймі. Ректор Львівського університету за своєю посадою ставав депутатом сейму автоматично.

У структурі виконавчого органу сейму (Становому комітеті) утворювались чотири відділи: у справах управління, у справах суспільних прибутків, у справах шляхетських метрик і в справах шкіл. До складу комітету входили по два представники від магнатів, духовенства та шляхти і один від міщан. Становий комітет отримав службовий персонал й архів.

Головою сейму і його виконавчого органу був губернатор. Він вів його засідання, визначав порядок ведення підрахунку голосів депутатів і черговість обговорень.

Діяльність Галицького станового сейму у ХІХ ст. не була життєво важливим явищем для краю, а депутати часто ігнорували його засідання. У 20-30-х роках на сеймові сесії збиралося не більше 70 осіб. У 1837 р. у лицарському стані засідало лише 18 депутатів. У 40-х роках явка депутатів збільшилась. Сейм обговорював лише окремі важливі питання: існування панщини, будови залізниці до Львова, організації Земського кредитного товариства та ін.

Останнє пленарне засідання сейму відбулось 27 вересня 1845 р. На ньому були присутні 143 депутати, у тому числі 32 магнати і 93 лицарі.

Ідея правового інституту Галицького станового сейму була прогресивною і демократичною, однак нерівність представництва станів у ньому та повна підконтрольність виконавчій владі не дозволили йому стати тим органом, який був справді необхідним для населення Галичини і Буковини в цей історичний період.

**ПРАВОВІ ЗАСАДИ І ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ СУДЕБНИКА
М.ГОША У ВІРМЕНСЬКИХ ГРОМАДАХ НА ГАЛИЧИНІ У СКЛАДІ
ПОЛЬЩІ (1349-1569 РР.)***Попович О.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Вивчення вірменського права, зокрема Судебника М. Гоша, який діяв на значній території України впродовж XIII – XIV ст., має важливе наукове і практичне значення. Ця тема не є новою в історико-правовій науці. В різні історичні періоди Судебник М. Гоша, його окремі аспекти досліджували такі вірменські вчені як В. Бастам'ян, А. Папов'ян, А. Сукіасян, Х. Торосян та ін., радянський вчений С. Юшков, польські дослідники – О. Бальцер, К. Вуйціцький, німецькі – Ф. Бішоф, Й. Карст та ін. Значний внесок у вивчення Судебника М. Гоша здійснили правознавці В. Кульчицький, В. Гончаренко, А. Кольбенко, М. Кобелецький, І. Бойко, М. Демкова та ін. Разом з тим, деякі питання залишилися поза увагою дослідників.

У 1349 році перестала існувати Галицько–Волинська держава. Її територія, зокрема Галичина, була захоплена Польським королівством. Проте ще в період існування Галицько–Волинської держави на її території проживала значна кількість вірменських поселенців, які переселилися на запрошення галицько-волинських князів Данила Галицького, його сина Лева та інших. Це було зумовлено демографічними та економічними чинниками.

Правовою основою регулювання суспільних відносин у вірменських громадах Галичини у складі Польщі (1349-1569 рр.) спочатку був Судебник Мхітара Гоша, укладений у 1184 р. і перевезений з Вірменії на українські землі. Автор «Судебника» Мхітар Гош народився в м. Ганджа (Республіка Азербайджан) у 30-х роках XII ст. а помер у 1213 р. Гош посвятив себе в монахи, одержав вищу освіту, і йому був присвоєний вчений ступінь вардапета (вчений монах). Щоб збагатити свої знання, він багато подорожував і вчився. За роки своїх мандрівок Гош набув великого життєвого досвіду, удосконалив свої літературні, богословські, історичні і правові знання.

В результаті довготривалої праці М.Гош здійснив значну роботу щодо систематизації норм вірменського права, що супроводжувалося зміною, переробкою змісту окремих джерел вірменського права. Результатом систематизації норм вірменського права став Судебник. Судебник Гоша не одержав державної санкції, але став загальновизнаним кодексом норм права і застосовувався у Вірменії та за її межами на протязі восьми століть.

Історичні джерела свідчать що є всі підстави вважати, що Судебник Гоша був відомий в Кілікії і послужив джерелом для Судебника Смбага Гундстабля 1265 р. Він застосовувався вірменськими переселенцями в Польщі, Росії, Грузії.

Найбільш повний текст «Судебника» був виданий магістром юридичних наук, архімандритом В. Бастам'яном¹ у 1880 р. В основу свого видання він поклав один з найкращих рукописів «Судебника», складений в 1295 р. Тому російський переклад, зроблений на підставі редакції В. Бастам'яна, який вийшов у світ в 1954 р., є найбільш науковим і повним текстом «Судебника» Гоша. Переклад цей зробив учений дореволюційної російської правової школи, кандидат Історичних наук А. Папов'ян.

Найважливішими джерелами свого Судебника М.Гош зважав «природний закон», під яким варто розуміти звичаєве право, закони «всіх християнських народів», тобто ті візантійські і сирійські закони, які діяли або були відомі у Вірменії до Гоша, шаріат у частині, запозиченій з Мойсеевих законів, Старий і Новий завіти, а також канонічне право.

Можна погодитись з думкою професора Кульчицького В.С., що Гош використав названі джерела творчо. Він виступає не тільки як кодифікатор, але і як коментатор, висловлюючи своє ставлення до джерела вірменського права. Нерідко, викладаючи ту чи іншу правову норму, він відкидав її і пропонував своє вирішення даного питання *de lege ferenda*. В цьому наочно виступає самостійність Гоша і врахування вірменської тогочасної дійсності.

За своєю структурою Судебник складався з трьох частин: вступу, церковних канонів і світських законів. Критерієм, який лежав в основі поділу норм, був для Гоша не предмет, а метод регулювання суспільних відносин, що свідчить про високий як для того часу рівень його правових знань. Принцип підсудності було покладено в основу поділу норм на церковні і світські. Найбільш змістовним розділом Судебника є його великий вступ, де висвітлено середньовічні принципи судоустрою і порядок судочинства, а також викладено правові погляди М.Гоша.

Судебник Гоша носить до деякої міри характер політичного трактату, що мав своєю метою захист християнства. На відміну від сучасних йому судебників, які охоплювали, як правило, норми судового і кримінального права, він" включав також норми державного, цивільного, сімейного і церковного права.

Проте у процесі здійснення правосуддя у вірменських громадах Галичини XIV- XV ст. на практиці часто виникали проблеми щодо правильного застосування норм Судебника М.Гоша, який був написаний незрозумілою для королівської та місцевої влади старовірменською (кіпчацькою) мовою. Іноді це приводило до суперечок вірменської старійшини з місцевою владою щодо тлумачення ряду норм вірменського права.

Для усунення цих суперечностей на початку XV ст. львівські вірмени створили спеціальну комісію, яка підготувала проект вірменських законів, який були прийняті 5 березня 1519 р. Пйотрківським сеймом і тоді ж затверджені польським королем Сигізмундом I під назвою "Statuta Juris Armenici" (Вірменський статут). В історико-правовій літературі його деякі вчені називають "Статут польських вірмен", "Статут львівських вірмен". Цей нормативно-правовий акт регулював правові відносини галицьких вірмен (Львів, Самбір, Снятин, Станіславів, Кути та ін.). Для подільських вірмен (Кам'янець-Подільський, Язлівець, Бучач, Підгайці та ін.) у 1567 р. був затверджений окремий статут, який фактично був повторенням Вірменського статуту 1519 р. Вірменський статут 1519 р. складався з двох частин. Перша частина містила 10 нумерованих статей, друга – 124 розділи.

Серед дослідників вірменського права немає єдиної думки щодо характеру систематизації юридичних норм, уміщених у Вірменському статуті 1519 р.: одні дослідники називають його "статутом", інші – "зводом", ще інші і, "кодексом", "збірником законів". Як відомо, у теорії права розрізняють два основні способи здійснення систематизації законодавства: інкорпорація і кодифікація. Інкорпорація – це найпростіша форма впорядкування нормативно-правових актів, яка полягає в об'єднанні нормативно-правових актів в одному збірнику за певним критерієм (хронологічним, тематичним тощо) без зміни їхнього змісту. Кодифікація – це спосіб систематизації законодавства, який полягає у змістовній переробці, узгодженні і об'єднанні певної групи юридичних норм, пов'язаних спільним предметом правового регулювання в єдиному нормативному акті, тобто це впорядкування правових норм, яке супроводжується переробкою їхнього змісту, із скасуванням одних і прийняттям інших норм права. Кодифікація завжди має офіційний характер.

Виходячи з положень загальної теорії права, ми схилиємося до думки, що Вірменський статут 1519 р. за способом систематизації є саме кодифікованим актом. По-перше, тому що членами комісії була проведена змістовна переробка, узгодження й об'єднання певної групи джерел права: Судебник Мхітара Гоша, "Книга права сирійсько-римська", збірники магдебурзького права, Старий та Новий Завіти, судова міська практика тощо. А, по-друге, тому що норми у цьому джерелі об'єднуються у розділи, узгоджені між собою.

**ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО СТАНОВИЩА ВЕРХОВНОГО СУДУ США
НА ПІДСТАВІ КОНСТИТУЦІЇ 1787 Р.***Ригіна О.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Більше як одинадцять років новостворена держава США після проголошення своєї незалежності проіснувала без Основного закону. Положень основних нормативних актів того часу, а саме Декларації незалежності 1776 р. та Статтів Конфедерації 1781 р. було недостатньо для врегулювання важливих політико-правових питань. Існувала потреба в організації системи органів державної влади та розмежування повноважень між ними. Таким чином, 25 травня 1787 р. був скликаний Конституційний конвент у Філадельфії за участю п'ятдесяти п'яти „творців-засновників” майбутнього Основного закону держави.

Розроблюючи проект Конституції її засновники прагнули закріпити найбільш прийнятну для суспільства, враховуючи інтереси штатів, форму державного правління, а тому зупинилися на створенні республіки. Для закріплення республіканської форми державного правління були взяті теоретичні основи її організації, подані у „Віргінському плані”, розроблені Дж. Медисоном та Е. Рендольфом.

Конституція 1787 р. була першим правовим актом, яка закріпила поділ влад, розмежувавши повноваження між її окремими гілками. Для забезпечення політичної стабільності в державі необхідно було забезпечити механізм функціонування органів виконавчої, законодавчої та судової влади. Отож, виконавча влада була ввірена президенту, законодавча – Конгресу, а судова, відповідно, – судам. Взаємодія існуючої „тріади” влад здійснювалася через окремі повноваження кожної з них. Так, Конгрес приймав закони, глава уряду – сприяв їхньому виконанню, а суди були покликані застосовувати їх на практиці. Гарантіями попередження узурпації влади з боку окремих державних органів та їхніх посадових осіб було закріплення конституційного механізму „стримувань і противаг”. Зокрема, президент мав право накласти вето на закони, а Конгрес, в свою чергу, подолати це вето та порушити обвинувачення проти глави уряду в порядку імпічменту. Суди повинні були здійснювати функцію конституційного нагляду з тим, щоб нормативні акти виконавчої та законодавчої влади не суперечили положенням Конституції.

Творці Конституції надали особливе правове становище судовій гілці влади, оскільки вона була покликана забезпечувати дотримання прав та інтересів громадян. Зокрема, організація судової системи США була закріплена в ст. 3 Конституції 1787 р. Положеннями Конституції передбачалося функціонування судової системи держави у складі Верховного суду та судів низових ланок. Залишалось неврегульованим питання про види судів низових ланок та їхні офіційні назви, а також про кількісний персональний склад вищезгаданих судів. Враховуючи політичну ситуацію в державі, учасники Конституційного конвенту вважали, що ці питання повинні бути врегульовані законами, оскільки тоді створиться можливість врахувати як загальнодержавні інтереси так і окремих штатів. Отож, 24 вересня 1789 р. був прийнятий закон „Про судоустрій”, який, фактично, доповнивши положення Конституції, встановив судову систему США. Цей закон передбачав створення окружних та районних судів, врегулювавши питання організації судів низових ланок.

Закон 1789 р. передбачив функціонування Верховного суду в складі п'яти асоційованих суддів та голови суду (головного судді). Зараз суддівський склад Верховного суду США становить дев'ять осіб. Крім цього, цей закон передбачав посади допоміжних працівників суду.

Але повернемося до положень Основного закону. Відповідно до ст. 3 Конституції Конгрес приймав участь у призначенні судів Верховного суду та інших судів. У ст. 2 Основного закону вказувалося, що суддів призначає президент, але за порадою та згодою Сенату. У процесі призначення суддів важлива роль належала президентові, а Сенат виконував лише функції контролю та стримування. Більше того, до обов'язків глави держави не належало пояснювати Верхній палаті парламенту про доцільність свого вибору. Але, незважаючи на це, в історії судоустрою США в кінці XVIII–XIX ст. Сенат наважувався відкрито висловлювати своє незадоволення щодо осіб, які повинні були стати суддями Верховного суду США. Наприклад, з 1844 по 1875 рр. Сенат відхилив 14 президентських кандидатур суддів.

В положеннях Конституції було зазначено, що судді Верховного суду та інших судів займають свої посади поки поведуть себе бездоганно. Очевидно, що творці Конституції вважали, що оцінювати „бездоганість” поведінки суддів повинні в кожному окремому випадку представники „політичних” гілок влад.

Зазначимо, що в Основному законі були відсутні положення про кваліфікаційні вимоги до осіб – кандидатів на посади суддів. Проте, у більшості випадків, судьями призначалися особи, які тривалий час займалися правозахисною діяльністю чи здійснювали юридичне обслуговування великих підприємств і були відомими фахівцями в галузі правознавства, а особливо – правозастосування.

Творці Конституції визначили у ній коло питань, які повинні розглядатися судами, а не іншими „політичними відомствами”. По-перше, судам були підвідомчі питання, які за своєю природою були правовими, тобто впливали з норм права, загальної справедливості, Конституції та міжнародних договорів. Суди повинні були розглядати справи, в яких однією із сторін були консули, посли та інші офіційні представники. Особливе значення було надане справам, пов’язаним з морською та адміральською юрисдикцією. Надалі, у 1789 р. цю категорію справ віднесли до виключної компетенції Верховного суду США. Судами повинні були вирішуватися справи, в яких однією із сторін були Сполучені Штати, а також коли спір виникав між двома чи більше штатами, між штатом і громадянином іншого штату або між громадянами різних штатів. Крім цього, судам були підвідомчі справи про спори громадян одних штатів, якщо вони претендували на землю в інших штатах. Також суди повинні були вирішувати спори, якщо такі виникали між штатом чи громадянином США з іншою державою, громадянами чи підданими іншої держави.

Конституцією передбачалося функціонування Верховного суду як першої інстанції. Зокрема, як перша інстанція Верховний суд США повинен був розглядати справи в яких сторонами були консули, посли та інші офіційні представники держави, а також коли стороною у справі виступав окремий штат. Але виникало питання про те, чи володіє Верховний суд переглядати рішення інших судів в апеляційному порядку. Згідно Конституції питання про апеляційну юрисдикцію цього суду належало вирішувати Конгресу. Так, відповідно до закону 1789 р. як апеляційна інстанція Верховний суд повинен був розглядати всі інші категорії справ. Варто зазначити, що як перша інстанція за весь період свого існування Верховний суд розглянув досить незначну кількість справ. Головна функція Верховного суду США полягала в апеляційному перегляді рішень судів штатів. З початку заснування Верховного суду це повноваження викликало відверте незадоволення з боку окремих штатів, які розцінювали його як посягання на власний суверенітет.

Проте одне з найважливіших повноважень Верховного суду полягало можливості переглядати нормативно-правові акти на предмет відповідності їх до Конституції. Це означало, що Верховний суд користувався правом визнати неконституційним будь-який нормативний акт органів виконавчої чи законодавчої влади всіх рівнів, а також визнати такими, які суперечать положенням Основного закону дії чи бездіяльність посадових осіб зазначених „політичних” гілок влад. Необхідно зазначити, що це надзвичайне повноваження, яке здійснювалося судами США, не було передбачено за ними в Конституції, а також були неврегульовані механізм та межі його здійснення. Вперше право конституційного судового нагляду було закріплене за судовою гілкою влади Верховним судом у справі Мербюрі проти Медисона в 1803 р. У цьому рішенні суд встановив, що навіть мирові судді мають право здійснювати цей вид нагляду.

Отож, Верховний суд США був єдиною судовою інстанцією створення якого було безпосередньо передбачене в Конституції. В ст. 3 Основного закону вказувався перелік справ, які були підсудні Верховному суду як першій інстанції. Ці категорії справ становили найбільший інтерес для держави, в тому числі політичний. Проте питання про вирішення апеляційної юрисдикції цього суду було ввідане на розсуд Конгресу. Зокрема, закріплення за Верховним судом права переглядати рішення судів низових рівнів викликало відверте занепокоєння з боку окремих штатів, які вважали, що це положення є неконституційним.

**ІСТОРИКО-ПОРІВНЯЛЬНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ ЮРИДИЧНОЇ
ТЕРМІНОЛОГІЇ****Семків В.***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Наприкінці ХХ століття в Україні розгорнулася науково-дослідна робота, пов'язана з теоретичним переосмисленням вітчизняної історії, формулюванням ідеї історії України, опрацюванням нової періодизації історичного процесу, виявленням належного місця української історії в історії людства.

Плідна робота істориків упродовж останніх 10 років створила належне підґрунтя для докорінного переосмислення концепції вітчизняної історії, подолання стереотипів радянського часу. У той же час, історія загалом і історія держави та права, зокрема, постала перед новими викликами. Глобальним викликом стала необхідність досліджувати й викладати історію та правознавство у їхніх взаємних зв'язках, себто: у історії – вивчати історію права, а в правознавстві – не нехувати методів і логіки історичної праці, наголошуючи також на взаємопов'язаності історії та її джерел.

Відтак перед наукою історії права постає питання: чому історія права має бути предметом спеціального вивчення замість улиття до загальної історії? Від самих початків європейської цивілізації люди мислили і творили право історично. Вже у XVIII сторіччі люди почали осмислювати історію критично – так само, як вони вже навчилися критично осмислювати зовнішній світ, почавши вважати історію за особливий різновид думки, який чимось був схожий на математику, теологію чи природничу науку. Пізніше історичне пізнання стало фактом свідомості правознавців, нашоствившись на особливі труднощі й виробивши на їх подолання особливі засоби. Основою цих засобів став порівняльно-історичний метод наукового пізнання. Загалом порівняльно-історичний метод є традиційним для української науки історії права. Його застосовували для наукових досліджень М. Владимирський-Буданов, Д. Багалій, В. Антонович, А. Тарнавський, А. Яковлів, С. Іваницький-Василенко, А. Ткач, В. Кульчицький, Б. Бабій, Б. Тищик та інші.

Таким чином формувались основи українського порівняльно-історичного правознавства.

В сучасних умовах порівняльно-історичне правознавство має ствердитися як окрема самостійна наукова дисципліна, яка посідає місце серед таких юридичних дисциплін як теорія держави і права, історія держави і права, філософія права.

Розвиток порівняльно-історичного правознавства як науки показує переваги історико-порівняльного дослідження юридичної термінології. Зокрема, при використанні історико-порівняльного методу дослідження відкривається перспектива визначення всіх етапів становлення юридичної термінологічної системи, що є умовою для виявлення закономірності і прогнозування подальшого розвитку.

Метою порівняльно-історичного правознавства у сфері юридичної термінології є формування основ дослідження, які стосуються його предмету, цілей, функцій, методології і на цій основі історична ідентифікація української юридичної термінології.

Для дослідження цієї мети необхідно вирішити такі завдання:

1. Дослідити процес становлення порівняльно-історичного правознавства в Україні та сучасний стан порівняльно-історичних досліджень юридичної термінології.
2. Сформулювати методологію порівняльно-історичного дослідження юридичної термінології.
3. Розкрити зміст головних завдань порівняльно-історичного дослідження юридичної термінології: науково-пізнавального, практико-прикладного та освітньо-виховного.
4. Здійснити історично-порівняльне дослідження юридичної термінології українських пам'яток права.

Аналіз історії права України дозволяє висунути гіпотезу про те, що однією з основних тенденцій формування юридичного термінологічного поля є термінологічна наступність. На думку Ролінгольда Циппеліуса "Попередники з історії права, прообрази наявних норм та історія їх виникнення (історичні аргументи) вказують часто на регулятивні наміри законодавців і не перехідний

характер суспільних уявлень про справедливість.” Відтак процес термінологічної наступності є фундаментальною основою, на базі якої повинен проходити подальший розвиток всього юридичного термінологічного простору.

У сучасній історичній науці усталилася позиція, у відповідності до якої науковий порівняльний метод поділяється на 2 види: діахронне та синхронне порівняння, які базуються на тому, що право існує в часі та просторі, що воно має минуле, сучасне й майбутнє. На думку російського вченого В. Тураніна для дослідження основних особливостей формування юридичної термінологічної системи особливо важливим є комплексний підхід, який дозволяє розглядати термінологічне поле у просторі з врахуванням часових факторів, і навпаки. Синхронний і діахронний методи дослідження, задіяні в їх розумній сукупності, дозволяють нам простежити долю певної терміноодиниці і передбачити термін її проникнення в текст нормативного акту.

Становлення української терміносистеми – це процес тривалий, який бере свій початок ще у давньо-руський період і триває сьогодні.

Загалом правова мова бере участь у формулюванні та уточненні правових правил. Важливим інструментом для такого модифікуючого розвитку правової термінології є історико-типезуюче порівняння термінів.

Діахронний аналіз з юридичної термінології найбільш продуктивний при співставленні терміносистем різних пам’яток права, нормативних актів. Зроблено науково обгрунтовані спроби порівняти терміносистеми Руської Правди і Псковської судної грамоти, Руської Правди і пам’яток варязького (норманського) права, Руської Правди і Литовських статутів, Кодексу 1743 року і пам’яток магдебурзького права. Результати цього порівняння є певним кроком до виділення окремих історичних етапів у розвитку українського правового термінологічного поля. На нашу думку, таких етапів було п’ять: по-перше, етап розвитку давньоруської юридичної термінології; по-друге, етап розвитку української середньовічної юридичної термінології; по-третє, становлення модерної української юридичної термінології; по-четверте, етап радянської юридичної термінології; по-п’яте, формування сучасної української юридичної термінології.

Необхідно підкреслити, що вивчення цих етапів не можливе без аналітичного дослідження впливів зарубіжних терміносистем на українську терміносистему. Певні кроки на цьому шляху зроблено З.В. Ромовською, яка наполегливо відстоює ідею існування українського цивільного права.

Загалом історико-правовий підхід до дослідження юридичної термінології має велике значення і є перспективним науковим напрямком у рамках порівняльно-історичного правознавства.

**ЗАСТОСУВАННЯ СМЕРТНОЇ КАРИ ЗА КОДЕКСОМ УКРАЇНСЬКОГО
ПРАВА 1743 Р.*****Сеньків Ю.****Львівський національний університет імені Івана Франка*

Хоча поняття злочину в кримінальному праві першої половини XVIII ст. було багатоаспектним, бо злочин – це і гріх – порушення Божого права, і кривда – пошкодження майна приватної людини, і порушення сформованого століттями суспільного ладу, однак у ньому починає утверджуватися і таке розуміння злочину, як свавілля і порушення гарантованого державою права.

Однак покарання ще по-старому – це відплата за гріх, яка колись мала на меті отримати прощення богів за порушення їхньої волі і прихилити їхню ласкавість до роду чи племені. Кримінальне право Гетьманщини передбачає жорстокі види смертної кари і тілесних покарань, керуючись зразками відомої вже в античному праві системи таліону. Чимало злочинів цієї доби карається відповідно до типу, розмірів та наслідків злочинної дії. Проте вже з'являються ознаки змін на краще. Зокрема, від волі потерпілого залежала зміна вимоги застосування таліону на грошове покарання.

Поряд з ідеєю відплати, за змогою – ідеально рівної щодо наслідків злочину ("сторона судом обвиненная... таким же образом и на тих же членах на суду казана бить имеет"), кримінальним правом тієї доби всевладно опанувала ідея залякування і відлякування від злочинів – як злочинця ("індивідуальна превенція"), так і загалом потенційних злочинців ("генеральна превенція"). Саме це і творило жорстокий дух кримінального права. Так, багато норм "Прав, за якими судиться малоросійський народ" (далі – "Права") вимагає жорстоких кар "в страх прочим, даби такіа богохулення в народі не происходили". Жорстокість цього права пом'якшувала як практика, так і правова можливість шляхом угоди замінити деякі кримінальні покарання грошовим викупом.

А.Яковлів до характерних ознак системи покарань за Кодексом 1743 року відносить: 1) жорстокість та різноманітність кар; 2) мультиплікація (від

лат. *multiplicatio* – множинність кар); 3) вжиття спеціальних норм забезпечення і поліпшення; 4) зменшення або збільшення кари залежно від соціального стану потерпілого й вини; 5) врахування приватноправового інтересу.

Покарання ставало більш жорстокішим при рецидиві. З-поміж обставин, що пом'якшували покарання за вчинений злочин, можна назвати такі: реторсії ((лат. *retorsio*) обмежувальні заходи, застосовувані однією державою щодо іншої(або щодо її громадян)), надзвичайна нужда, голод, легкодушність у малолітті, намова, запаморочення алкоголем та ін. У той час вважалося, що покарання тільки тоді виконує своє призначення, коли є достатньо важким, щоби злочинець не повернувся до вчинення злочину, а його середовище не відважилося піти його злочинним шляхом. Це підтверджує велика різноманітність покарань, передусім смертної кари, надзвичайно часте застосування таких кар, як смертна кара і тілесні покарання, вживання ганьблячих покарань – як за життя, так і після смерті злочинця, поєднання покарань, зокрема поєднання смертної кари з попереднім тілесним ушкодженням і муками. Крім ідеї відплати і залякування, кримінально-правовій політиці того часу не була чужа ідея виправлення злочинця, якій відповідає застосування церковного покарання та інститут умовного припинення виконання вироку. У деяких положеннях кримінального права можна вбачати намагання виховати суспільство і відвести його від вчинків, що призводять до злочинів.

В. Кульчицький зазначає, що в Україні у XVII – XVIII ст. існували такі види покарань:

1. смертна кара;
2. тілесне покарання;
3. тюрма;
4. позбавлення честі і права;
5. вигнання;

6. відкликання образ;
7. майнові покарання;
8. церковні кари;
9. так звана потвара;
10. примусове одруження;
11. дисциплінарні покарання.

Я. Падох усі види покарань за характером порушеного інтересу об'єднує в три групи: а) публічні кари: основні (смертна кара, кари на тілі, на честі і правах та ін.), додаткові (вигнання з громади, церковна покута); б) приватні кари: основні (головщина та ін.), додаткові (арешт, відслуга); в) публічно-приватні кари: грошова кара, зарука.

Як і в попередню добу, смертна кара застосовувалася за певні види злочинів, наприклад за вбивство, злочини проти держави і маєстату або тільки при наявності обтяжуючих обставин. Особливо обтяжуючими обставинами, які майже постійно тягли за собою смертну кару, були таємність і підступ при вчиненні злочину (із засідки, вночі), використання вогнепальної зброї чи іншої, незвичайної й особливо небезпечної зброї або знарядь, вчинення злочину в незвичайному місці і часі (двір господаря, народні збори, ярмарок). Обтяжуючою обставиною вважали також затримання злочинця на місці події.

При крадіжці, однією з обтяжуючих обставин вважали той факт, коли вартість викраденого майна перевищувала 20 рублів. Тоді винна особа каралася повішенням і з наступним поверненням викрадених речей і з відшкодуванням збитків з майна винного. Якщо у крадіжці речей вартістю понад 20 рублів брали участь декілька злодіїв, то карали повішенням "приводия", якщо ж усі злодії були винні в "рівній вині", то вішали одного із злодіїв, на якого випав у суді жереб, а всі інші каралися биттям різками з відрізанням вуха або випаленням залізом тавра на обличчі [1, гл. XXIV, арт. 9, п. 2, 4].

Що стосується пом'якшуючих обставин, то вони, як правило, замінювали смертну кару, яка призначалася за конкретний злочин, більш м'якими покараннями або принаймні пом'якшували форму смертної кари. До цих обставин належали: нужда, голод, підмова, неповноліття, попереднє чесне життя, запаморочення алкоголем, провокації та ін.

Окрім пом'якшуючих обставин, були відомі ситуації, за яких смертна кара взагалі могла бути скасована. Це могло бути, наприклад, на вимогу чоловіка, якому викрали дружину за її згодою і яка за те підлягала разом із тим, хто її викрав, смертній карі. Коли чоловік не вимагав смерті дружині, їй дарувалося життя, а чоловік задовільнявся викупом з майна того, хто її викрав.

Смертна кара застосовувалась до всіх без винятку, незважаючи на стану приналежність і службове становище. Вона була своєрідним захистом і найнижчих верств суспільства, включно до невільників і кріпаків. За умисне вбивство цих людей смертна кара загрожувала навіть представникам шляхти і козацтва. Страта не застосовувалась до малолітніх, хлопців до 16 років, дівчат до 13 років, вагітних жінок і людей похилого віку.

Існували кваліфіковані та прості види смертної кари. До простих видів належала смертна кара шляхом відрубання голови і повішення, причому останній вид вважався більш ганьблячим. Повішення застосовували до звичайних злодіїв, що походили здебільшого з нижчих верств, до шпигунів, за викрадення людини і продаж у неволю нехристиянинові.

Відрубання голови застосовувалося переважно при некваліфікованому вбивстві, часто при антидержавних і військових злочинах, коли за них не призначалося кваліфікованого покарання. Наприклад, цю кару призначали за допомогу ворогові зброєю й іншими важливими речами, за вбивство посла, знищення або зневагу грамоти державного правителя, за інші злочини, які були вчинені в поході під час воєнних дій, тощо. Так, відрубанням голови мечем ("мечем стятим") був страчений Микитченко в 1707 р., який згвалтував прилуцьку жительку Гребеничку. До кваліфікованих видів смерної кари належали: четвертування за батьковбивство, гвалтування малолітніх, незалежно чи дівчини, чи хлопця, вбивство пана – слугою, начальника – службовцем, таємне вбивство (із засідки, отруєння), пограбування церкви, крадіжка людини і продаж її невірному в неволю, спалення живцем, зокрема за протирелігійні злочини (богохульство, відступництво від християнської віри, чарівництво та ін.). Спалення живцем зустрічалося дуже рідко. Парубок Грицько був обвинувачений у содомському гріху. На суді він підтвердив свою провину. Суд "подлуг права посполитого в порядку книзе судової, артикул 71" виніс

такий вирок: " Поневаж то ганебний... грех есть, маєть быть строго каран сего Грица злочинцу таким осудилисмо декретом и розказали огнем спалили". Закопування живцем у землю до шиї, де людина залишалася аж до смерті, теж належало до кваліфікованих видів смертної кари. Цю кару застосовували спеціально до жінок, чоловіків у подібних випадках частіше карали четвертуванням. Це стосувалося злочинів батьковбивства і отруєння. Була відома також смертна кара заливанням горла розтопленим свинцем як типове покарання за підроблювання монет. Поза цими кваліфікованими формами смертної кари була ще кара, зміст якої не був визначений. Вибір способу виконання кари залишався за судом і фантазією ката, якого називали "палачом або мистром". Закон призначав цю кару за винятково важкі та протидержавні злочини, наприклад за замах на державного правителя, державну зраду, вбивство або зневага закордонних послів, убивство возного та ін., коротко і стисло наказуючи злочинця "жестоко казнить смертю" або піддати його "смертної казни, без всякої пощади" чи даючи деякі вказівки, наприклад: "жестоким разним мученням й стязанієм, живого сеч без всякої пощади". Так, 22 серпня 1771 року військовий суддя М.Тимофєєв наказав полковнику Самарської паланки стратити захоплених гайдамаків у такий спосіб: "Разбойников й смертоубийцев, хотя некоторых тем же жребием, виселицею, от других их товарищей, поскольку они перешли все предели нашей умеренности... непосредственно в Самаре казнить смертю – Каленика Донца потянуть на железной в столпе спиный, а Степана Тарана зацепить ребром на крюк". Тіла страчених тривалий час залишали на місці страти. Часто зі смертною карою поєднувалися інші покарання. За найважчі, передусім – протидержавні, злочини нерідко призначалося потрійне покарання: смертна кара, позбавлення честі і майна, інколи поєднана з особливим, надзвичайним катуванням. До особливостей смертної кари належали ганьблячі покарання після смерті і символічна смертна кара. Ганьблячі покарання після смерті відбувалися таким чином: четвертування трупа (за пограбування церкви), волочення трупа кіннями, насадження голови на кіл, а тіла – на колесо (за батьковбивство). Символічна смертна кара застосовувалася тоді, коли злочинець втік і його не можна покарати. Наприклад, вішали на шибениці образ, який уособлював зрадника, що втік до ворога з наміром заподіювати шкоду своїй Вітчизні, такий "повішений" втрачав честь і майно.

Ця, сформована на Заході, жорстокість кар не відповідала правосвідомості українського народу й на практиці постійно пом'якшувалася як судом, так і потерпілим. Вирішальну роль у цьому відіграло звичаєве право, яке постійно корегувало норми писаного права.

**“КОНСТИТУЦІЯ 3-ГО ТРАВНЯ 1791 Р. ПОЛЬЩІ – ПЕРША
ЄВРОПЕЙСЬКА ДІЮЧА КОНСТИТУЦІЯ”.
(ДО 215-РІЧЧЯ ПРИЙНЯТТЯ)**

Тищик Б.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У кінці XVIII ст. у Європі наступила епоха конституціоналізму. Зокрема 3-го травня 1791 р. була прийнята у Польщі перша на європейському континенті (якщо не брати до уваги конституційного закону Швеції 1789 р.) і друга у світі (після США – 1787 р.) писана конституція. Цього ж року, але пізніше (у вересні) прийнято й першу конституцію у Франції.

Отож, у травні 2006 р. минуло 215 років з часу прийняття польської конституції, що дає привід придивитись до неї конкретніше, тим більше, що в українській правовій літературі їй приділено зовсім мало уваги.

У другій половині XVIII ст. Польща, до складу якої входила значна частина українських земель, захоплених після Люблінської унії з Литвою, була однією з найбільших країн Європи – з територією понад 730 тис. кв. км, населенням 11, 5 млн. чол. Більше 70 % населення складали селяни, до 20 % – міщани, 6-7 % дворянство, 2-3 % – духовенство.

Економіка країни на цей час зазнала відчутних змін, які свідчили про доволі інтенсивний розвиток країни по капіталістичному шляху. Розвивалася промисловість у містах, виникали акціонерні спілки, товариства. У сільському господарстві, у маєтностях дворянства, впроваджувались нові культури, завозилась з-за рубежа нова техніка, продуктивніша худоба, зростала врожайність традиційних с/г культур, розвивались товарно-грошові відносини, ріс експорт польської продукції за кордон.

Але, одночасно, продовжувала залишатися панщина, інші численні особисті повинності селян перед дворянством, посилювався соціальний визиск сільського населення. Селянство платило дворянству і державі різні податки, прямі і непрямі, мусило виконувати різні повинності.

Подібний тягар лежав і на переважній більшості міського населення. Багато міст, особливо дрібних і середніх, було власністю могутніх магнатів.

В політичному сенсі країна перебувала в стані неспокою, хаосу. Різні магнатські угруповання, до яких примикали численні верстви шляхти, переважно клієнтів, васалів цих магнатів, вели між собою завзяту боротьбу за владу. У цій боротьбі вони не гребували жодними засобами, часто залучаючи до неї правлячі кола і правителів сусідніх держав – Росії, Австрії, Пруссії. Останні ж, звичайно, не пропускали жодної нагоди втрутитись у внутрішні справи Польщі. Зокрема, під тиском Росії у 1764 р. королем Польщі, після завзятої боротьби між магнатськими угрупованнями, був обраний Ст. Понятовський, фаворит Катерини II-ї.

На цей час припадають перші спроби проведення у Речі Посполитій державних реформ. Зокрема на сеймі у травні-червні 1764 р. прийнято рішення обмежити вкрай шкідливе для держави *liberum veto*, тобто право будь-якого депутата сейму заблокувати прийняття сеймом рішення (лат. *veto* – забороняю); утворено нові загальнодержавні органи – фінансову та військову комісії; вперше складено бюджет країни (на 1768 р.); ліквідовано внутрішні мита, впорядковано систему мір і ваг; толерантнішою стала державна політика щодо іновірців-протестантів, православних тощо. Правда, з другого боку, у 1768 р. сейм прийняв т. зв. Кардинальні закони, якими підтверджено усі попередні права і привілеї дворянства.

Однак політична ситуація у країні залишалась нестабільною. У Барі на Поділлі частина дворянства у 1768 р. організувала т.зв. Барську конфедерацію, скеровану проти Росії і короля. Почалась громадянська війна. У результаті в 1772 р. – Австрія, Пруссія і Росія здійснили анексію частини польської території – відбувся перший поділ Польщі.

У жовтні 1788 р. у Варшаві відкрився сейм, названий Великим або Чотирирічним. Він прийняв ряд історичних рішень. Зокрема, ліквідовано федеративний устрій Речі Посполитої, вона стала унітарною державою, вирішено утворити єдині центральні державні органи, 100-тисячну армію і ін.

Найважливішим законодавчим актом, прийнятим Чотирирічним сеймом, був “Закон про управління” (*Ustawa Rządowa*), тобто перша Конституція Польської держави. Це відбулось 3-го травня 1791 р.

Конституція складалася із вступу, 11 статей (артикулів), які є фактично розділами, і трьох додатків.

У вступі зазначається, що як сам король, так і послы сейму та сенатори, цінуючи “понад життя і особисте щастя... незалежність і внутрішню свободу народу” та бажаючи заслужити “благословення та вдячність поколінь” ухвалили цю Конституцію.

Стаття I-а присвячена проблемі релігії. Панівною проголошена “свята римо-католицька віра з усіма її правами”. Разом з тим гарантувалась свобода віросповідань і “урядова опіка у проведенні обрядів”, але, звернімо увагу: в рамках “відповідного законодавства”. Отже, гарантованість віросповідання насправді була лише декларацією.

Наступні три статті визначали засади суспільного ладу країни і врегульовували правове становище шляхти, міщан і селян. Шляхті забезпечувалось домінуюче становище і політичну гегемонію в країні. Їм гарантувались усі попередні привілеї, свободи і ін., надані “від Казимира Великого до сьогодні”. Їх у Конституції визнано непорушними. Усю шляхту визнано між собою “рівною у правах, але одночасно у Законі про місцеві сеймики, який став складовою частиною Конституції, зазначалось, що право голосу і право бути обраними до сейму належало тільки шляхтичам-землевласникам з 18-річного віку і річним прибутком не менше 100 злотих. Це була явна суперечність Конституції.

Міщанам, але тільки королівських міст, надано право особистої недоторканності (як і шляхті), право придбання землі, зайняття нижчих адміністративних і судових посад, отримання нижчих офіцерських звань і дворянських титулів.

Щодо селянства, то воно “яко джерело найбільших багатств країни і найчисельніша частина народу” приймалося “під опіку права та влади”. Характерно, що особиста залежність селян від поміщиків, тобто кріпосне право, їх численні повинності залишались непорушними.

Це, вважаємо, було ще одним суттєвим недоліком Конституції. Тим більше, що мова йде вже про кінець XVIII ст. епоху конституціоналізму у Європі, коли були відомими й американська Декларація незалежності, й французька “Декларація прав людини і громадянина”, які проголосили природні, невід’ємні права людей.

Появилось в Конституції нове поняття “народ”, під яким стали розуміти не тільки шляхту, як це було раніше, але також міщан та селян, що повинно було, за задумом авторів Конституції, наблизити до шляхетства інші суспільні верстви, консолідувати їх.

Наступні статті Конституції присвячені проблемам державно-політичного устрою країни. У ст. V зазначено, що “всяка влада у людському суспільстві витікає з волі народу”, що у політичних умовах тогочасної Польщі означало домінанту дворянського сейму.

Збережено його двопалатну структуру (посольська палата і сенат). Послів нижчої палати (у кількості 204), обирали місцеві сеймики. Тобто це були виключно дворяни. Крім того, до цієї палати належало обрати 24-х представників від міст. Це був крок вперед у порівнянні з попереднім часом, коли міста у сеймі свого представництва не мали. Правда, крок половинчастий, оскільки послы від міст мали тільки дорадчий голос, та й то лише у справах стосовно міст, торгівлі й виробництва.

У вищій палаті – сенаті – налічувалось 132 особи. За посадою до нього входили усі воєводи, каштеляни, міністри і єпархіальні єпископи.

Сейм повинен був збиратися раз на два роки, його засідання скликав король або маршалок (голова) посольської палати.

Компетенції сейму були дуже широкі – прийняття, зміна, відміна законів, справи війни і миру, бюджету, визначення податків, присвоєння дворянських титулів, ратифікація міжнародних угод та ін. Рішення посольської палати було визначальним, отож роль польських магнатів впала.

Конституція відмовилась від застосування інституту *Liberum Veto*. Рішення приймались по більшості голосів.

По формі правління Польща стала конституційною парламентарною монархією. Отже, главою держави був король. Але ліквідовано засаду виборності монарха, яка загалом була у політичному житті Польщі вкрай негативним моментом, бо дуже часто призводила до гострих конфліктів дворянських угруповань, було підставою для втручання чужих держав. Отож, встановлено засаду

спадковості трону у межах династії. Уведено також засаду невідповідальності монарха, поклавши її на уряд. Кожен акт короля мав бути скріплений підписом відповідного міністра. Король очолював виконавчу владу – уряд, що отримав назву Сторожа законів. Його склад пропонував король, затверджував і звільняв міністрів з посади сейм. Король був головою сенату, мав право помилування тощо. Король і уряд мали діяти в рамках Конституції і законів.

Що стосується місцевих органів адміністрації і самоуправління, то Конституція докладно цього питання не регламентувала, отже, залишались і діяли в межах своєї компетенції у воєводствах, землях і повітах т.зв. цивільно-військові комісії та місцеві сеймики-воєводські, земські і повітові. Королівські міста мали своє виборне самоуправління – міські ради і їх виконавчі органи на чолі з бургомістром.

Судову владу (ст. VIII) відокремлено від законодавчої і виконавчої. Визначено структуру судових органів (суди I-ї інстанції для кожного воєводства і повіту, референдарські, надвірні, асесорські та інші суди; найвищим, апеляційним судом був сеймовий суд). У кінці цієї ж статті записано, що сейм дає розпорядження скласти кодекси “права цивільного і кримінального”.

Зазначено, що кожна людина повинна знайти в судах “для себе справедливість, а злочинець щоб відчував над собою грізну силу державних властей”.

Такою була в загальних рисах польська травнева Конституція 1791 р. Не дивлячись на певну її обмеженість, непослідовність (відсутність чітко закріплених прав і свобод громадян, збереження прав і привілеїв шляхти, особистої залежності селян, всевладдя дворянського і місцевих сеймів) вона в цілому була прогресивною, істотно вплинувши на розвиток польського суспільства по демократичному шляху, надихала патріотичні кола країни на боротьбу за збереження незалежності Польщі. Недарма 3-го травня шанується у Польській державі день національного свята, на його честь названі вулиці і площі багатьох населених пунктів країни.

**ДО ПИТАННЯ ПРО ТИПОЛОГІЗАЦІЮ ПРАВОВИХ І
ПОЛІТИЧНИХ УЧЕНЬ****Федуцак-Паславська А.***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Наука історії правових і політичних учень бере свій початок ще із IV ст. до н.е., коли починають з'являтися перші уявлення про право, державу та явища з ними пов'язані. Однак, лише у XIX ст. вона постає як окрема наука зі своїм предметом та системою вивчення.

Протягом своєї довгої історії наука про правові і політичні вчення наповнилася значною кількістю вчень, шкіл та напрямків. Маючи на меті систематизувати цей величезний масив, провели свої узагальнюючі дослідження мислителі у XVII-XVIII ст.ст. Першою такою працею вважають "Історію природного права" (1695 р.) Буддея. Історичним оглядом літератури з філософії права є і твір професора університету у Галлі Людовіці "Огляд історії божественного природного права і загального позитивного права" (1701 р.). Висловлювання та ідеї мислителів і правознавців минулого про право, державу, закони, політику, справедливість, мораль і т.д. систематизують і Глазер у "Повній історії права розуму" (1739 р.), Шмаус у "Історії природного права" (1754 р.), Хюбнер у "Нарисі історії природного права" (1757 р.) та ін. Однак ці дослідники використовують виключно історичний підхід, не здійснюючи концептуального осмислення зібраного матеріалу. Це відбувається аж у XIX ст., коли аналіз правових та політичних ідей переходить на, власне, теоретичний рівень.

У зв'язку з тим, що історико-правове дослідження ґрунтується на знанні минулого, суттєвою його особливістю є часова характеристика. А тому закономірністю є визначальність хронологічного підходу при систематизації правових і політичних учень. Це дає змогу усвідомити і викласти динаміку розвитку правових і політичних ідей. Разом з тим, хронологічний підхід виступає критерієм для типологізації правових і політичних учень.

Загальновизнаним є розуміння, що у процесі пізнання людство змінювало типи світосприйняття: 1) міфологічний; 2) релігійний; 3) юридичний світогляди і, відповідно, – 1) античний; 2) середньовічний; 3) новий та новітній періоди у розвитку правових та політичних уявлень.

Усвідомлення права і держави та явищ з ними пов'язаних відбувається і у межах певних моделей постановки та вирішення проблем, моделей теоретичної інтерпретації державно-правових явищ (парадигм). Ці парадигми є зразком постановки і логічного вирішення пізнавальної проблеми. Парадигма визначає відповідне розуміння права, держави та ін., відповідний підбір і тлумачення фактів, узагальнення та систематизацію інформації з точки зору: 1) надприродних; 2) природних; 3) соціальних засад. Так, для періоду Античності переважаючою є етична парадигма, для Середньовіччя – теологічна, для Нового часу – природничо-правова.

Російський дослідник Мухаєв виділяє теологічну парадигму, яка була першою і одержала вираз у міфологічній формі в країнах Давнього Сходу. Ця парадигма продовжувала бути визначальною і в період Середньовіччя. Класичним її виразом вважаються концепції Августина (V ст.) та Хоми Аквінського (XIII ст.), у концепції М. Лютера (XVI ст.) парадигма модернізується, але її окремі прояви притаманні навіть сучасним правовим і політичним концепціям. Окремі елементи парадигм є присутні у вченнях різних періодів. Так, соціальна парадигма виникла ще у Давній Греції і об'єднує мислителів, які пояснюють зміст права та держави соціальними факторами. Засновником природничої парадигми, яка пояснює державно-правові явища впливом на них вроджених властивостей людини, факторами географічного середовища, є Ж. Боден (XVI ст.). Ш. Монтеск'є, Г. Макіндер, А. Тойнбі та багато інших мислителів також визнавали вплив географічних факторів. Ідеї притаманні юридичній моделі виникають у країнах Давнього Сходу, у Давніх Греції та Римі. Зокрема, вже тоді владу пов'язують з ідеєю права і закону. До того ж, тут право і закон не ототожнюють. Юридична парадигма досягає свого розквіту у Новий час, коли право і держава однозначно виводять із природи людини, з її розуму та досвіду.

Юридичне світосприйняття є основою природничо-правових концепцій (XVII-XVIII ст.), ліберального напрямку (XVIII-XIX ст.), позитивізму (XIX ст.).

Професор Нерсисянц В.С. пропонує розглядати історію правових і політичних учень з точки зору поділу існуючих правових і політичних концепцій на такі, що базуються на двох різних типах праворозуміння – природничому та позитивістському. Відтак, вчений називає мислителів різних епох, які висловлювались виходячи із природничого (юридичного, від лат. *ius* – право) чи позитивістського (легістського, від лат. *lex* – закон) розуміння права.

Крім цих, існують інші критерії для типологізації правових і політичних учень. Залежно від ставлення автора до існуючого устрою виділяють такі вчення, що: 1) співпадають з існуючим устроєм; 2) устрій відстає від розвитку думки, свідомості, людської психіки; 3) устрій випереджає розвиток думки, свідомості, людської психіки. Існує класифікація правових і політичних учень на такі: 1) що гальмують суспільний поступ; 2) прискорюють розвиток суспільства.

Б. Рассел у “Історії Західної філософії” (1945 р.) робить акцент на ставленні мислителів до сучасного їм суспільства. У Вступі до своєї праці, перевиданої у 1995 р. українською мовою, він пише, що “протягом усього цього періоду розвитку, від 600 року до нашої ери аж до наших днів філософи поділялись на тих, котрі хотіли зміцнити суспільну єдність і тих, котрі хотіли її послабити”. Подібними є оцінки представника психологічної школи права Є. Ланде, який для систематизації вчень виділяє егоїстичні та альтруїстичні мотивації мислителів.

Ф. Шталь різноманітність правових і політичних доктрин прагне типологізувати за способом, яким людство реалізує та пізнає об’єктивно існуючу ідею справедливості. Так само з ідеалістичної точки зору пояснює змінність поглядів на право і державу Ж. Блюнчлі. На його думку, правові і політичні вчення є рефлексією духу епохи, який змінюється і зосереджений у правових інститутах та державних установах. В. Дюнінг у праці “Історія політичної теорії” (1932 р.) наголошує на важливій ролі правових і політичних вчень, які вдосконалюють правові інститути та політичні установи. У його концепції існуючі правопорядок та правові інститути є підставою “розрізнення та відбору доктрин”.

Прихильники соціологічного підходу для класифікації правових і політичних учень обирають різноманітні події і явища реального життя.г. Кетлін говорить про розвиток цивілізації та щастя людства як про два суперечливих явища, конфлікт між якими існує постійно. Відтак, правові і політичні вчення відображають або інтереси всього суспільства, або справедливе трактування особи. Такий підхід є доволі плідним, бо дає змогу класифікувати правові і політичні вчення у контексті відносин держава – особа, суспільство – особа, держава – суспільство, які забезпечують різні ступені індивідуальної особи, гарантують права особи, визначають роль правових норм у цьому процесі. Так, у період Давнини у правовій і політичній думці визнають залежність особи від суспільства, суспільних утворень і об’єднань; в період Середньовіччя акцентують на індивідуальних правах і свободах особи; у Новий та Новітній час превалюють дослідження відносин держави з політичними організаціями; ускладнених відносин держава – суспільство; ролі права у регулюванні суспільних відносин тощо.

При критично-оглядовому підході автори здійснюють відбір вчень, класифікуючи їх на правдиві чи фальшиві, добрі чи погані, обравши для цього різноманітні засади. Наприклад, у “Історії політичних доктрин” П. Джанета таким критерієм є основи ліберальної етики.

У сучасній історії правових і політичних учень використовують також формаційну класифікацію, історико-хронологічну типологію, соцієнтальну типологію, яка враховує роль соціальних факторів при формуванні правових і політичних концепцій у конкретні історичні періоди. В рамках соцієнтальної типології правові і політичні вчення класифікують за критерієм співвідношення держави і суспільства, забезпечення різних ступенів індивідуальної свободи особи і ролі права у цьому процесі на 1) вчення традиційного суспільства (IV тис. до н.е. – поч. XVI ст.), 2) вчення періоду становлення громадянського суспільства (XVI-XVIII ст.), 3) ідеологію розвиненого громадянського суспільства (XIX-XX ст.).

Видається, що хронологічний підхід для типологізації (в даному випадку – періодизації) правових і політичних учень є найефективнішим, а тому і найрозповсюдженішим. Хоча й інші підходи, особливо при застосуванні їх комплексно могли б сприяти структуруванню, а, відтак, визначенню місця і значення правових і політичних вчень. А це, у свою чергу, суттєво покращило б засвоєння (а не запам’ятовування) студентами матеріалів курсу “Історії правових і політичних учень”, що і є основною метою викладання.

**ПОРІВНЯЛЬНО-ІСТОРИЧНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ МІСЬКОГО ПРАВА В
УКРАЇНІ (XII – XIX): ОСНОВНІ ЗАСАДИ***Хомко Л.**Львівська національна академія ветеринарної медицини ім. С. Гжицького*

Особливу роль у формуванні політичної та правової свідомості в Україні відіграли і продовжують відігравати міста. Історично міське самоврядування та міське право, відображаючи політичні, соціально-економічні, національно-культурні, правові та інші особливості різних міст, сприяло набуттю ними своєї індивідуальності, посилювало почуття належності людини до певної міської громади, а отже має стратегічне значення в процесі соціальної інтеграції та політичної мобілізації українського суспільства.

Актуальність дослідження історико-правових проблем міського права зумовлена потребами становлення ефективного місцевого самоврядування в сучасній Україні, яке стримується як внаслідок об'єктивних, так і суб'єктивних факторів (наприклад, наявність суперечливих, а часом і діаметрально-протилежних підходів до розуміння природи, функцій та завдань місцевого самоврядування).

В українській історико-правовій науці відсутні порівняльні дослідження, присвячені процесу становлення та розвитку міського права в Україні. Саме тому порівняльно-історичне дослідження теоретичних і практичних проблем становлення та розвитку міського права в Україні є актуальним напрямом сучасної правової науки.

Починаючи з 1990 р., коли у вітчизняній науці почалося формування сучасних поглядів на інститут міського самоврядування, у рамках історії місцевого самоврядування в Україні, окремим аспектам проблематики міського права приділяли увагу М. Баймуратов, О. Батанов, В. Кампо, В. Кіселичник, М. Кобилецький, В. Кульчицький, В. Куйбіда, П. Музиченко, В. Негода, В. Семків, А.Ткач, І. Усенко та інші вчені.

Варто зазначити, що ідея міського права та необхідність його дослідження вперше з'явилися у працях класиків української та зарубіжної історико-правової науки М. Владимирського – Буданова, С. Іваницького – Василенка, Ф. Тарановського, Ю. Панейка, Л. Дюгі, І. Редліха, Отто фон Гірке, Л. Штейна, А. де Токвіля, М. Коркунова. Єдиного комплексного компаративного дослідження, присвяченого цій темі, немає.

Джерельною базою дослідження є історико-правова інформація, яка міститься в архівах різних історичних періодів, а саме: законодавство про самоврядування, привілеї на самоврядування, статuti міст, акти органів міського самоврядування, міські хроніки, книги, джерела ненормативного характеру.

Важливе значення має те, що нагромаджено і почасти введено у науковий обіг великий обсяг історичної правової інформації, насамперед, таких пам'яток міського права як привілеї та статuti міст.

Таким чином, забезпечено перший, до певної міри, поверхневий, описовий рівень досліджень міського права. До публікацій такого рівня варто зараховувати спроби співставлення, поєднання фактів міського життя з нормами тогочасних джерел міського права.

Другий рівень – більш складний. Насамперед через те, що дослідники вдаються до використання низки методів, основними з яких стають історико-правовий та порівняльно-правовий, намагаються вийти на комплексне бачення історичних проблем і перспектив міського права в Україні. Із збільшенням історико-правових досліджень проектуючого характеру (вивчення минулого заради проектування майбутнього) необхідно пам'ятати про наукову проблему, влучно описану англійським істориком Едвардом Х. Карром “Якщо історик конче дивиться на свій період очима свого часу і вивчає проблеми минулого як ключ до проблем сучасності, чи не впадає він у суто прагматичне бачення фактів і чи не дійде висновку, що критерій правильної інтерпретації – її зручність для сьогоденних цілей. За цією гіпотезою, факти історії – ніщо, інтерпретації – все.” У той же час як показує історичний аналіз міського права в Україні, однією з основних тенденцій формування специфічного міського правового поля є наступність права. Ю.А. Тихомиров висловлюється про наступність у праві так: “Кожному періоду людської історії властиве збереження правової спадщини і

її примноження. Правонаступність – всередині і ззовні держави – забезпечує неперервність дії права і той зв'язок явищ і процесів, який необхідний для стійкості суспільства, держави і нормальної життєдіяльності громадян”. Відтак виявити наступність у розвитку міського права в Україні – це надзавдання його порівняльно-історичного дослідження.

Для реалізації поставленої мети необхідно вирішити такі завдання:

- встановити і проаналізувати поняття та зміст міського права як права міста на самоврядування, права міського громадянства та як системи правових норм, встановлених органами міського самоврядування;
- встановити етапи розвитку міського права, визначити та обґрунтувати їх хронологічні межі;
- виявити та дослідити джерела, які відносяться до міського права;
- встановити політичні, соціально-економічні та правові передумови становлення та розвитку міського права;
- проаналізувати закономірності і особливості розвитку міського права в Україні на різних історичних етапах;
- порівняти міське право різних міст України, виявити спільне і відмінне у міському праві різних міст;
- обґрунтувати наступність у розвитку міського права в Україні;
- з'ясувати вплив історії міського права в Україні на тенденції його сучасного розвитку.

Комплексне вирішення цих завдань дозволяє сполучити місто, міську громаду і право на основі таких формул: міське право – це історичний імператив; в періоди бездержавності України – чи не єдина, поруч з звичасвим форма побутування українського права; природна форма правотворчості громади, а відтак народу.

Результати порівняльно-історичного дослідження міського права в Україні можуть бути використані:

- для поглиблення знань вітчизняної історико-правової науки щодо цієї проблеми і для проведення подальшого аналізу становлення і розвитку міського права в Україні;
- у правотворчій діяльності міських громад і органів місцевого самоврядування та для вдосконалення законодавства України про місцеве самоврядування;
- у навчальному процесі, зокрема, при викладанні курсів “ Історія держави і права України “, “ Історія держави і права зарубіжних країн “, “ Муніципальне право України “.

КНЕЗ ТА ЙОГО ПРАВОВИЙ СТАТУС ЗА ВОЛОСЬКИМ ПРАВОМ

Шандра Р.

Львівський національний університет імені Імені Франка

Протягом кількох століть (приблизно з XIII по XVIII ст.) на території сучасної Західної України (в основному Карпатський регіон Галичини та Буковини), а також на сході сучасної Польщі (Перемишльська та Сяноцька землі колишнього Руського воєводства) поширювалось та застосовувалось волоське звичаєве право.

Зазначене право, окрім українських (руських) земель, було поширене на території Угорщини, Молдавії, а також Валахії та Трансільванії (Семигороддя), які знаходились на території сучасної Румунії. Ймовірно, що саме з їхніх територій волоське право було принесене на українські (руські) землі.

Це право регламентувало відносини сільського населення в галузі місцевого самоврядування, цивільного та кримінального права, судочинства, тощо. Однією з особливостей волоського звичаєвого права була наявність кнеза (князя), як голови сільської адміністрації. Правовий статус кнеза на українських (руських) землях, в порівнянні з його правовим статусом у Угорщині, Молдавії, Валахії та Трансільванії, має певні особливості та спільні риси.

Що стосується правового статусу кнеза на території Угорщині, Молдавії, Валахії та Трансільванії, слід зазначити наступне.

Румунські дослідники вважають, що термін «кнез» був запозичений волохами (румунами) у слов'ян (які почали поселятись на території сучасної Румунії вже в першому десятиріччі IV ст.), однак має німецьке походження і початково означав «ватажок» (керівник).

Кнези очолювали сільську адміністрацію сіл волоського права (сільських общин). Спочатку вони обирались відповідною сільською общиною та наділялись в основному судовими та адміністративними повноваженнями. Згодом кнези привласнили собі владні повноваження у військовій, економічній і суспільно-політичній сфері. Пізніше влада кнезів над населенням (сільською общиною) та належною їм територією набула спадкового характеру.

Території, що знаходилися під владою кнезів почали називатися «кнезатами» (князствами). В склад кнезата могла входити сільська община, її частина або декілька сільських общин. В XIII-XIV ст. деякі волоські кнези зуміли поширити свою владу на декілька кнезатів (до 20-30 общин), що розміщувались переважно компактно в одній долині або на березі однієї річки. Щоб відрізнити їх від дрібних або сільських кнезів їх називали «долинними кнезами». У разі виникнення надзвичайних ситуацій деякі кнези наділялись військовими повноваженнями і називались герцогами або воєводами. З часом, прості члени общини почали виконувати певні повинності на користь кнезів – працювати на землі, що належала кнезам, віддавати їм частину своїх доходів. Кнези стали середньою ланкою між сільськими общинами та власником села або органом державної влади. Вони забезпечували порядок в середині общини і організовували збройне протистояння у випадку зовнішньої агресії спрямованої на захоплення їхніх земель.

Крім терміну «кнез», для визначення голови сільської адміністрації вживався, також, термін «жуде». Поняття «жуде» походить з латинського *iudex* (суддя, арбітр, глава). Ймовірно, що спочатку волохи (румуні) користувались лише латинським терміном, однак в умовах спільного проживання із слов'янами вони поступово почали застосовувати і термін «кнез». Території, що знаходилися під владою «жудів» називалися «жудатами».

Хоча термін «кнез» у волохів (румунів) означав «виборного» керівника, він ніколи не означав статус суверена, якими фактично були руські князі. Тому, з метою уникнення термінологічної неузгодженості, дрібних волоських (румунських) феодалів називають кнезами, а слов'янських князями.

Спочатку правовий статус волоських (румунських) кнезів на усьому карпатсько-дунайському просторі був подібний. Однак з часом (особливо після включення Трансільванії в склад угорського

королівства в XI – XII ст., а також після виникнення Валахії та Молдавії), він почав поступово змінюватися.

Спочатку кнези входили в категорію знаті та бояр, оскільки вони володіли спадковими селами (якими володіли за звичаєвим правом) і були наділені військовими повноваженнями, що були характерними для феодального власника.

Починаючи з XIV ст. Валахія та Молдова очолювалась так званими «господарями», якими було введено в практику надання кнезам привілеїв на кнезати. Часто в зазначених привілеях згадувалися кнезати (що склалися з сіл та населення, яке в них проживало), якими волоські кнези володіли ще до видання відповідного привілею. Тобто, привілеї мали формальний характер, а господар користувався даною практикою на праві верховного власника усіх земель країни. За таких умов привілеї набували юридичної цінності, оскільки гарантував право власності його володільцю. З кнезів походило більшість бояр в Молдові та Валахії. Кнези, котрі з різних причин не були задіяні центральною владою, деякий час залишались дрібними володільцями на підставі звичаєвого права.

В цей період волоські (румунські) кнези в Трансільванії і Угорщині поділялися на декілька категорій:

1. звичайні кнези, які в якості неофіційних власників, без відповідних привілеїв, проживали в королівських володіннях, насамперед на землях королівських замків;
2. кнези, затвержені у своїх вотчинах за звичаєвим правом на основі королівських привілеїв; виконуючи численні повинності перед центральною владою та набувши статусу напівофіційних власників, вони знаходились на ступінь нижче від знаті;
3. кнези, що вступили в стан знаті (*nobiles kenezii*) на підставі королівських грамот (привілеїв) та користувались правами знаті у своїх вотчинах, названих *possessiones* (вони були офіційними власниками і були прирівняні до знатного стану королівства);
4. кнези, які стали залежними на землях, що належали феодальній знаті або церкві; їх було віднесено до кріпаків і часто прирівнювали до сільських «джуд» (*villici*), що виконували повноваження старост у кріпацьких селах; дана категорія кнезів проживала, як правило, на рівнинах і в низинах рік, в місцях найбільш ранньої угорської колонізації, і вже не могла вступити ряди визнаної національної еліти (знаті).

Основна різниця між кнезами – володільцями королівських привілеїв, що підтверджували право власності, і тими, хто не мав такого документа, виявилась у 1366 році, коли перші були зараховані до знаті, а другі до старост кріпацьких сіл, що остаточно перетворило їх у залежних людей (кріпаків).

Після середини XV ст. волоські кнези були зведені угорською державою до двох категорій, відповідно з намірами угорського короля Людовика Великого: залежні кнези, що проживали на землях феодалів, чий статус найчастіше ототожнювався з посадою або службою, і знатні кнези або кнези прирівняні до знаті. Однак серед волоського (румунського) населення не робилось ніякої різниці між різними кнезами і усі вони сприймалися як такі, що належали до однієї категорії, яка уособлювала ідею керівника, а точніше, наділеного військовими і судовими повноваженнями власника кнезата.

В тій частині Трансільванії де вплив Угорського королівства був формальним і позначився пізніше, зберігся найбільш сильний і войовничий прошарок кнезів, що володіли землями і залежними селянами.

Таким чином, румунська знать Трансільванії з'явилася в XIV – XV ст.ст., одночасно з її визнанням владою і походила винятково з категорії кнезів. Визнання за волоськими (румунськими) кнезами особистих або загальних привілеїв не означало наділення їх усіма атрибутами знатності. Вони могли лише особисто користуватися своїми правами суддів, членів місцевих корпорацій і військових звільнених від митних зборів. Їх володіння залишались обтяженими численними зобов'язаннями по відношенню до королівських замків. Лише не багатьом кнезам, зарахованим до знаті, вдавалося перетворити свої кнезати в повноцінні вотчини і стати визнаними членами знатного стану королівства. У XVI ст. волоська (румунська) еліта становила не чисельний прошарок сільських старост, в основному кріпаків, а поняття «румун» (*Valachus*) стало синонімом «кріпака».

У Валахії та Молдові кнези в XV ст. залишались другорядним прошарком феодальної еліти, дрібними вільними землевласниками. Єдиними офіційними землевласниками, визнаними державою, були бояри. Після XV ст. слово «кнез» означало «вільна людина», а вираз «зарахування до кнезів» був синонімом звільнення від кріпосної залежності.

Відносно особливостей правового статусу кнеза на українських (руських) землях варто згадати наступне.

Заснування поселень на волоському праві відбувалося шляхом осадництва (надання права на заснування села у незаселених землях) та шляхом переведення вже існуючого села на це право.

Осадництво здійснювалось у двох формах. До XVI ст. переважно застосовувалась форма військового осадництва, метою якого було заселення обширних пусток, на яких можна було заснувати декілька сіл (ця форма була розповсюджена по всій Галицькій Русі).

Починаючи з XV по XVI ст., застосовувалась пізніша форма осадництва, в якій на першому місці стояв економічний інтерес; суб'єктом надання при цьому виступав „кнез”, об'єктом окреме село, а також невелика земельна ділянка з пов'язаними із нею привілеями. Відомі випадки, коли за надання грамоти про право заснування або про переведення села на волоське право сплачувалась певна сума.

Окрім цього, волоські князства (кнезати) можна умовно поділити на непривілейовані та привілейовані. Відмінність між такими кнезатами вбачається у наявності різноманітних привілеїв, які надавались засновникам сіл волоського права.

Непривілейовані кнезати є більш ранньою формою волоської колонізації. Прості кнезі нерідко мали земельну ділянку не більшу ніж звичайний кметь (селянин – голова родини). Вони майже не відрізнялися від ватаманів та тивунів руського права і виконували повноваження сільських старост та суддів і часто не мали документів, які б підтверджували їхній статус.

Привілейовані кнезати найбільше поширилися протягом кінця XV – першої половини XVI ст. на королівських землях (території, що належали королівському двору). У королівських грамотах, якими кнезат передавався у спадкове володіння, передбачався обов'язок військової служби, а крім землі, могли надаватись привілеї щодо підношень та відробітків по кілька днів на рік у час польових робіт, що здійснювались підпорядкованими селянами. Кнез також міг отримати право на заснування млина, корчми, отримання третьої частини чиншів, данин і судових доходів.

Голову сільської адміністрації (кнеза) у церковних та шляхетських маєтках пропонувала громада на загальних зборах. При цьому, пропонувалось відразу трьох кандидатів, одного з яких, власник чи орендатор села, затверджував на відповідну посаду. Голова адміністрації обирався громадою з членів привілейованого князівського клану. Привілейований кнез міг одночасно називатись тивуном, ватаманом, урядом і т. д.

Кнез у розгляді справ не виступає одноосібно, а лише спільно із громадою. Кнез і громада розглядали питання опіки, сімейних поділів, примирення боржників, укладення акту продажу землі та худоби.

На відміну від сіл „руського” права, у „волоських” селах, як і „німецьких”, судові акти вписувались до спеціальної книги, звідки можна було одержати „картку” (виписку) за підписом та печаткою кнеза. Самі ж акти, зокрема різного роду майнові угоди, здійснювалися виключно за участю громад. Якщо приватна угода або майновий акт укладались усно, то їх можна було згодом внести у замкові актові книги на підставі свідоцького відтворення на папері, завіреного підписами та печаткою.

Враховуючи подібність зазначених селищних інститутів, у XVI- XVIII ст. в Галичині відбувається поступове нівелювання сільського судочинства, уніфікується термінологія общини, в наслідок чого, не залежно від права на якому засновано відповідне поселення, загальним для позначення сільського голови (старости) стає термін «війт».

ІНСТИТУТ НОТАРІАТУ В ЗАХІДНІЙ УКРАЇНІ У СКЛАДІ ПОЛЬЩІ (1921-1939 РР.).

Ясінська Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Верховна рада Антанти 25 червня 1919 року уповноважила збройні сили Польської Республіки захопити всю Галичину. Під тиском польської армії 16-18 липня 1919 р. головна частина військ Української Галицької Армії, установи й організації Західноукраїнської Народної Республіки, тисячі біженців були змушені залишити територію Галичини. Згодом, 14 березня 1923 р., Рада послів Антанти ухвалила визнати Східну Галичину без жодних застережень як частину Польщі.

Відносна стабільність політико-економічної ситуації в країні дала можливість відновити роботу закритих у часи війни нотаріальних контор – адже у Західну Україну повернулися ті нотаріуси, які, не бажаючи присягати на вірність Українській державі, змушені були залишити свої посади. Вже в липні 1919 року відновили свою діяльність Львівська і Перемишльська нотаріальні палати. Однак у той час нотаріат переживав значні труднощі, зумовлені звільненням багатьох нотаріальних посад. Як свідчать архівні матеріали, в липні 1919 року Львівська нотаріальна палата приступила до вироблення пропозицій щодо зайняття вивільнених 27 посад в її окрузі.

Основна проблема в функціонуванні нотаріату полягала в тому, що у різних частинах польської держави діяло різне, неузгоджене між собою законодавство. На теренах колишнього Королівства Польського залишилося чинним російське Нотаріальне положення 1866 року. На землях, що раніше входили до складу Австро-Угорської імперії, продовжувало діяти австрійське нотаріальне Положення 1871 року. Отже, нотаріат у Галичині і далі розвивався на підвалинах, закладених попередніми десятиліттями.

Неузгодженість існуючих приписів щодо нотаріальної діяльності активізувала діяльність нотаріального середовища над новим, загальнопольським, законом про нотаріат. Долучилася до неї і нотаріальна громадськість Галичини. З ініціативи нотаріуса, доктора Тадеуша Старжевського, довголітнього президента Краківської палати нотаріальної, було організовано співпрацю Краківської, Перемишльської та Львівської палат. Ними був скликаний перший з'їзд нотаріусів Польщі, який відбувся у Кракові 4 червня 1922 року, а також другий з'їзд, що проходив у Варшаві 16 листопада 1924 року. На цих з'їздах точилися дискусії стосовно нового закону, організації і засад функціонування нотаріусів, їхнього статусу і професійного самоуправління. Приблизно в цей же час розпочала свою працю над ординацією нотаріальною і Кодифікаційна Комісія. Нею були вироблені та розіслані для обговорення „Основні засади діяльності нотаріату”. В них нотаріуса визнано за виконуючого вільне (приватне) урядування, „особу публічної довіри”, яка не є державним службовцем, проте перебуває під контролем держави в особі Міністерства юстиції і загальних судів. Визнано також за необхідне створення двоступеневого самоуправління, першою ланкою якого є нотаріальні Палати та їхні Ради, а другою – Верховна Рада Нотаріальна.

Кодифікаційна комісія надіслала „Основні засади діяльності нотаріату” до Міністерства юстиції. Міністерство було переконане, що оскільки нотаріус виконує повноваження від імені держави, він повинен бути державним службовцем, а не приватним. Як наслідок, міністерство рішуче виступило проти ідеї встановлення нотаріального самоврядування. Протягом наступних років з'явилося два ґрунтовних проекти нотаріального закону: перший був створений з ініціативи Краківської нотаріальної палати відомим ученим-правознавцем, професором В. Яворським, а другий був дітищем спеціальної підкомісії Кодифікаційної комісії. Його автором був член комісії і нотаріус з Варшави Й. Глас. У правничому середовищі з новою силою вибухнула дискусія стосовно майбутнього нотаріату. Висловили свою думку і три існуючі в Польщі нотаріальні Палати: Краківська, Перемишльська та Львівська. Відзначимо, що зауваження останніх двох, на відміну від першої, були не такими вже й гострими і зводились головню до конкретних пропозицій щодо зміни тих чи інших статей. Проект Й. Гласа з урахуванням зауважень до нього був предметом розгляду на сімнадцяти засіданнях нотаріальної підкомісії Кодифікаційної комісії. У вересні 1932 року вона закінчила перше читання проекту, остаточний текст якого був опублікований на початку 1933 року.

Відповідно до плану роботи Кодифікаційної комісії, на 1933 рік було заплановане друге читання проекту закону про нотаріат. Однак воно не відбулося, оскільки в травні 1933 року проект було передано Міністерству юстиції. Доопрацьований віце-міністром С. Сечковським, остаточний варіант закону було прийнято розпорядженням Президента Речі Посполитої від 29 жовтня 1934 року, завершивши тим самим етап дискусій і суперечок щодо форми нотаріальної інституції.

Право про нотаріат 1933 року визначило нотаріуса як функціонера публічного, уповноваженого укладати і засвідчувати акти і документи, яким сторони зобов'язані або прагнуть надати юридичної сили, а також виконувати інші, передбачені у законі нотаріальні дії. Таке визначення підкреслювало публічний характер функцій нотаріуса, не визнаючи при цьому його державним службовцем, і надавало нотаріатові широкого професійного самоуправління. Нотаріальні палати, що діяли в окрузі суду апеляційного, здійснювали свої повноваження через загальні збори нотаріусів і обрану на три роки Раду нотаріальну. В цілому компетенція цих корпоративних органів не змінилася: істотним залишався нагляд над нотаріусами та дисциплінарне провадження. Подібно як за австрійських часів нагляд над нотаріусами було доручено головам судів окружних та апеляційних, вищий же нагляд здійснювало Міністерство юстиції.

Австрійське і польське законодавство, яке впродовж сім десятиліть діяло на західноукраїнських землях, чітко визначало правовий статус, функції, порядок управління нотаріальних палат. Головними функціями цих органів професійного самоуправління були охорона честі і гідності своїх членів, здійснення нагляду за діяльністю нотаріусів, сприяння здійсненню заходів, спрямованих на зміцнення і розвиток нотаріального права, а також піклування про сумлінне і чесне виконання нотаріусами своїх обов'язків. Про те, що діяльність нотаріальних палат не була формальною, а дієво впливала на політику держави в особі Міністерства юстиції щодо нотаріату, свідчать і архівні матеріали.

Свою активну позицію щодо тих чи інших питань не раз висловлювала і галицька нотаріальна громадськість, спираючись при цьому на підтримку Львівської та Перемишльської нотаріальних палат. Наприклад, 30 травня 1928 року львівський нотаріус, українець, Владислав Завадка звернувся до нотаріальної Палати з відкритим листом, про зловживання при підборі нотаріальних кадрів. У листі стверджувалось, що при переміщеннях і призначеннях нотаріусів систематично повторюються такі випадки, які свідчать про недотримання Міністерством юстиції зобов'язальних приписів закону і протягом багатьох років усталеної звичаєвої практики. Це породжує обґрунтовані побоювання про збереження доброго імені нотаріального стану. Незважаючи на подання нотаріальних палат, високу кваліфікацію поданих ними до призначення кандидатів, Міністерство номінує таких осіб, які вже були дисциплінарно карані або щодо яких застосовується дисциплінарне провадження, або занадто молодих і недосвідчених, залишаючи поза увагою нотаріальних кандидатів із великим стажем роботи. Отже, констатує В. Завадка, немає справедливості, а це кривдить тих людей, які багато років віддали сумлінній праці, професіоналів, глибоких знавців права, людей високих моральних якостей, які своєю діяльністю заслужили, аби їх прохання про посаду були задоволені першочергово. Такий стан речей, якщо ці зловживання триватимуть і далі, зумовить зниження кваліфікації нотаріусів, а відтак і довіри до них з боку суспільства. Лист закінчувався пропозицією В. Завадки звернутися до Львівської нотаріальної Палати, найпершим обов'язком якої й був захист інтересів стану за погодженням із Перемишльською і Краківською нотаріальними Палатами, створити Делегацію із членів палат і уповноважити її довести до відома Президії судів апеляційних, а відтак і Міністерства юстиції ситуацію щодо призначень, і переконати їх, що така практика Міністерства не відповідає вимогам закону і є разюче несправедливою і скривдною.

Показовим у цій справі є, однак, не згаданий відкритий лист В. Завадки, а те, що нотаріальна палата не залишила його поза увагою, а провівши окреме зібрання, присвячене піднятій львівським нотаріусом проблемі і, попередньо узгодивши свою позицію, відповідно, з Краківською та Перемишльською нотаріальними Палатами, одностайно ухвалила відповідне звернення до Міністерства юстиції.

Повертаючись до аналізу діяльності нотаріату Західної України, що ґрунтувався спочатку на підставах, визначених австрійським Положенням 1871 року, а згодом польським нотаріальним Положенням 1933 року, відзначимо, що вона відповідала основним тенденціям розвитку європейського нотаріату. Нотаріуси визнавалися функціонерами публічними, їм надавалося широке професійне самоуправління, на них покладался обов'язок у разі заподіяння збитків клієнтам повністю їх відшкодовувати за власний рахунок.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA PRZESTĘPSTWO A PRZYNALEŻNOŚĆ SPOŁECZNA SPRAWCY W RZYMSKIM PRAWIE KARNYM W II-V W. N.E.

Mgr. Maciej Jońca

Katolicki Uniwersytet Lubelski Opiekun naukowy: Ks. prof. dr hab. Antoni Dębiński

Wiekii II i III n.e. przyniosły zauważalne zaostrzenie represji karnej w Rzymie. Przejawami tej tendencji były: powrót do masowego stosowania kar takich jak ukrzyżowanie, spalenie żywcem, rzucenie bestiom na pożarcie a także stosowanie tortur podczas procesu. Większość z tych środków nie była dla Rzymian nowością. Tym razem pogrupowano je jednak według nowych kryteriów. W czasach panowania dynastii Sewerów zakończył się, zapoczątkowany na szerszą skalę w czasach Hadriana, proces, który zaowocował wykształceniem się w rzymskim prawie karnym tzw. „podwójnego systemu sankcji karnych”. Odpowiedzialność oskarżonego za popełnione przestępstwo zaczęła być ściśle związana z jego statusem społecznym. W życie weszły dwa oddzielne katalogi kar.

Sięgnięcie do jednego lub do drugiego zbioru przez sędziego zależało od faktu, czy sprawca przestępstwa posiadał jakąś pozycję społeczną (należał do klasy *honestiores*), czy też zaliczał się do warstwy niższej, określanej zbiorczo jako *humiliores*. Konsekwencje tego podziału były niezwykle istotne. W sytuacjach, w których *humiliores* skazywani byli na jakiś zaostrzony rodzaj kary śmierci (jak ukrzyżowanie, rzucenie dzikim bestiom czy spalenie żywcem), *honestiores* ścinano mieczem lub deportowano. Na tej samej zasadzie, wtedy, kiedy przedstawiciele pierwszej grupy byli zsyłani do kopalni lub na roboty publiczne, reprezentantów warstwy uprzywilejowanej w najgorszym wypadku deportowano lub relegowano. Stosowanie najbardziej okrutnych i poniżających kar, zarezerwowanych dotychczas jedynie dla niewolników i peregrynów rozciągnięto na wolnych obywateli z niższych klas społecznych.

W rezultacie i tak efemeryczna zasada równości wobec prawa została ustawowo zniesiona. W 212 roku cesarz Antoninus Karakalla nadał w specjalnym edykcie obywatelstwo rzymskie wszystkim mieszkańcom Imperium. Fakt ten nie miał jednak w omawianym kontekście rewolucyjnego charakteru. Utwierdził jedynie stan rzeczy, który już istniał.

W świetle rzymskiego prawa karnego za *honestiores* uważano senatorów, ekwitów, członków administracji municypalnej, dekurionów, weteranów i żołnierzy. W źródłach opisuje się zwykle ich jako: *honestiore loco nati, in aliquo gradu, honestiore loco positi, superioris cuiuscumque loci vel dignitatis, honesti homines, altiores* itd. Generalizując, można stwierdzić, że klasa *honestiores* składała się z ludzi, którzy poprzez *honor* oraz *dignitas*, zajmowała w hierarchii społecznej wyższe miejsce niż plebs. Nigdy nie stworzono jednak jakakolwiek prawnej definicji tej grupy.

Znaczący wpływ na recepcję nowego systemu karania miało upowszechnienie się w prawie karnym procesu kognicyjnego (*cognitio extra ordinem*). Zadaniem stałych sądów przysięgłych (*quaestiones perpetuae*), operujących w okresie późnej republiki i wczesnego pryncypatu było zbadanie sprawy i orzeczenie o winie bądź niewinności oskarżonego. Kara była zaś określona przez odpowiednią ustawę (*poena legis*), która nie brała pod uwagę statusu społecznego skazanego. Tymczasem w procesie *extra ordinem* sędzia miał pełną swobodę w wyborze sankcji karnej i nie był związany katalogiem kar, ustalonych przez ustawy. W związku z tym nic nie stało na przeszkodzie, by korzystać ze środków, stosowanych wcześniej w stosunku do niewolników i peregrynów, w ramach *coërcitio*. Sędzia w procesie kognicyjnym skupiał w swym ręku niemal nieograniczoną władzę w określaniu natury przestępstwa oraz w doborze sankcji karnej. Zróżnicowane traktowanie ludzi w związku z ich pozycją społeczną narodziło się zatem na drodze praktyki sądowej. Pierwsze pytanie, jakie sędzia kierował w kierunku obwinionego, brzmiało: „Jaki jest twój status?” (*conditio, fortuna, τίχη*). Dopiero po uzyskaniu pożądaniej informacji przystepowano do dalszych czynności. Ustalenie tożsamości społecznej oskarżonego wpływało na cały dalszy ciąg procesu oraz na rodzaj kary, jaka mogła być ewentualnie orzeczona. Z czasem praktyka powyższa stała się obowiązującym prawem.

W rezultacie, w II w. n.e. pozycja prawna *honestiores* nie poprawiła się w jakiś znaczący sposób, gdy tymczasem sytuacja *humiliores* uległa znacznemu pogorszeniu. Na gruncie prawa karnego zrównano ich niemal z niewolnikami i peregrynami.

Zgodnie z nowymi tendencjami *honestiores* nie musieli obawiać się skazania na jedną z kar hańbiących. Do takich zaliczały się: ukrzyżowanie, spalenie żywcem, rzucenie bestiom na pożarcie w

amfiteatrze czy utopienie w worze. Przedstawicielei tej grupy społecznej nie wolno było biczować. Stosowane w tym czasie standardowo podczas przesłuchania tortury w ich przypadku były wykluczone. Wyjątki dopuszczano jedynie w odosobnionych przypadkach podejrzenia popełnienia *crimen leasae maiestatis*, czyli czynu wymierzonego bezpośrednio przeciw cesarzowi i państwu.

Zasada zróżnicowanej odpowiedzialności obowiązywała w przypadku większości przestępstw. Stosowano ją przykładowo w przypadku morderstw, podpażeń, fałszerstw czy kradzieży publicznego mienia. W okresie pryncypatu nawet przestępcy polityczni mogli liczyć na inne traktowanie, jeśli należeli do uprzywilejowanej grupy społecznej, choć fakt ten z reguły nie chronił ich przed poniesieniem kary głównej oraz konfiskatą majątku.

Opisany powyżej stan utrzymał się w wieku III. Tymczasem w Wirkach IV I V, zasady odpowiedzialności za przestępstwo uległy zmianie. Jakkolwiek zachowany został podział na klasę wyższą i niższą, to jednak linia tego podziału przebiegała inaczej niż w wiekach wcześniejszych. Pozycja jednostki w społeczeństwie przestała zależeć wyłącznie od jej urodzenia. Znaczenie zyskały także czynniki takie jak pochodzenie geograficzne czy przynależność etniczna. Społeczny prestiż był jednak determinowany przede wszystkim przez majątek i władzę. Oba te przymioty można było zyskać poprzez zgromadzenie ogromnych posiadłości ziemskich lub przez jak najbliższy kontakt z cesarzem i jego dworem.

W konsekwencji podział na *honestiores* i *humiliores* stracił wiele ze swego poprzedniego znaczenia. Według nowych kryteriów społeczeństwo rzymskie podzieliło się *potentiores* i *tenuiores* (*humiliores*). Nowy podział miał charakter wybitnie plutokratyczny. Jakkolwiek pojęcia *honestiores* i *potentiores* mogą być ze sobą identyfikowane, to jednak nie w stu procentach tożsame. *Potentes* stworzyli przede wszystkim nową arystokrację ekonomiczną, cieszącą się dużą niezależnością polityczną. Ich status był dziedziczny.

Pomimo zaistniałych zmian, generalna zasada zróżnicowania odpowiedzialności karnej w zależności od przynależności do określonej klasy społecznej przetrwała, co da się zaobserwować w licznych konstytucjach cesarskich z epoki prawa poklasycznego. Doszło jednak do pewnych, dosyć istotnych modyfikacji. Zasada zróżnicowania odpowiedzialności w zależności od pozycji społecznej respektowana była obecnie raczej w przypadku przestępstw drobniejszej wagi. Przy tego rodzaju postępowaniach „lepszą część społeczeństwa” nie tylko nie musiała obawiać się skazania na jakiś plebejski rodzaj egzekucji, ale także była inaczej traktowana w trakcie postępowania sądowego. Sprawcy najcięższych zbrodni takich jak: zdrada główna, morderstwo, fałszowanie pieniądza, uprowadzenie kobiety czy herezja musieli się liczyć z poważnymi konsekwencjami bez względu na pozycję społeczną, jaką zajmowali. Solidarnie skazywani byli na wszystkie rodzaje kary śmierci, poddawani chłóście oraz torturowani podczas przesłuchań. Nie stosowały się do nich także przepisy wydawanych okazjonalnie ustaw amnestyjnych.

Wpływ na ukształtowanie się nowego stanu rzeczy miało kilka czynników. Zacząć należy od przypomnienia, że od czasów rządów Konstantyna I da się zauważyć dalszą i konsekwentną tendencję do zaostrzania sankcji karnych. Wiele drobniejszych przestępstw po raz pierwszy obwarowanych zostało karą główną. W przypadku przestępstw najcięższych władcy nakazywali aplikować surowe sankcje bez względu na pozycję społeczną sprawcy. Większość z nich miała sadystyczny i wyraźnie retributywny charakter. Zdaniem panujących surowe prawa miały „uczyć przez strach”. Wprowadzane stopniowo zmiany zyskały aprobatę zarówno wśród środowisk chrześcijańskich jak pogańskich.

LWOWSKA DZIAŁALNOŚĆ NAUKOWA PROF. WŁADYSŁAWA ABRAHAMA

Dr. Magdalena Pyter

*Adiunkt w Instytucie Prawa
Wydział Zamiejscowy Nauk o Społeczeństwie w Stalowej Woli
Katolicki Uniwersytet Lubelski Lublin*

Znakomity, nieżyjący już historyk prawa z Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie – Adam Vetulani, wyraził przekonanie, że nauka historii prawa kościelnego zawdzięcza swój rozwój lwowskiemu uczonemu, prof. Władysławowi Abrahamowi. Celem artykułu jest przedstawienie naukowej działalności Władysława Abrahama. Należy zaznaczyć, iż osoba Władysława Abrahama oraz jego działalność badawcza nie spotkały się dotychczas z zadowalającym zainteresowaniem. Brakuje pełnego opracowania, które poruszałoby wspomniane zagadnienia. Ze względu na charakter artykułu, głównie skupiono się w nim na pracy Abrahama na Uniwersytecie Lwowskim. Oprócz przedstawienia prowadzonej przez niego dydaktyki oraz seminarium naukowego, część artykułu poświęcono również kwereńdziej jaka prowadził w Archiwum Watykańskim. W dalszej kolejności poruszono także problematykę polemiki naukowej, której przedmiotem była rola i miejsce przedmiotów historycznoprawnych w procesie kształcenia prawniczego. Należy nadmienić, iż jednym z czynnych uczestników ogólnouniwersyteckiej dyskusji był prof. Władysław Abraham, zaś jego postawa i głoszone poglądy odbiły się szerokim echem w nauce.

Władysław Abraham urodził się 10 października 1860 r. w Samborze. W latach 1871–1878 uczęszczał do tamtejszego gimnazjum. W latach 1878-1882 był studentem Wydziału Prawa na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie. Jeszcze w czasie studiów Abraham został minanowany przez Wydział Krajowy do odbycia aplikacji w krakowskim Archiwum Akt Grodzkich i Ziemskich. W latach 1882 – 1884 był stypendystą Akademii Umiejętności w Krakowie, zaś w roku 1883 odbył aplikację sądową i adwokacką. W tym samym roku dnia 22 października 1883 r. uzyskał stopień naukowy doktora praw. Przyjmuje się, iż w czasie pobytu w Krakowie, Abraham pozostawał pod naukowym wpływem prof. Michała Bobrzyńskiego.

Kariere naukową Abraham związał głównie z Uniwersytetem we Lwowie. W literaturze są jedynie fragmentaryczne informacje na temat okoliczności odejścia Władysława Abrahama z Krakowa i związania się z uczelnią lwowską. Stąd też nie ma jasnego stanowiska, co do wspomnianego faktu. Marginalne informacje odnaleziono w korespondencji prowadzonej pomiędzy Władysławem Abrahamem a Oswaldem Balzerem w roku 1887 i 1888. Wynika z nich, iż w 1887 r. Oswald Balzer zaproponował Władysławowi Abrahamowi przejście na lwowską uczelnię. Mimo skąpych informacji co do warunków, Władysław Abraham wyraziła to zgodę. W kolejnym liście do Oswalda Balzera zaznaczył jednak, iż jego decyzja spotkała się z mało przychylnym stanowiskiem środowiska prawniczego krakowskiej uczelni. Relacja Władysława Abrahama brzmi następująco: „Co ja przez ten czas miałem wymówek, że się tak nie robi, że powinienem czekać. (...) Chciałbym przejść. Stało się jednak inaczej. Dziś jestem zupełnie od tutejszego wydziału zawisły i od niego zależy mój los”. Jednak w piśmie z 16 lipca 1888 r. Władysław Abraham doniósł Oswaldowi Balzerowi, iż z Wydziału Prawa Uniwersytetu we Lwowie zażądano jego akt habilitacyjnych. Można przyjąć, że był to moment sformalizowania faktu przejścia Władysława Abrahama do Lwowa.

Obowiązki uniwersyteckie objął w 1888 r. W tym samym roku został mianowany na stanowisko profesora nadzwyczajnego prawa kościelnego lwowskiej uczelni. Profesor dzielił czas pomiędzy dydaktykę i naukę, jak również nauczanie młodzieży w ramach seminarium naukowego. W latach 1890-1935 był wykładowcą przedmiotu „prawo kościelne katolickie”. Wspomniany przedmiot był wykładany dla drugiego roku, w liczbie pięciu godzin, po jednej godzinie od wtorku do soboty, przed południem, w godzinach od dziewiątej do dziesiątej. Wykładane zagadnienia kierowały go ku problemom przekraczającym zainteresowania partykularne, czyniąc go jednocześnie dogmatykiem i historykiem prawa. Jeden z jego uczniów – Jakub Rawicki – wyraził pogląd, iż Profesor był niezrównanym pedagogiem, który potrafił pobudzić słuchaczy do poznawania materii prawa kościelnego. Był nauczycielem cenionym przez swoich uczniów i niewątpliwym autorytetem w sprawach nauki. W kontaktach międzyludzkich odznaczał się życzliwością, cierpliwością oraz znacznym poczuciem taktu. Bywał jednak także nieustępliwy i zasadniczy, zwłaszcza gdy dostrzegał u swoich studentów brak sumienności w przyswajaniu wiedzy.

Pewne zdziwienie budzić może fakt, iż mimo wieloletniej działalności dydaktycznej, prof. Abraham nie pozostawił po sobie podręcznika akademickiego. Profesor pozostawił po sobie jedynie nieliczne skrypty akademickie. Zostały one wydane przez wydawnictwo „Delta”, mające siedzibę we Lwowie przy ulicy Kopernika 18. Jednak nigdy nie zyskały charakteru pełnowartościowego podręcznika.

Warto zwrócić uwagę, że sytuacja polityczna, a zwłaszcza wprowadzenie języka wykładowego polskiego, wpłynęły budująco na rozwój tamtejszej nauki. W ciągu kilku zaledwie dziesiątków lat, już pod koniec ubiegłego stulecia Uniwersytet stał się instytucją akademicką, która w niczym nie ustępowała pod względem poziomu naukowego i dydaktyki innym uniwersytetom europejskim. W przypadku Abrahama, wspomniane fakty zaowocowały powołaniem do istnienia seminarium naukowego. Władysław Abraham prowadził je w latach 1888–1939. Było ono poświęcone zagadnieniom historii prawa kościelnego. Spotkania te szybko zyskały uznanie w innych rodzimych ośrodkach uniwersyteckich. Cieszyły się renomą również w powszechnym środowisku naukowym. Do grona uczestników seminariów można zaliczyć m.in.: Tadeusza Silnickiego, Leona Halbana, Michała Wyszyńskiego, Jakuba Sawickiego, Karola Maleczyńskiego, Zdzisława Obertyńskiego, Piotra Kałwę, Zbigniewa Sochę oraz Karola Koranego. Godny wspomnienia jest fakt, iż na posiedzenia seminaryjne uczęszczał również ówczesny rektor uniwersytetu, Adam Gerstmann, jak również profesorowie z uniwersyteckich ośrodków w Krakowie Większość Lublinie. Większość z wymienionych osób wykorzystała zdobyte wykształcenie zasiadając po wojnie na licznych katedrach uniwersyteckich w wielu ośrodkach naukowych.

Posiedzenia seminaryjne szybko zyskały miano „szkoły”, której słuchacze prowadzili badania o podobnym profilu. Ze wspomnianych przyczyn seminarium było określane jako atrakcja lwowskiego życia naukowego oraz kuźnia myśli naukowej.

Mimo wielkiej popularności, seminarium nigdy nie cieszyło się dużą frekwencją. Tadeusz Silnicki ocenia, że głównym powodem takiego stanu rzeczy, był charakter dyscypliny badawczej, jaką była historia prawa kościelnego często postrzeganego jako przedmiot mało atrakcyjny. Mała liczba uczestników nie wpływała jednak destrukcyjnie na zakres oraz poziom prowadzonych tam badań. Głównym bowiem celem Profesora pozostawało gruntowne wykształcenie specjalistów z zakresu historii prawa kościelnego, niezależnie od faktycznej liczby uczestników spotkań.

Władysław Abraham nigdy nie dążył do nadania posiedzeniom sformalizowanego charakteru. Z bezwzględną konsekwencją odnosił się jedynie do dnia oraz godziny spotkań. Nigdy nie ustalał ścisłego programu i nie kierował się żadnym harmonogramem. Bardzo ważnym momentem był wybór oraz przydzielanie tematów badawczych, w celu opracowania ich przez słuchaczy. Przedmiotem prac seminaryjnych była w szczególności interpretacja tekstów źródłowych. Dużą wagę Władysław Abraham przywiązywał także do ówczesnie aktualnych wydarzeń społeczno-politycznych oraz najnowszych publikacji, które stanowiły przedmiot naukowych rozważań. I tak np. na seminarium badaniom poddano ewolucję prawa beneficjalnego, Pakta Laterańskiego, jak też statuty kapituły lwowskiej.

Wiele środowisk naukowych wyrażało pozytywne opinie o seminarium Władysława Abrahama. I tak np. dziekan Wydziału Prawa Uniwersytetu Jana Kazimierza, we wniosku skierowanym do Ministerstwa Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego, w sprawie udzielenia zezwolenia prof. Abrahamowi na dalsze pełnienie obowiązków profesorskich zaznaczał, iż „(...) seminarium znane jest w całej Polsce a nawet zagranicą jako pierwszorzędna szkoła, przygotowująca pracowników naukowych w zakresie prawa kanonicznego i historii kościoła w Polsce”.

W kolejnej prośbie o nie przenoszenie Profesora w stan spoczynku władze wydziału jurydycznego wyraziły następującą opinię: „Prof. Abraham odznacza się świeżością umysłu, której mógłby mu pozazdrościć niejeden uczony młodszy wiekiem. Dla Wydziału Prawa Uniwersytetu J.K. utrata tego profesora przedstawiałaby ubytek, którego nie dałoby się zastąpić. Nie chodzi tutaj o kwestię zapewnienia wykładów, bo znaleźliby się zastępcy i następcy, chodzi o rzecz, której zastąpić nie można, o indywidualną wartość naukową i o promieniowanie rzetelnej kultury naukowej (...)”.

Oprócz wspomnianych wyżej form działalności naukowej, propagowanej przez Abrahama w czasie jego pobytu we Lwowie, na uwagę zasługuje kwerenda przeprowadzona przez niego w Archiwum Watykańskim. Powyższą działalność rekomendowała Komisja Historyczna Akademii Umiejętności. Władysław Abraham podjął się tam zadania weryfikacji materiałów źródłowych pod kątem ich przydatności do opracowania dziejów Polski, jej relacji do Stolicy Apostolskiej oraz funkcjonowania prawa kościelnego na gruncie rodzimym. Według relacji Władysława Abrahama zawartej w korespondencji skierowanej do znakomitego lwowskiego historyka prawa – Oswalda Balzera z Rzymu z dnia 5 lutego 1897 r. „(...) do przejrzania są tysiące tomów a każdy więcej niż o trzystu stronicach”. W tym samym liście na temat swoich odkryć pisał m.in.: „Ciągle siedzimy w czasach Kazimierza Wielkiego, a niejedna rzecz dość ciekawa się

znalazła. Udało mi się też o dwa lata wstecz przesunąć historię uniwersytetu krakowskiego. Wydobyłem bowiem akt założenia uniwersytetu z datą 1362 (...)"'. Należy zaznaczyć, iż przeprowadzona przez Abrahama kwerynda odkryła wiele nieznanych ówczesnie problemów naukowych. Badania przeprowadzone przez Uczzonego są po dziś dzień wykorzystywane w badaniach historycznoprawnych.

Uczelnia lwowska w której Profesor spędził przeszło pół wieku, ceniąc jego walory naukowe nadała mu stopień doktora *honoris causa*. W 1931 r. przyznał go Wydział Teologii, zaś sześć lat później – Wydział Prawa. W piśmie z dnia 12 stycznia 1931r. skierowanym do Senatu Akademickiego Uniwersytetu Jana Kazimierza we Lwowie w sprawie zatwierdzenia nadania Władysławowi Abrahamowi stopnia doktora *honoris causa* w zakresie teologii, dziekan Piotr Stach uzasadniał, iż Profesor jest: „(...) najwybitniejszym znawcą kanonistyki w Polsce i jednym z pierwszych w Europie, a jego prace z dziedziny ustroju kościoła w Polsce są wprost epokowymi i podstawowymi.” Rada Wydziału Teologii lwowskiej uczelni dała także „(...) wyraz swojemu przekonaniu, że prof. Abraham jest osobą zasłużoną dla Kościoła, Ojczyzny i Ludzkości”.

Poza zajęciami dydaktycznymi oraz pracy naukowej, świat naukowy docenił Abrahama za polemikę, której był współuczestnikiem. Przedmiotem dywagacji były problemy związane z odpowiednim umiejscowieniem przedmiotów historyczno-prawnych w programie ówczesnych studiów prawniczych. Profesorowie prawa obowiązującego sugerowali, by priorytetowe znaczenie w procesie kształcenia prawniczego uzyskiwały przedmioty z kręgu ich zainteresowania. Adwersarzami wspomnianych poglądów byli znakomici specjaliści z zakresu historii prawa. Ich poglądy sprowadzały się *in genere* do przyznania przedmiotom historyczno-prawnym uprzywilejowanej pozycji w planie nauczania prawa. Głos w dyskusji zabrał m.in. prof. Abraham, który zaprezentował interesujące stanowisko co do wspomnianej kwestii. Podkreślił on doniosłą rolę uniwersytetu, jako miejsca kształcenia przyszłych prawników. Twierdził, iż poza strukturami uniwersyteckimi, nie ma możliwości optymalnego nabywania wiedzy z zakresu prawa. Wyraził także pogląd zgodny z którym, uniwersytet jest jedynym miejscem skupiającym studentów i oferującym im możliwość nabycia pełnego wykształcenia akademickiego. Stąd też uniwersytet – w pojęciu Abrahama – był zasadniczą i nieodzowną instytucją w procesie kształcenia adeptów prawa.

Zdaniem Profesora rodzima nauka historii prawa, wymagała zainteresowania badaczy. Twierdził on, iż „Całe dziedziny zagadnień z tego zakresu, żywo gdzie indziej rozważanych, leżą u nas odłogiem, tematy obce są zaledwie tu i ówdzie dotknięte, a nawet jeśli chodzi o historię prawa w Polsce, jest jeszcze bardzo wiele do zrobienia”. Sugerował, by dla intensywniejszego postępu we wspomnianej dziedzinie, powołać na wzór placówek zachodnich, historyczne instytuty naukowe. Zdaniem Uczzonego było to rozwiązanie, dzięki któremu polska nauka odpowiadałaby standardom nauki zachodniej.

W strukturach uczelnianych Władysław Abraham pełnił wielorakie funkcje. I tak, w latach w 1895 i 1917 pełnił funkcję prodziekana Wydziału Prawa, w 1894, 1915 i 1916 był dziekanem, w 1901 – prorektorem uczelni, zaś w 1900 – rektorem. Zmarł w wieku 81 lat, we Lwowie 15 października 1941 r. Został pochowany na miejscowym cmentarzu Łyczakowskim.

СЕКЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ НАУК

ДЕЯКІ ТЕОРТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВО – І ЗАКОНОТВОРЧОСТІ

Анохін О.

Таврійський національний університет ім. В.І. Вернадського

1. Співвідношення процесів правоутворення і правотворчості має велике значення для розвитку теорії законотворчості. В цьому випадку виникає проблема визначення впливу суб'єктивного процесу правоутворення на сутнісні властивості суб'єктивної по своєму характеру правотворчості. А отже, на підставі даної проблеми перед всіма дослідниками проблем законотворчої діяльності постає питання: чи можливий облік всіх чи, принаймні, більшості об'єктивних чинників впливу навколишньої соціальної дійсності на стадії правотворчості?
2. Особливе місце серед всіх теоретичних проблем законотворчої діяльності займає проблема пізнання і застосування юридичної кваліфікації як особливого процесу (процедури) співвідношення світу соціального (суцього) і світу формально-юридичного (належного). Значення юридичної кваліфікації в процесі правоутворення і законоутворення, її зв'язок з формальною законотворчістю підкреслює важливість дослідження суб'єктивних чинників, що опосередковують законотворчу діяльність. В рамках вивчення юридичної кваліфікації по відношенню до даних проблем дуже важливо встановити ті основні методи і прийоми кваліфікації, які мають визначальне значення на етапі правотворчості. Також необхідно визначити предмет правового (і законодавчого) регулювання шляхом використання методів контент-аналізу і порівняльного правознавства (законознавства).
3. Важливим аспектом розширення дослідження заявлених проблем є встановлення співвідношення юридичної кваліфікації і юридичної техніки (законодавчої техніки). У цьому плані належить шукати відповідь на два основні питання: 1) чи можна розглядати юридичну техніку як окремий і найважливіший прийом юридичної кваліфікації? 2) чи можна вважати, що законодавча (законотворча) техніка є більш приватним, і, в той же час, практичнішим (утилітарним) прийомом юридичної кваліфікації?
4. Дослідження проблем законотворчості неминує приводить нас до доцільності вивчення правоутворення як найзагальнішої, абстрактнішої юридичної категорії. Виходячи з такої постановки питання, потрібно буде детально визначити сутнісні риси як правоутворення, так і правотворчості, встановити ступінь їх взаємовпливу і взаємопроникнення. Подальшому аналізу повинні піддатися стадійність правоутворення і правотворчості (загальні і особливі властивості такої стадійності), а також структурний аналіз стадій правотворчого процесу, що виділяються; при цьому необхідно активніше користуватися даними соціології, політології і соціальної психології.
5. Особливу роль в подальшому дослідженні повинна відіграти принципова відповідь на питання: хто може і повинен виступати як суб'єкт правоутворення і законоутворення?; відповідь на таке питання повинна враховувати співвідношення формально-юридичного і соціально-правового критеріїв. Важливість такої відповіді не підлягає сумніву, оскільки відомо, що розширююче тлумачення суб'єктивного складу правотворчої діяльності і законоутворення веде до виникнення методологічних проблем визначення рамок, меж відповідних областей людської діяльності.
6. Особливе значення в даному випадку належить також і методології правоутворення. В межах її дослідження потрібно з'ясувати: чи можливо взагалі всебічно вивчити принципи і методи таких абстрактних процесів як правоутворення, законоутворення, правотворчість і законотворчість? Особливою межею методології право- і законоутворення є врахування принципу реальності правоутворення (який включає встановлення наявності або відсутності предмету правового (законодавчого) регулювання і дає відповідь на питання: за допомогою

яких прийомів і засобів предмет регулювання визначається, і хто виступає як головний (або допоміжний) суб'єкт такого визначення?).

7. Проблеми право- і законоутворення в загальнотеоретичному аспекті принципово пов'язані з питаннями правотворчого і законотворчого процесу, що вивчаються конституційним (державним) правом. У цьому аспекті вельми важливо визначити характерні властивості і форми реалізації різноманітних структурних частин право – і законоутворення (регіональне, місцеве, локальне, міжнародне право – і законоутворення), встановити зв'язок цих частин між собою, дослідити загальні і особливі риси різних рівнів територіального право – і законоутворення. Проблема, що витікає з подібного дослідження – це встановлення взаємозв'язку видів правоутворення і відповідних їм по певним ознакам видів законоутворення.
8. Необхідно звернути особливу увагу на ту обставину, що вельми істотною і постійно ускладнюючою проблемою сучасної законотворчості є поступова корпоративізація законотворчої діяльності, пов'язана з ухваленням нормативних рішень на користь певних групових (корпоративних) інтересів.

У даній ситуації важливе значення для підвищення ефективності діяльності законодавця має вдосконалення, наскільки це можливо, різних підходів до організації наукового забезпечення законотворчості. Таким чином, наука теорії права могла б до певної міри сприяти подоланню горезвісної корпоративізації законодавчого процесу. Саме представники цієї науки (експерти, консультанти, радники і т.д.) покликані виконувати ще більш істотну роль в процесі ухвалення державно-владних рішень. В той же час, як загальновідомо, крупні дослідницькі центри, які значною мірою визначають обличчя науки у відповідній області правового знання, все більше відсторонюються від безпосередньої підготовки проектів законів. Стає очевидним, що в більшості випадків співпраця працівників таких наукових установ з парламентом (основним суб'єктом законотворчої діяльності) ґрунтується на певних особистих контактах, причому часто зводиться лише до експертизи проектів законів, вже підготовлених іншими фахівцями або структурними підрозділами парламенту. Тим часом, експертні висновки на вже підготовлений на відповідному рівні законопроект, його обговорення на парламентських слуханнях і т.д. – це, по суті, периферія наукового забезпечення законотворчої діяльності. Головним в цьому випадку виступає формування принципової концепції і основних положень проекту закону, що виробляється в робочих групах, створюваних в установленому порядку головними (відповідальними) комітетами законодавчого органу держави.

**ЯКІСНІ ПАРАМЕТРИ ІНСТИТУТУ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ
ЯК ЕЛЕМЕНТА УКРАЇНСЬКОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ***Баймуратов М.**Маріупольський державний гуманітарний університет*

Місцеве самоврядування (далі: МСВ) в Україні виступає об'єктивно складним і багатоплановим соціальним феноменом і правовим інститутом, що знайшов своє закріплення в Конституції України.

Варто вказати, що МСВ є найважливішим елементом конституційного ладу демократичних держав. Воно являє той специфічний рівень представницької і виконавчої публічної (самоуправлінської) муніципальної влади, що, з одного боку, бере участь у реалізації завдань і функцій держави на локальному рівні управління, а з іншого боку – реалізує систему специфічних інтересів жителів певних територіальних одиниць, що відрізняються від інтересів держави, але не суперечать їм.

Держави з традиційно розвинутою демократією досить давно визнали незаперечні достоїнства та переваги МСВ і відвели йому особливе місце в структурі національного конституціоналізму. Це було обумовлено насамперед тим, що на органи МСВ, які найбільш тісно пов'язані з населенням, була покладена відповідальність за вирішення практично всіх проблем локального характеру: житлового і комунального господарства, розвитку сфери послуг, екології і т.п., що практично розгрузило державну владу та дало їй змогу зосередитись на вирішенні питань загальнодержавного значення.

Формування МСВ в Україні виявилось одним із самих важких завдань державного будівництва. На шляху цього процесу стояли і стоять донині цілий комплекс економічних, фінансових, соціальних, політичних і правових проблем, пов'язаних, насамперед, із тривалим процесом переходу до ринкових реформ; хронічною обмеженістю дохідної бази і незбалансованістю місцевих бюджетів; розпадом існуючої соціальної інфраструктури, що субсидювалася із коштів державного бюджету, і різким, істотним зниженням рівня життя населення; падінням його довіри до будь-яких інститутів влади; нарешті, зі збереженням рудимента радянської системи – повним дублюванням повноважень різних рівнів місцевих рад, що веде до виникнення подвійної чи конкуруючої компетенції та конфліктів, у які повинні втручатися органи центральної влади.

Становлення сучасної моделі МСВ прямо пов'язано з розвитком процесів децентралізації і деконцентрації державної влади. Саме вони викликають об'єктивні передумови для його легалізації. Реалізація таких тенденцій в Україні – є свідченням того, що наша держава має твердий намір будувати майбутнє на основі демократії, права і гуманізму. У цьому відношенні становить інтерес позиція по цьому питанню президентської влади в державі. В січні 2005 р. Президент України В.А. Ющенко у своїй інавгураційній промові окреслив найближчу та стратегічну перспективу розвитку МСВ – будівництво України, як держави самоврядних громад.

Історичний досвід, разом з тим, свідчить, що завдяки саме МСВ демократія перетворюється в справжнє народовладдя і тільки з визнанням і зростанням прав територіальних громад, що є первинними його суб'єктами, більш конкретними і змістовними стають політичні і соціально-економічні права громадян, гармонізуються багатобічні відносини між ними і державою, стійкішою, стабільнішою стає сама держава.

Якісно новим етапом в історії вітчизняного МСВ стала нова Конституція України і прийнятий на її основі Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21.05.97 р. Таким чином, конституційна правова держава силою своєї і законодавчої влади залучила для реалізації своїх цілей громадські об'єднання і включила їх у власний механізм. Ці найважливіші нормативно-правові акти створили надійну нормативну базу МСВ України. На її основі територіальні спільноти одержали гарантоване державою право і реальну можливість під свою відповідальність або під відповідальність органів і посадових осіб МСВ вирішувати в рамках Конституції і законів України питання місцевого значення (ст.2 Закону України від 21.05.97 р.) на благо жителів населених пунктів.

Питання становлення й організації МСВ в сучасний період мають виходи на найскладніший комплекс інституційно-структуростворюючих процесів, які прямо пов'язані зі становленням

громадянського суспільства, здійсненню режиму парламентаризму, захистом прав і свобод людини і громадянина.

Особливу роль відіграє МСВ в процесах інституціоналізації громадянського суспільства. У цьому аспекті досить важливими уявляються висновки В.Ф. Сіренка, який вважає, що «громадянське суспільство – це царство інтересів» і «інтерес – мова громадянського суспільства, найперший засіб спілкування між людьми і разом з тим причина дій, що спонукує, людей». Адже, як зазначає Ю. Панейко, «метою самоврядування може бути будь-який інтерес, що виявляється колективом населення даної території».

Отже, джерела самоврядування, у тому числі і місцевого, лежать у рамках громадянського суспільства. В міру свого становлення і розвитку МСВ, як матеріальна форма реалізації інтересу територіальної громади, легалізується державою і стає репродуктором територіально-особистісних інтересів, що формуються на локальному рівні у процесі становлення і взаємодії громадянського суспільства і демократичної правової держави.

Значно зростає роль МСВ в інноваційних політично-державотворчих процесах, що відбуваються в державі. Тут воно виступає в якості одного з основних елементів демократичної державності, заснованої на ідеї парламентаризму. Територіальним спільнотам і зформованим ними органам об'єктивно властиві зовнішні і деякі внутрішні риси народовладдя і народного представництва. Ця особливість поширюється і на парламентаризм, у реалізації якого населення територій бере безпосередню участь. Разом з тим, у рамках суспільства і держави МСВ відіграє роль інтегруючого фактора. Територіальні громади, особливо за умов визнання їхніх прав державою, об'єктивно зацікавлені в її єдності і цілісності. Це обумовлюється тим, що тільки в умовах державної організації суспільства цим територіальним спільнотам (асоціаціям) людей можуть бути гарантовані сталість і розвиток їхнього статусу, можливість підтримки на належному рівні соціальних стандартів і правопорядок.

Багатогранна роль МСВ і в сфері захисту прав і свобод людини і громадянина. У його рамках на локальному рівні йдуть процеси становлення й активізації громадянської й особистісної активності і самодіяльності жителів, формується, структурується і функціонує їхній світогляд. У цих же рамках формується і діє, завдяки муніципальній демократії, локальна система безпеки людини, створення якої має на меті забезпечення реалізації кожним жителем повсякденних потреб існування, що мають вихід на всі групи і рівні прав, свобод і обов'язків людини і громадянина.

Досить важливою для багатонаціональної України є роль МСВ у вирішенні національно-етнічних проблем. Тут воно виступає ймовірно чи не найбільш прийнятною формою здійснення національно-культурної автономії, тобто використання по праву національними меншостями своїх культурних традицій, мови, релігії, інших національних устремлінь. Не надаючи кому-небудь національних привілеїв, воно, з одного боку, ефективно захищає і реалізує права і свободи громадянина і людини, а з іншого – виступає могутнім фактором, що перешкоджає відцентровим тенденціям, здатним викликати роздроблення єдиної держави.

У всіх аспектах функціонування МСВ основну роль відіграє територіальна громада, локальна спільнота, яка виступає не тільки первинним суб'єктом місцевого самоврядування, але і, по суті, його первинним об'єктом, тому що саме на таку спільноту, на забезпечення її інтересів, що фактично продукує сама спільнота, спрямована діяльність органів МСВ, що формуються, у свою чергу, цими ж територіальними спільнотами. Таким чином, територіальна громада трансформується в важливіший суб'єкт конституційного права, навколо якого тривають перманентні самоврядні та державотворчі процеси.

У сучасних умовах реалізації українського конституціоналізму, становлення правової демократичної державності в Україні, переходу її на ринкові принципи організації суспільства і держави, об'єктивно і зримо встає питання про вибір найбільш ефективних для нашої держави форм самоорганізації і самоврядування населення на локальному рівні – за місцем проживання. Створення національної моделі МСВ за допомогою вибору оптимальних форм самоорганізації і самоврядування населення надасть реального виходу не тільки їхньому особистісному, але і колективістському потенціалові, здатному забезпечити усунення багатьох кризових явищ у житті суспільства і держави, додати їм додаткових стимулів для розвитку.

**ПРИНЦИПИ ДЕРЖАВНОГО КОНТРОЛЮ ЗА ДІЯЛЬНІСТЮ ОРГАНІВ
МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ*****Бориславська О.****Львівський національний університет імені Івана Франка*

Публічне управління у межах територіальних одиниць в Україні здійснюється через місцеві органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування. Органи місцевого самоврядування представляють самостійну форму публічної влади, у межах передбаченої законом компетенції на власний розсуд та під власну відповідальність, використовуючи в основному комунальну власність та кошти місцевих бюджетів, здійснюють управління місцевими справами на підвідомчій їм території. В основі правового статусу органів місцевого самоврядування (з окремими застереженнями щодо районного та обласного рівнів) лежить конституційна засада самостійності місцевого самоврядування, як матеріально-фінансової, так і організаційно-правової.

Проте самостійність місцевого самоврядування (його автономність від державної влади) не може бути абсолютною. Адже органи місцевого самоврядування здійснюють свою діяльність виключно на підставі та у межах повноважень, визначених законом (ч.2 ст.16 Конституції України). З цього випливає конституційна засада законності діяльності органів місцевого самоврядування, під якою розуміють дотримання норм Конституції та законів України у процесі функціонування органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб. Законність у сфері місцевого самоврядування забезпечується двома основними засобами: постійним контролем з боку держави за діяльністю органів місцевого самоврядування та відповідальністю органів і посадових осіб місцевого самоврядування. Вказані засоби забезпечення законності діяльності органів місцевого самоврядування досить специфічні, що зумовлено особливою правовою природою органів місцевого самоврядування, які структурно-організаційно відмежовані від системи державної влади, проте пов'язані із нею функціонально, яким не притаманні субординаційні відносини та які несуть відповідальність за свою діяльність передусім перед територіальними громадами. Саме тому досить важливо визначити принципи державного контролю за діяльністю органів місцевого самоврядування.

Чинне українське законодавство не містить чіткого формулювання принципів державного контролю за діяльністю органів місцевого самоврядування, як і цілісного правового регулювання питань та процедур такого контролю загалом. В Конституції України міститься тільки згадка про регулювання питань відповідальності місцевого самоврядування законом. Питання ж процедури здійснення контролю за діяльністю органів місцевого самоврядування не знайшли юридичного відображення й у Законі "Про місцеве самоврядування в Україні". У ньому міститься лише загальна юридична норма, що встановлює можливість і головний принцип здійснення державного контролю за діяльністю органів і посадових осіб місцевого самоврядування. Відповідно до неї такий контроль може здійснюватися лише на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією й законами України, і не повинен призводити до втручання органів державної влади чи їх посадових осіб у здійснення органами місцевого самоврядування наданих їм власних повноважень. Крім того, цей Закон встановлює відповідальність органів та посадових осіб місцевого самоврядування перед державою у разі порушення Конституції чи законів України, а також підконтрольність органів і посадових осіб місцевого самоврядування з питань здійснення делегованих повноважень відповідним органам виконавчої влади.

Більш детальне регулювання засад контролю за функціонуванням місцевого самоврядування міститься в Європейській Хартії місцевого самоврядування, що відображає практику європейських держав із вирішення цього питання. Так, у Європейській хартії місцевого самоврядування зазначається:

1. будь-який адміністративний нагляд за органами місцевого самоврядування може здійснюватися тільки згідно з процедурами та у випадках, передбачених конституцією або законом;
2. будь-який адміністративний нагляд за діяльністю органів місцевого самоврядування, як правило, має на меті тільки забезпечення дотримання закону та конституційних принципів

(однак вищі інстанції можуть здійснювати адміністративний нагляд за своєчасністю виконання завдань, доручених органам місцевого самоврядування);

3. адміністративний нагляд за органами місцевого самоврядування здійснюється таким чином, щоб забезпечити домірність заходів контролюючого органу важливості інтересів, які він має намір охороняти.

Як бачимо, Європейська хартія місцевого самоврядування містить вимогу про необхідність врегулювання процедури адміністративного нагляду за діяльністю органів місцевого самоврядування на рівні конституції або закону відповідної держави, що є гарантією самостійності місцевого самоврядування. В Україні, на жаль, вказані питання, не знайшли законодавчого закріплення.

Формулюючи принципи державного контролю за діяльністю органів місцевого самоврядування (далі – державного контролю), слід враховувати зміст та структуру цього інституту. У структурно-організаційному плані державний контроль визначається такими складовими: 1) адміністративний нагляд за законністю діяльності органів місцевого самоврядування в межах реалізації власних повноважень; 2) адміністративний контроль за здійсненням органами місцевого самоврядування делегованих повноважень органів виконавчої влади; 3) судовий контроль. Відповідно, систему засад державного контролю становитимуть кілька груп принципів: загальні та спеціальні. Загальні принципи контролю стосуються системи державного контролю загалом, спеціальні – окремих його складових.

Щодо законодавчого визначення принципів державного контролю, зауважимо, що лише спеціальні принципи є частково визначені законодавством. Мова йде про принципи судового контролю, що передбачені законодавством України про адміністративне судочинство, а також вищезгадані принципи адміністративного нагляду, передбачені Хартією. Засади ж адміністративного контролю за здійсненням органами місцевого самоврядування делегованих повноважень органів виконавчої влади на рівні закону практично не визначені, адже відповідна процедура на сьогоднішній день передбачена у підзаконному правовому акті – затвердженому Постановою Кабінету міністрів України №339 від 9 березня 1999 р. Порядком контролю за здійсненням органами місцевого самоврядування делегованих повноважень органів виконавчої влади.

Загальними принципами державного контролю за діяльністю органів місцевого самоврядування, на наш погляд, мають бути, зокрема, наступні: законності державного контролю, його публічності, оскаржуваності рішень контролюючих суб'єктів.

Законність державного контролю означає, що він повинен здійснюватися способами і методами, а також виключно за процедурами, встановленими законом. Це своєрідна гарантія місцевого самоврядування. Публічність державного контролю означає його відкритий характер, тобто доступність інформації щодо проведення контролю, результатів перевірки та вжитих контролюючими суб'єктами заходів громадськості. Змістом принципу оскаржуваності рішень контролюючих суб'єктів є можливість органів та посадових осіб місцевого самоврядування відстоювати власну позицію за передбаченими законом процедурами, а також можливість скасування актів та висновків контролюючих суб'єктів, прийнятих із порушенням закону.

На завершення зазначимо, що розробка цілісної концепції державного контролю за функціонуванням органів місцевого самоврядування є вимогою сьогодення, пов'язаною із запаланими змінами у системі місцевої публічної влади. Так, продовження конституційної реформи передбачає не тільки розширення прав органів місцевого самоврядування, але й зміну призначення і, відповідно, статусу місцевих державних адміністрацій. За законопроектом про внесення змін до Конституції з питань місцевого самоврядування районні державні адміністрації зникають, а обласні державні адміністрації із суб'єктів державного управління на місцях перетворюються у представників центральної виконавчої влади. Саме такі структури у зарубіжних державах з романо-германською (континентальною) моделлю місцевого самоврядування є контролюючими суб'єктами щодо функціонування місцевого самоврядування. Очевидно, що і в Україні після реформи функція контролю за місцевим самоврядуванням (на фоні суттєвого розширення його повноважень та водночас матеріально-фінансової бази) буде однією із головних функцій місцевих державних адміністрацій.

**ДЕЯКІ МІРКУВАННЯ З НАГОДИ ВІДЗНАЧЕННЯ ДЕСЯТОЇ РІЧНИЦІ
КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ*****Бориславський Л.****Львівський національний університет імені Івана Франка*

Діючій Конституції України, прийнятій 28 червня 1996 року виповнилося 10 років. З нагоди відзначення 10-ї річниці Основного Закону нашої держави, враховуючи її надзвичайно важливе політико-правове значення у становленні і розбудові Української держави, Президент України В. Ющенко видав Указ від 6 травня 2006 р. "Про відзначення 10-ї річниці Конституції України", в якому передбачено організацію і проведення заходів, пов'язаних із прийняттям нового Основного Закону України.

Свою річницю Конституція України відзначає в досить складних умовах політичного, соціально-економічного, правового, міжнародного характеру. Українській народ як носій суверенітету і єдине джерело влади в Україні не зміг реалізувати творчий потенціал нової Конституції України. Президентські вибори – 2004 не стали засобом примирення суспільства і консолідації політичних сил у рамках національних інтересів. Їх результат "розсварене" суспільство і держава, поглиблена політична криза. Парламентським виборам – 2006 передумав міжвиборчий етап, який проходив в умовах боротьби за внесення змін і доповнень до нової Конституції України, непримиренності і нетерпимості, перебільшення наявних розбіжностей в політичних позиціях опонентів. Їх результат – дальша дестабілізація соціально-економічного і політико-правового життя суспільства і держави: Період безпрецедентної невизначеності і бездіяльності не тільки єдиного органу законодавчої влади в Україні, але практично багатьох органів держави та органів місцевого самоврядування, в тому числі єдиного органу конституційної юрисдикції в Україні. Конституції України 1996 року не вдалося дожити до свого ювілею без змін. Законом України від 8 грудня 2004 року в Конституцію України були внесені зміни і доповнення (зауважимо, що в ст. 154 мова йде про законопроект про внесення змін до Конституції України).

Сьогодні вона знову опинилася на перехідному етапі, отже приймалася в умовах перехідного періоду та відзначає ювілей на переході від президентсько-парламентської до парламентсько-президентської республіки.

Нинішній 10-ти річний ювілей – добра нагода ще раз згадати умови і обставини розробки і прийняття нової Конституції України, оцінити її достоїнства і переваги, показати як насправді функціонує наш Основний Закон держави, висвітлити її неточності, упущення і недоліки, показати проблеми її реалізації, отримати відповідь: чому була потрібна нова Конституція України, чому новий Основний Закон нашої держави ефективно і повністю не реалізується? Чи потрібно вносити зміни?

Процес створення принципово нової Конституції України розпочався відразу після проголошення державної незалежності України. Він був складним, драматичним, тернистим, невинувато розтягнутим і тривав майже 6 років, оскільки стало зрозуміло, що становлення і розбудова суверенної і незалежної Української держави неможлива без реформування конституційного законодавства, нових державно-правових інститутів, побудови громадянського суспільства, зміцнення законності і демократії. Адже процес реформації українського суспільства відбувався у несприятливих, кризових умовах, які взагалі притаманні перехідному періоді будь-якої держави. Крім того, на перешкоді стояли "свої" складності українського походження. Тому була потрібна державно-правова стабільність, гарантом якої могла стати нова Конституція України, Конституція УРСР вже не вписувалася у філософію українського державотворення. Новий Основний Закон повинен був дати відповідь яку державу ми будемо, яким шляхом будемо йти?

Прийняття нової Конституції України завершило досить складну, титанічну і драматичну працю вчених, спеціалістів, юристів, народних депутатів України дванадцятого і тринадцятого скликання, органів держави та органів місцевого самоврядування, громадян України та їх об'єднань. При цьому зауважимо, що запропонований порядок підготовки, обговорення, розгляду, особливо процедура прийняття нового Основного Закону Української держави в значній мірі визначили народність, авторитет, повагу, долю майбутньої нової Конституції України (проте одні її сприйняли,

інші – не сприйняли, адже "за" проголосувало всього –315 народних депутатів). І ось вже десять років керуючись новою Конституцією Україна утверджує себе у світі як суверенна і незалежна держава.

Ми не говоримо, що це ідеальний варіант Конституції, який здатний гарантувати тільки позитивний процес у всіх сферах суспільного і державного життя, однак, вона досить повно визначає стратегію суспільства і держави, щоб вважати її Основним Законом. Як Закон, який має найвищу юридичну силу і пряму дію, ця Конституція реально регулює суспільні відносини і робить безпосередній вплив на всю систему органів державної влади та органів місцевого самоврядування. Особливо слід відзначити позитивний вплив Конституції на зміцнення стабільності в державі, інститутів влади. Вона розрахована на демократично порядних громадян, їй не під силу боротьба з рвачами демократії. Не можна не бачити багатьох позитивних моментів в житті держави, які зв'язані безпосередньо з авторитетом Конституції до внесення змін. Вона не тільки здатна забезпечити суспільно-політичну злагоду, але й взаємодію і відносний баланс всіх інститутів влади і працює на незворотність процесів демократії (з певною долею оптимізму).

Конституція стала правовою гарантією незалежності. Ті, хто не бажав прийняття нової Конституції зробили все для її дискримінації як Основного Закону держави. Справа не в змісті Конституції, вона нормально виписаний закон. Не Конституцію треба критикувати, а змінювати практику життя – жити по її нормах. Не всі бажать і стараються її належно виконувати. Важливо навчити людей користуватися Основним Законом для захисту інтересів – своїх і суспільства та держави в цілому.

В Конституційно-правовому полі України створилась цікава правова ситуація, яка пов'язана із внесенням змін і доповнень до тексту Конституції. Вони підірвали основу її стабільності, незворотності процесів; за 10 років вона змінилась. Тому Указом Президента України від 2 листопада 2006 р. утворена комісія з опрацювання пропозиції щодо внесення змін до Конституції України та підготовки законопроектів, спрямованих на їх реалізацію.

**ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ КОНСТИТУЦІЙНИХ ЗАКОНІВ ЯК ДЖЕРЕЛ
КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА УКРАЇНИ.**

Васильченко О.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

За умов розпочатої в Україні конституційно-правової реформи постало надзвичайно важливе питання про підвищення ефективності дії джерел конституційного права, без чого здійснення політичних, економічних та правових реформ як самої держави, так і громадянського суспільства, є проблематичним.

Конституційно-правове регулювання значною мірою забезпечується саме законами. Тому конституційне право прийнято називати „правом законів”.

Закон в системі джерел конституційного права – це нормативний акт, який приймається в установленому порядку органом законодавчої влади або затверджується на референдумі, регулює найбільш важливі політико-правові відносини владарювання та наділений, порівняно з іншими джерелами, вищою юридичною силою.

Для характеристики законів як основного джерела саме конституційного права важливого значення набувають питання їх класифікації.

Чинна конституція України передбачає лише три види законів : 1) звичайні закони (відповідно до ст. 92, які приймаються більшістю від конституційного складу Верховної ради України); 2) закони про внесення змін до Конституції України (розділ XIII Конституції України) ; 3) закони, що містять опис державних символів України та порядок їх використання (відповідно до ст. 20 Конституції України, приймаються не менш як двома третинами від конституційного складу Верховної Ради України).

В науці конституційного права України прийнято класифікувати закони на конституційні, органічні та звичайні.

Щодо правової природи, змісту конституційних законів, то це питання є дискусійним в теорії конституційного права.

Перший в Україні Голова Конституційного Суду України Л.П.Юзьков ввів у науковий обіг та перелік джерел права термін „конституційний закон України”. Серед публікацій професора Юзькова Л.П. слід зупинитися на двох: „конституційні закони: утвердження концепції становлення практики” та „Верховенство Конституції і конституційність законів”.

Л.П. Юзьков, по-перше, прямо вказав на мету та доцільність застосування конституційних законів як джерел конституційного права України. Він, зокрема, бачив їх завдання стати гарантією реалізації конституційних положень. Професор Юзьков зазначив місце, яке займають конституційні закони в системі джерел конституційного права. Даючи класифікацію зазначених законів, Юзьков Л.П. виділяє органічні, номінальні та ординарні конституційні закони.

В подальшому питання конституційних законів були предметом дослідження професора В.Ф. Погорілка, який зазначав, що під конституційними законами розуміють, по-перше, законодавчі акти, що вносять зміни та доповнення до Конституції, а, по-друге, закони, прийняття яких прямо передбачено в Конституції.

Професор Шаповал В.М. також відмічає, що термін „конституційний закон (акт)” не має однозначного тлумачення та визначення. Цей термін іноді вживається для позначення конституції, хоча „з огляду на усталену теорію конституціоналізму для таких цілей йому бракує точності”.

Як ми вже зазначали, термін конституційні закони вживається лише на теоретичному рівні. Однак були спроби законодавчого застосування даного терміну. Зокрема, у 1994 році Президентом України було внесено до Верховної ради України проект Закону про державну владу і місцеве самоврядування в Україні. І саме до цього законопроекту було застосовано визначення конституційного закону. 28 грудня 1994 року Верховною радою України було прийнято Постанову №332/94-ВР „Про проект конституційного Закону України про державну владу і місцеве

самоврядування в Україні”, відповідно до цієї постанови даний проект конституційного закону був схвалений у першому читанні.

Для подальшого з'ясування ролі конституційних законів серед інших джерел конституційного права України, вважаємо доцільним звернутися до порівняльного аналізу зарубіжних правових систем.

Термін „конституційні закони” в практиці зарубіжних країн вживається в трьох основних значеннях:

1. конституційними називають закони, які вносять поправки та доповнення до конституції (можуть бути інтегровані в текст самої конституції, а можуть бути як доповнення – невід'ємна частина основного закону (як в США).

Таке розуміння конституційних законів базується на законодавчій практиці зарубіжних країн. В окремих країнах сама конституція дає визначення конституційного закону як закону, що вносить до неї зміни (наприклад, Німеччина, Португалія, Румунія, Молдова, Італія, Чехія). Набувши чинності, відповідні конституційні закони інтегруються з власне конституційним текстом. Тому вони за своєю юридичною силою не можуть відрізнитися від самого основного закону.

2. конституційними законами офіційно називають складові частини конституції в тих країнах, де конституція не є єдиним нормативним актом. Наприклад, Конституція Швеції складається з трьох конституційних законів – закон про Форму правління (1974 р.), Акт про свободу друку (1974 р.) та Акт про престолонаслідування (1810 р.). Несистематизована Конституція Канади є сукупністю різних за формою нормативно-правових актів (понад 20), серед яких переважна більшість прийнята парламентом Великобританії. У 1982 році парламент Великобританії прийняв Акт про Канаду, один із додатків до якого містить Конституційний Акт. Відомий під назвою „Нова Конституція” (довгий час Конституцію Канади датували 1874 р). У цьому Конституційному акті є перелік усіх складових Конституції Канади і вперше вказано про її найвищу юридичну

Особливість конституційних законів в цих країнах полягає в тому, що вони мають ті самі юридичні властивості, як і сама конституція : вища юридична сила, особливий порядок прийняття та внесення змін та доповнень.

3. в окремих країнах (Грузія, Росія, Словаччина, Італія, Казахстан, Чехія) конституційними законами офіційно названо нормативно-правові акти, прийняття яких прямо передбачено в конституції. Конституційна теорія цих країн визначає, що за своєю юридичною силою конституційні закони нижчі за конституцію, але мають вищу юридичну силу щодо звичайних законів. Майже у всіх цих країнах загальним правилом є прийняття конституційних законів кваліфікованою більшістю.

В Румунії всі конституційні закони мають бути затверджені на референдумі, а у Словаччині на референдум виносяться лише конституційний закон про вступ до союзу з іншими державами.

В окремих країнах (Азербайджан) глава держави не має права вето на конституційні закони, чим підтверджується їх особлива правова природа.

Такий підхід до поняття конституційних законів в науці конституційного права цих країн дещо замінює поняття конституційних та органічних законів.

По своєму унікальному можна вважати конституцію Ізраїлю: 1950 р. парламент цієї держави ухвалив спеціальну резолюцію, за якою передбачалося прийняти конституцію поступово у вигляді низки законів (їх понад 10). Особливість в тому, що складові частини конституції мають звичайну юридичну силу, хоч і мають назву основні закони (але така назва означає лише суспільну значущість відповідних актів)

Характерно, що в конституціях окремих країн вживаються терміни як „конституційні закони” так і „органічні закони”, але для позначення різних за формально-юридичними ознаками і навіть правовою природою актів.

Підсумовуючи вищенаведене та аналізуючи положення Конституції України, вважаємо за доцільним виділити наступні види конституційних законів в системі джерел конституційного права України :

1. закони, які вносять зміни до Конституції України (відповідно до розділу XIII Конституції України). Ці закони мають наступні особливості: а) відповідно до пункту 30 частини 1 статті 106 Конституції України Президент України до цих законів не має права вето ; б) після їх

прийняття інтегруються в текст самої Конституції, і тому мають ті самі юридичні властивості, що і сама конституція.

2. закони, щодо яких Конституція України встановлює ускладнену процедуру їх прийняття. Відповідно до ст.20 Конституції України такими законами є закони, що містять опис та порядок використання державних символів України. До цього ж виду законів можна віднести і прийняття рішення (на нашу думку, у формі закону) Верховною Радою України про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту (згідно ст.111 Конституції України таке рішення Верховної Ради України приймається не менш як трьома четвертими від її конституційного складу). Особливість цього виду конституційних законів полягає в тому, що вони повинні мати більшу юридичну силу, порівняно із звичайними законами. Ця особливість впливає з того, що ці закони регулюють найбільш важливі політико-правові відносини владарювання і їх ускладнена процедура прийняття повинна забезпечувати стабільність конституційного розвитку держави та суспільства.

Вважаємо, що офіційне закріплення такого виду законів як конституційні закони на конституційному рівні позитивно відобразиться н законодавчому процесі в цілому та сприяє більш ефективному регулюванню конституційно-правових відносин.

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ В СФЕРІ РЕАЛІЗАЦІЇ ВИБОРЧИХ ПРАВ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ

Дробуш І.

Рівненський інститут Київського університету права НАН України

Конституція України закріпила основні напрями подальшого розвитку української держави. Саме побудова України як демократичної, правової, соціальної держави вимагає кардинальної зміни характеру відносин між самою державою в особі її органів та її громадянином. Суспільство визнало, що найвищою цінністю в державі має бути саме людина, пріоритет має бути на боці її прав та свобод.

Не применшуючи роль інших прав та їх гарантій ми вважаємо, що саме від рівня ефективності реалізації політичних прав громадянами залежить подальший розвиток держави, побудова громадянського суспільства. Яскравим прикладом стала Помаранчева революція. Однією з причин масової невдоволеності громадян України було порушення їх політичного права обирати і бути обраними, масові фальсифікації на президентських виборах 2004 року.

Ефективне здійснення виборчого права вимагає практичної реалізації конституційних принципів, визначених ст. 71 Конституції України. Однак, як засвідчує досвід виборчих кампаній, процес організації та проведення виборів супроводжується порушенням конституційно – правових норм. Тому однією з нормативно – правових гарантій виборчих прав є юридична відповідальність.

Під юридичною відповідальністю за порушення виборчих прав громадян України необхідно розуміти комплекс встановлених державою заходів політичного та юридичного характеру, які забезпечують силою державного примусу щодо суб'єкта, який порушує виборчі права або перешкоджає їх реалізації у вигляді настання певних негативних наслідків особистого та майнового характеру. Юридична відповідальність за порушення виборчих прав громадян України носить комплексний характер та передбачається у формі конституційно – правової, кримінально – правової, цивільно – правової, адміністративно – правової відповідальності тощо.

Законодавчі акти, що регламентують виборчі права містять розділи, які передбачають юридичну відповідальність за порушення їх норм.

Так, в Законі України "Про вибори Президента України" (стаття 105) та Законі України "Про вибори народних депутатів України" (стаття 98) містяться аналогічні положення про відповідальність за порушення законодавства про вибори Президента України та вибори народних депутатів України, які передбачають, що особи, які винні в порушенні цього законодавства притягаються до кримінальної, адміністративної або іншої відповідальності в порядку, встановленому законом. Вважаємо, що законодавець недостатньо приділяє уваги конституційно – правовій відповідальності, яка найчастіше застосовується в комплексі з адміністративною чи кримінальною відповідальністю.

В Законі України " Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів" від 06.04.2004 року передбачено дещо ширший перелік підстав притягнення до кримінальної, адміністративної або іншої відповідальності за порушення законодавства України про місцеві вибори в порядку, встановленому законом. В законі передбачено 14 підстав, однак цей перелік не є вичерпним, оскільки в статті 88 зазначено, що законами України може бути встановлено відповідальність й за інші порушення законодавства України про місцеві вибори.

На сьогодні ми констатуємо той факт, що виборче законодавство містить нечітке визначення видів юридичної відповідальності, відсутній перелік передбачених законами правопорушень, а це тягне за собою неоднозначне їх тлумачення та можливість органу, який розглядає такі правопорушення, по-різному їх кваліфікувати та застосовувати різні санкції до порушника. Так, наприклад, стаття 56 Закону України " Про внесення змін до Закону України " Про вибори Президента України" встановлено, що ЦВК оголошує попередження кандидату на пост Президента України та партії (блоку), яка його висунула у разі встановлення судом факту підкупу виборців; факту надання під час виборчого процесу виборцям або членам виборчих комісій грошей чи безоплатно або на пільгових умовах товарів, робіт, послуг, цінних паперів, кредитів, лотереї, інших матеріальних

цінностей організацією, засновником, власником або членом керівного органу якої є кандидат на пост Президента України, посадова особа партії (однієї з партій, що входить до блоку), яка висунула кандидата; факту використання кандидатом при фінансуванні передвиборчої агітації, крім коштів свого виборчого фонду, інших коштів тощо. У випадку порушень, за які законом встановлено кримінальну або адміністративну відповідальність, ЦВК вносить подання до суду щодо притягнення кандидата чи іншої особи, яка допустила таке порушення, до кримінальної чи адміністративної відповідальності.

ЦВК розглядає питання про звернення до Верховного Суду України із заявою про скасування реєстрації кандидата на пост Президента України чи про оголошення кандидату або партії (блоку) попередження у присутності кандидата або уповноваженого представника партії (блоку), яка висунула цього кандидата. Аналогічним є зміст статті 51 Закону України "Про вибори народних депутатів України", яка теж передбачає два варіанти відповідальності за порушення певних вимог виборчого законодавства – оголошення попередження кандидату у народні депутату чи партії (блоку) та скасування реєстрації кандидата у депутати.

Ми вважаємо, що всі порушення виборчого законодавства, які передбачені цими статтями повинні передбачати притягнення порушників насамперед до конституційно – правової відповідальності у вигляді скасування реєстрації кандидатом на пост Президента України, в народні депутати України. Закріплення конституційно – правової відповідальності у вигляді лише попередження кандидата за грубі порушення виборчого законодавства є на нашу думку, дестабілізуючим фактором під час виборчого процесу, призводить до безкарності окремих кандидатів, їх уповноважених представників, інших суб'єктів виборчого процесу. Тому не зрозуміло, чим повинна керуватися Центральна виборча комісія приймаючи рішення в кожному випадку, може бути ситуація, коли за аналогічні порушення виборчого законодавства один кандидат зазнає лише попередження, щодо іншого буде застосована крайня міра – скасування його реєстрації та притягнення до адміністративної чи кримінальної відповідальності. Тобто дана норма дозволяє застосовувати подвійні стандарти.

Лише в Законі України "Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів" (стаття 48) законодавець однозначно підійшов до поняття відповідальності за порушення вимог виборчого закону, а саме за аналогічні порушення виборчого законодавства закон передбачає скасування рішення про реєстрацію кандидата на посаду сільського, селищного, міського голів, кандидата в депутати місцевих рад.

Необхідно посилити конституційно – правову відповідальність кандидатів щодо формулювання своєї передвиборчої програми. Якщо Центральна виборча комісія виявить у передвиборчій програмі кандидата на пост Президента України положення, спрямовані на ліквідацію незалежності України, зміну конституційного ладу насильницьким шляхом, порушення суверенітету і територіальної цілісності держави, підрич її безпеки, незаконне захоплення державної влади, пропаганду війни, насильства, розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі, посягання на права і свободи людини та громадянина, здоров'я населення, вона зобов'язана у п'ятиденний термін з дня подачі документів, звернутися до Верховного Суду України щодо встановлення судом цього факту. У разі встановлення Верховним Судом України наявності у передвиборчій програмі кандидата зазначених положень, Центральна виборча комісія відмовляє у реєстрації кандидата на пост Президента України (ст. 52 Закону "Про внесення змін до Закону України "Про вибори Президента України"). Ми вважаємо таку норму закону необхідною, оскільки вона є гарантією реалізації не лише політичних прав та свобод, а й всієї системи прав та свобод. Однак ми вважаємо, що в такому випадку кандидату не варто давати дозвіл на повторну реєстрацію, як це передбачено законом. В статті 52 закону зазначено: відмова у реєстрації не виключає можливість повторного подання партією (блоком) чи кандидатом заяви про реєстрацію кандидата. Встановлення такої заборони примусить кандидатів з усією відповідальністю поставитися до своєї передвиборчої програми, яка в разі перемоги кандидата повинна стати основним програмним документом його дій. Сьогодні ми спостерігаємо дещо інше, коли передвиборча програма є лише необхідністю виборчого процесу, засіб для перемоги, вона так і залишається нереалізованою в діяльності вже обраного народного представника.

Так, за підсумками моніторингу Комітету виборців України перший місяць виборчої кампанії на пост Президента України був затьмарений масовими фактами незаконного втручання органів влади у виборчий процес, що мало наслідком порушення принципу рівності суб'єктів виборчого процесу. У липні найбільш розповсюдженими порушеннями під час збору підписів на користь того чи іншого кандидата були: по – перше, використання службового становища та адміністративний тиск на

виборців; по – друге, різноманітні форми обману або підкупу громадян; по – третє, фальсифікація підписних листів.

Засоби масової інформації не забезпечують об'єктивного висвітлення виборчої кампанії, інформування виборців у більшості електронних засобах масової інформації відзначається упередженістю і тенденційністю.

Висновки моніторингу Комітету виборців України підтверджують і результати соціологічного опитування Центру Разумкова, проведеного наприкінці липня. Чотири відсотки респондентів, відповідаючи на запитання: “Чи примушували вас брати участь у форумах, мітингах, зборах на підтримку кандидата на пост Президента України” відповіли “так”. Ці дані також збігаються з результатами моніторингу Комітету виборців України в регіональному розрізі – найбільше позитивних відповідей на вказане питання (27 %) дали респонденти в Харківському регіоні, де Комітет спостерігав найвищу активність посадовців при організації масових заходів на підтримку одного з кандидатів. Натомість існують випадки, коли місцева влада відмовляла в проведенні тією чи іншою партією мітингів під приводом небезпеки терористичних актів. Так, місцевий суд Орджонікідзе заборонив політичним партіям проводити масові заходи, які, як з'ясувалось в ході судового розгляду “становлять серйозну загрозу здоров'ю людей через зростання міжнародного тероризму”.

За результатами моніторингу Комітет виборців України рекомендує: виборців під час виборчої кампанії, звертатися до юридичних служб кандидатів, громадських організацій з проханням допомогти в оформленні скарг та заяв щодо порушень їх прав; поширювати подібну інформацію у засобах масової інформації; правоохоронним органам ретельно розслідувати всі факти правопорушень під час виборчої кампанії та притягнути винних до відповідальності; засобам масової інформації відповідальніше ставитися до повідомлень, що стосуються перебігу виборів, особливо якщо вони містять критику кандидата або інформацію про порушення, утримуватись від розповсюдження наклепницької та неправдивої інформації. Також слід приділяти більше уваги роз'яснювальній та просвітницькій роботі; органам місцевої влади переглянути списки виборців, уточнити їх, використовуючи бази даних податкової адміністрації, МВС, додаткових списків минулих виборів.

Цікавою є статистика про скасування рішень про реєстрацію кандидатів у народні депутати України. За умови виявлення окружною або Центральною виборчою комісією недостовірних відомостей про кандидатів (зокрема в деклараціях про доходи) було скасовано 76 рішень в одномандатних округах та 203 в багатомандатному окрузі; за рішенням окружних комісій – 26/0; за рішенням ЦВК – 7/2; за рішенням суду – 4/0 ; за фактом підкупу 0/0 ; за фактом надання грошей, послуг, кредитів – 0/0. За фактом витрачання коштів понад граничну суму виборчого фонду – 1/0; за фактом використання службового становища – 1/0. Кожен з виборців серед масових порушень виборчого законодавства назве купівлю голосів, використання адміністративного ресурсу, перевищення розміру виборчого фонду тощо. Однак в ході виборчої кампанії 2002 року по всій Україні за це було притягнуто до відповідальності у вигляді скасування реєстрації лише двох кандидатів.

Аналогічні порушення норм виборчого законодавства, які істотно вплинули на результати голосування були й під час виборів Президента України.

Конституція України не містить конкретного переліку правових санкцій щодо порушення конституційних положень, які закріплюють політичні права та свободи громадян України. Такі санкції деталізують адміністративне та кримінальне законодавство.

Так, в статті 186 – 2 Кодексу України про адміністративні правопорушення передбачена адміністративна відповідальність у вигляді штрафу за порушення законодавства про вибори Президента і народних депутатів, якими визнає: 1) публічні заклики або агітація за бойкотування виборів, опублікування або поширення іншим способом неправдивих відомостей про кандидата в Президенти України або депутати, а так само агітацію за або проти кандидата в день виборів; 2) видачу членом дільничної виборчої комісії виборчого бюлетеня для голосування за іншу особу; 3) втручання в роботу виборчих комісій, що перешкоджає виконанню ними обов'язків, пов'язаних з реєстрацією кандидата в Президенти України або депутати, з підрахунком голосів чи визначенням результатів або підбиттям загальних підсумків виборів.

Щодо формулювання цих положень в Кодексі України про адміністративні правопорушення є певні зауваження та неузгодженості з виборчим законодавством. На такі неузгодженості звертають увагу М.І. Мельник, М.І. Ставнійчук, які вважають, що існує правова колізія щодо норми, яка встановлює адміністративну відповідальність за проведення агітації в день виборів та норми

виборчого законодавства, яка передбачає, що передвиборча агітація закінчується о 24 годині останньої п'ятниці перед днем виборів. На їх думку адміністративна відповідальність може застосовуватися лише за правопорушення, скоєні в день виборів, а за здійснення агітації в останню суботу, що передує дню виборів може настати лише конституційна відповідальність, зокрема, що полягає у визнанні виборів недійсними чи скасування рішення про реєстрацію кандидата в одномандатному окрузі. Тому при внесенні змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення законодавець має врахувати зазначені суперечності.

Кримінальний Кодекс України 2001 року містить розділ, в якому йдеться про злочини в сфері виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина.

Саме кримінальна відповідальність на сьогодні залишається основним видом юридичної відповідальності в плані ефективності захисту прав людини від порушень. Це пояснюється тим, що, по-перше, до цих пір не прийняті закони, якими були б чітко врегульовані підстави і порядок притягнення до конституційної та іншої відповідальності, по-друге, не створено систему адміністративних судів, по-третє, цивільно-правова відповідальність за своєю суттю є більш право відновлювальною, ніж каральною.

Однак в Україні майже не існує випадків притягнення винних осіб до кримінальної відповідальності, а це в свою чергу сприяє зловживанням в сфері реалізації виборчих прав.

Аналіз практики виборчого законодавства на виборах 2002 року / Агентство США з міжнародного розвитку, проект „Вибори та політичні процеси”, Development Associates, Inc. – К., 2002; Збірник судових рішень у справах з виборчих спорів на виборах 2002 року депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим. – К., 2003.

Досліджуються проблеми юридичної відповідальності як однієї з нормативно – правових гарантій політичних прав та свобод. Аналізуються різні види відповідальності, зокрема конституційно – правова, адміністративно – правова, цивільно – правова, кримінально – правова тощо. В доповіді містяться пропозиції щодо підвищення рівня відповідальності в сфері реалізації виборчих прав громадян України.

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

Івановська А.

Хмельницький університет управління та права

Особливе значення для ефективності системи конституційного контролю мають юридичні наслідки рішень конституційного суду та механізм їх виконання. Питання виконання рішень і висновків суду не належать безпосередньо до конституційного судочинства, а є компетенцією тих державних органів, органів місцевого самоврядування та посадових осіб, яким адресовано відповідне рішення чи висновок. Досліджуючи питання механізму виконання рішень Конституційного Суду України, можна погодитись з М. В. Тесленко, яка вважає, що цей процес не вимагає спеціального виконавчого провадження, не потребує суб'єктів типу приставів-виконавців на відміну від судового виконання в системі прав загальної юрисдикції. Судове виконання в системі судів загальної юрисдикції є самостійною і завершальною стадією кримінальних, цивільних та інших процесів. Тобто судове виконання гарантує фактичну реалізацію рішень Суду, забезпечуючи захист суб'єктивних прав громадян, а також роблячи більш дієвим при цьому вплив права на поведінку людей, зміцнюючи законність у сфері правових відносин.

На думку американського юриста Д. Баррі, конституційні суди не можуть вводити в силу свої власні рішення – «вони не мають ні зброї, ні солдат» і повинні опиратись на силу принципів, які вони проголошують. Невтручання суду у політику, стриманість і коректність по відношенню до органів інших гілок влади, конституційно-правова спрацьованість рішень – головна умова, яка гарантує правильне їх сприйняття. Але сьогодні існує велика проблема з забезпеченням виконання рішень Конституційного Суду України, які інколи відкрито ігноруються суб'єктами державної влади. Насамперед це пов'язано із відсутністю в самому Законі «Про Конституційний Суд України» чітких приписів, які б встановлювали державно-правовий механізм їх виконання, а також з затягуванням процесу підготовки змін і доповнень до діючих законів, прийняття нових законів, необгрунтованістю позицій, які займають деякі суди загальної юрисдикції і інші суб'єкти правозастосування.

Діючий Закон України «Про Конституційний Суд України» лише фрагментарно закріплює механізм виконання рішень Конституційного Суду України. Так, частина перша ст. 70 цього Закону встановлює обов'язковий для виконання порядок, у відповідності з яким «копії рішень і висновків Конституційного Суду України направляються на наступний робочий день після їх офіційного обнародування суб'єкту права на конституційне подання або конституційне звернення, за ініціативою якого розглядалась справа, до Міністерства юстиції України, а також до органу влади, що прийняв правовий акт, який був предметом розгляду в Конституційному Суді України». Звідси випливає, що порядок виконання рішень і висновків сформульований таким чином, що стосується власне самого Суду, а не суб'єктів правозастосування його рішень, тобто дієвого механізму, який забезпечував би виконання рішень Конституційного Суду, досі не існує. Це зумовлено специфічною природою рішень Конституційного Суду. Вони, по суті, мало чим відрізняються за наслідками і механізмом реалізації від законів, указів Президента, інших нормативних актів, якими анулюються ті чи інші правові норми, а отже, забезпечення їх виконання має бути таким же, яким воно є стосовно законів.

Обов'язковість виконання рішень Конституційного Суду України є вимогою Конституції України (частина друга ст. 150), яка має найвищу юридичну силу по відношенню до всіх інших нормативно-правових актів (частина друга ст. 8).

При необхідності Конституційний Суд України може визначити у своєму рішенні (висновку) порядок і терміни його виконання, а також покласти на відповідні державні органи обов'язки по забезпеченню виконання рішення (дотримання висновку) відповідно до частини другої ст. 70 Закону України «Про Конституційний Суд України».

У Рішенні Конституційного Суду України від 14 грудня 2000 року по справі про порядок виконання рішень Конституційного Суду України вказується, що відповідно до частини другої ст. 70 Закону України «Про Конституційний Суд України» у випадку необхідності Суд може визначити у своєму рішенні додаткові заходи, пов'язані з порядком його виконання, вказавши на невідкладність або обов'язковість його виконання. При цьому незалежно від того, що визначено у рішенні, висновку Конституційного Суду України, зокрема, порядок його виконання, відповідні органи зобов'язані діяти

лише на підставі, в рамках повноважень і способом, який передбачений Конституцією і законами України. Як вважає Л. П. Чубар, додаткове визначення у рішеннях, висновках Суду порядку їх виконання не скасовує і не підміняє загальної їх обов'язковості, незалежно від того, наявні чи відсутні в рішеннях, висновках Суду приписи щодо таких дій. Відповідні закони, інші правові акти або окремі їх положення, визнані за цими рішеннями неконституційними, не підлягають застосуванню як такі, що втратили чинність з дня ухвалення Судом рішення про їх неконституційність.

Відносно порядку виконання тих рішень Конституційного Суду України, в яких не визначений порядок їх виконання, Конституційний Суд України у своєму рішенні відмітив наступне. Систематичне тлумачення положень частини другої ст. 150 Конституції України і частини другої ст. 70 Закону України «Про Конституційний Суд України» відносно порядку виконання тих рішень Конституційного Суду України, в яких не визначений порядок їх виконання, в контексті Конституції України свідчить, що рішення Конституційного Суду України незалежно від того, визначені в них порядок і строки їх виконання чи ні, є обов'язковими до виконання на всій території України. Органи державної влади, органи Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування, підприємства, установи, організації, посадові і службові особи, громадяни і їх об'єднання, іноземці, особи без громадянства повинні утримуватись від застосування і використання правових актів або їх положень, визнаних неконституційними.

Частина третя ст. 70 Закону України «Про Конституційний Суд України» надає Конституційному Суду України право вимагати від відповідних державних органів письмове підтвердження виконання рішення, дотримання висновку Конституційного Суду України, однак, проблема полягає в тому, що не окреслені межі такого повноваження. На думку В. О. Гергелійника цілком оправданим було б визначити такий термін в рамках шести місяців. Він є достатнім для того, щоб забезпечити можливість відповідному органу більш гнучко і відповідально підійти до адекватного врегулювання правовідносин і виконання рішень Суду.

Визнаючи закони, інші правові акти або їх окремі положення неконституційними, Суд, покладаючи на відповідні державні органи обов'язки щодо забезпечення виконання рішення, додержання висновку, «пропонує» державним органам виконати рішення, тим самим визначає завдання нормативного органу зі врегулювання ситуації, що склалася. В тому разі, коли нормативний орган не приводить або не належно приводить нормативний акт у відповідність до рішення Суду, виникає ситуація, пов'язана з невиконанням або неналежним виконанням рішення Суду. Реалії життя свідчать про непоодинокі випадки невиконання і неналежного виконання рішень Суду, що дає підстави твердити про вірогідність несприйняття, а, може, й ігнорування органами державної влади і місцевого самоврядування волі органу конституційної юрисдикції.

Варто згадати, як органи державної влади і, зокрема, Верховна Рада України виконували деякі рішення Суду. Зокрема, це рішення Конституційного Суду України від 23 грудня 1997 року № 7-зп у справі про Рахункову палату; рішення по справах, які стосувались спорів про компетенцію між Верховною Радою України та Верховною Радою Автономної Республіки Крим.

З питань сумісництва посад Конституційний Суд України прийняв декілька рішень, які і на сьогодні часто ігноруються відповідними органами та посадовими особами. Зокрема, рішення від 13 травня 1997 року № 1-зп щодо несумісності мандата народного депутата України з іншим представницьким мандатом, державною службою та іншими видами діяльності, передбаченими законами. У Рішенні Суду від 13 травня 1998 року № 6-рп/98 (справа щодо статусу депутатів рад) зазначено, що депутат сільської, селищної, міської, районної у місті, районної, обласної ради, який перебуває на посаді керівника місцевого органу виконавчої влади чи на іншій посаді, на яку поширюється дія Конституції та законів України щодо обмеження сумісництва, не може поєднувати свою службову діяльність на цій посаді з посадою сільського, селищного, міського голови, секретаря сільської, селищної, міської ради, голови та заступника голови районної у місті, районної, обласної ради, а також з іншою роботою на постійній основі в радах, їх виконавчих органах та апараті. У 2001-2002 роках було прийнято два рішення Конституційного Суду з питань сумісництва (рішення у справі про поєднання посади в місцевій державній адміністрації з мандатом депутата місцевої ради від 4 грудня 2001 року № 16-рп/2001 та рішення у справі щодо сумісності посад народного депутата України і члена Кабінету Міністрів України від 4 липня 2002 року № 14-рп/2002. Окремо 20 травня 2004 року Конституційним Судом України було прийнято рішення щодо сумісності посади сільського, селищного, міського голови з мандатом депутата Верховної Ради Автономної Республіки Крим.

До рішень Конституційного Суду, які вже довгий час не виконуються органами державної влади, відноситься і рішення від 14 листопада 2001 року № 15-рп/2001 щодо конституційності інституту прописки громадян у частині її дозвільного характеру.

Яскравим прикладом ігнорування рішень Конституційного Суду України органами державної влади є той факт, що до сьогодні не повернуто пільги військовослужбовцям та працівникам правоохоронних органів, не дивлячись на наявність чотирьох рішень Конституційного Суду України з цього приводу (рішення Конституційного Суду України від 6 липня 1999 року № 8-рп/99 у справі щодо права на пільги; від 20 березня 2002 року № 5-рп/2002 у справі щодо пільг, компенсацій і гарантій; від 17 березня 2004 року № 7-рп/2004 у справі про соціальний захист військовослужбовців та працівників правоохоронних органів; від 1 грудня 2004 року № 20-рп/2004 у справі про зупинення дії або обмеження пільг, компенсацій і гарантій).

Актуальним з точки зору забезпечення прав і свобод громадян є факт невиконання рішення Конституційного Суду України від 24 грудня 2004 року № 22-рп/2004 у справі про особливості застосування Закону України «Про вибори Президента України». Дане рішення було проігноровано відповідними органами і положення ст. 6 Закону України «Про особливості застосування Закону України «Про вибори Президента України» при повторному голосуванні 26 грудня 2004 року», визнані неконституційними, все ж таки були застосовані.

Таким чином, практика свідчить про те, що правова природа актів Конституційного Суду України вимагає детального законодавчого механізму, який би реально забезпечував їх виконання, визначення заходів відповідальності за їх невиконання. Цю прогалину в законодавстві необхідно усунути, адже процес виконання рішень Конституційного Суду України на практиці стикається із значними труднощами. Акти Конституційного Суду України, які володіють обов'язковістю, не мають ніякої реальної примусової сили, крім сили свого власного авторитету.

З метою забезпечення неухильного виконання рішень Суду Закон України «Про Конституційний Суд України» передбачає необхідність встановлення юридичної відповідальності за невиконання рішень та недодержання висновків Конституційного Суду України. У цьому або в іншому законі мають бути передбачені конкретні види і порядок притягнення до відповідальності, але такого закону в державі не прийнято. Подібна відповідальність може бути передбачена також спеціальними нормами Кримінального кодексу або Кодексу про адміністративні правопорушення, як це має місце в інших державах, проте чинне законодавство України таких норм також не передбачає. Вважається доцільним внести до відповідних законодавчих актів, що стосуються статусу органів державної влади, процесуальні норми щодо виконання ними рішень Конституційного Суду України з відповідними обов'язками цих суб'єктів.

Складність встановлення спеціальної відповідальності за невиконання або неналежне виконання рішень Суду полягає в особливостях суб'єктів, яким адресуються ці рішення. Для цих суб'єктів головним видом відповідальності може бути відповідальність політична. Ю. П. Лівшиц в якості «заходів політичної відповідальності» називає відповідальність депутатів або інших посадових осіб виборних державних органів перед громадянами, яка полягає у можливому необранні їх на виборну посаду в подальшому; відставку органу державної влади або посадові особи за політичними мотивами і т.д. Інші правознавці, наприклад, В. О. Лучін та О. М. Дороніна, не бачать у цьому необхідності, оскільки існує виконавча влада, прокуратура, правоохоронні органи, які і повинні практично забезпечувати законність в державі, в тому числі і конституційну. Заслужують на увагу пропозиції по даному питанню, висунуті П. Б. Євграфовим. На його думку, необхідним є закріплення в діючому законодавстві субінституту конституційного делікту і закріплення санкцій за невиконання, неналежне виконання або перешкоджання виконанню рішень Конституційного Суду України. Основними критеріями оцінки такої відповідальності повинні бути дві ознаки: негативні дії або бездіяльність, які призводять до негативних наслідків для суб'єкта.

На нашу думку, необхідно прийняти спеціальний законодавчий акт, який би врегулював питання відповідальності за невиконання або неналежне виконання рішень Конституційного Суду, в якому були б чітко виписані юридичні підстави для визначення такої відповідальності та процедурні питання відсторонення від посад вищих посадових осіб.

З практики діяльності конституційних судів інших держав очевидним є те, що беззаперечне виконання рішень конституційних судів можливе тільки за стабільного соціально-економічного і політичного становища, правосвідомості законодавців, високого рівня демократії в державі, де існує правова свідомість та культура. Всі ці процеси вимагають координації дій всіх органів державної влади, щоб контроль за захистом прав і свобод людини став невід'ємною частиною всіх суб'єктів конституційно-правових відносин. А це залежить від того, наскільки поважатимуть одна одну гілки влади і наскільки вони будуть зацікавлені вони в побудові правової держави в Україні.

**ОСОБЛИВОСТІ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ ОКРЕМИХ
ВИДІВ ГРОМАДСЬКИХ ОРГАНІЗАЦІЙ В УКРАЇНІ***Левицька Г.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Право на свободу об'єднання – одне з невід'ємних прав людини й громадянина, закріплене Загальною декларацією прав людини, іншими основоположними міжнародними юридичними документами та гарантоване Конституцією України, яке забезпечує можливість участі в громадському й політичному житті, утворення з цією метою різноманітних об'єднань громадян.

Правовою основою утворення і діяльності громадських організацій є Закон України „Про об'єднання громадян” від 16 червня 1992 року, який є основоположним після Конституції України, та ряд спеціальних законів, що закріплюють правовий статус окремих видів громадських організацій. До них належать закони України: „Про політичні партії” від 5 квітня 2001 р., „Про професійні спілки, їх права й гарантії діяльності” від 15 вересня 1999 р., „Про молодіжні та дитячі громадські організації” від 1 грудня 1998 р., „Про професійних творчих працівників та творчі спілки” від 7 жовтня 1997 р., „Про фізичну культуру і спорт” від 24 грудня 1993 р., „Про свободу совісті та релігійні організації” від 23 квітня 1991 р. тощо.

Автор зупинився на аналізі конституційно-правового статусу творчих спілок та релігійних організацій, оскільки цим видам громадських організацій традиційно присвячується менше уваги у науковій літературі.

Стаття 54 Конституції України закріпила право громадян на свободу літературної, художньої, наукової й технічної творчості, захист інтелектуальної власності, авторських прав громадян, моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної діяльності.

Сьогодні в Україні створені й діють сотні творчих спілок з всеукраїнським та місцевим статусом. Найбільш відомими з них є Всеукраїнська музична спілка, Спілка архітекторів України, Спілка дизайнерів України, Спілка журналістів України, Спілка кінематографістів України, Спілка композиторів України, Спілка майстрів народного мистецтва України, Спілка письменників України, Спілка театральних діячів України, Спілка фотохудожників України, Спілка художників України та багато інших.

Творчою спілкою є добровільне об'єднання професійних творчих працівників відповідного фахового напрямку в галузі культури та мистецтва, яке має фіксоване членство і діє на підставі статуту. Творча спілка діє на принципах добровільного об'єднання її членів, які належать до одного фахового напрямку культури та мистецтва, самоврядування, взаємодопомоги й співробітництва, невтручання у творчий процес, вільного вибору форм і методів творчої діяльності, визнання авторських прав. У кожному фаховому напрямку може бути створено одне або більше добровільних творчих об'єднань. Творчі спілки незалежні у своїй статутній діяльності від органів державної влади й органів місцевого самоврядування, політичних партій, інших громадських організацій.

Основними напрямками діяльності творчої спілки є: творча діяльність у галузі культури і мистецтва; розвиток національної культури та мистецтва, розроблення й втілення в життя культурно-мистецьких заходів, організація творчих конкурсів, виставок, авторських вечорів, прем'єр, фестивалів тощо; створення умов для творчої праці, підвищення професійного, наукового та загальнокультурного рівня членів творчої спілки, виховання творчої молоді, оволодіння нею досягненнями національної та загальнолюдської культури; пошук талантів серед молоді та сприяння їх творчому розвитку; видання газет, журналів, книг та іншої друкованої продукції, створення кіно- та відеофільмів, аудіовізуальної продукції з метою популяризації досягнень української та світової культури і мистецтва, творчого доробку членів спілок; турбота про правовий, соціальний та професійний захист членів творчої спілки; сприяння відродженню, розвиткові та популяризації народної творчості, творчому використанню народних традицій у розвиткові культури та мистецтва, збереженню та збагаченню історико-культурної спадщини та докільля, проведенню масових культурно-просвітницьких заходів, а також утвердженню демократичних, загальнолюдських цінностей; постійна співпраця з педагогічними

та науково-педагогічними колективами навчальних закладів; подання допомоги в навчально-виховній роботі педагогічним колективам у патріотичному, культурному та інтелектуальному розвитку дітей та молоді, у морально-етичному та естетичному вихованні; сприяння обміну культурними цінностями, співробітництво між діячами культури і мистецтва різних країн, національними і міжнародними організаціями культури та мистецтв; виховання поваги до історико-культурних цінностей, традицій українського та інших народів.

Держава забезпечує підтримку й захист законних прав та інтересів творчих спілок, гарантує однакові умови для виконання ними статутних завдань і цілей. З метою підтримки творчих спілок у реалізації їх статутних завдань держава: сприяє розвитку творчих спілок, їх діяльності щодо творення національної культури та мистецтва, проведенню культурно-мистецьких заходів; надає творчим спілкам дотації та розміщує державні замовлення; надає необхідну інформацію для забезпечення діяльності творчих спілок; гарантує професійний та соціальний захист членів творчих спілок, охорону їх авторських та суміжних прав; залучає творчі спілки до підготовки законопроектів, розроблення загальнодержавних програм національно-культурного розвитку, інших соціально важливих культурологічних та соціально-політичних заходів.

Творча спілка діє на підставі статуту, що приймається загальними зборами (з'їздом, конференцією).

Особливостями діяльності творчих спілок є те, що вони можуть мати всеукраїнський та регіональний (місцевий) статус. До всеукраїнських творчих спілок належать спілки, діяльність яких поширюється на територію всієї України і які мають місцеві творчі осередки у більшості її областей. Всеукраїнським творчим спілкам може надаватися статус національних. До регіональних (місцевих) творчих спілок належать спілки, діяльність яких поширюється на територію відповідної адміністративно-територіальної одиниці або регіону.

Законодавство України визначає права творчих спілок.

Усі творчі спілки підлягають державній реєстрації. Державна реєстрація всеукраїнських творчих спілок здійснюється Міністерством юстиції України, а їх територіальних осередків та регіональних (місцевих) творчих спілок – відповідними місцевими органами виконавчої влади.

Вищим керівним органом творчої спілки є загальні збори (з'їзд, конференція), що скликаються відповідно до статуту творчої спілки.

У період між загальними зборами (з'їздами, конференціями) діяльністю творчої спілки керує правління творчої спілки, яке обирається загальними зборами (з'їздом, конференцією) на строк, визначений статутом.

Творчі спілки як і будь-які об'єднання громадян мають право на власні кошти, рухоме й нерухоме майно. У власності творчих спілок можуть перебувати будинки, споруди, обладнання, кошти, цінні папери та інше майно, придбане творчими спілками. З метою здійснення статутних завдань і цілей творчі спілки у встановленому порядку можуть створювати підприємства, установи та організації з правами юридичної особи для ведення господарської та іншої діяльності, правовий статус яких визначається законодавством України, статутом спілок, а також їхніми власними статутами (положеннями).

Конституційно-правовий захист професійних творчих працівників та творчих спілок полягає у встановленні дисциплінарної, цивільно-правової, адміністративної або кримінальної відповідальності.

Творчі спілки мають право на міжнародну діяльність. Відповідно до своїх статутів вони можуть засновувати міжнародні творчі організації чи об'єднання або вступати до них, підтримувати прямі міжнародні контакти й зв'язки, укладати відповідні угоди, а також брати участь у здійсненні заходів, що не суперечать міжнародним зобов'язанням України.

Стаття 18 Загальної декларації прав людини проголошує: кожна людина має право на свободу думки, совісті та релігії; це право передбачає свободу змінювати свою релігію або переконання й свободу сповідувати свою релігію або переконання як одноособово, так і спільно з іншими, прилюдно або приватним чином в ученні, богослужінні та здійсненні релігійних і ритуальних обрядів.

Здійснення державної політики щодо релігії й церкви здійснюється за принципом, згідно з яким церква (релігійні організації) відокремлена від держави, а школа – від церкви. Держава не втручається у здійснювану в межах закону діяльність релігійних організацій, не фінансує діяльність будь-яких організацій, створених за ознакою ставлення до релігії. Релігійні організації не виконують державних функцій.

Держава захищає права і законні інтереси релігійних організацій; сприяє встановленню відносин взаємної релігійної й світоглядної терпимості й поваги між громадянами, які сповідують релігію або не сповідують її, між віруючими різних віросповідань та їх релігійними організаціями; бере до відома і поважає традиції та внутрішні настанови релігійних організацій, якщо вони не суперечать чинному законодавству.

Релігійні організації мають право брати участь у громадському житті, та не можуть брати участі у діяльності політичних партій, надавати їм фінансову підтримку, не висувують кандидатів на виборах до органів державної влади, не ведуть агітації або фінансування виборчих кампаній кандидатів до цих органів.

У своїй діяльності релігійні організації повинні дотримуватися вимог Конституції та законів України, а також статутних вимог. Релігійна організація зобов'язана додержуватись вимог чинного законодавства й правопорядку. Вона не повинна втручатися в діяльність інших релігійних організацій, у будь-якій формі проповідувати ворожнечу, нетерпимість до невіруючих і віруючих інших віросповідань.

Релігійні організації в Україні створюються з метою задоволення релігійних потреб громадян сповідувати й поширювати віру і діють відповідно до своєї ієрархічної та інституційної структури, обирають, призначають і замінюють персонал згідно зі своїми статутами (положеннями).

Релігійними організаціями в Україні є релігійні громади, управління й центри, монастирі, релігійні братства, місіонерські товариства (місії), духовні навчальні заклади, а також об'єднання, що складаються з вищезазначених релігійних організацій.

Особливістю правового статусу релігійної громади є те, що повідомлення державних органів про її утворення не є обов'язковим.

Релігійна організація визнається юридичною особою з моменту реєстрації її статуту (положення) і як юридична особа користується правами і несе обов'язки відповідно до чинного законодавства і свого статуту (положення).

Релігійні організації мають право використовувати для своїх потреб будівлі й майно, що надаються їм на договірних засадах державними, громадськими організаціями або громадянами. Самовільне захоплення культових будівель чи привласнення культового майна не допускається. Релігійні організації володіють, користуються й розпоряджаються майном, яке належить їм на праві власності. У власності релігійних організацій можуть бути будівлі, предмети культу, об'єкти виробничого, соціального і добродійного призначення, транспорт, кошти та інше майно, необхідне для забезпечення їх діяльності. Релігійні організації мають право власності на майно, придбане або створене ними за рахунок власних коштів, пожертвуване громадянами, організаціями або передане державою, а також придбане на інших підставах, передбачених законом. Релігійні організації мають право звертатися за добровільними фінансовими та іншими пожертвуваннями й одержувати їх. Фінансові та майнові пожертвування, як і інші доходи релігійних організацій, не оподатковуються. Право власності релігійних організацій охороняється законом.

Релігійні організації у порядку, визначеному чинним законодавством, мають право для виконання своїх статутних завдань засновувати видавничі, поліграфічні, виробничі, реставраційно-будівельні, сільськогосподарські та інші підприємства, а також добродійні заклади (притулки, інтернати, лікарні тощо), які мають право юридичної особи.

Релігійні організації мають право засновувати й утримувати вільно доступні місця богослужінь або релігійних зібрань, а також місця, шановані в тій чи іншій релігії (місця паломництва).

Релігійні організації і віруючі, одноосібно або разом з іншими, мають право встановлювати й підтримувати міжнародні зв'язки та прямі особисті контакти, включаючи виїзд за кордон для паломництва, участі в зборах та релігійних заходах.

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ КОНСТИТУЦІЙНИМ СУДОМ УКРАЇНИ

Луць 3.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Одним із проблемних питань правового сьогодення є переосмислення соціальної спрямованості діяльності Конституційного Суду України. В першу чергу це стосується взаємозв'язку людини і громадянина та єдиного органу конституційної юрисдикції України. Зазначимо, що на даний час стосунки між цими суб'єктами практично є не такими, які б мали відповідати певним стандартам правової держави, якою прагне стати Україна. Йдеться про той аспект проблеми, який пов'язаний із наданням права фізичній особі безпосередньо звертатися до Конституційного Суду України із вимогою про встановлення конституційності того чи іншого нормативного акта.

Останнім часом публікації з проблем захисту прав людини органом конституційної юрисдикції присвятили такі українські вчені як П. Євграфов, А. Селіванов, П. Стецюк, М. Тесленко, Ю. Тодика, В. Шаповал та інші.

Цілком зрозуміло, що на даний час діяльність єдиного органу конституційної юрисдикції України є соціально орієнтованою, адже більшість його рішень спрямована на захист конституційних прав і свобод людини і громадянина. Втім, чи ефективним є механізм, який закріплений у законодавстві України, чи не обмежуються можливості фізичної особи через відсутність права на безпосереднє звернення щодо встановлення конституційності акта, яким обмежуються чи порушуються права людини і громадянина? Отож, з одного боку, така проблема може бути вирішена шляхом введення інституту конституційної скарги. З іншого ж боку, виникає запитання, чи доцільним є запровадження інституту конституційної скарги і чи варто надавати громадянам України право на звернення до Конституційного Суду України із вимогою про встановлення конституційності акта? Це питання є проблемним і для інших держав, законодавство яких закріпило європейську модель конституційного правосуддя. Так, законодавство небагатьох країн із цією моделлю правосуддя передбачає право на безпосереднє звернення фізичної особи до органу конституційної юрисдикції з питань конституційності акта.

Конституцією України передбачено, що головним обов'язком держави є утвердження і забезпечення прав людини. Отож, держава через свої органи повинна застосовувати різні заходи, гарантії, встановлювати механізми, щоб належно виконувати покладений на неї обов'язок. Розглядаючи це питання у контексті діяльності Конституційного Суду України слід звернути увагу і на ще одне нормативне положення, викладене у ч. 1 ст. 55 Конституції України, згідно з яким права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Таким чином, єдиний орган конституційної юрисдикції України як орган судової влади (згідно із законом України „Про судоустрій України” Конституційний Суд України є органом судової влади – судом) повинен виконувати обов'язок, покладений на нього Основним Законом. Втім, зрозуміло, що виконання Конституційним Судом України такого обов'язку впливає як із норми ст. 3 Конституції України, так і є наслідком виконання завдання Конституційного Суду України щодо гарантування верховенства Конституції України.

Однак, певні застереження варто зробити щодо форми захисту прав людини органом конституційної юрисдикції. Йдеться про те, що Конституційний Суд України опосередковано забезпечує захист прав людини і громадянина, що впливає із повноважень Конституційного Суду у сфері здійснення конституційного контролю та суб'єктного складу тих, хто має право звертатися до цього органу із відповідними вимогами.

Отож, *по-перше*, громадяни України мають право на звернення до Конституційного Суду України, але не із конституційною скаргою, а із конституційним зверненням щодо офіційного тлумачення норм Конституції чи законів України. Однак, складність у реалізації цього права пов'язана із формальними вимогами до конституційного звернення. Тобто без спеціальних знань у цій сфері неможливо обійтися.

По-друге, громадяни України, іноземці та особи без громадянства вступають у непрямі відносини із Конституційним Судом України через Уповноваженого Верховної Ради України з прав

людини, який є суб'єктом права на конституційне подання з питань прийняття рішень та дачі висновків Конституційним Судом України у випадках, передбачених п.п. 1, 4 ст. 13 Закону України „Про Конституційний Суд України”.

По-третьє, одним із суб'єктів, за посередництвом якого фізична особа може звернутися до Конституційного Суду України є Верховний Суд України. Така процедура звернення до органу конституційної юрисдикції є дуже громіздкою та тривалою в часі. Вона пов'язана із розглядом справи судом загальної юрисдикції. Втім, згідно із статистикою, „посередницька” форма захисту прав людини через діяльність судів загальної юрисдикції, очевидно, не є ефективною.

По-четверте, однією із форм захисту прав людини і громадянина Конституційним Судом України є його діяльність щодо розгляду справ про відповідність законопроекту про внесення змін до Конституції України, наслідком якої є дача висновку, у якому, зокрема, йдеться про те, чи не передбачають відповідні зміни скасування чи обмеження прав і свобод людини і громадянина.

Встановивши різні форми участі Конституційного Суду України у захисті прав людини і громадянина, напрошується висновок, що ефективність цього захисту була б більшою, якби особі було надано право на звернення із конституційною скаргою. Цілком зрозуміло, що відсутність інституту конституційної скарги є недемократичним кроком законодавця, та й водночас громадянин не повинен очікувати, поки передбачений законом суб'єкт звернеться до Конституційного Суду, щоб відновити порушене суб'єктивне право. Однак, негативним моментом запровадження конституційної скарги є ймовірність використання фізичною особою органу конституційної юрисдикції як апеляційної інстанції, що, відповідно ускладнить роботу суду. Однак у даній ситуації, законодавець може встановити певні важелі для запобігання цій проблемі. Тому, безумовно, що сучасне законодавство про Конституційний Суд України потребує удосконалення у аспекті забезпечення захисту прав людини шляхом надання їй права звернення із конституційною скаргою до органу конституційної юрисдикції або введення суду загальної юрисдикції як безпосереднього суб'єкта права на конституційне подання.

КОМУНАЛЬНА ВЛАСНІСТЬ – ОСНОВНА СКЛАДОВА МАТЕРІАЛЬНОЇ ОСНОВИ ОРГАНІЗАЦІЇ І ДІЯЛЬНОСТІ МІСЦЕВИХ РАД

Лялюк О.

Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого

Системний аналіз інституту основ у муніципальному праві показав, що найбільш науково обґрунтованим є організаційний підхід до визначення матеріальної основи організації і діяльності місцевих рад. Його підтримують такі вчені як М.В. Постовий, С.Г. Сербьогіна, Є.М. Ковешніков, О.М. Нікітін, А.С. Прудніков та інші.

Означений підхід показує, що під матеріальною основою організації і діяльності місцевих рад розуміється сукупність необхідних та достатніх матеріальних ресурсів, що знаходяться у комунальній власності відповідної територіальної громади, або передані в управління чи користування громаді або її органам шляхом передачі державного майна, а також цивільно-правових, або господарсько-правових угод, або під час делегування повноважень тощо. Така позиція дозволяє вести мову про наступну класифікацію матеріальних об'єктів:

1. Об'єкти комунальної власності (у тому числі продукція, вироблена на підприємствах цієї форми власності);
2. Об'єкти державної власності, передані в управління чи користування;
3. Об'єкти, набуті за цивільно-правовими або господарсько-правовими угодами.

При цьому, найсуттєвішим складником матеріальної основи, на нашу думку, слід вважати об'єкти комунальної власності, оскільки їх частка в механізмі забезпечення діяльності місцевих рад значно більша порівняно з іншими переліченими складниками. Водночас виникають окремі складнощі щодо правового регулювання питань комунальної власності. Це в першу чергу пов'язується із відсутністю законодавчого акту, який би чітко врегулював питання комунальної власності. Легальне визначення права комунальної власності міститься лише у ст.1 Закону України „Про місцеве самоврядування в Україні” (далі – Закон), де воно назване як право територіальної громади володіти, доцільно, економно, ефективно користуватися і розпоряджатися на свій розсуд і в своїх інтересах майном, що належить їй, як безпосередньо, так і через органи місцевого самоврядування. Звідси суб'єктом права комунальної власності виступає виключно територіальна громада. Однак інші важливі положення механізму набуття, використання, реалізації, повноважень тощо щодо комунальної власності чітко не встановлені. Від її імені „права суб'єкта комунальної власності” здійснюють відповідні ради.

Отже, можна констатувати, що здійснення прав суб'єкта власності за змістом є тотожним всім без виключення правомочностям, які належать самій територіальній громаді (володіти, користуватися, розпоряджатися), що говорить про матеріальну забезпеченість місцевих рад комунальною власністю за фактом їх створення територіальною громадою.

Втім досить неконкретна вказівка законодавця у нормі п.5 ст.16 Закону на здійснення прав суб'єкта комунальної власності „відповідними радами”, не виключає з цього переліку обласні, районні та районні у містах ради, що вносить певну плутанину. Нечіткість дій законодавця в цьому напрямку підсилюється такою указівкою, що місцеве самоврядування здійснюється як через сільські, селищні, міські ради, так і через районні і обласні ради. Відносно ж обласних та районних рад слід зауважити, що передбачених „прав суб'єкта комунальної власності” вони не здійснюють, оскільки аналіз норм Закону ставить взагалі під сумнів функціонування цих рад як суб'єктів права саме комунальної власності. Такий висновок витікає з ч.3 ст.60 Закону, який відзначає можливість територіальних громад сіл, селищ, міст, районів у містах „...безпосередньо або через органи місцевого самоврядування об'єднувати на договірних засадах на праві спільної власності об'єкти права комунальної власності.....для виконання спільних проєктів або для спільного фінансування (утримання) комунальних підприємств, установ та організацій...”. В свою чергу ч.4 ст.60 Закону підкреслила, що управління об'єктами спільної власності здійснюють районні та обласні ради. Отже наявна інша форма власності, яка поки що перебуває у зародковому стані, законодавчо чітко не оформлена, однак, має своїх суб'єктів, які наділені щодо її об'єктів правом управління та користування, а також обмеженим правом розпорядження (тобто за дорученням відповідних сільських, селищних, міських рад).

Про недосконалість юридичного оформлення такої власності свідчить фактична відсутність у суб'єкта права спільної власності обґрунтованої теорією цивільного права „тріади” володіти, користуватися та розпоряджатися. Проте однозначно підтвердити таке припущення заважає запроваджена законодавцем категорія „управління”, щодо якого не досягнуто однозначних наукових позицій. Цей термін запропоновано розглядати в різних аспектах – широкому (включає і володіння і користування і розпорядження), вузькому (окрема правомочність в межах відповідного права власності), однак остаточною відповідь щодо його сутності має дати законодавець.

Враховуючи різноманітні підходи, науковці намагаються віднайти особливі ознаки, які характеризують комунальну власність. Так, К. Апанасенко вважає, що комунальній власності притаманні наступні властивості: 1) прояв суб'єктного складу через публічно-правові утворення – територіальні громади; 2) спільне привласнення колективним суб'єктом засобів виробництва; 3) дуалістичний характер щодо окремих індивідів, який полягає у можливості володіти цією власністю, з одного боку, та необхідністю додержання приписів щодо непосягання на цілісність комунальної власності, з іншого; 4) можливість передачі об'єктів у державну власність і навпаки; 5) спрямованість на задоволення потреб суспільства або його частини, а не окремих осіб; 6) правомочність „управління”; 7) наявність публічного інтересу, який є гарантією її існування та розвитку.

Звідси ми бачимо, що авторка визнає „управління” властивістю права комунальної власності, вибудовуючи його власну систему. На відміну від вказаної позиції І.М. Салій, говорить, що комунальній власності притаманні наступні ознаки: 1) це суспільна власність населеного пункту (міста, району в місті, села, селища); 2) вона є матеріальною основою місцевого самоврядування; 3) вона належить населенню відповідних поселень, а не народу в цілому чи приватному власнику; 4) від імені населення громади права володіння, користування і розпорядження здійснюють місцеві ради та їх виконавчі органи. Погляди науковців збігаються в тому, що розглядають комунальну власність як окрему складову матеріальної основи функціонування місцевих рад, її суттєвий елемент, що є важливим засобом забезпеченості діяльності цих органів.

При цьому однозначно підтверджується, що об'єкти комунальної власності є матеріальною основою організації і діяльності сільських, селищних, міських рад. Організація і діяльність районних і обласних рад забезпечується ж за допомогою об'єктів спільної власності.

Окремої уваги потребує характеристика комунальної власності територіальних громад районів у містах. Утворені в них ради позбавлені повноцінної матеріальної основи своєї діяльності, хоча Закон чітко встановлює, що майно, яке перебуває у віданні цих рад є комунальною власністю територіальних громад районів у містах. Це додатково підкріплюється положенням ч5 ст.6 Закону, яка зазначає, що „у містах з районним поділом територіальні громади районів у містах діють як суб'єкти права власності”. Водночас такий стан зводить нанівець самоврядність територіальної громади самого міста, яка по-суті і складається з територіальних громад районів у містах. Для запобігання втрати міською територіальною громадою повноцінності суб'єкта місцевого самоврядування, законодавець запровадив положення, відповідно до якого рішення про наділення міських рад правами щодо управління майном і фінансовими ресурсами, які є у власності територіальних громад районів у містах, приймається на місцевих референдумах відповідних районних у містах громад (ст.16 Закону).

Таким чином, юридичний аналіз правового статусу майна знову стикається з характеристикою категорії „права управління”, яке на наш погляд, в даній нормі використовується в широкому аспекті, оскільки законодавством не передбачено одержання міською радою від районних у місті рад відповідних доручень на здійснення щодо майна розпорядчої компетенції.

Окрім того, законодавець зазначив, що у разі якщо територіальна громада району в місті внаслідок референдуму не прийме рішення про передачу права управління майном та фінансами відповідній міській раді, а територіальна громада міста або міська рада не прийняла рішення про створення органів місцевого самоврядування районів у місті, міська рада здійснює управління майном та фінансовими ресурсами, які є у власності територіальних громад районів у містах, та несе відповідальність перед громадою відповідного району у місті.

Такі положення налічують кілька важливих складових, які за змістом вказаної норми мають виникнути одночасно: по-перше, факт неприйняття рішення про передачу права управління територіальною громадою району у місті і, по-друге, неприйняття рішення про створення органів на рівні міських районів міською радою. Отже у разі відсутності хоча б однієї складової, районні ради так чи інакше позбудуться повноцінного права комунальної власності. Втім з вищезазначених положень випливає важливий висновок: міські ради мають право управління майном, що знаходиться у

власності територіальних громад районів у містах, з одного боку, а з іншого – наділені правами власного суб'єкта комунальної власності.

Звідси виникає необхідність вирішити важливе питання щодо якісних характеристик територіальної громади міста. Враховуючи територіальний поділ та загальне визначення територіальної громади можна констатувати, що територіальна громада міста дорівнює сукупності територіальних громад районів у місті, а отже являє їх організаційну єдність. Це означає, що об'єкти комунальної власності міста представлені сукупністю об'єктів комунальної власності територіальних громад районів у місті, якими міська рада правомочна управляти.

Підбиваючи підсумки проведеного аналізу слід зазначити, що для подальшого розвитку відносин комунальної власності потребує свого юридичного обґрунтування і правового закріплення категорія „управління”, а також подальшої розробки процес розподілу державного і комунального майна та механізм наділення комунальною власністю відповідних суб'єктів місцевого самоврядування.

**РОЗУМІННЯ ДУХУ КОНСТИТУЦІЇ ГРОМАДЯНСЬКИМ
СУСПІЛЬСТВОМ ЯК УМОВА ЇЇ ЕФЕКТИВНОСТІ***Матвєєва Ю.**Національний університет „Кієво-Могилянська академія”*

Визначення ефективності норм права неможливе без з'ясування якості дії Основного Закону держави – конституції. Конституція як фундаментальний правовий акт – це документ, який має вищу юридичну силу, приймається і змінюється в особливому порядку, регулює основи соціально-економічного ладу, політичної системи, правового статусу особистості, духовного життя суспільства, тобто характеризується своїми особливостями. Проте як право є не просто законом, так і конституція є не просто головним законом Конституція уособлює квінтесенцію права, а разом з тим і те, що відрізняє право від законодавства. Право універсальніше, об'єктивніше від законодавства, в якому воно знаходить свою матеріалізацію. Остання ніколи повністю не співпадає з тим, що править їй за ідеал. Законодавство є перш за все результатом волевияву. Право ж ґрунтується не стільки на волі, скільки на розумі. Тому і конституції є пошуком універсальних узагальнень, засадничих цінностей, наближенням до ідеалу справедливості. Як писав Т.Гоббс, закон не може бути проти розуму і ... не літера є законом (тобто якась конструкція закону), а лише те, що відповідає наміру його творця.

Людська діяльність розвивається за певними закономірностями. Конституційні норми прямо пов'язані з людською цивілізацією та менталітетом і тому вміщують ці загальні закономірності або закони. Але відомо, що закон є протиправним, якщо він несправедливий. Конституція ж є головним гарантом справедливості. Смыслом справедливості в громадянському суспільстві є свобода, і тому конституція, перш за все, має протистояти її надмірним обмеженням. В цьому аспекті призначення конституції полягає в тому, щоб захистити вільні поривання людини від тиску влади. Конституція – це гарант свободи, виразом якої в об'єктивно організованому суспільстві є міра позитивного хаосу, «непорядкованості» в економіці (ринок), політиці (демократія), приватному житті. Саме тому конституція є не стільки упорядником громадського життя, скільки гарантом проти його надмірної, несправедливої, а тому й протиправної організації, урегульованості.

Про опозицію свободи та надмірної регуляції суспільного життя йдеться у IX поправці до Конституції США: перелік у Конституції певних прав не повинен тлумачитися для заперечення чи обмеження інших прав, що належать народові. Декларація прав людини і громадянина, прийнята Національними Зборами Франції (1789 р.), тлумачить свободу як можливість вчиняти все, що не перешкоджає іншому: таким чином, здійснення органічних прав кожної людини має лише ті обмеження, які забезпечують іншим членам суспільства користуватися цими ж правами.

Наука конституційного права також розглядається вченими як така, що має невисокий ступінь узгодженості, консенсусу. Політологію, яка визначає зміст більшості конституційних категорій, дослідники відносять до однієї з найменш систематизованих, малоінтегрованих за своєю природою наук.

Підсумовуючи, можна зазначити, що унікальність конституції проявляється не стільки в тому, що вона очолює систему законодавства, скільки в тому, що вона протистоїть вадам та недолікам останньої, завжди залишаючись, в першу чергу, гарантом свободи народу. Юриспруденції відводиться роль захисника і частково тлумача таких понять, як совість, справедливість, але їй не дозволяється виступати їхнім творцем або ж відкривачем.

За Гегелем підвалиною права є взагалі духовне, і найближчим місцем та висхідною точкою – воля, яка вільна; так що свобода є її субстанцією. Але якщо метою права проголосити виключно свободу, невдовзі запанують свавілля й право сильного. Отже, апіорі право прагне до певної міри свободи, яка сама по собі виразно не окреслена, тобто до певного співвідношення хаосу та порядку, вільної волі та її обмежень. Надлишок свободи небезпечний. Мало свободи – погано, багато – також погано.

Так як встановити фіксовану міру свободи в праві неможливо, правова система органічно складається як дуалістична: частина норм проголошує та захищає свободу, інша частина – обмежує свободу, регулює впорядкованість. Проте свобода все ж таки важливіша за порядок, тому перлина

правової системи – конституція – дбає про свободу. “Підконституційна” ж частина права захищає порядок і стабільність.

Конституція визнає свободу як пріоритетну цінність, необхідну для нормального, органічного розвитку суспільства, шляхом закріплення в її тексті гарантованих прав і свобод людини і соціуму. Визначаючи повноваження найвищих органів державної влади, конституція таким чином також забезпечує свободу особистості і суспільства від узурпації держави. Відомі визначення конституції як засобу обмеження зловживань державної влади по відношенню до особи, громадянського суспільства шляхом визнання і гарантії свободи, невід’ємних прав.

Громадянське суспільство, попри все багатство його теоретичних визначень, можна коротко охарактеризувати як домінуючу, самосвідому недержавну ланку нації, народу. Його політичний сенс полягає в тому, що громадськість країни, самоототожнюючи себе з домінуючим фактором суспільного поступу й усвідомлюючи свою засадничу зверхність над державою, примушує бюрократію в головних аспектах внутрішньої та зовнішньої політики орієнтуватись на суспільний інтерес, громадську думку. Однак здійснити це громадськість здатна лише за допомогою певних засобів, найголовнішими серед яких є засоби юридичні – громадянські права. Отже, роль саме громадянських прав особлива, як і роль самої конституції.

Винятковість Конституції як правового документа полягає насамперед у тому, що в своїх найкращих історичних зразках вона є актом не стільки держави, скільки громадянського суспільства. Ця її якість фундаментальна, домінуюча. Саме зроджені громадянським суспільством конституції й сьогодні правлять світові за вірець.

Громадянські права тому й називають громадянськими, що вони за своєю природою належать громадянському суспільству, а не державі. А той факт, що громадянське суспільство виступає традиційним опонентом держави, доведень не потребує. Свобода й становить найвищу цінність, яку покликани оберігати громадянські права.

Необхідно зазначити, що в правовому сенсі свободу не треба розуміти в прямому значенні цього слова. Свобода – це народовладдя народу, необмеження політичної ініціативи, свобода пересування, слова, приватного життя, будь-якої ініціативи, підприємницької діяльності. Відносність цього поняття вже давно зрозуміла. Ще з часів римського права відомо, що мій шматок землі, моя свобода закінчується там, де починається земля сусіда. В західних демократіях це розуміють по-європейськи витончено. Принцип пропорційності в конституційному праві ФРН означає, що:

1. засоби, які обираються законодавцем у нормативному акті (“підконституційній” частині права, яка обмежує свободу), повинні оптимально слугувати досягненню легітимної мети;
2. обрані засоби мінімально обмежують гарантовані конституційні права та цінності;
3. вказані засоби адекватно співвідносяться з переслідуваними цілями.

Цей принцип ґрунтується на природному праві та на принципі розумності. Він означає, що закони та інші правові акти, які потенційно спрямовані проти природи людини, санкціонують державне свавілля, є нерозумними і підлягають скасуванню.

Юристи-інтелектуали це розуміли завжди. Так, на думку Б. Кістяковського, головним і найбільш суттєвим змістом права є свобода. Право – це свобода зовнішня, відносна, зумовлена громадянським середовищем. Проте внутрішня, менш відносна духовна свобода можлива лише за умови існування свободи зовнішньої й остання є найкращою школою для першої. Треба прямо наполягати на тому, що право існує тільки там, де є свобода особистості. В цьому сенсі правовий порядок є системою відносин, при яких всі члени даного суспільства володіють найбільшою свободою дії та самовизначення. Ідея вигідності свободи для порядку була підтверджена ще І.Кантом, який зазначав, що державний устрій, заснований на найбільшій свободі людей у відповідності із законами, завдяки яким свобода кожного є сумісною із свободою всіх інших (я не говорю про найвище щастя, оскільки воно має з’явитись само по собі), є в усякому випадку необхідна ідея, яку слід брати за основу при складанні не тільки конституції держави, але й будь-якого окремого закону.

Ця ідея підтвердилась конституційними системами органічно демократичних країн світу. Вона закладена в основу Конституції США, яка відрізняється від усіх інших тим, що в ній народ вказує урядові, що він може робити. Унікальності американської конституції ніхто не заперечує, як ніхто і не забороняє подальших спроб конституційного осягнення демократичної влади та свободи особистості.

Такі засади покладені в основу й Конституції Української держави. Розташування розділу II Конституції “Права, свободи та обов’язки людини і громадянина” перед розділами, що регулюють

повноваження вищих органів державної влади є її особливістю і досягненням в державному будівництві України. Це зроблено з метою підкреслити важливість та нове співвідношення між людиною і державою, що встановлюється: людина визнається найвищою соціальною цінністю, а її права і свободи мають визначати зміст і спрямованість діяльності держави, зокрема тих її органів, про які мова йде у подальших її розділах.

Отже, можна зробити висновки, що найважливіший правовий акт України текстуально створений в дусі найцінніших досягнень людської цивілізації. Наскільки реалізація його положень буде дійсно направлена на задоволення та захист прав людини, залежить від багатьох факторів: це і нездорова політична та економічна ситуація в країні, і зневажливе ставлення громадян до правоохоронних та судових органів, до органів державної влади взагалі, і дух правового нігілізму багатьох представників громадськості.

Взагалі всі критерії ефективності Конституції можна поділити на загальні і особливі.

До загальних критеріїв ефективності Конституції можна віднести загальні фактори ефективності законодавства, які пов'язані "з необхідністю аналізу таких проблем, як:

- правове закріплення домінуючих потреб суспільства;
- предметна визначеність діяльності правотворчого органу;
- визначеність меж правового регулювання;
- зумовленість правотворчої діяльності об'єктивними умовами розвитку суспільства;
- зміна сфери та типу правового регулювання;
- особливості правотворчості як результату творчого процесу;
- системність законодавства;
- якість законодавства;
- досконалість юридичної техніки;
- чітке визначення видів юридичної відповідальності, що настає за порушення нормативних приписів, механізму її реалізації.

Сенс правотворчої діяльності – у правильному виборі можливості найбільш ефективно здійснювати правове регулювання суспільних відносин. Це вимагає аналізу і вивчення таких питань правотворчості, як вияв загальних закономірностей формування правових рішень і визначення основних правотворючих категорій "потреба" та "інтерес". "Потреба" в правовому регулюванні визначається як викликана об'єктивними умовами розвитку суспільства проблемна ситуація, вирішення якої можливо лише з допомогою права. "Інтерес" є засобом вияву і вирішення названої ситуації. Тому одним із напрямів підвищення ефективності Конституції є узгодженість різних потреб та інтересів, що існують у суспільстві. За допомогою загальнообов'язкових правил держава визначає ті з них, що отримують пріоритет і які проголошуються і охороняються від її імені, стають однією з основних умов єдності законодавства як системного утворення. Саме узгодженість реальних життєвих потреб громадян з загальнодержавними інтересами, а також раціональна правова форма їх виразу й забезпечення становлять один із факторів юридичного потенціалу Конституції.

Можна вже робити різні висновки щодо якісної дії норм Конституції України, хоча досвіду у нас на шляху реальної реалізації Основного Закону ще мало. Наша Конституція ще дуже молода (хоча і зазнала вже суттєвих змін), та безперечним залишається той факт, що від того, наскільки наше суспільство усвідомлює та буде усвідомлювати її дух і суть, без сумнівів буде залежати і її реальна дія, її життя, її вплив на людину і державу.

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ РОЗВИТКУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО ПРИНЦИПУ РІВНОСТІ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ.

Подима Я.

Національний університет імені Тараса Шевченка

Принцип рівності громадян є загальним принципом права, який властивий усім правовідносинам у державі. У більш вузькому змісті даний принцип належить до основних принципів громадянства України, що визначають принципи взаємовідносин особи та органів публічної влади. Принцип рівності громадян є багатоаспектним, багатовекторним, складним, і в різні історичні періоди мав власний зміст і тлумачення. На сьогоднішній день, проблематика даного питання є малодослідженою, але різні аспекти рівності принципу не перестають бути актуальними, що зумовлюється розвитком суспільних відносин в тій чи іншій сфері. Значну увагу розробці різних аспектів даного принципу приділили Ю.Р. Боярс, В.М. Сафронов, В.С. Шевцов та інші науковці. Сьогодні, як і завжди у кожній державі, що перебуває на шляху постійного розвитку, розвитку державності та правової системи, найбільш важливими, і одночасно цікавими проблемами принципу рівності громадян є гарантованість забезпечення реальної фактичної реалізації встановлених у законодавстві усієї системи аспектів принципів рівності громадян, а не тільки досягнення формально-юридичної рівності; другою проблемою є стрімкий розвиток суспільних відносин, який вимагає динамічного реагування – регулювання нововиниклих відносин у суспільстві – на рівні закону, які на сьогоднішній день частково залишають без достатньої уваги, що може призвести до негативних явищ.

Отже, принцип рівності громадян пройшов довгий шлях еволюції і набув наступних основних форм та підпринципів:

1. Ст. ст. 21, 24 Конституції України закріпили основний принцип – юридичної рівності: „Усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах” (ст. 21), „Громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом.” (ст. 24). Пункт 6 статті 3 Закону України «Про громадянство України» також встановлює один з аспектів принципу юридичної рівності – рівності перед законом громадян України, незалежно від підстав, порядку і моменту набуття ними громадянства України». Положення основного Закону є більш широким, так як охоплює за суб’єктивним складом не тільки громадян, а усіх людей. Принцип у ЗУ «Про громадянство України» є вузьким за значенням. Даний принцип є відносно новим в Українському законодавстві про громадянство і має величезне практичне значення як для нормального життя громадянина, так і для демократичної держави. В порівнянні з законодавствами про громадянство інших країн світу принцип юридичної рівності має свої цікаві особливості відносно реалізації прав. Світовому досвіду відомі моделі які існують і сьогодні, зміст яких виражає поділ громадян, з відповідним правовим статусом на „природних” та „натуралізованих”. Яскравим прикладом є США, в яких „Природний” громадянин наділений повним статусом з усіма встановленими Конституцією США правами та обов’язками. „Натуралізований” громадянин дещо обмежується у своїх правах, зокрема у свободі здійснення політичних прав громадянина США. Так, Президентом США може стати виключно “природно народжений” громадянин США, або особа, що набула громадянство на момент прийняття Конституції США. Тобто відбувається розміжування громадян за ознакою підстав набуття громадянства країни. Дана норма обмежує право особи на здійснення безпосередньої демократії в державі, представництво та захист своїх прав та інтересів. Норми Українського законодавства є більш демократичною, але така позиція є історично сформованою особливістю Української правової системи.
2. Ст. 24 Основного Закону України закріпила групу принципів соціальної рівності, зокрема, встановлено: „Не може бути привілеїв чи обмежень за **ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками.** Дана група принципів сьогодні є достатньо сучасною поряд з положеннями Конституціями УСРС, в своїй більшості відповідає міжнародним стандартам і фактично встановлює

заборону будь-якої дискримінації. Ст. ст. 122, 123 Конституції СРСР 1938 року закріплювала принцип рівноправ'я громадян незалежно від національності, раси в усіх сферах господарської, культурної та загально-політичного життя. Цей принцип головним чином був спрямований гв забезпечення однакового ступеня задоволення матеріальних та духовних потреб кожного народу, кожної національності, зважаючи на багатонаціональність СРСР. Кожен з критеріїв – підпринципів, сфер рівності громадян, закріплених Конституцією України, як і Конституціями СРСР мають велике значення для суб'єктів явища громадянства. Так, залежність статусу громадянина від ознаки раси, кольору шкіри в ряді країн світу становили величезну історичну проблему, що породила числені утиски як людини, так і громадян, що має свою специфіку, які могли потягти за собою уцімлення як політичних прав, так і таких життєво важливих прав, як право на працю, на соціальний захист й на інші права, і як наслідок, приводили до конфліктів у державі. Однією з країн, найбільш гострих проблем расової дискримінації були США, які протягом останнього століття доклали чимало зусиль на подолання расової дискримінації, проведення політики десеґрації, яка охопила усі найважливіші сфери життя людини, перш за все політичні права (реформа утворення виборчих округів за критерієм приналежності до раси), освітня реформа та інші заходи. Закріплення даного принципу у Конституції України є результатом дослідження тяжкого досвіду інших країн та врахування історичних традицій українського народу; Принцип рівності громадян незалежно від політичних переконань теж має важливе значення, так як безпосередньо його належна реалізація може впливати на повноту реалізації наданих Конституцією прав. Яскравим прикладом наявності виключень щодо даного принципу, становлять законодавчі принципи США, які категорично забороняють будь-які форми діяльності комуністичної партії на території США, наявність таких політичних переконань є перешкодою для набуття громадянства США. На сьогоднішній день, даний принцип є достатньо актуальним, наприклад, відносно ролі діяльності комуністичної партії в Україні, наявність прибічників позиції заборони існування такої партії в Українській державі, так і відносно удосконалення механізму забезпечення роботи даного принципу в сучасних політичних умовах країни. Метою даного принципу сьогодні є забезпечення неможливості впливу політичних вподобань особи на її правовий статус – як відносно повноти реалізації конституційних прав громадянина, недопущення обмежень прав у житті, так і відносно повноти виконання обов'язків. Принцип рівності громадян незалежно від релігійних та інших переконань є безумовно дуже важливим і історичним. Конституція України встановлюючи принцип рівності громадян, незалежно від релігійних переконань, підкреслює позицію держави про відділення держави від церкви. В той час як держави мусульманського світу встановлюють безпосередній зв'язок саме явищ громадянства та сповідання державної релігії. Відмова від сповідання державної релігії може стати підставою втрати громадянства країни. Законодавець встановлює не виключний перелік критеріїв для заборони дискримінації громадян, що говорить про встановлення законодавчо абсолютної рівності громадян, незалежно від виду і сфери переконань.

3. законодавчий принцип рівності прав жінки і чоловіка, що забезпечується: наданням жінкам рівних з чоловіками можливостей у громадсько-політичній і культурній діяльності, у здобутті освіти і професійній підготовці, у праці та винагороді за неї; спеціальними заходами щодо охорони праці і здоров'я жінок, встановленням пенсійних пільг; створенням умов, які дають жінкам можливість поєднувати працю з материнством; правовим захистом, матеріальною і моральною підтримкою материнства і дитинства, включаючи надання оплачуваних відпусток та інших пільг вагітним жінкам і матерям. На сьогоднішній день даний принцип має особливу актуальність – забезпечення рівності статей в усіх сферах, в тому числі зайнятості, трудової діяльності та оплати праці, окрема, даний принцип був закріплений у ст. 23 Хартії Європейського Союзу про основні права 2000 року. Хартія включила в себе принцип, який знайшов своє формулювання ще у 1957 році у Договорі про Європейську співдружність – принцип рівноправ'я статей у питаннях оплати праці. В Українському законодавстві даний принцип закріплений лише опосередковано.
4. В.М. Сафронов, досліджуючи принцип рівності громадян, підкреслює окремий під принцип – рівності громадянами при виконанні ними своїх конституційних обов'язків, який був закріплений у ст. 34 Конституції СРСР 1936 року, незалежно від походження, соціального та майнового стану, освіти, віросповідання та ін..

Отже, Українське законодавство закріпило найважливіші, базові принципи рівності громадян (основні з яких було наведено вище), які пройшли свій шлях розвитку і відображають рівень демократичності держави, закріпили основоположні принципи рівності громадян України, які зробили значний крок на шляху розвитку Українського суспільства і держави. Проблемою залишається як вдосконалення механізму реалізації зазначеної системи принципів, так і постійне вирішення питання динамічного розвитку суспільних відносин, та необхідність регулювання нововиниклих відносин на державному рівні. До таких актуальних і важливих відносин, можна віднести забезпечення рівності громадян незалежно від таких критеріїв, як наявність інвалідності, віку, сексуальної орієнтації, але наявність таких проблем є свідченням розвитку держави і суспільства, що є безумовно, позитивним явищем і метою людства.

**ПРИНЦИП РОЗПОДІЛУ ВЛАДИ – ЦЕНТРАЛЬНИЙ ПРИНЦИП
ОРГАНІЗАЦІЇ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ***Семикрас В.**Київський національний університет імені Тараса Шевченка*

Державна влада є найбільш повним вираженням політичної влади і реалізується її суб'єктами через ухвалення законів, застосування різноманітних заходів управління та здійснення правосуддя.

Ефективна державна влада можлива лише за умови існування потужного державного механізму, який передбачає чітке закріплення повноважень кожного державного органу, його прав та обов'язків, розмежування цих повноважень, розподіл владних функцій.

Отже, стає зрозумілим, що функції державної влади безперечно вимагають певних меж її здійснення. Обмеження влади на практиці означає недопущення її одноосібної концентрації, розподіл її функцій між різними владними органами. Такий механізм дає змогу уникнути зловживань владою, оскільки її гілки в такому разі контролюють одна одну.

Такою межею стала керівна ідея правової держави – принцип розподілу влад, визначений ст. 6 Конституції України.

Принцип розподілу влад – це модель побудови державного апарату, за якою влада в державі має бути поділена між законодавчими, виконавчими та судовими органами, при цьому кожна з гілок влади по відношенню до інших самостійна і незалежна, що виключає можливість узурпації всієї влади в державі якоюсь однією особою чи окремим органом.

Вперше принцип розподілу влад дістав конституційне закріплення у Конституції США в 1787 р., де від імені всього американського народу були розділені повноваження органів держави: Конгресу, Президента і підзвітних йому міністерств, судів. Тепер при з'ясуванні окремих аспектів цього принципу слід пам'ятати, що в наш час вони мають ряд доповнень. В основному, ці зміни пов'язані з тим, що виділення лише трьох гілок влади не відбиває дійсних потреб сьогодення. Тому в різних країнах світу виділяють зокрема ще такі гілки влади як контрольно – наглядова, виборча тощо.

Якщо визначити зміст державної влади через принцип її розподілу на законодавчу, виконавчу і судову, то можна з упевненістю зробити висновок, що повне відокремлення гілок одна від одної не можливе. З самого визначення стає зрозумілою неможливість існування кількох різних за своєю суттю гілок державної влади в межах єдиної держави. Тому, на практиці відбулося своєрідне взаємне доповнення однієї гілки влади – іншою. Зрозуміло, що забезпечуючи рівновагу, у процесі функціонування і взаємодії різних гілок влади не можна забезпечити їх цілковиту рівнозначність, котрась із влад повинна бути центральною. Таке положення, до речі, попередить непотрібну і навіть, як свідчить практика державного життя України, шкідливу боротьбу за першість серед владних органів. Історія доводить, що такою владою може і повинна виступати влада законодавча в особі представницького органу. Ще Дж.Локк, який виходив із взаємодії влад у державі, але визнавав їх взаємодієвність вважав, що: "... законодавча влада за необхідністю повинна бути верховною, а усі інші влади в особі якихось членів суспільства виходять з неї і підлегли їй". Тобто, законодавча влада посідає провідне місце у системі розподілу влад, і це пояснюється тим, що саме закони, що видаються від імені українського народу, є основою функціонування інших гілок влади, саме на реалізацію останніх спрямована їх діяльність. Крім того, загальнонародне представництво характеризується багатфункціональністю, тобто воно здійснює як законодавчі, так і інші важливі державні функції. Однак, так звана, першість законодавчої влади, щодо інших гілок не може мати абсолютного характеру, бо з одного боку вона є складовою системи державної влади, а з іншого – сама пов'язана принципом розподілу влади, правами людини, Конституцією України. Вона не має права, зокрема, втручатися у внутрішні справи інших гілок влади, ні виконавчої, ні судової і вирішувати питання, віднесені до їхньої компетенції – у неї є своє, чітко окреслене коло обов'язків. Відповідно до Конституції України ВРУ – єдиний орган законодавчої влади в країні, який крім законодавчої виконує ще установчу і контрольну функції. Провідною з них є, звичайно, законодавча, оскільки закони є основою функціонування всього державного механізму. Установча функція реалізується через участь Верховної Ради у формуванні інших вищих державних органів. Крім того, здійснюється

парламентський контроль за виконанням Державного бюджету України, за діяльністю Кабінету Міністрів України, загалом структур виконавчої влади шляхом заслуховування і обговорення щорічних та позачергових послань Президента України про внутрішнє і зовнішнє становище України, через відповіді на депутатські запити та ін.

На відміну від законодавчої, виконавча влада покликана відпрацьовувати шляхи і засоби реалізації законів, займатися поточним управлінням, у процесі якого здійснювати розпорядчу діяльність. Ці завдання вирішуються шляхом проведення організаційної роботи, стимулювання, переконання і примусу. При цьому авторитет влади всенародного представництва не має заважати здійсненню виконавчою владою своїх функцій. Тобто, відсутність будь-якого тиску або втручання однієї гілки влади в сферу діяльності іншої повинна сполучатися з системою їх взаємоконтролю, стримань і противаг. Таким чином, створюється баланс різних політичних сил, що стоять за окремими гілками влади, з'являються можливості для узгодження інтересів між цими політичними силами, вироблення компромісних варіантів рішень.

Усе наведе вище підтверджує думку про надзвичайно важливий характер і значення судової влади. Адже ніякий інший законодавчий чи виконавчий орган не має права привласнювати собі функції і повноваження, що входять до компетенції судів. Держава наділяє тільки суди правом використовувати примусові повноваження державної влади, а саме, у встановленому законом порядку визнавати особу винною у скоєнні злочину, призначати кримінальне покарання. Головне полягає в тому, щоб забезпечити реальну самостійність і незалежність судової влади, як системи органів, які чинять правосуддя між різними суб'єктами суспільства.

Ідеї щодо розподілу влад і системи стримань і противаг породила думку про необхідність взаємозв'язку й взаємодію різних гілок державної влади і доцільність на конституційному рівні створення самостійної контрольно-наглядової влади, конституційне урегулювання діяльності якої слід зосередити в самостійному розділі існуючої Конституції або в окремому законодавчому акті. Функціональним призначенням цих органів передбачено захист і охорону конституційного ладу. Систему органів, що складають контрольно-наглядову гілку влади складають: Конституційний Суд України, Уповноважений з прав людини, Прокуратура, державні інспекції.

Таким чином, очевидно, що принцип розподілу влад – це не тільки юридичний принцип, але й соціально-політичний і структурно-організаційний, бо якщо його тлумачити у широкому розумінні, то він врегулює розподіл влад між правовою державою і громадянським суспільством, державою у цілому і її складовими частинами, політичною і державною системами. Він є одним з головних принципів правової держави.

Такою державою прагне стати Україна, а обрання оптимальних напрямків державотворення потребує вдосконалення теоретичної розробки і покращення її практичної реалізації.

ДЕРЖАВНИЙ УСТРІЙ ЯК ФАКТОР ВПЛИВУ НА ФОРМУ ПРАВЛІННЯ*Серьогіна С.**Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого*

Системний характер форми держави зумовлює необхідність з'ясування взаємозв'язків між усіма її елементами. На жаль, у науковій літературі форма правління аналізується здебільшого через її внутрішні елементи, як-то система органів державної влади, порядок їх формування, компетенція тощо. Проте вихід за межі внутрішнього змісту форми правління й зосередження уваги на її зовнішніх системних взаємозв'язках надає змогу не тільки розширити уявлення про цей політико-правовий феномен, але й по-новому поглянути на форму держави в цілому, виявити її нові якісні характеристики.

Звернення до світової історії дає підстави стверджувати, що формування державності відбувалося одразу у трьох „вимірах”: у певній формі правління, формі державного устрою та формі політичного режиму. Інша річ, що наукове усвідомлення цієї тріади прийшло значно пізніше, в епоху буржуазного конституціоналізму. Цьому сприяли закономірний перехід від патримоніальної до національної державності, істотне збільшення розмірів державної території, ускладнення суспільного життя та відповідне розширення сфер державного управління. Так, Ш.-Л. Монтеск'є у своєму загальновідомому творі „Про дух законів” висловлював ідею про те, що республіканська форма правління більш прийнятна для невеликих за розмірами держав, тоді як монархія здатна ефективно функціонувати у державах з великою територією. Один з „батьків-засновників” американської конституції О. Гамільтон у своєму зверненні до народу штату Нью-Йорк, опублікованому в № 3 газети „Федераліст”, спростовував це твердження, звертаючи увагу на те, що розподіл влад, система стримувань і протигаг та інші досягнення новітнього конституціоналізму зберегли переваги республіки, а її недоліки зменшили чи взагалі ліквідували, чим відкрили можливість застосовувати цю форму правління незалежно від розмірів держави. Реалізація республіканських ідей у політико-правовій практиці західноєвропейських та північноамериканських держав упродовж XIX ст. переконливо довела високу ефективність означеної форми правління, її прогресивність та демократичний потенціал.

На сьогодні розподіл владних повноважень „по горизонталі” (за предметною підвідомчістю) неодмінно доповнюється розподілом їх „по вертикалі” – між органами державної влади різного рівня. Структурно-функціональна організація державної влади завжди будується з урахуванням розмірів державної території, відповідно форма правління неодмінно узгоджується з формою державного устрою. Деякі з них є взаємовиключними, інші – навпаки, органічно поєднуються між собою. Наприклад, федерація виключає абсолютизм, та й дуалістична монархія за даної форми державного устрою є скоріше виключенням із загального правила. Водночас унітаризм є не тільки найдавнішою, але й універсальною формою державного устрою, що прийнятна майже для будь-якої моделі монархічної та республіканської форм правління. Інша річ, що парламентарні форми правління тяжіють до децентралізації, тоді як напівпрезидентська республіка та дуалістична монархія, навпаки, виявляють схильність до централізації.

З часів Філадельфійського конвенту дискусія про взаємодію і взаємозалежність форми правління та форми державного устрою ведеться переважно в контексті теорії та практики федералізму. Зокрема, створення держав на федеративних засадах зумовило проблему співвідношення між формами держави на загальнонаціональному (федеральному) і регіональному (суб'єктив федератції) рівнях. Політико-правова теорія і практика переконливо довела, що форма правління на обох рівнях державного устрою має бути однаковою. Ця теза вперше отримала закріплення у ст. IV Конституції США 1787 р. і сьогодні суворо дотримується у переважній більшості сучасних федерацій. Право на самоорганізацію надає можливість суб'єктам федерації самостійно встановлювати свою структуру органів влади, проте остання здебільшого є майже дзеркальним відображенням федеральної структури. Водночас право суб'єктів федерації на самоорганізацію не повинно вступати у суперечність з вихідними засадами конституційного ладу. Яскравим прикладом цього є ст.28 Основного закону ФРН 1949 р., яка жорстко встановлює, що конституційний лад земель має відповідати основним принципам республіканської, демократичної й соціальної правової держави.

Виключення із загального правила складають хіба що такі монархічні федерації, як Бельгія та Об'єднані Арабські Емірати, де на рівні суб'єктів федерації (принаймні деяких) державний апарат побудований за республіканськими принципами.

Загалом, форма державного устрою є одним з тих факторів, що здійснюють істотний вплив на форму правління, створюючи з нею нерозривну цілісність і надаючи тим самим формі держави загалом системного характеру. Означений вплив виявляється в наступному:

1. Федеративна форма державного устрою тяжіє до децентралізації влади і стимулює розвиток місцевої ініціативи та відповідальності, тоді як унітаризм схильний до централізації. У свою чергу, парламентарні форми правління схильні до децентралізації та деконцентрації влади, а напівпрезидентська республіка та змішана монархія – навпаки, сприяє централізації та концентрації останньої.
2. Форма державного устрою зумовлює специфіку порядку формування глави держави і парламенту, аби забезпечити поєднання представництва загальнодержавних (федеративних) і місцевих (суб'єктів федерації) інтересів. Це виявляється в особливому порядку утворення територіальних виборчих округів, висування кандидатів та визначення результатів виборів. У багатьох федераціях глава держави обирається спеціальною колегією, яка відображає союзний характер держави.
3. Такі форми державного устрою, як особиста і реальна унії безпосередньо впливають з якісних характеристик монархічної форми правління (зокрема, із системи престолонаслідування). Водночас встановлення абсолютизму закономірно відкидає усіляку можливість існування федерації.
4. Двопалатний парламент є обов'язковою ознакою федеративної конституційної держави, тоді як для унітарної держави ця ознака є факультативною. Верхня палата має бути центром досягнення компромісу між суб'єктами федерації, тоді як нижня є органом всенародного (загальносоюзного) представництва.
5. Форма державного устрою зумовлює розподіл повноважень між різними органами державної влади залежно від їх територіальної підвідомчості. За загальним правилом, у вищих федеральних органів значно менший обсяг компетенції, ніж у вищих органів унітарної держави, оскільки в державному механізмі федеративної держави з'являється додатковий рівень – рівень суб'єктів федерації. До органів влади суб'єктів федерації, як правило, передаються окремі повноваження загальнодержавних органів, але не місцевих, що у підсумку призводить до більшої децентралізації влади.
6. У федеративній державі зміна федеральної конституції (у тому числі й тих положень, що стосуються загальнодержавної форми правління), можлива тільки за участю суб'єктів федерації, тоді як в унітарній державі зміни конституції не вимагають згоди територіальних одиниць. У підсумку це призводить до того, що федеральні конституції є більш жорсткими порівняно з унітарними, а відповідно й більш стійкими.
7. Перехід держави від унітаризму до федералізму закономірно призводить до змін у структурі державного апарату, його ускладнення, подальшої диверсифікації, зумовлює необхідність створення нових органів державної влади та запровадження нових форм координації діяльності федеральних органів з органами влади суб'єктів федерації (рад, комісій, колегій тощо). Відповідно ускладнюються зв'язки між рівнями та підсистемами державного механізму, посилюються відцентрові тенденції, актуалізується проблема розподілу компетенції між органами державної влади та уникнення конкуренції між ними, що вимагає перегляду структурно-функціональної організації державної влади в цілому.

Означені аспекти взаємодії між формою державного устрою та формою правління мають обов'язково враховуватися при проектуванні та здійсненні відповідних політико-правових реформ. Це забезпечить обґрунтованість означених реформ, їх своєчасність та ефективність.

ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ МЕТОД В КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕННЯХ

Тодика Ю.

Академія правових наук України

Проблеми методології правових досліджень є досить актуальними. Вони були завжди важливими, але на трансформаційному етапі розвитку держави і суспільства в Україні їх значущість ще більше підвищується. В конституційно-правовому розвитку України в останні роки виникло чимало досить складних проблем, які потребують свого розв'язання на якісній методологічній базі. При цьому методологія повинна бути „операційною”, тобто наближати до істини, а не віддаляти від неї.

Перед наукою конституційного права, як і в цілому перед юридичною наукою, гостро стоїть питання щодо методології державно-правових досліджень. Відкидаючи методологію діалектичного матеріалізму як підґрунтя марксистської ідеології, нічого поки що рівноцінного в методологічному аспекті не запропоновано. І це обґрунтовано, оскільки любий соціальний процес, в тому числі в сфері конституційно-правових відносин є діалектичним, динамічним, змінюваним під впливом різних факторів. Діалектичний підхід до розвитку державно-правових явищ відкинути неможливо. Сучасні зміни в конституційно-правовому полі України це чітко підтверджують. Діалектичний підхід використовується не тільки прибічниками марксизма, а й вченими інших політичних поглядів і світосприянь. І це зрозуміло, оскільки цей метод допомагає вирішувати не тільки політико-ідеологічні проблеми, а й академічні питання. Використання наукою конституційного права діалектичного методу, як свідчить практика його застосування, веде від менш емкого і глибокого знання до більш широкого і глибокого знання конституційно-правових реалій, до швидкого накопичення теоретично і практично значущої інформації про соціальні процеси.

Одна з причин ефективності діалектичного підходу заключається в тому, що з його допомогою визначається і теоретично відображається відносно конституційного процесу історичний шлях становлення і розвитку конституціоналізму в світі, в окремих країнах. З допомогою діалектичного методу увага дослідника акцентується не тільки на виявленні особливостей і визначенні поняття конституціоналізму, але й на зв'язки цього явища з іншими явищами, інститутами і установами, економічними, політичними соціальними процесами. Державно-правова практика розглядається як в статистиці, так і в динаміці.

Разом з цим в цій методології відносно соціальних процесів сьогодні не слід особливо акцентувати на класовому підході, на детермінації суспільних явищ переважно економічними чинниками. Але сучасні конституційно-правові реалії в Україні, в інших пострадянських державах не відкидають ні класового підходу, ні економічного детермінізму. Про це свідчить і аналіз чинних законів, в яких втілюються не тільки загальнонародні, загальнодержавні інтереси, що можна вважати ідеальною моделлю, а й корпоративні, класові, особисті, які нерідко далекі від інтересів більшості населення країни.

В умовах становлення національного конституційного права, як важливої галузі правової системи України, є необхідність ґрунтовного наукового аналізу діючого законодавства, практики його застосування. Процес державотворення і право творення повинен ґрунтуватися на сучасній методологічній базі. Виходячи з цього в науці конституційного права зростає увага до конкретних методів дослідження конституційно-правових реалій. Потенціал науки конституційного права повинен працювати на становлення України як правової, демократичної держави, формування дієздатної політичної системи, громадянського суспільства. А це залежить і від того, яким методологічним арсеналом вона володіє, які конкретні методи вона застосовує при аналізі відповідних інститутів конституційного права.

Традиційно до цих методів в літературі відносять: системний, порівняльно-правовий, конкретних соціологічних досліджень, історичний, статистичний. Рідко, але інколи називають і метод державно-правового експерименту. Кожний з цих конкретних методів дає можливість з тієї чи іншої сторони розкрити відповідне конституційне явище, конституційно-правовий інститут, розглянути їх в системі відповідних суспільно-політичних і економічних реалій. Ні один із методів відокремлено від інших не може дати повністю об'єктивної картини.

В системі конкретних методів дослідження конституційно-правових реалій в останні роки суттєво підвищується роль порівняльно-правового методу, що зумовлено бажанням врахувати існуючий досвід світового конституціоналізму, особливо досвіду США і розвинутих європейських країн. В зв'язку з цим виникають питання можливостей застосування досвіду інших країн, а також співвідношення вітчизняного і зарубіжного досвіду. Сьогодні неможливо представити якісне наукове конституційно-правове дослідження, якщо в ньому відсутній порівняльно-правовий підхід до аналізу державно-правових реалій. На сучасному етапі йде процес формування порівняльного конституційного права. І в цьому є об'єктивна необхідність, оскільки країни колишнього Союзу РСР поступово входять в європейську і світову правову систему.

Порівняльно-правовий метод є досить перспективним, оскільки він дає можливість використання самих різних конституційних моделей організації і функціонування відповідних державних і недержавних органів, правових інститутів, законів, окремих правових норм, аналізу юридичної техніки, концепцій і правових поглядів, правових вчень. Порівняльне правознавство володіє більш широким спектром типових рішень в конституційно-правовій сфері аніж національно замкнута правова наука. І насамперед тому, що рішення, які містяться в правових системах світу, в тому числі і щодо конституційно-правової матерії, більш багаті по змісту, аніж ті, що можуть розроблятися вченими-конституціоналістами в межах своєї національної правової системи. Порівняльне конституційне право розширює і збагачує можливий „набір рішень” і дає змогу критично налаштованому досліднику знайти оптимальне рішення щодо конкретної конституційно-правової ситуації. Тут слід враховувати й те, що не кожна модель, що якісно працює в конституційній практиці одних держав може плідно спрацювати в інших країнах. І навіть те, що підходить на одному етапі розвитку держави і суспільства, дасть відповідний ефект на іншому.

Порівняльно-правовий метод дослідження в конституційному праві дуже корисний для реалізації правових реформ в державах, які знаходяться на трансформаційному етапі розвитку, до яких відноситься і Україна. З його допомогою є можливість вийти за межі догматичної дискусії в межах національного права і запропонувати нові підходи. Безумовно, з урахуванням економічних, політичних, соціальних чинників, рівня політико-правової культури і менталітету народу, накопиченого вітчизняного конституційно-правового досвіду.

Одна з проблем, яка сьогодні є – це зближення правової системи України, в тому числі інститутів конституційного права, з європейською системою права. Порівняльне правознавство виконує своєрідну прогностичну функцію, оскільки може виступати в якості своєрідного засобу зближення законодавства різних країн, в тому числі і як засіб зближення позицій юристів, в тому числі конституціоналістів цих країн.

Порівнюючи відповідні конституційно-правові інститути, наприклад європейських держав, з інститутами конституційного права України, і пропонуючи відповідну модель для застосування в конституційній вітчизняній практиці, важливо спрогнозувати, як ця модель запрацює в Україні. При застосуванні порівняльно-правового підходу при вирішенні нагальних проблем вітчизняного конституційного права важливим є прогноз. Прогностичний метод представляє собою сукупність прийомів, що дає можливість скласти науково обґрунтовані прогнози про майбутній стан конституційно-правових явищ. Сьогодні це досить важливо з точки зору функціонування державного механізму, розподілу владних повноважень між різними гілками влади.

Порівняльно-правовий, як і інші методи дослідження, „працюють” в сукупності, що дає можливість системно розкрити відповідний конституційно-правовий інститут, спрогнозувати тенденції його подальшого розвитку. Практика сьогодення вимагає розширення застосування порівняльно-правового методу дослідження. При цьому необхідно оптимально враховувати конституційний досвід як західних країн з усталеними демократичними традиціями, так і пострадянських країн. Враховуючи західний досвід, треба брати до уваги в якій мірі соціально-економічні відносини в Україні наближаються до параметрів цих країн.

“ПОПРАВКА ДО ЗАКОНОПРОЕКТУ” – ФОРМА РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ЗАКОНОДАВЧОЇ ІНІЦІАТИВИ.

Тополянська Т.

Поняття “поправка до законопроекту”. У нормативно-правових актах України та спеціальній літературі неоднозначно трактується питання щодо форм реалізації права законодавчої ініціативи. Не зупиняючись на їх системі та характеристиці, розглянемо лише одну з них – “поправку до законопроекту”. Закон України “Про статус народного депутата України” серед форм реалізації права законодавчої ініціативи народного депутата України не виокремлює поправку, хоча вказує на таку форму реалізації права законодавчої ініціативи як “внесення іншої законодавчої пропозиції”. У редакції Закону України “Про статус народного депутата України” від 5 жовтня 2000 року поправка до документа законодавчої ініціативи виокремлювалася як окрема форма реалізації права законодавчої ініціативи народним депутатом України. Тож, можна зробити висновок, що термін “інша законодавча пропозиція” у чинній редакції вказаного закону може включати і поправку до законопроекту. Пункт 34 Положення про порядок роботи у Верховній Раді України із проектами законів, постанов, інших актів Верховної Ради України у редакції від 22 травня 2006 року згадує про поправки у контексті підготовки порівняльних таблиць до другого читання, а його 48 пунктом поправки визначаються як необхідний структурний елемент справи законопроекту, що ведеться Апаратом Верховної Ради України та секретаріатом головного комітету. У загальному значенні форма є способом організації, існування, реалізації. У даному випадку вислів “шлях внесення” (за визначенням Регламенту) означає форму реалізації права законодавчої ініціативи і, таким чином, поправка до законопроекту – форма реалізації такого права.

У Регламенті Верховної Ради України поправка визначається як внесення виправлень, уточнень, усунення помилок, суперечностей у тексті законопроекту. За філологічним тлумаченням поправку можна розглядати як поняття тотожне виправленню, тобто уточнення з урахуванням чогонбудь, зміни чогось. Спираючись на положення законодавства щодо поправок, здається некоректним визначення деякими авторами поправки як пропозиції щодо розгляду і прийняття законопроекту, оскільки за своєю суттю поправка стосується виправлень, уточнень у вже наявному законопроекті. І поняттям зауваження не вичерпується зміст поправки (деякі науковці підкреслюють, що зауваження, як критичні судження щодо законопроекту, не можуть вважатися формою реалізації права законодавчої ініціативи, оскільки зміст зауваження – висновок стосовно того, чого не має бути у законопроекті, а законодавча ініціатива є позитивним судженням, тобто пропозицією номативно-правового припису, що його необхідно запровадити у регулюванні), хоча включається до нього, оскільки у більш широкому сенсі зауваження має на меті не лише негативне, заперечне значення (скасування певного положення), але і стисло висловлене судження, міркування. Крім того, загалом сутність будь-якої форми реалізації законодавчої ініціативи полягає саме у критичному судженні по відношенню до чинного законодавства. Здається доцільним зупинитися на дефініції поправки, що розглядає її як внесення змін до законопроекту: виправлень, уточнень, доповнень, узгоджень. Існує питання щодо характеру, спрямування цих змін: чи стосуються вони змісту, концептуальних положень законопроекту. У працях науковців Російської Федерації, зазначається, що поправка може подаватися до законопроектів, які вже знаходяться на розгляді у парламенті у період між розглядом у першому та другому читаннях. При цьому сутність поправки не повинна змінювати схваленої концепції законопроекту, хоча, деякі автори зауважують, що важливим є саме внесення поправок щодо основних положень проекту, але не щодо окремих питань, які не змінюють його сутності і, перш за все, розглядаються поправки, змістом яких є ідея неприйнятності основних положень законопроекту або відхилення законопроекту взагалі. Оскільки відповідно до частини восьмої статті 84 Регламенту Верховної Ради України поправка може бути внесена письмово до законопроекту, який готується до другого і третього читань, а також усно під час розгляду законопроекту у другому читанні на пленарному засіданні, а стаття 97 передбачає, що у першому читанні визначаються основні принципи законопроекту і, відповідно до статті 109, за наслідками розгляду законопроекту у першому читанні парламент може прийняти рішення про прийняття законопроекту за основу, то зміни у поправці до проекту не повинні відноситися до концептуальних положень. Аналіз таблиць поправок до проектів деяких Законів України дає можливість класифікувати поправки на поправки *структурного* характеру – зміна послідовності розміщення частин у статті відповідно до її логічної побудови;

доповнюючі або *узгоджувальні* поправки – внесення яких необхідно, щоб уникнути суперечностей у тексті законопроекту; *скасувальні* – вилучення певного виразу, слова тощо.

Отже, поправка до законопроекту – це письмово оформлене судження щодо внесення уточнень до законопроекту доповнюючого, узгоджувального, скасувального або структурного характеру.

Підстави виникнення правовідношення законодавчої ініціативи щодо поправки. Статтю 87 Регламенту Верховної Ради України визначено, що письмові поправки подаються до Апарату Верховної Ради або безпосередньо до комітету чи до тимчасової спеціальної комісії, які визначені головними з відповідних законопроектів. Фіксування поправок побіжно згадується у положеннях Регламенту, що присвячені веденню справи законопроекту, оскільки до неї включаються, у тому числі, і поправки до законопроекту, внесені в установленому порядку. Більше положень, які б регламентували закріплення саме “поправки” немає. Інструкцією з діловодства у Верховній Раді України від 25 березня 2002 року, пунктом 6.1.13 визначено, що відділ службової кореспонденції після попереднього розгляду і реєстрації зауважень і пропозицій народних депутатів до проектів документів передає їх до секретаріатів відповідних комітетів Верховної Ради України. Поправки вносяться, також, усно. Важливе значення для фіксації поправок, що вносяться усно мають протоколи засідань Верховної Ради України. Відповідно до вказаної Інструкції (пункт 3.4.1.) пленарні засідання Верховної Ради в обов’язковому порядку стенографуються і протоколюються та при можливості надруковані тексти виступів, доповідей додаються до протоколу (пункт 3.4.5). Тому саме запис у протоколі про внесення поправки буде моментом виникнення правовідношення законодавчої ініціативи, хоча сам факт визнання поправок, внесених усно, викликає сумніви, оскільки виключає можливість їх детального опрацювання та узгодження з іншими положеннями проекту. Отже, необхідно уточнити положення Інструкції з діловодства у Верховній Раді України щодо реєстрації саме поправок, а не зауважень, оскільки у цьому випадку реєстрація відділом службової кореспонденції є фактом виникнення правовідношення законодавчої ініціативи щодо письмової поправки, технічною підставою. Цікавим є положення проекту федерального закону Російської Федерації “Про порядок реалізації права законодавчої ініціативи”, в якому зазначалося, що рішення про внесення до Державної Думи поправок до законопроекту приймається у тому ж порядку, що і рішення щодо реалізації права законодавчої ініціативи, і цей порядок повинен відповідати вимогам Конституції та Регламенту. Окрім цього, у проектах законів Російської Федерації підкреслювалося, що поправки передаються до відповідального комітету Державної Думи після їх *реєстрації* відповідним структурним підрозділом Апарату Державної Думи.

У юридичній літературі зазначається, що відсутність регламентації процесу внесення поправок до законопроектів, що знаходяться на розгляді парламентів, створює перешкоди у діяльності парламенту. Актуальною є розробка механізму обліку поправок, що передбачить чітке врегулювання процедури внесення, реєстрації поправок, що подані, у єдиному нормативно-правовому акті, тоді як зараз застосовуються норми Регламенту Верховної Ради України, Положення про порядок роботи у Верховній Раді України з проектами законів, постанов, інших актів Верховної Ради України від 22 травня 2006 року № 428, Положення про Апарат Верховної Ради України від 14 березня 2006 року. Застосування норм єдиного нормативно-правового акту сприятиме узгодженості, удосконаленню діяльності парламенту.

**ДО ПИТАННЯ ЗАКОНОДАВЧОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВПРОВАДЖЕННЯ
РЕЛІГІЙНОЇ НАВЧАЛЬНОЇ ДИСЦИПЛІНИ В ЗАГАЛЬНООСВІТНЬОМУ
ДЕРЖАВНОМУ ЗАКЛАДІ***Шевченко О.**НДІ приватного права і підприємництва АПРН України*

Можливість вільно навчати та навчатися певної релігії є важливою складовою права людини на свободу віросповідання. Як проголошує ст. 9 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р., яка ратифікована Україною у 1997 р., (далі – Конвенція) кожен має право на свободу віросповідання, тобто «свободу сповідувати свою релігію або переконання як одноособово, так і спільно з іншими, прилюдно чи приватно, в богослужінні, ученні, виконанні та дотриманні релігійних та ритуальних обрядів». Крім того, ст. 2 першого протоколу до Конвенції чітко визначає, що жодній людині не може бути відмовлено в праві на освіту, а держава має поважати право батьків забезпечувати своїм дітям здобуття такої освіти у відповідності з їх релігійними (світоглядними) переконаннями.

Сприяти урахуванню релігійних (світоглядних) інтересів дітей і підлітків в процесі навчання має, зокрема, і впровадження вивчення духовно-моральних цінностей в загальноосвітніх державних закладах, про що зазначається в п.2 Указу Президента України №279 від 21 березня 2002 р. «Про невідкладні заходи щодо остаточного подолання негативних наслідків тоталітарної політики колишнього Союзу РСР стосовно релігії та відновлення порушених прав церков і релігійних організацій» та дорученні Президента України №1-1/657 від 8 липня 2005 р. Проте практичне втілення відповідної ідеї в життя нині має свої складнощі, що зумовлені передусім своєрідністю поєднання таких суттєвих для сучасного українського суспільства чинників, як поліконфесійність суспільства з одночасним домінуванням в ньому християнських (переважно православної) деномінацій та одночасно задекларованим на державному рівні (ст.35 Конституції України) світським характером держави. Ці обставини, в свою чергу, створюють низку як змістовних (для викладання відповідного курсу), так і законодавчих проблем впровадження його в загальноосвітньому державному середньому навчальному закладі, узагальнюючи які можна було б сказати так: «Як урахувати інтереси всіх, і кожного, зокрема, при введенні релігійної дисципліни в навчальну програму загальноосвітнього державного середнього навчального закладу?».

Серед ідей щодо реформування освітянської сфери з цього приводу найбільшого поширення в суспільстві здобули такі пропозиції, як: 1) включення факультативно в програми державних шкіл навчальної дисципліни «християнська етика», щоб базувалася на біблійній основі та не включала б у себе елементів культурних традицій; 2) запровадження «християнської етики» як обов'язкової навчальної дисципліни, що базуватиметься на вивченні релігійно-моральних традицій властивих саме українському народові, розкриваючи ідеї та історію формування українського християнського світогляду, ментальності та культури, спрямованого на ознайомлення всіх дітей, що проживають в Україні, з національними традиціями в духовній сфері.

Позицію держави з цього приводу висловив міністр освіти і науки С.Ніколаєнко, який заявив, що в загальноосвітніх державних середніх закладах планується введення двох предметів: «етика» та «етика віри», необхідність вивчення одного з яких на вибір дитиною, її батьками буде вирішуватися самостійно. Крім того, посилаючись на ст.35 Конституції України, відповідно до якої школа відділена від церкви (релігійних організацій), міністр зазначив, що нововведений предмет «етика віри» планується бути *позаконфесійним*, тобто, фактично, не міститиме ніяких моментів доктрин тої чи іншої конфесії, а характеризуючи його зміст заявив «на території України живуть представники найрізноманітніших релігій: і християни, і мусульмани, й іудеї. Досить багато й атеїстів. От я не вірую, то що – мене зможуть змусити вивчати тонкощі релігійних обрядів? Найближчим часом ми розробимо курс під умовною назвою «Етика релігій», заснований на традиціях духовності, моралі й моральності, й урахуваючи вимоги всіх релігій, представлених у країні».

Проте потрібно зазначити, що всі перелічені пропозиції щодо вирішення відповідного питання сприймаються досить проблематично, адже, фактично, вони не відповідають сутності ідеї релігійної освіти та виховання загалом, враховуючи той факт, що віруючі батьки бажають надавати своїм дітям

виховання та освіту саме відповідно до догматів певної конфесії, до якої вони належать. Тобто можна констатувати, що подібні вектори врегулювання питання є зовсім неефективними з погляду його вирішення, адже для віруючої людини мораль не є автономною стосовно віри в Бога. Як зазначають релігійні діячі, наприклад, прот. Володимир Савельєв, стосовно християнської моралі, то вона «напрямую залежить від догматичного богослов'я і органічно вплітається в цілісну систему християнського світогляду.... Усякий закон базується на чимусь авторитеті. Але на чьому ж авторитеті ґрунтується «закон над всіма законами» – моральний закон? І тут ми повинні не тільки зрозуміти, але й прийняти положення, що для будь-якої людини не буде в цій сфері жодного авторитету, якщо в її серці не буде Бога».

Саме тому найбільш вдалим для практичного втілення ідеї включення у програму загальноосвітніх державних шкіл вивчення основ релігії є своєрідний ліберальний цивілізаційний стандарт юридичного вирішення цього питання в суспільстві, який, сприяючи збереженню національних культурно-релігійних цінностей українців, разом з тим, створює можливість, не нав'язуючи чужих релігійних постулатів, релігійним меншинам та атеїстам, створювати умови виховання ними своїх дітей у відповідності з їх власними світоглядними уподобаннями. Тому для конструктивного вирішення цього питання дуже корисним може видатися досвід західноєвропейських країн (наприклад, Німеччини). Зокрема, пропонується законодавчо закріпити обов'язковий процент віруючих – 1(3)% певної конфесії, наявність якого в адміністративно-територіальній одиниці повинна надавати право віруючим звертатися до органів місцевого самоврядування за дозволом релігійному об'єднанню (через законних представників) викладати на факультативній основі притаманні саме цій деномінації релігійні погляди в державному загальноосвітньому середньому закладі для школярів, враховуючи конфесійну належність як дітей, так і їх батьків, та добровільність вивчення цієї навчальної дисципліни. Щодо питання забезпечення викладачами навчального процесу з цієї дисципліни, то опікуватися цим питанням повинне конкретне релігійне об'єднання, за зверненням віруючих якого відповідна дисципліна буде вводитися в навчальний процес. Саме керівництво відповідного релігійного об'єднання має надавати письмове підтвердження достатньої кваліфікації викладача у теології та церковних дисциплінах, згідно якого вони і будуть призначатися державними органами освіти на відповідну посаду.

Фактично за такої схеми діти навчатимуться своїй релігії за допомогою представників релігійної об'єднання, до якого вони належатимуть, що, в свою чергу, забезпечить конституційне право дитини отримати уявлення про релігію у відповідності до віровчень і переконань, які прийняті у сім'ї, тим самим делікатно вирішуючи освітні питання, пов'язані з релігійними переконаннями як учнів, так і їх батьків, сприяючи формуванню у учня відчуття приналежності до певної релігійної традиції. Присутність на таких умовах релігійних об'єднань в державному загальноосвітньому закладі не порушуватиме його світського характеру, адже не встановлюватиме обов'язкового віросповідання для учнів, крім того, відповідна навчальна дисципліна не носитиме ознак місіонерства, адже спрямовуватиметься на поширення релігійних знань у межах власного релігійного середовища. Крім того, таке вирішення питання, створюватиме умови батькам, а у відповідних випадках законним опікунам, надавати релігійне і моральне виховання дітям у відповідності з їх власними переконаннями і нікому, ні одній релігійній чи арелігійній групі осіб не нав'язуватимуться релігійні освіта і виховання, що не відповідають їх поглядам.

Погоджуючись з доктором юридичних наук В.Журавським в тому, що релігійна навчальна дисципліна в загальноосвітній школі має вводитися саме з метою підняття рівня духовності людини, що, як правило, закладається саме в дитинстві, необхідно відзначити доцільність її введення (з врахуванням конфесійної належності дітей) на факультативній основі в молодшій школі (1-4 класах) 2 години на тиждень та у середній школі (5-9 класи) не менш ніж 1 годину на тиждень. А з метою вдосконалення українського законодавства з цих питань внести такі зміни в Закон України «Про свободу совісті та релігійні організації» та Закон України «Про освіту»:

1. назву ст.6 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» змінити на *«Релігійна освіта»*, а ст. 6 Закону доповнити частинами у такій редакції:
 - «За наявності 1(3)% віруючих певного релігійного об'єднання в адміністративно-територіальній одиниці, на прохання батьків та осіб, що їх замінюють, за згодою дітей, які навчаються в державних навчальних закладах, адміністрація вказаних закладів, за рішенням органів місцевого самоврядування надає релігійним об'єднанням можливість навчати дітей релігії поза рамками освітньої програми.

- Забезпечення навчального процесу викладачами з релігійної дисципліни покладається на конкретне релігійне об'єднання, за зверненням віруючих якого відповідна дисципліна буде викладатися в загальноосвітньому середньому навчальному закладі. Державні органи освіти призначають викладача релігійної дисципліни на посаду за умови письмового підтвердження його достатньої кваліфікації у теології керівництвом відповідного релігійного об'єднання».
- 2. Ст. 6 Закону України «Про освіту» доповнити таким принципом як «доступність для кожного отримання в державних навчальних закладах релігійної освіти у відповідності з їх власними світоглядними переконаннями за умови добровільності та поза рамками освітньої програми».
- 3. П.2 ст.8 Закону України «Про освіту» викласти у такій редакції «Залучення учнів, студентів до участі в обов'язкових політичних акціях і релігійних заходах під час навчально-виховного процесу не допускається».
- 4. Ст.9 Закону України «Про освіту» доповнити частиною 2 у такій редакції «На прохання батьків та осіб, що їх замінюють, за згодою дітей, які навчаються в державних навчальних закладах, адміністрація вказаних закладів, за рішенням органів місцевого самоврядування надає релігійним об'єднанням можливість навчати дітей релігії поза рамками освітньої програми».

Внесення відповідних змін у законодавство сприятиме ствердженню особистісно-орієнтованої педагогічної системи в Україні, що зможе реалізувати принцип дитиноцентризму в навчально-виховному процесі, як відображення людиноцентристської тенденції у розвитку сучасного світу, індивідуалізуючи навчання з урахуванням духовних (світоглядних) потреб особистості.

КОНСТИТУЦІЙНІ ОСНОВИ МЕХАНІЗМУ ЗАХИСТУ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА

Янюк Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Дясять років державотвочого процесу – це проміжок невеликий, проте саме у цей час відбувається закладення тих підвалин, на яких має проходити подальша розбудова держави. Кресленням, яке визначає напрями розбудови державних інституцій є конституція.

Прийняття Конституції України стало важливою віхою у розвитку українського законодавства. Враховуючи правові документи, прийняті світовим товариством, в Конституції України 28 червня 1996 р. відображені міжнародно-правові стандарти прав і свобод людини. Разом з тим, Конституція України визначила основи формування нової ідеології у взаємовідносинах “держави і особа”, підтвердженням чого є частина першої статті 3 Конституції України, відповідно до якою людину, її життя і здоров’я, честь і гідність, недоторканість і безпеку визнано в Україні найвищою соціальною цінністю.

Проголошення такої позиції держави вимагає створення реального механізму її забезпечення. Серйозною заявкою у розвиток цього є конституційне закріплення принципів відповідальності держави перед людиною за свою діяльність (частина друга статті 3 Конституції України) і обов’язку органів державної влади та місцевого самоврядування, їх посадових осіб діяти лише на підставі, в межах та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (частина друга статті 19 Конституції України). Проте, чи не найбільшим досягненням Конституції України у забезпеченні прав і свобод людини і громадянина є закріплення у статті 55 Конституції України низки конституційних прав, зокрема: права на судовий захист; права звертатися за захистом своїх прав до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини; права на захист у міжнародних судових установах чи міжнародних організаціях; права будь-яким не забороненим законом засобом захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань (тобто визнання за особою права на необхідну оборону). Ці положення справедливо відносять до переліку найбільш фундаментальних конституційних засад у механізмі захисту прав і свобод людини і громадянина. У цій статті передбачено найважливіші інстанції, до яких може звернутися громадянин за захистом.

У Конституції України 1996 р. вперше було закладено правові основи формування спеціалізованого контролюючого органу українського парламенту за дотриманням прав і свобод людини, яким став Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, відповідно до статті 101 Конституції України. Згідно із статтею 2 Закону України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» до сфери його застосування належать відносини, що виникають при реалізації прав і свобод людини і громадянина лише між громадянином України, незалежно від місця його перебування, іноземцем або особою без громадянства, які перебувають на території України, та органами державної влади, місцевого самоврядування та їх посадовими і службовими особами. Тобто компетенція Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини обмежується лише відносинами між особою та органами публічної влади. Проте у подальших статтях законодавець розширює сферу застосування цього Закону, про що свідчить стаття 15 Закону України “Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини”, згідно з якою Уповноважений має право на конституційне подання та подання до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об’єднань громадян, підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності та їх посадових і службових осіб.

Суб’єкти владних повноважень, яким адресовані подання Уповноваженого, зобов’язані у місячний строк вжити відповідних заходів по усуненню виявлених порушень прав і свобод людини і громадянина. Крім цього законодавчо закріплено право Уповноваженого Верховної Ради з прав людини і громадянина звертатися до суду із заявою про захист прав і свобод людини і громадянина, які за станом здоров’я чи з інших поважних причин не можуть цього зробити самостійно, а також особисто або через свого представника брати участь у судовому процесі у випадках та порядку, встановлених законом, зокрема це знайшло закріплення в Цивільному процесуальному кодексі та

Кодексі адміністративного судочинства України. Зазначене положення є одним із способів забезпечення права на правову допомогу, закріпленого у статті 59 Конституції України.

Проте на особливу увагу заслуговує визнання суду головним арбітром між громадянином і суб'єктами публічної влади. Судовий захист є найвищою формою захисту прав громадян у державі з демократичними традиціями. Хоча саме по собі право на звернення до суду не є новим у конституційному законодавстві, зокрема стаття 56 Конституції УРСР 1978 р., з урахуванням змін від 31 жовтня 1995 р., передбачала право громадянина “у встановленому законом порядку оскаржити до суду рішення, дії або бездіяльність державних органів, юридичних чи службових осіб у сфері управлінської діяльності, якщо він вважає, що цими діями порушено його права і свободи”. Але зміст статті 55 Конституції України відображає якісно новий механізм захисту прав і свобод, порівняно з тим, який існував до цього часу.

У першу чергу, у статті 55 Конституції України закріплено не просто право звернення до суду, а гарантію судового захисту, що є вищою формою захисту прав і свобод. Підтвердженням цього є використання наступної конструкції – “гарантується право”, що вказує на подальше визначення його реалізації. При цьому, право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб гарантується з дня набуття чинності Конституції України, про що зазначено у Рішенні Конституційного Суду України у справі про набуття чинності Конституції України від 3 жовтня 1997 р.

Згадаємо, що згідно із частиною другою статті 3 Конституції України головним обов'язком держави є утвердження і забезпечення прав і свобод людини. Відтак, взявши на себе таке завдання держава, яка визнала себе демократичною, соціальною, правовою, просто змушена закріпити важелі впливу, які може використати людина у разі порушення державою своїх зобов'язань. У Постанові Верховного Суду України “Про посилення судового захисту прав та свобод людини і громадянина” від 20 травня 1997 р. наголошувалося, що суди не вправі відмовити у прийнятті скарг на рішення, дії чи бездіяльність органів державної влади, місцевого самоврядування, посадових і службових осіб з підстав, не передбачених Конституцією чи законом, оскільки коло прав і свобод людини і громадянина, закріплених Конституцією, не є вичерпним, про що зазначено у статті 22 Основного Закону держави.

По-друге, положення статті 55 Конституції України поширює свою дію не лише на громадян України, але й на іноземців та осіб без громадянства, свідченням чого є використання у приписі статті терміну “кожному”. Така конструкція цілком відповідає міжнародно-правовим документам з прав людини, що посилює важливість цього положення, а також є проявом реалізації принципу верховенства права. З цього приводу є рішення Конституційного Суду України у справі громадянки Дзюбиг.П. щодо права на оскарження в суді неправомірних дій посадової особи від 25 листопада 1997 р. Відповідно до цього Рішення “частину другу статті 55 Конституції України необхідно розуміти так, що кожен, тобто громадянин України, іноземець, особа без громадянства має гарантоване державою право оскаржити в суді загальної юрисдикції рішення, дії чи бездіяльність будь-якого органу державної влади, органу місцевого самоврядування, посадових і службових осіб, якщо громадянин України, іноземець, особа без громадянства вважають, що їх рішення, дія чи бездіяльність порушують або ущемляють права і свободи громадянина України, іноземця, особи без громадянства чи перешкоджають їх здійсненню, а тому потребують правового захисту в суді”.

По-третє, суттєвим моментом щодо захисту прав і свобод є можливість безпосереднього звернення до суду, минаючи інші інстанції, які можуть вирішувати ці питання, зокрема минаючи адміністративний порядок оскарження. Це положення передбачено частиною третьою статті 8 Конституції України, згідно із якою: “Звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується”. Рішенням Конституційного Суду України у справі за зверненням жителів м.Жовті Води від 25 грудня 1997 р. щодо офіційного тлумачення статей 55, 64, 124 Конституції України. Конституційним Судом було визнано, що “суд не може відмовити у правосудді, якщо громадянин України, іноземець, особа без громадянства вважають, що їх права і свободи порушені або порушуються, створено або створюються перешкоди для їх реалізації або мають місце інші ущемлення прав та свобод. Відмова суду у прийнятті позовних чи інших заяв, скарг, оформлених відповідно до чинного законодавства, є порушенням права на судовий захист, яке згідно із статтею 64 Конституції України не може бути обмежено”.

З метою забезпечення реалізації статей 55 і 124 Конституції України відбулися суттєві зміни у системі судової влади України. З метою поширення юрисдикції судів на адміністративно-правові відносини, які виникають між особою і суб'єктами публічної влади, відповідно до Закону України

“Про судоустрій України” від 7 лютого 2002 р. було передбачено нову ланку судової влади – адміністративні суди.

Адміністративні суди наділені реальною можливістю реагувати на порушення з боку суб’єктів публічної влади. Правовою основою діяльності адміністративних судів є Кодекс адміністративного судочинства України, прийнятий 2005 р., в якому закріплена процедура розгляду звернень адміністративними судами справ про захист прав і свобод та інтересів у публічно-правових відносинах. Право звернення до адміністративного суду значно розширило можливості особи у реалізації статті 55 Конституції України.

Розгляд справ адміністративним судом у порядку позовного провадження дозволив громадянину України, іноземцеві чи особі без громадянства – позивачам в адміністративній справі – бути активним учасником судового розгляду, брати активну роль у збиранні доказів, врегульовувати спір шляхом взаємних поступок (мирової угоди). У такий спосіб забезпечуються такі важливі принципи судового розгляду як – верховенство права, рівність усіх учасників адміністративного судочинства перед законом і судом, змагальність сторін, забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішень адміністративного суду, які не могли бути забезпечені при розгляді адміністративних скарг у порядку цивільного судочинства, відповідно до глави 31-А Цивільного процесуального кодексу редакції 1964 р., доповненого цією главою у 1988 р.

На особливу увагу заслуговує стаття 171 Кодексу адміністративного судочинства України, яка закріпила порядок оскарження нормативно-правових актів органів державної влади та їх посадових осіб, у тому числі актів вищих органів держави, їх посадових осіб держави, серед яких постанови Верховної Ради України, укази та розпорядження Президента України, постанови та розпорядження Кабінету Міністрів України. Саме це положення стало наріжним каменем при підписанні Кодексу адміністративного судочинства України і стало однією із підстав накладення вето главою держави. Це викликало широку дискусію серед науковців та експертів Кодексу. Вже 6 липня 2005 р. Кодекс був підписаний Президентом України і з 1 вересня 2005 р. набрав чинності, за винятком окремих пунктів перехідних положень Кодексу, зокрема щодо окружних та апеляційних адміністративних судів, які мають почати свою діяльність за умови призначення (обрання) відповідного складу суддів та наявності облаштованих приміщень. Здійснення адміністративними судами своєї компетенції забезпечить механізм захисту прав фізичних та юридичних осіб у взаємовідносинах із суб’єктами публічної влади, а також сприятиме більш повній реалізації статті 55 Конституції України.

Конституція України розширила можливості особа у захисті своїх прав і свобод за рахунок права звернення до міжнародних судових установ і відповідних міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна. Відповідно до частини четвертої статті 55 Конституції України звернення до суб’єктів міжнародного права можливе за умови, якщо були використані всі національні засоби правового захисту.

Загалом національним законодавством передбачено розгалужену мережу органів, які здійснюють захист прав і свобод людини і громадянина, а також закріплено процесуальний порядок звернення до цих органів. Однак деякі питання не знайшли належного захисту національними засобами, що дає підстави звертатися до Європейського Суду з прав людини, зокрема мова йде про рішення у справах про адміністративні правопорушення, що розглядаються судом. Відповідно до частини другої статті 287 Кодексу України про адміністративні правопорушення постановою районного (міського) суду (судді) про накладення адміністративного стягнення є остаточною і оскарженню в порядку провадження в справах про адміністративні правопорушення не підлягає, за винятком випадків, передбачених законом України. Але такого переліку законодавець не подає. Не передбачено цього й у Законі України “Про боротьбу з корупцією” (від 5 жовтня 1995 р.), який містить складні санкції, що передбачають заходи адміністративної і дисциплінарної відповідальності. За практикою, що склалася, особа звертається зі скаргою до голови апеляційного чи Голови Верховного Суду України, які можуть переглянути справу і перевірити законність рішення судді в порядку нагляду. Проте такий порядок не забезпечує процесуальної участі заінтересованої особи у розгляді скарги.

Не змінилася ситуація і після прийняття Кодексу адміністративного судочинства України, оскільки згідно із частиною першою статті 18 цього Кодексу усі адміністративні справи з приводу рішень, дій чи бездіяльності суб’єктів владних повноважень у справах про притягнення до адміністративної відповідальності підсудні місцевим загальним судам як адміністративним судам. Не логічно було б направляти такі справи на розгляд до суду, який виніс постанову про накладення адміністративного стягнення. До того ж, за загальним правилом, що передбачено у частині четвертій статті 7 Закону України “Про звернення громадян” (від 2 жовтня 1996 р.), суб’єктом розгляду скарги

не може бути орган, який своїми діями порушив права громадянина. Відтак, недосконалість механізму оскарження у таких справах, дозволяє скористатися правом, визначеним статтею 55 Конституції України і звернутися за захистом до Європейського Суду з прав людини.

Отже, Конституція України 1996 р. закріпила не лише права і свободи людини і громадянина, але й заклала основи механізму їх захисту від неправомірних рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб, який знаходить свою подальшу конкретизацію у поточному законодавстві. Важливим є також надання особі права вибирати спосіб захисту своїх прав і свобод, включаючи і право на судовий захист, який є найбільш ефективним у відносинах із суб'єктами публічної влади.

POLSKI MODEL SKARGI KONSTITUCYJNEJ

Dr. Bogumił Szmulik

Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II

Przepisy nowej Konstytucji RP rozszerzyły zakres działania TK, wprowadzając nową instytucję – skargę konstytucyjną. Genezy instytucji skargi konstytucyjnej należy szukać w anglosaskiej tradycji sądowej ochrony praw jednostki przed bezprawną ingerencją w sferę praw podmiotowych obywateli, dokonywaną przez władzę publiczną. W tym systemie prawa obywateli są chronione bez względu na charakter aktu, w którym je umieszczono. Ochrona ta jest sprawowana w sposób jednolity poprzez system sądów powszechnych.

Z kolei w systemie europejskim ochrona praw przedstawia się odmiennie. Odrębność, która zarysowała się na kontynencie europejskim, stanowi wynik zróżnicowania praw podmiotowych na prawa podstawowe, które są gwarantowane przez Konstytucję i inne prawa, co do których ochrona konstytucyjna nie jest przewidywana.

Pomysł skargi konstytucyjnej w Europie pojawił się na obszarze niemieckiej kultury prawnej. Austro-Węgierska ustawa konstytucyjna z 1867 roku zawierała pierwowzór tej instytucji. Powoływała ona do życia Sąd Rzeszy, do którego obywatele mogli odwoływać się w kwestii naruszenia ich praw podmiotowych. Jednak przedmiotem skargi nie mogły być akty ustawodawcze. W 1920 roku na podstawie przepisów Konstytucji Austrii powołano do życia pierwszy TK i określono jego zakres kompetencyjny. Jedną z kompetencji było orzekanie w sprawie skargi konstytucyjnej. Konstytucja Hiszpanii z 1931 roku również przewidywała instytucję skargi konstytucyjnej. W 1951 roku w ówczesnej Republice Federalnej Niemiec instytucję skargi konstytucyjnej włączono do ustawy o Federalnym Trybunale Konstytucyjnym. Od 1989 roku skarga istnieje w węgierskim porządku prawnym, natomiast od 1990 roku występuje w systemie prawnym Rosji.

Obecnie w europejskiej kulturze prawnej mamy do czynienia z dwoma modelami skargi konstytucyjnej. Pierwszy, **szerszy model** skargi przyjmuje rozwiązanie, iż skargę można wnieść przeciwko konkretnym rozstrzygnięciom organów sądowych administracji publicznej. Takie rozwiązanie przyjęto w Hiszpanii i Niemczech. Drugi, **węższy model** skargi konstytucyjnej dopuszcza zaskarżenie w drodze skargi konstytucyjnej tylko aktów normatywnych będących podstawą rozstrzygnięcia.

W literaturze prawniczej nie występuje jedna powszechnie przyjęta **definicja skargi konstytucyjnej**. Patrząc na cechy, które są najczęściej uwytkulane, można stwierdzić, że „pod pojęciem skargi konstytucyjnej będziemy rozumieć instytucję służącą osobie fizycznej lub osobie prawnej (zarówno prawa cywilnego, jak i publicznego) do ochrony na drodze szczególnego postępowania przed sądem konstytucyjnym, przysługujących jej podstawowych praw obywatelskich w przypadku ich naruszenia przez akty organów państwowych [...]”.

Konstytucyjne przepisy o skardze konstytucyjnej zostały umieszczone w rozdziale II ustawy zasadniczej – *Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela*. **Art. 79 ust. 1 Konstytucji stanowi, iż: „Każdy, czyje konstytucyjne wolności lub prawa zostały naruszone, ma prawo na zasadach określonych w ustawie wnieść skargę do TK w sprawie zgodności z Konstytucją ustawy lub innego aktu normatywnego, na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o jego wolnościach lub prawach, albo o jego obowiązkach określonych w Konstytucji.”**

Zawarte w art. 79 ust. 1 określenie „każdy” oznacza istnienie dużego kręgu podmiotów uprawnionych do wnoszenia skargi. Tworzą go: obywatele polscy, obywatele innych państw, bezpaństwowcy (apatrydzy) oraz organizacje, stowarzyszenia, partie polityczne, osoby prawne. Wprawdzie skargę może wnieść „każdy”, ale skarżący powinien wykazać swój interes prawny we wniesieniu skargi konstytucyjnej. Z tego względu skarga nie może być traktowana jako *actio popularis*. Wynika z tego, że legitymacja do wniesienia skargi konstytucyjnej została ujęta stosunkowo wąsko. Prawo skarżącego powinno być naruszone przez wydanie ustawy, czy też przez inny akt normatywny, który jest niezgodny z Konstytucją, a który był podstawą prawną do ostatecznego orzeczenia sądu lub organu administracji państwowej. Osoba, której konstytucyjne prawa zostały naruszone, może wystąpić ze skargą dopiero wówczas, gdy wyczerpany zostanie tok instancyjny.

Dyskusyjnym problemem jest ograniczenie skargi konstytucyjnej do kwestionowania jedynie normatywnego aspektu (przedmiot zaskarżenia), na którego podstawie uprawniony organ orzekł ostatecznie o konstytucyjnych wolnościach, prawach lub obowiązkach. Prowadzi to do wyłączenia spod właściwości TK ostatecznych decyzji organów administracji publicznej oraz prawomocnych orzeczeń sądowych

Poprzez instytucję skargi konstytucyjnej skarżący zyskują kolejny środek służący ochronie ich (określonych w Konstytucji) praw i wolności z wyjątkiem prawa azylu (art. 56 ust. 1 Konstytucji).

Przesłanką wniesienia skargi konstytucyjnej jest naruszenie konstytucyjnych praw skarżącego. W związku z tym skarga nie może być wykorzystana w razie naruszenia uprawnień wynikających z umów międzynarodowych czy też przyznanych przez ustawy.

Podmiot, który występuje ze skargą konstytucyjną:

- musi być osobiście zainteresowany w zmianie stanu prawnego naruszającego jego konstytucyjne wolności,
- winien powołać się na prawa aktualnie mu przysługujące,
- naruszenie jego praw winno być realne, a nie hipotetyczne,
- i ponad to mieć miejsce w przeszłości lub trwać w chwili złożenia skargi konstytucyjnej.

Zastosowanie skargi konstytucyjnej w polskim porządku prawnym wykreowało specjalny środek służący ochronie praw konstytucyjnych, przysługujących jednostce. Na miejscu będzie w tym miejscu pytanie o związek skargi konstytucyjnej ze skargą do ETPC., który mieści się zasadniczo w problematyce dopuszczalności tej drugiej. Skarga do ETPC. posiada zasadniczo charakter subsydiarny wobec krajowych systemów ochrony praw człowieka, jednak uwzględniając charakter skargi konstytucyjnej, a przede wszystkim fakt, że nie jest ona zwykłym środkiem odwoławczym (takim jak np. apelacja czy kasacja), lecz środkiem o charakterze wyjątkowym, może wywołać wątpliwość czy wykorzystanie drogi krajowej skargi konstytucyjnej konieczne jest przed skierowaniem skargi indywidualnej do ETPC? W świetle najnowszych poglądów w doktrynie, uwzględniając praktykę ETPC z ostatnich lat (sprawa Brudnicka i inni przeciwko Polsce [skarga Nr 54723/00] lub Szott-Medyńska i inni przeciwko Polsce [skarga Nr 47414/99] problem ten nie wydaje się tak oczywisty, lecz ETPC sformułował warunki, których spełnienie jest konieczne, aby skarga konstytucyjna mogła być postrzegana jako konieczny środek odwoławczy w rozumieniu art. 35 Konwencji. Tak więc, przede wszystkim:

- musi zaistnieć okoliczność, w której normie prawa krajowego będzie można zarzucić niezgodność z przepisami nie tylko konstytucji, ale i Konwencji. Mogą zatem – zdaniem M. Granata – zaistnieć przypadki, w których dane prawo lub wolność będą chronione na gruncie konstytucji, pozostając przy tym poza zakresem zainteresowania Konwencji,
- naruszenie Konwencji musi być wynikiem zastosowania przepisu prawa będącego podstawą orzeczenia w sprawie indywidualnej (por. wyrok w sprawie Brudnicka i inni przeciwko Polsce). Zatem w takich przypadkach, jak rozstrzygnięcie kwestii wypadkowych, np. ustalanie składu sądu czy też podobnych sytuacjach, w których kwestionowany przepis nie będzie stanowił podstawy ostatecznego rozstrzygnięcia, uprzednie wniesienie skargi nie jest konieczne,
- musi istnieć możliwość wznowienia postępowania, tj. wcześniejsze wniesienie skargi nie będzie wymagane w przypadku, kiedy przepisy proceduralne nie przewidują możliwości wznowienia postępowania.

Regulacja dotycząca skargi konstytucyjnej w polskim prawie stanowi, że przedmiotem jej może być tylko zarzut sprzeczności z Konstytucją ustawy lub innego aktu normatywnego, który był podstawą orzeczenia w określonej sprawie. Oznacza to, że skargę konstytucyjną można wnieść tylko wtedy, gdy orzeczenie sądowe lub decyzja naruszy jedno z konstytucyjnych praw podmiotu skarżącego, ale tylko dlatego, że zastosowany przepis prawny jest sprzeczny z Konstytucją. W związku z tym TK będzie badał, czy nie zachodzi sprzeczność aktu normatywnego z prawami zasadniczymi zawartymi w ustawie zasadniczej. Skargą nie może być objęty zarzut, że Konstytucja została naruszona przez niewłaściwe działanie sądu. Odrębnym zagadnieniem jest dopuszczalność skargi konstytucyjnej na bezczynność ustawodawcy, prowadzącą do braku uregulowań niezbędnych do poszanowania praw jednostki. Chodzi tu o odpowiedź na pytanie, czy podmiot może wnieść skargę na naruszenie jego chronionych konstytucyjnie praw przez zaniechanie ustawodawcy, polegające na nieustanowieniu odpowiedniej ustawy mieszczącej się w katalogu zapowiedzi konstytucyjnych.

W świetle polskiej regulacji nie można wnosić skargi na brak uregulowań ustawowych, niezbędnych do poszanowania praw jednostki (czyli na zaniechanie ustawodawcy). Takie ujęcie jasno określa kompetencje TK jako sądu nad prawem. Pozbawienie uprawnienia do kontroli przez TK sposobu stosowania prawa

uczyniło ze skargi konstytucyjnej instytucję wymagającą w tym przedmiocie zmiany. Z drugiej jednak strony taki kształt skargi zmniejsza prawdopodobnie spory między TK a SN w kwestii stanowiska SN co do wykładni przepisów. Należy nadmienić, iż dopuszczalność skargi konstytucyjnej na bezczynność organu przewidują ustawodawstwa np. Niemiec, Austrii i Hiszpanii.

Skarga konstytucyjna posiada charakter subsydiarny. Oznacza to, że podmiot występujący ze skargą konstytucyjną musi wcześniej wykorzystać przysługujące mu środki ochrony prawnej, a więc wyczerpać normalny tok instancji. Należy stwierdzić, że zasada subsydiarności realizuje dwa cele uboczne. Pierwszym jest ograniczenie liczby skarg napływających do TK, drugim zaś zebranie materiałów rzutujących na stan faktyczny i prawny sprawy oraz sytuacji prawnej podmiotu, który wniósł skargę.

СЕКЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ТА ФІНАНСОВО-ПРАВОВИХ НАУК

ПРИНЦИПИ ПОБУДОВИ ТА УДОСКОНАЛЕННЯ ПОДАТКОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ (ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ СИСТЕМАТИЗАЦІЇ).

Башняк О.

Тернопільський національний економічний університет

Принципи права виконують своє призначення регуляторів поведінки суб'єктів юридичних зв'язків і відносин не як механічна сукупність однорідних елементів, що підпорядковані єдиним внутрішнім закономірностям. Будь-яке керівне положення лише тоді реалізує закладені в ньому потенційні можливості, коли у своєму здійсненні воно підкріплене одночасною дією інших відправних засад, так як тільки система принципів, а не окремі її складові, здатна виконувати покладені на керівні положення задачі.

Значна увага застосуванню системного підходу до розгляду правових явищ приділялася багатьма вітчизняними юристами, серед яких, зокрема назвемо вчених, які працювали у цій сфері за останній період, – це П.С.Пацурківський, М.П.Кучерявенко, А.М.Колодій та ін.

Принципи права є первинним осередком, що лежить в основі системи. Виявивши його, ми отримаємо знання про склад системи (просте перерахування ланок) принципів права, які виражають якісну особливість оподаткування. Без виявлення складу неможливо уявити систему принципів права, її структуру і організацію, яка бере безпосередню участь у регулюванні питань оподаткування в Україні.

Концептуально сформовані принципи оподаткування в Основних положеннях податкової політики в Україні, затверджені Постановою Верховної Ради України від 04.12.1996 р., у повному об'ємі були введені у ст.3 Закону України “Про систему оподаткування” (в ред. від 18.02.1997 р.).

У працях сучасних вчених-юристів принципи оподаткування знаходять своє вираження. Наприклад, М.П.Кучерявенко бере за основу принципи, сформульовані А.Смітом, виділяючи:

1. принципи податкового права;
2. принципи побудови податкової системи;
3. принципи податку;
4. принципи податкового закону.

В науці фінансового права висувуються й інші критерії класифікації принципів податкового права. А.М.Козирін поділяє важливі принципи податкового права на *юридичні* (принцип законності у сфері оподаткування, регулярність перегляду податкових законів, принцип юридичної рівності громадян перед податковим законом), *соціально-економічні* (принцип всезагальності, принцип економічної рівності платників, принцип обмеження оподаткування, “які є проєкцією принципу справедливості” і *технічні* (заборони спеціалізації податку, єдиного податкового фонду).

Однією з найбільш поширених у правовій науці можна виділити класифікацію принципів права за об'ємом, сферою їх дії на загальні (загально-правові), міжгалузеві, галузеві та принципи правових інститутів (інституційні принципи).

Дану систематизацію принципів можна застосувати і для розкриття принципів оподаткування, враховуючи, що податкове право – підгалузь фінансового права, а принципи оподаткування – правовий інститут.

Вищенаведені принципи оподаткування переконують в тому, що в даному питанні, незважаючи на їх чисельність, існує певна узгодженість серед багатьох вчених. Безумовно, це має своє пояснення, оскільки в їх основі лежить не тільки значний світовий досвід, але й об'єктивні підстави – суть податків як економічної і правової категорії. Однак при всій різноманітності цих принципів оподаткування, необхідно зосередити увагу на виборі тих, які дозволяють здійснити “часткове

удосконалення податкової системи, оскільки повна її досконалість нереальна. Цій меті сприятиме впорядкування (систематизація) принципів оподаткування.

Більшість загальнодержавних принципів оподаткування знайшло своє закріплення в Конституції України, звичайних законах. Їх зміст безумовно відображає певні особливості економічної, політичної, соціальної, національної, духовної і правової систем українського суспільства. Однак усі вони в даний час носять, як правило, декларативний характер, оскільки відсутні економічні, політичні, організаційні, юридичні та інші гарантії їх реалізації у повсякденному житті суспільства.

Отже, розглянувши основні класифікації принципів оподаткування, а також визначивши свою позицію відносно змісту загальних принципів оподаткування, можна прийти до висновку, що найбільш повно та аргументовано відображає об'єктивну реальність наступна система принципів оподаткування:

1. Загальні принципи оподаткування:
 - а) міжгалузеві;
 - б) галузеві (в т.ч. принципи міжнародного права).
2. Спеціальні (інституційні) принципи оподаткування:
 - а) принципи податкового права;
 - б) принципи податку;
 - в) принципи побудови податкової системи;
 - г) принципи податкового законодавства;
 - д) принципи адміністрування податків.

Як і всі інші, дана система принципів права є умовною, так як “кожен її елемент взаємопов'язаний з іншим, у взаємозв'язку вони виявляються і діють”. Іншими словами, ми переконані, що неможливо в якості неодмінної умови у систематизації принципів висунути досягнення повної згоди за їх кількісним складом. Різноманітність думок за змістом, адекватністю прояву, а значить, – і за кількістю принципів і є тим позитивним та значним результатом, який може бути досягнутий при подібному дослідженні.

Дана система принципів оподаткування володіє наступними позитивними якостями:

1. Відповідає структурі співвідношення міжнародного і національного права у сфері оподаткування.
2. Підкреслює публічний характер оподаткування та одночасно визначає основні права і свободи платників податків у процесі правового регулювання питань оподаткування.
3. В основі побудови системи – структура норм податкового права, що визначає матеріальний і процесуальний аспекти оподаткування.

Підсумовуючи вищесказане, можна зробити висновки:

1. Чинне податкове законодавство слід привести у відповідність до норм Конституції України, визначивши роль принципів міжнародного права у правовій системі країни. Крім того, наріла необхідність формування “міжнародного стандарту прав платників податків”, в основі якого повинні лежати принципи міжнародного податкового права.
2. Відсутність необхідних важелів правового регулювання не дозволяє ефективно реалізовувати принципи міжнародного права у сфері оподаткування, однак, не може протистояти реальному формуванню і застосуванню важливих принципів оподаткування.
3. Запропонована класифікація принципів оподаткування відображає у своєму змісті найбільш важливі принципи, які не є вичерпними. Існують й інші принципи оподаткування, але вони, як ми вважаємо, є менш значущими.

**ЩОДО ПИТАННЯ ПРО ЛОГІКУ ПОБУДОВИ ПРОЕКТУ ПОДАТКОВОГО
КОДЕКСУ УКРАЇНИ***Білінський Д.**Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого*

Після проголошення незалежності нашої держави почала створюватися якісно нова податкова система. Протягом багатьох років накопичувався великий масив нормативно-правових актів, які часто дублювали один одного або взагалі застаріли і фактично втратили силу. В даний час в Україні темпи правотворчості в першу чергу у сфері податкового законодавства, зростають. Законодавчі органи держави весь час намагаються привести законодавчу базу у відповідність з реальними економічними процесами. На жаль це не дає відчутних результатів. Як наслідок швидкого накопичення нормативного матеріалу, часто неузгодженого між собою, є поява різного роду колізій. Колізії і прогалини у податковому законодавстві стають вагомими дестабілізуючими факторами, що посилюють ситуацію правового нігілізму. Тому питання систематизації у сфері податкового законодавства є дуже актуальним і вимагає серйозного підходу як науковців так і законодавців.

У сучасній юридичній науці під систематизацією розуміють діяльність державних організацій по упорядкуванню, удосконаленню законодавства, приведенню його у визначену систему шляхом складання збірників або єдиних нормативно-правових актів. Впорядкування законодавства, здійснюється в різних формах : як у формі складання нових актів, що охоплюються ту або іншу галузь права і спрямовані на внесення нового в регулювання відносин власне кажучи і зміну діючого законодавства (кодифікація), так і у формі, що не пов'язана зі створенням таких актів, коли завдання полягає лише в тому, щоб врахувати і зібрати воедино законодавчі матеріали, внести офіційні зміни в тексти актів, виявити і виключити акти, статті і пункти, що фактично не діють (інкорпорація) і т.д.

При кодифікації відбувається обробка як зовнішня так і внутрішня, коли зміни стосуються не тільки форми, але і змісту. Крім того, варто погодитися з точкою зору, що кодекс є не новою формою старого закону, а новим законом у повному розумінні слова. При інкорпорації ж, упорядкування стосується тільки форми і не торкається змісту. На сучасному етапі систематизація податкового законодавства України здійснюється переважно у формі інкорпорації. Зміни, узгодження актів податкового законодавства відбувається дуже часто. Але необхідно не вирішення окремих питань, а перехід до нового рівня узагальнення.

Дійсно кодифікація є більш досконалою формою систематизації законодавства, що передбачає таку обробку нормативно-правових актів, яка не тільки виключає повторення, але і протиріччя, усуває прогалини і тим самим забезпечує цілісність, внутрішню узгодженість і повноту правового регулювання суспільних відносин. Кодифікація податкового законодавства охоплює обробку і зведення норм права в юридично і логічно упорядковану систему, і створення на цій основі нового, єдиного кодифікованого акта – Податкового кодексу України. Вбачається що можна виокремити декілька концептуальних положень щодо побудови структури Податкового кодексу України. Відповідно до цього, структурно Кодекс повинен складатися з чотирьох частин: Загальної, Особливої, Спеціальної частин та Прикінцевих положень. Загальна, Особлива та Спеціальна частини складаються з розділів. Розділи можуть включати глави (підрозділи).

У Загальній частині проекту ПКУ повинні бути систематизовані основні положення, з яких формуються засади для всіх видів податкових правовідносин, у тому числі – визначених в Особливій та Спеціальній частині та Прикінцевих положеннях. Тобто, Загальна частина ПКУ має містити орієнтири розвитку податкових правовідносин, положення якої мають розповсюджуватися на окремі види податків, які будуть визначені в Особливій частині проекту Кодексу. Орієнтовні положення Загальної частини ПКУ визначаються на основі перевірених практикою норм Закону України "Про систему оподаткування". Вбачається, що Загальна частина повинна розкрити питання пов'язані із сферою дії Податкового кодексу, дати визначення податкового законодавства, закріпити його принципи, зазначити види податків і встановити їх розподіл на загальнодержавні та місцеві. Крім того в Загальній частині повинні закріплюватися положення, що стосуються елементів правового механізму податку (платник, об'єкт, ставка, пільги та інші). Слід додати, що загальні питання

виконання податкового обов'язку, правового статусу податкових органів та податкового контролю теж повинні знайти своє відображення в Загальній частині Податкового кодексу України.

На основі Загальної частини ПКУ в Особливій пропонується систематизувати специфічність правовідносин щодо окремих видів податків. Зазначена частина повинна складатися з двох розділів щодо загальнодержавних податків та місцевих податків. Деталізація ж елементів механізму правового регулювання стосовно кожного податку і збору теж повинна утримуватися в Особливій частині.

У Спеціальній частині повинні знайти відображення правовідносини стосовно процедур адміністрування податків та процесуальні норми вирішення колізій. Доречно, щоб третя – Спеціальна частина повинна закріпити як загальні положення про податкові правопорушення та фінансово-правову відповідальність за їх вчинення так і склади податкових правопорушень (податкові правопорушення платників податку, податкові правопорушення банків, податкові правопорушення посадових осіб органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, правопорушення осіб, які є учасниками провадження в справі про податкове правопорушення). Крім того в Спеціальній частині Податкового Кодексу України повинні міститися положення, що розкривають зміст провадження в справах про податкові правопорушення (учасники, докази, порядок провадження процесуальних дій, витрати у справі, розгляд справи, оскарження постанови податкового органу, виконання постанови у справі про накладання фінансово-правового стягнення та ін.).

При формуванні Прикінцевих положень, доречно щоб у них знайшли своє відображення норми щодо введення його в дію, перелік нормативно-правових актів (зокрема, законів), які втрачають чинність у зв'язку з прийняттям цього Кодексу, а також – терміни (строки) чинності окремих законодавчих актів (окремих його норм) у певному просторі, часі та колі осіб.

**ЩОДО ДЕЯКИХ ПИТАНЬ ІДЕНТИФІКАЦІЇ НЕ БАНКІВСЬКИМИ
ФІНАНСОВИМИ УСТАНОВАМИ СВОЇХ КЛІЄНТІВ****Бауман Ю.***Інститут законодавства Верховної Ради України*

Термін “відмивання грошей” вперше з’явився у США у 1980-ті роки. Президентська комісія США з боротьби з організованою злочинністю у 1984 році визначила відмивання доходів злочинних угруповань як процес приховування незаконного походження або незаконного використання доходів, а також спроби представити ці доходи.

За оцінками фахівців, щороку у світі через легальні фінансові інститути переводяться в легальний сектор від 500 мільярдів до 1,5 трильйонів брудних доларів.

В Україні структура брудних капіталів пов’язана із високим ступенем тінізації економіки. Так, значну частину тіньового економічного обороту становить торгівельна, виробнича діяльність а також діяльність, пов’язана з операціями з фінансовими ресурсами із подальшим їх приховуванням від оподаткування.

Ефективне використання недоліків національного законодавства дає можливість зацікавленими особами використовувати фінансову систему України для легалізації (відмивання) брудних коштів.

Сьогодні в Україні спостерігається бурхливий розвиток небанківського фінансового сектору, темпи зростання якого значно випереджають темпи зростання інших секторів економіки. За даними Держфінпослуг, загальні активи небанківських установ, що надають в Україні фінансові послуги, станом на кінець I півріччя 2006 року склали 27,3 млрд. грн. (10 відсотків від активів банківської системи). Для порівняння: на кінець 2001 року цей показник становив лише 3 млрд. грн. (6 відсотків від активів банків). Зокрема, активи страхових компаній сягнули 21 016,1 млн. грн., ломбардів – 530,7 млн. грн., кредитних спілок – 2 568,1 млн. грн., недержавних пенсійних фондів – 94,7 млн. грн., інших фінансових компаній – 3 070,9 млн. грн. Страховий ринок сьогодні є найрозвиненішим сектором ринків небанківських фінансових послуг України, який забезпечує близько 80% обсягів цих послуг. Він також є одним із най динамічніших ринків сучасної України.

Дана стаття присвячена проблемі ідентифікації фінансових операцій, що здійснюються страховими компаніями.

Так, ідентифікація клієнта походить від стандарту "know your customer", що у перекладі з англійської означає "знай свого клієнта". При застосуванні даного стандарту фінансові установи вимагають (зобов’язані вимагати) ідентифікації своїх клієнтів при вступі з ними у ділові стосунки чи здійсненні трансакцій, що перевищують певну межу. Даний інститут покликаний запобігти використанню особами, що здійснюють операції з відмивання «брудних коштів».

Так, підпункт (і) 10 рекомендації Групи з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей (FATF) визначає обов’язок суб’єктів фінансового моніторингу перевіряти юридичний факт існування і юридичну форму клієнта шляхом отримання або з реєстраційних органів, або від клієнта, або від перших і від другого підтверджень офіційної реєстрації підприємства, включаючи інформацію щодо назви клієнта, юридичної форми, адреси, прізвищ директорів та їх повноважень від імені підприємства.

Норми сорока рекомендацій FATF стали основою законодавства України у сфері запобігання та протидії легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом.

В Україні система фінансового моніторингу складається з двох рівнів – первинного та державного. До суб’єктів первинного фінансового моніторингу відносяться зокрема, банки, страхові та інші фінансові установи. Суб’єктами державного фінансового моніторингу є: центральні органи виконавчої влади та Національний банк України, які відповідно до закону виконують функції регулювання та нагляду за діяльністю юридичних осіб, що забезпечують здійснення фінансових операцій. Відповідно до змісту правової норми викладеної відповідно до абзацу 13 статті 11 Закону України "Про запобігання та протидію легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом" (далі по тексту – Закон N 249IV) фінансова операція підлягає обов’язковому фінансовому моніторингу, якщо сума, на яку вона проводиться, дорівнює чи перевищує 80000 гривень або

дорівнює чи перевищує суму в іноземній валюті, еквівалентну 80000 гривень, та має одну або більше ознак, визначених цією статтею: зокрема, виплата фізичній особі страхових відшкодувань або отримання страхових премій.

Зазначена правова норма визначає обов'язок суб'єкта первинного фінансового моніторингу здійснювати фінансовий моніторинг операцій з виплаті фізичній особі страхового відшкодування.

Однак, дана правова норма є недосконалою, оскільки вона не відображає обов'язку здійснювати моніторинг фінансових операцій з отримання страхового відшкодування, премій від юридичних осіб, хоч чинне законодавство України і містить обов'язок здійснювати відповідний фінансовий моніторинг (отримання страхових премій від юридичних осіб).

Так, визначення термінів "страховий платіж", "страховий внесок", "страхова премія" наведено в Законі України "Про страхування" (далі по тексту Закон N 85/96-ВР).

В частині першій статті 10 Закону N 85/96-ВР "страховий платіж", "страховий внесок", "страхова премія" – це плата за страхування, яку страхувальник зобов'язаний внести страховику, згідно договору страхування.

Окремо, заслуговує на увагу позиція Осадця С.С. який визначає страхову премію як плату за страхування, яку страхувальник зобов'язаний внести страховикові згідно з договором страхування. Тільки після сплати страхувальником страхової премії (або першого платежу страхової премії, коли вона сплачується в кілька строків).

Відповідно до частини першої статті 3 Закону N85/96-ВР страхувальниками визначаються юридичні особи та дієздатні громадяни, які уклали із страховиками договори страхування або є страхувальниками відповідно до законодавства України.

Водночас до викладеного слід додати, що відповідно до абзацу 5 частини першої Закону N 249IV до фінансових операцій пов'язаних із здійсненням або забезпеченням здійснення платежу за допомогою суб'єкта первинного фінансового моніторингу, віднесено операції з страхування (перестрахування) а вказані фінансові операції, як визначено в статті 12 Закону N 85/96-ВР здійснюють лише юридичні особи страховики перестраховки.

Адже, відповідно до статті 2 Закону 85/96-ВР страховиками визнаються фінансові установи, які створені у формі акціонерних повних, командитних товариств або товариств з додатковою відповідальністю згідно з Законом України "Про господарські товариства", а також одержали у встановленому порядку ліцензії для здійснення страхової діяльності.

Таким чином, можна зробити висновок, що норми статті 11 Закон N 249-IV не обмежують здійснення обов'язкового фінансового моніторингу лише операціями з отримання страхових премій саме від фізичних осіб, а ідентифікації операцій з отримання страхових премій повинна здійснюватися і юридичними особами, оскільки згідно з статті 10 Закону N 85/96-ВР страхові премії можуть вноситися, як фізичними так і юридичними особами.

Враховуючи викладене, можна зробити висновок, що правові норми Закону №249-IV потребують серйозного доопрацювання.

Лише шляхом вдосконалення законодавчих актів у сфері боротьби з відмиванням брудних коштів та встановлення чітких критеріїв щодо фінансових операцій, які підлягають обов'язковому фінансовому моніторингу можна надати додаткові можливості для ефективної протидії відмиванню брудних коштів.

**ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО ВИЗНАЧЕННЯ ПОДАТКУ З ДОХОДІВ
ФІЗИЧНИХ ОСІБ***Головашевич О.**Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого*

Чинне українське законодавство донині не містить визначення податку. Закон України «Про систему оподаткування» закріплює поняття податків і зборів, ототожнюючи їх. Так, під податком і збором у цьому випадку розуміється обов'язковий внесок до бюджету відповідного рівня або державного цільового фонду, здійснюваний платниками у порядку і на умовах, що визначаються законами України про оподаткування. Таке визначення не розкриває істотних правових ознак податку і не дає чітких юридичних критеріїв для відмежування податку від неподаткового платежу.

На відміну від українського законодавства Податковий кодекс Російської Федерації досить чітко та детально, з погляду теорії податкового права, закріплює поняття податку. Так згідно ст. 8 Податкового кодексу Російської Федерації під податком розуміється обов'язковий, індивідуально безоплатний платіж, що стягується з організацій і фізичних осіб у формі відчуження приналежних їм на праві власності, господарського ведення або оперативного керування коштів з метою фінансового забезпечення діяльності держави й (або) муніципальних утворень.

Таким чином, російський законодавець урахував більшість необхідних ознак податку, за винятком ознаки безумовності, забезпеченості державним примусом і грошовою формою податку. Втім, остання ознака, не дивлячись на її теоретичну важливість, не завжди присутня у національних законодавствах. Наприклад, у період з 15 січня 1998 року по 1 січня 2001 року в Україні діяв єдиний (фіксований) податок для сільськогосподарських товаровиробників, що допускав сплату податку в натуральній формі. Примітно, що російський законодавець поряд з визначенням податку закріпив і поняття збору: «Під збором розуміється обов'язковий внесок, що стягується з організацій і фізичних осіб, сплата якого є однією з умов здійснення відносно платників зборів державними органами, органами місцевого самоврядування, іншими вповноваженими органами й посадовими особами юридично значимих дій, включаючи надання певних прав або видачу дозволів (ліцензій)».

Закріпивши поняття податку й збору в такому виді, укладачі Податкового кодексу Російської Федерації чітко розмежували ці два хоч і близьких, але аж ніяк не тотожні поняття.

Законодавче поняття податку з доходів фізичних осіб дане в ст. 1 Закону України „Про оподаткування доходів фізичних осіб”. Абзац 2 п. 1.13 цього Закону визначає податок з доходів фізичних осіб як плату фізичної особи за послуги, які надаються їй територіальною громадою, на території якої така фізична особа має податкову адресу або розташовано особу, що утримує цей податок згідно з Законом. Тут спостерігається деяка неточність у визначенні податку, для більше повного розуміння якої необхідно звернутися до основних положень теорії податкового права.

С.Г. Пепеляев визначає податок, як єдино законну (такою, що встановлюється законом) форму відчуження власності фізичних і юридичних осіб на засадах обов'язковості, індивідуальної безплатності, безповоротності, забезпечену державним примусом, що не носить форму покарання або контрибуції, з метою забезпечення платоспроможності суб'єктів публічної влади. Трохи по іншому дає визначення податку Ю.А. Крохина. Так, податок вона визначає, як обов'язковий, індивідуально-безоплатний і безповоротний платіж, що сплачується фізичними особами й організаціями у формі приналежних їм на праві власності, господарського ведення або оперативного керування коштів, з метою фінансового забезпечення діяльності держави та (або) муніципальних утворень.

Н.И. Химичева приводить схоже за змістом визначення. Під податком вона розуміє обов'язковий за юридичною формою індивідуально безоплатні платежі організацій і фізичних осіб, встановлені в межах своєї компетенції представницькими органами державної влади або місцевого самоврядування для зарахування в бюджетну систему (або в зазначених законодавством випадках – в позабюджетні державні й муніципальні фонди) з визначенням їхніх розмірів і строків сплати.

Досить незвичайне визначення податку дає В. І. Гуреев: « Налог – это обязательный взнос, взысканный государством с юридических и физических лиц в бюджет соответствующего уровня (федеральный, региональный, местный)». Під дане визначення підпадають практично всі

джерела доходів бюджету відповідного рівня (податки, збори, штрафні санкції, мита й т.п.). Навряд чи варто відносити платежі податкового характеру, зокрема штрафи та мита, які, безсумнівно, мають обов'язковий характер, до податків.

Незважаючи на вищенаведені аргументи, у п. 1.13 Закону України „Про податок з доходів фізичних осіб” міститься умова, що суперечить самій природі податку і навряд чи враховує його специфіку, як саме безумовного платежу. Більше того, умовність платежу звичайно властива миту.

Слід звернути увагу на іншу логіку закріплення поняття податку на доходи фізичних осіб у законодавстві Російської Федерації. Якщо українське законодавство містить окрему норму, що закріплює таке визначення, то в російському законодавстві такої норми не існує. Відносини, пов'язані з нарахуванням, утриманням і сплатою податку з доходів фізичних осіб регулюються главою 23 Податкового кодексу Російської Федерації. Дана глава містить норми, що визначають елементи правового механізму цього податку, особливості його нарахування і сплати, однак самого поняття податку на доходи фізичних осіб не містить. Представляється логічним у цьому випадку використати поняття податку, закріплене в ст. 8 Податкового кодексу Російської Федерації, у якості родового для визначення податку з доходів фізичних осіб.

**МІСЦЕ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА У
ВІТЧИЗНЯНІЙ СИСТЕМІ ПРАВА***Гуржій Т.**начальник відділу моніторингу наукового забезпечення діяльності органів і підрозділів
внутрішніх справ ДНДІ МВС України*

Кожен, хто звертається до проблематики адміністративно-процесуального права, насамперед повинен з'ясувати для себе ряд концептуальних моментів: що саме слід розуміти під згаданим явищем; яку сферу соціального життя воно охоплює; якими є його реальний обсяг та структура і т.д. І вже на даному етапі дослідник зіштовхується з серйозними труднощами. Не зважаючи на загальне визнання адміністративно-процесуального права структурним елементом вітчизняної правової системи, попри постійне підкреслення його ролі регулятора публічно-владних відносин, у науковому світі й досі не вироблено єдиного погляду на цей непересічний феномен.

Вже понад півстоліття в літературі тривають дискусії з приводу того, які ж саме аспекти правозастосовчої діяльності слід відносити до розряду адміністративно-процесуальних. На цьому тлі представники різних наукових шкіл демонструють майже протилежне розуміння адміністративного процесу. Іноді у ньому вбачають лише судовий розгляд справ про адміністративні проступки, а інколи – усю багатогранність виконавчо-розпорядчої діяльності органів публічної влади. Відомі й інші, “проміжні” підходи до визначення адміністративного процесу. Наприклад, вітчизняний законодавець узяв за основу “судочинську” концепцію, відповідно до якої адміністративним процесом є: *правовідносини, що складаються у ході розгляду справ адміністративними судами.*

Подібна неузгодженість накладає суттєвий відбиток на сучасне уявлення не лише про сам адміністративний процес, а й про адміністративно-процесуальне право як систему юридичних норм, науку та навчальну дисципліну.

Попри принципову розбіжність точок зору на юридичну природу, зміст, обсяг та структуру адміністративно-процесуального права, практично усі дослідники цієї сфери погоджуються в одному: ***адміністративно-процесуальне право є відносно самостійним нормативним утворенням, котре посідає одне з важливих місць у системі вітчизняного права.***

Нажаль, констатацією цього беззаперечного факту однастайність вчених і обмежується. Питання ***про реальне місце групи адміністративно-процесуальних норм у системі права***, а також про їх співвідношення з іншими елементами цієї системи, й досі залишається остаточно не вирішеним.

Що ж являє собою система права? З'ясувати це питання нам допоможе загальна юридична теорія, у якій ніколи не бракувало визначень відповідного поняття. Ось лише деякі з них:

- система права – це об'єктивно обумовлена системою соціальних відношень внутрішня будова права, котра виражається у об'єднанні й розташуванні нормативного матеріалу в певній послідовності;
- система права – внутрішня форма права, яка має об'єктивний характер своєї побудови, що відображається в єдності та узгодженості всіх її норм, диференційованих за правовими комплексами, галузями, підгалузями, інститутами й нормами права;
- система права – це структура діючого права, яка одночасно втілює єдність юридичних норм та їх розмежування на окремі складові відповідно до специфіки регламентованих суспільних відносин.

Узагальнюючи наведені визначення, можна виділити ключові ознаки системи права:

- а) її утворює увесь масив діючих юридичних норм;
- б) вона має чітко окреслену ієрархічну структуру;
- в) головним критерієм розмежування складових елементів системи права є специфіка предмета їхнього регулювання – соціальних відносин.

У літературі висловлюються різні погляди на кількість “шаблів” ієрархії права. Одні правники виділяють у ній три рівня узагальнення: *правова норма – інститут права – галузь права*. Інші –

доповнюють наведену схему такими структурними одиницями, як *суб'інститут, підгалузь, правовий комплекс* тощо.

Численні спроби ідентифікувати адміністративно-процесуальне право як одну із складових цієї ланки знайшли своє втілення у трьох основних концепціях. Відповідно до першої з них, адміністративно-процесуальне право вважається *інститутом права*. Прихильники другої концепції вбачають у ньому *підгалузь права*. І, нарешті, остання група вчених наділяє комплекс адміністративно-процесуальних норм ознаками самостійної *юридичної галузі*.

З метою вирішення питання про те, чим саме – *юридичним інститутом, підгалуззю* або *галуззю*, насправді є адміністративно-процесуальне право, коротко зупинимось на розгляді перелічених понять.

Інститутом права є виділена в межах певної правової галузі група взаємопов'язаних юридичних норм, котрі регламентують порівняно вузьке коло однорідних суспільних відносин.

Підгалузь права – це комплекс предметно та функціонально пов'язаних юридичних інститутів, виділених в межах однієї галузі. Дане нормативне об'єднання втілює проміжний етап перетворення низки споріднених інститутів на самостійну галузь права. Його вже не можна назвати інститутом у класичному розумінні – воно має складний, поліструктурний характер, володіє достатньо різноманітним предметом регламентації, переслідує широкий спектр цілей і т.д. Водночас, відповідний інституціональний комплекс ще не повністю володіє особливим набором ознак, котрі б дозволили однозначно детермінувати його як юридичну галузь.

Галузь права – це сформоване у рамках єдиної мети, функцій та принципів, універсальне об'єднання юридичних інститутів, яке за допомогою специфічного правового методу регламентує певний сектор суспільних відносин. Галузь включає різноманітні норми – норми-визначення і норми-принципи, загальні і спеціальні, регуляторні й охоронні, заборонні, зобов'язуючі, уповноважуючі тощо. Кожна юридична галузь здатна вступати у системну взаємодію з іншими нормативними утвореннями галузевого рівня.

Зіставлення ключових характеристик адміністративно-процесуального права з ознаками трьох названих категорій дозволяє визначити його як *самостійну галузь права*:

- адміністративно-процесуальне право має складну структуру, воно складається з цілого комплексу різнонаправлених юридичних інститутів: – провадження в справах про адміністративні проступки; – провадження по розгляду звернень громадян; – адміністративне судочинство; – нормотворче, контрольне, реєстраційне, дозвільне провадження тощо;
- адміністративно-процесуальне право характеризується наявністю чітко визначеного, відносно відокремленого, цілісного та, водночас, різноманітного предмета регламентації;
- воно володіє специфічним методом регулювання, відмінним від методів адміністративного, кримінального, цивільного права;
- адміністративно-процесуальне право вступає у системну взаємодію практично з усіма іншими юридичними галузями: конституційним, кримінальним, цивільним, адміністративним, кримінально-процесуальним, цивільно-процесуальним, бюджетним, господарським, земельним, трудовим правом та іншими;
- функціонування й розвиток комплексу адміністративно-процесуальних норм здійснюється на основі визначених правових принципів. Частина з цих принципів носить виражений індивідуальний характер – їх вплив поширюється тільки на адміністративно-процесуальне право і лише на нього. *А, як відомо, наявність “власного” набору принципів є невід’ємною рисою більшості юридичних галузей.*
- адміністративно-процесуальне право має розгалужену ієрархію джерел. Його норми містяться в Конституції України, міжнародних деклараціях, конвенціях та угодах, законах України, а також у величезній кількості підзаконних нормативних актів. Особливу увагу привертає належність до джерел адміністративно-процесуального права двох кодексів: Кодексу України про адміністративні проступки та Кодексу адміністративного судочинства України. Проект ще одного кодифікованого акту – Адміністративно-процедурного Кодексу України – зараз знаходиться на розгляді у Верховній Раді України.

Слід також мати на увазі, що ствердження будь-якої галузевої концепції неможливе без її загального визнання в теорії права. Грань між уявленнями про юридичну підгалузь та галузь є доволі розпливчатою. Тому остаточне віднесення певного нормативного комплексу до однієї з названих

категорій – це завжди результат наукової згоди більшості провідних правознавців. Не є винятком з даного правила й адміністративно-процесуальне право. І хоча ідея про його галузеву природу є порівняно “молодою” (приміром, історія розвитку кримінально-процесуальної та цивільно-процесуальної галузей права нараховує понад сто років), але сьогодні саме вона домінує на сторінках праць таких авторитетних вчених, як І.П.Голосніченко, В.К.Колпаков, О.В.Кузьменко, М.М.Тищенко та ін.

Проведений аналіз об’єктивних характеристик адміністративно-процесуального права дозволяє констатувати наступне: адміністративно-процесуальне право на сучасному етапі свого розвитку є повноправною юридичною галуззю. У системі вітчизняного права воно посідає одне з чільних місць, наряду з такими профілюючими галузями, як конституційне, кримінальне, цивільне, адміністративне право та іншими.

ВИЗНАЧЕННЯ ПОДАТКУ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ РЕСПУБЛІКИ АЗЕРБАЙДЖАН

Дамірчиєв Мушфік Іскендер Огли

Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого

Багатогранність категорії податку дозволяє в її рамках виділити два значення: податок як правова категорія та податок як законодавчо закріплене поняття. Основою визначення будь-якого правового поняття повинне бути виділення головної його характеристики з позицій тієї галузі права, елементом якої є це поняття. Головне в податку з позиції фінансового права – надходження коштів державі, наповнення бюджету для фінансування суспільних потреб.

Нам представляється досить вдалою й правильною в цьому плані положення ст. 11 Податкового Кодексу Азербайджанської Республіки: «Податок – обов'язковий, індивідуальний безоплатний платіж, що стягується із платників податків у формі відчуження приналежних їм на праві власності коштів, з метою фінансового забезпечення діяльності держави й муніципалітетів, що підлягає перерахуванню в державний і місцеві бюджети». Безумовно, необхідний, логічний і важливий акцент у цьому випадку на відчуженні коштів, що належать платникам на праві власності, а не на відчуженні власності. Відчуження права володіння, користування, розпорядження неможливо, воно може стосуватися тільки об'єктів власності, але не самих відносин власності.

У даному законодавчому визначенні поняття податку дуже доречно виділені два принципових акценти. По-перше, вказівка на те, що податок завжди є частиною саме коштів, тобто стягується із платників податків у вигляді певної суми грошей. По-друге, важливе і те положення, що цільову спрямованість кошти знаходять на етапі розподілу, але такі кошти вже не є податком і не регулюються податковими нормами, а входять у сферу регулювання бюджетного права. На наш погляд, не зайвим було б серед ознак податку закріпити й такі, як його безумовність (податок встановлюється імперативними веліннями держави і не може бути скасований або змінений волею якого-небудь іншого суб'єкта) і нецільовий характер.

Виходячи із цього представляється недостатньо логічним розміщення й зміст ст. 30 Податкового Кодексу Азербайджанської Республіки, що зветься «Комерційна (податкова) таємниця». У назві статті, на наш погляд, закладене істотне протиріччя. Сфера відносин, пов'язаних з податками (владно-майнових, як і всі фінансові відносини), є сферою регулювання імперативного методу – методу владних приписань, тоді як комерційні відносини є цивільними правовідносинами (майновими) і входять у сферу регулювання цивільного права, в основі якого лежить диспозитивний метод, заснований на рівності сторін, що передбачає договірні відносини. Таким чином, ми вважаємо, що відносини, пов'язані з комерційною таємницею, не можуть регулюватися імперативними нормами податкового права.

Механізм податково-правового регулювання передбачає використання різних видів податково-правових норм, які по-різному впливають на поведінку учасників податкових відносин. Це й норми-завдання, і норми-принципи, і норми-дефініції та т.п. Норми-принципи роблять системоутворюючий вплив на формування моделі поведінки в сфері оподаткування, який легалізований відповідними правовими формами. Стосуються регулювання цих моментів і відповідні норми Податкового кодексу Азербайджанської Республіки. Так, ст. 3 устанавлюються підстави для встановлення і стягнення податків, які фактично й охоплюють сукупність принципів, що лежать в основі побудови податкової системи, що визначають правову природу податку.

Насамперед, ми вважаємо трохи невдалим саму назву даної статті «Підстави для встановлення й стягнення податків», оскільки по-перше, підставою для встановлення податку є відповідний акт (закон або положення), а підставою для стягнення – податковий обов'язок (у широкому розумінні цього слова) або об'єкт оподаткування (як підстава виникнення обов'язку по сплаті податків). У статті ж, як ми вже звертали увагу, мова йде про принципи оподаткування. На наш погляд, як тільки в статті розкриваються принципи оподаткування, необхідно змінити її назву, щоб вона більше відповідала змісту статті. Аналогічна стаття Податкового кодексу Російської Федерації має назву «Основні початки законодавства про податки й збори», однак у цьому випадку вона здається не зовсім вдалою. Як ми вже відзначали, необхідно розмежовувати принципи податкового права, податкової

системи, принципи податку й принципи податкового законодавства. У даному ж випадку в статті з назвою «Основні початки законодавства про податки й збори» зібрані принципи не тільки податкового законодавства, але й принципи податку, податкової системи і т. ін. Не більш вдалими є й приклад українського законодавця, який схожу статтю назвав «Принципи побудови й призначення системи оподаткування». У цьому випадку принципи, перераховані в статті, у більшості входять у групу принципів, визначених назвою статті, однак при цьому без уваги, а головне – законодавчого закріплення, залишаються інші, не менш важливі принципи. На наш погляд, більш слушною була б назва «Принципи оподаткування». У такому випадку в цю статтю можуть бути поміщені будь-які принципи, що стосуються оподаткування, без ризику бути не повними у своєму переліку.

Тепер кілька слів щодо її побудови. Нам вона представляється нелогічною і такою, що повторюється окремими частинами. По-перше, частини 3.1, 3.3, 3.4, 3.6 фактично в різних аспектах закріплюють конституційні принципи, дублюють одна одну й суперечать логіці. Більше того, почата тут спроба вийти на відносно закінчений перелік положень оподаткування, що мають конституційне закріплення (побудова законодавства про податки на принципах загальності, рівності й справедливості – 3.1; захист конституційних прав і свобод – 3.3; збереження єдності й цілісності економічного простору – 3.4; перешкода дискримінаційного характеру оподаткування – 3.6) не зовсім логічна й закінчена. Навряд чи в даній статті можна всебічно врахувати всі конституційні витоки й принципи, які повинні бути відбиті й реалізовані в податковому законодавстві. Це не вдалося і в ст. 3 Податкового кодексу Азербайджанської Республіки. Більш перспективним, на наш погляд, є закріплення загального концептуального положення про те, що принципи оподаткування не повинні суперечити Конституції, а закріплена в діючому податковому законодавстві спроба вичерпно закріпити цей зв'язок приречена на протиріччя й неточності.

Складно погодитися й з редакцією п. 3.5. «Ніхто не може бути примушений з одного й того ж прибутку (доходу) платити більше одного разу той самий податок». Нам представляється некоректним подібне положення. Зрозуміло, що в цьому випадку мова йде про спробу закласти принцип, що припускає усунення подвійного оподаткування, але зроблено це досить суперечливо. По-перше, такою редакцією подвійне оподаткування поширюється законодавцем тільки на область прибуткових податків, тоді як майнові й непрямі податки залишаються за межами дії цього припису. Хоча об'єктивно механізм, що перешкоджає подвійному оподаткуванню, повинен поширюватися на всю сукупність податків і зборів. По-друге, навряд чи правильно зводити подвійне оподаткування до сплати того самого податку більше одного разу. Більшість податків носять періодичний характер і сплачуються протягом року кілька разів (щомісяця, поквартально й т.д.). А якщо врахувати, що досить часто при сплаті податку передбачаються авансові й поетапні платежі, тоді вимоги про сплату одного податку один раз перетворюються в погане гасло.

ЗАКОНОДАВЧЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОСНОВНИХ ЕЛЕМЕНТІВ ПРАВОВОГО МЕХАНІЗМУ ПОДАТКУ НА ДОДАНУ ВАРТІСТЬ

Коленик В.

Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого

Податок на додану вартість є непрямим податком, який виступає часткою новоствореної вартості, входить до ціни реалізації товарів (робіт, послуг) і сплачується споживачем на кожному етапі виробництва товарів, виконання робіт, надання послуг. Податок на додану вартість був введений в Україні лише на початку 90-х років. В податковій системі Радянського Союзу діяло два непрямі податки: податок з обороту і податок з продажу. Податок на додану вартість був введений в Україні Законом від 20 грудня 1991 р. «Про податок на додану вартість».

На сьогоднішній день механізм справляння податку на додану вартість характеризується найбільш чіткою державною визначеністю і прив'язкою. Податок на додану вартість один з податків, що фактично цілком надходить до Державного бюджету України. При цьому надходження від податку на додану вартість здійснюються за допомогою чітких імперативних наказів. Майже всі деталі застосування цього податку закріплені законами України, тоді як актами Кабінету Міністрів України регулюються певною мірою несуттєві положення.

Платники розділені на дві великі групи в залежності від того, здійснюють вони від свого імені виробничу чи іншу підприємницьку діяльність на території України або ввозять в Україну товари як для власних, так і для виробничих потреб, з метою реалізації у вільному обороті, а також на правах комісії, лізингу і тимчасово. Систему платників можна розділити на дві групи: юридичні і фізичні особи. Особа – це будь-яка з наведених нижче осіб, незалежно від того, чи є така особа резидентом чи ні:

- суб'єкт підприємницької діяльності, в тому числі підприємство з іноземними інвестиціями;
- інша юридична особа, що не є суб'єктом підприємницької діяльності;
- фізична особа (громадянин, іноземний чи громадянин особа без громадянства), яка здійснює діяльність, віднесена до підприємницької відповідно до законодавства, або ввозить (пересилає) товари на митну територію України.

Характеризуючи особливості реєстрації платників податку на додану вартість, важливо підкреслити деяку незручність діючого законодавства. Загальне визначення платника цього податку представлено в ст. 2 Закону України "Про податок на додану вартість", тоді як механізм їх реєстрації викладений у ст. 9. Чи є зміст у такому значному розриві? По-перше, реєстрація осіб як платників податку на додану вартість стосується одного із обов'язків платників і повинна або входити до статті "Платники податку", або розташовуватися відразу після неї. Віднесення ж її в кінець законодавчого акту дуже нелогічно. Більш того, подібна схема закладена і в Законі України "Про систему оподаткування", коли після ст. 4 "Платники податків і зборів (обов'язкових платежів)" розташована ст. 5 "Облік платників податків і зборів (обов'язкових платежів)". По-друге, є необхідність чіткого узгодження ст. 9 Закону України "Про податок на додану вартість" і Положення про Реєстр платників податку на додану вартість, а не їх дублювання, що існує нині. У Законі України "Про податок на додану вартість" повинні бути закладені загальні підстави для дій відносно реєстрації (визначення реєстру; зміст його даних; обов'язку по веденню), тоді як деталізація цих положень повинна бути делегована цим же Законом відповідному Положенню.

Ст. 3 Закону України «Про податок на додану вартість» носить назву «Об'єкт оподаткування та операції, що не є об'єктом оподаткування». Фактично об'єкт оподаткування по податку на додану вартість включає декілька форм. Об'єкт оподаткування охоплює: а) оборот від реалізації товарів (робіт, послуг); б) оборот від реалізації з частковою оплатою або без оплати вартості товарів всередині підприємства; в) оборот від передачі товарів в обмін на інші товари, без оплати їх вартості; г) оборот по передачі товарів безкоштовно або з частковою оплатою іншим підприємствам чи особам.

База оподаткування операцій з продажу товарів (робіт, послуг) визначається з їх договірної (контрактної) вартості, визначеної за вільними або регульованими цінами (тарифами) з урахуванням акцизного збору, ввізного мита, інших податків і зборів (обов'язкових платежів), за винятком податку

на додану вартість, що включаються в ціну товарів (робіт, послуг) відповідно до законів України з питань оподаткування. Для товарів, які ввезені (пересилаються) на митну територію України платниками податку, базою оподаткування є договірна (контрактна) вартість таких товарів, але не менше митної вартості, зазначеної у ввізній митній декларації з урахуванням витрат на транспортування, навантаження, розвантаження, перевантаження та страхування до пункту перетинання митного кордону України, сплати брокерських, агентських, комісійних та інших видів винагород, пов'язаних з ввезенням (пересиланням) таких товарів, плати за використання об'єктів інтелектуальної власності, що належать до таких товарів, акцизних зборів, ввізного мита, а також інших податків, зборів (обов'язкових платежів), за винятком податку на додану вартість, що включається до ціни товарів (робіт, послуг) відповідно до законів України з питань оподаткування.

Податкова ставка являє собою величину податкових нарахувань на одиницю виміру податкової бази. Законодавство України не передбачає закріплення норми, що дає визначення ставки податку. В Законі України "Про систему оподаткування" мова йде лише про незмінність податкової ставки протягом бюджетного року. Особливістю законодавчого регулювання ставки податку на додану вартість є фактично її однозначність, коли закріплюється виключно одна ставка податку, тоді як відносно інших податків мова йде про певну систему ставок, яка включає до себе пільгові, підвищені, базові. Наприклад, Закон України "Про оподаткування прибутку підприємств" використовує декілька рівнів податкових ставок.

Статтею 6 Закону України "Про податок на додану вартість" закріплюється ставка в 20%, що передбачає і ставку в 16,67%. Перша з них є основною і поширюється на обороти, які обчислюються за цінами без обчислення податку на додану вартість. Якщо ж використовуються ціни і тарифи, що включають до себе цей податок, застосовується інша ставка – 16,67 %.

ЗАКОНОДАВЧЕ РЕГУЛЮВАННЯ МИТА

Лазюк С.

Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого

У системі податкових платежів входить група надходжень за здійснення державними органами юридично значимих дій. З одного боку, вони дуже схожі з податковими платежами як за історією виникнення, так і за механізмом сплати. Найбільш близько митні платежі примикають до непрямих податків. В той же час, на відміну від них, мита носять чітко виражений умовний характер, що не властиво податкам.

Мито являє собою один з головних видів митних платежів і виступає у формі обов'язкового внеску, стягнутого митними органами. Мито – це вид митного платежу, що стягується з товарів, які перетинають митний кордон держави. Поряд з фіскальною функцією мито виконує як стимулюючу, так і захисну. Остання припускає формування бар'єрів, що перешкоджають проникненню на територію держави товарів, більш конкурентноздатних стосовно національних, або в яких держава не зацікавлена.

Мито має багато загального з непрямыми податками і насамперед з акцизним збором: а) як і акциз, сплачується в остаточному підсумку за рахунок споживача; б) збільшує ціну товару на стадії формування ціни реалізації; в) контроль за правильністю сплати як акцизу, так і мита здійснюється податковими органами (у широкому змісті слова). В той же час, умовний характер мита (перетинання митного кордону) не дозволяє віднести його до податків.

Диференціація видів мита може здійснюватися за декількома критеріями. За характеристикою спрямованості переміщуваних товарів, об'єктів мита поділяються на: а) увізні; б) вивізні; в) транзитні.

Платником мита є особи, що ввозять (що вивозять) чи переміщують товари через митний кордон держави. Специфікою платника є те, що їм може бути як власник товару, так і уповноважена особа (декларант). На відміну від податкового регулювання, тут можлива передача обов'язку по сплаті митних платежів іншій особі, що не має відносин до товару. При характеристиці платника мито поділяється на таке, що сплачується: а) юридичними особами; б) фізичними особами. У цьому випадку досить значно розрізняються ставки мита в залежності від мети використання ввезеного товару: для особистого користування (ставки відносно невеликі) чи виробничого (рівень ставок вище).

Об'єкт мита являє собою митну вартість переміщуваних товарів, у відношенні яких повинна нараховуватися мито. Митна вартість перераховується у національну валюту за курсом Національного банку України, що діє на день подачі митної декларації. В основі обрахування мита лежить митна вартість товару і транспортного засобу. Визначення митної вартості здійснюється декількома методами:

1. Метод оцінки за ціною угоди з увезеними товарами – митна вартість визначається як ціна угоди, фактично сплачена чи підлягаюча сплаті за ввезений товар на момент перетинання їм митного кордону.
2. Метод оцінки за ціною угоди з ідентичними товарами (використовується при неможливості використання першого) – митна вартість визначається як ціна угоди з ідентичними товарами. Ідентичність припускає подібність по основних характеристиках (виробник, країна виготовлення, якість, знос).
3. Метод оцінки за ціною угоди з однорідними товарами – нагадує механізм попереднього методу. При цьому однорідні товари не обов'язково однакові у всіх відносинах, але мають подібні характеристики.
4. Метод оцінки на основі вирахування вартості – митна вартість визначається як ціна за продаж ідентичних чи однорідних товарів на внутрішньому ринку за винятком сум імпортних митних платежів, комісійних винагород, витрат на транспортування і т.д.
5. Метод оцінки на основі додавання вартості – митна вартість визначається як сума загальних витрат, характерних для продажу ідентичних чи однорідних товарів.

6. Резервний метод – використовується при неможливості застосувати попередні методи. Ціна угоди визначається з урахуванням світової практики і на основі діючого законодавства. Рішення про використання даного методу приймається митними органами.

Порядок сплати і ставки мита визначаються Єдиним митним тарифом України. Митний тариф являє собою систему ставок мита, застосовуваних до товарів, що переміщуються через митний кордон. Ставки мита єдині на всій території. Це, однак, не виключає застосування різноманіття ставок: а) адвалорні – ставки, встановлювані у відсотках до митної вартості оподатковуваних товарів; б) специфічні – ставки, що нараховуються у встановленому розмірі за одиницю виміру ввезеного товару (кілограм, метр і т.д.). Дана ставка припускає специфічну характеристику товару, тоді як попередня припускає знеособлений предмет обкладання; в) комбіновані (змішані) – ставки, що використовують сполучення адвалорних і специфічних видів мита при нарахуванні мита. Змішані мита використовуються як доповнення до специфічних або при їхній недостатній ефективності. Застосовуються в Австралії. У США при обкладанні імпорту годинників митна ставка встановлюється як у залежності від ціни, так і від кількості каменів у годиннику; г) сезонні – ставки, за допомогою яких можливо оперативне реагування на ввіз і вивіз на територію держави сезонних товарів. Як правило, термін їхнього введення не може перевищувати шести місяців; д) особливі – являють собою ставки, що реалізують захисні функції мита.

Механізм застосування пільг при сплаті мита досить різноманітний і включає: 1. Звільнення від сплати мита визначених категорій платників. 2. Зменшення ставок мита. 3. Повернення раніше сплачених сум мита. 4. Звільнення від мита визначених предметів.

Мито сплачується безпосередньо митному органу одночасно з прийняттям митної декларації чи до її прийняття. Мито зараховується в Державний бюджет, а митні органи здійснюють контроль за правильністю її числення і збору.

ВЗАЄМОДІЯ НОРМ ПУБЛІЧНОГО ТА ПРИВАТНОГО ХАРАКТЕРУ ПРИ ФУНКЦІОНУВАННІ БАНКІВСЬКОЇ СИСТЕМИ

Латковська Т.

Одеська національна юридична академія

Відомо, що всі існуючі у державі правові норми утворюють відповідну правову систему. Суб'єктивну і об'єктивну природу права обумовлено наявністю в соціальній дійсності взаємопов'язаних приватних і публічних інтересів, взаємодія яких і визначає цілісність будь-якої системи права, складовими якої є норми підсистем приватного і публічного права. Одним із положень теорії права є поділ усієї правової системи в країнах з високо розвинутою ринковою економікою на публічне та приватне право. Поділ цей багато в чому є умовним, оскільки в багатьох випадках відбувається процес взаємодії норм різних окремих систем.

Так, незважаючи на те, що норми конституційного права є публічно-правовими, Конституція України закладає підвалини для всіх галузей права, в тому числі і для фінансового права, і для цивільного права, оскільки виконує функцію „соціального служіння” всьому народу держави. Таким чином норми конституційного права являються базовими як для публічного, так і для приватного права.

Певне переплетіння норм публічного та приватного характеру відбувається і при функціонуванні банківської системи. Публічність виявляється в тому, що управління банківською системою і регулювання банківської діяльності є одним із основних напрямків реалізації грошово-кредитної політики держави, що передбачає застосування центральним банком адміністративних та індикативних методів регулювання. Банківська діяльність виступає предметом фінансово-правового регулювання, однак значне поширення імперативних норм при регулюванні банківської системи не підриває цивільно-правової природи банківських відносин.

Поділ права на публічне (*jus publicum*) та приватне (*jus privatum*) приписується давньоримському юристу Ульпіану. «Вивчення права розпадається на дві частини: публічне та приватне, – писав Ульпіан. – Публічне право є те, що належить до положення римської держави; приватне – те, що належить до інтересів приватних осіб».

«Доктринальним перебільшенням» називав В.С. Нерсесянц твердження про наявність чисто публічно-правових та чисто приватно-правових галузей права. Як зазначав автор, будь-яка норма права в будь-якій галузі права об'єднує в собі обидва начала: публічно-правове та приватно-правове. Говорячи словами Ульпіаніана, «корисне в суспільному відношенні та корисне в приватному відношенні».

Розкриваючи причини необхідності поділу діючого права на складові частини, Г.Ф. Шершеневич зауважував, що «з теоретичного боку в нормах права спостерігається внутрішня відмінність за їх характерними рисами, яка вимагає відповідної класифікації; з педагогічного боку величезний, всезростаючий матеріал права, який не допускає одночасного вивчення його без поділу на частини; з практичного боку та обставина, що різним органам управління, особливо судам, доводиться мати справу з різними групами норм, спонукає віднайти більш або менш тверді підстави для розмежування підвідомчості. Всі ці причини викликали у науці ряд спроб до розподілу права».

Однак підходи до вирішення цієї проблеми завжди були різними.

І сьогодні предметом особливої уваги юридичної науки, правотворчості та правозастосовчої діяльності виступає проблема співвідношення приватного та публічного у правовому регулюванні.

Публічне та приватне право, регулюючи певну однорідну чи відносно однорідну категорію суспільних відносин, поділяється на відповідні підсистеми, так звані галузі права.

Наукою визначено, що визначальним критерієм поділу системи права на окремі галузі права є предмет та метод правового регулювання.

Предмет виступає головним матеріальним критерієм розмежування норм права за галузями, оскільки він має об'єктивний зміст, обумовлений характером суспільних відносин. Недостатність такого критерію, як предмет правового регулювання, для виділення галузі права була доведена під час

дискусій 1938-1940 рр. С.М. Братусем, у зв'язку з чим під час наукової дискусії 1955-1958 рр. була підтримана ідея виділення додаткового критерію (методу правового регулювання).

В теорії права існує декілька точок зору з приводу визначення поняття методу правового регулювання суспільних відносин. Одні автори вважають, що під методом правового регулювання необхідно розуміти всі форми юридичного впливу на поведінку людей; другі відстоюють точку зору, згідно якої метод – це організаційний вплив на суспільні відносини за допомогою закону; треті – зазначають, що метод правового регулювання це тільки такий спосіб впливу права на поведінку людей, який пов'язаний з реалізацією норм права в правовідносинах.

Не дивлячись на різні погляди вчених, автори сходяться на тому, що метод правового регулювання являє собою спосіб впливу, мета якого – побудити людей діяти в інтересах суспільства. Такий загальний погляд погоджується з думкою вчених, які визначають метод правового регулювання як сукупність юридичних прийомів та засобів, за допомогою яких здійснюється правовий вплив у даній сфері відносин.

Таке визначення уявляється найбільш прийнятним, так як найбільш повніше характеризує метод будь-якої галузі права, покликаної впливати на певне коло суспільних відносин. Сьогодні під методом правового регулювання розуміють сукупність прийомів, способів та засобів впливу норм права на ті або інші суспільні відносини.

Виходячи з вищезазначеного, під методом банківського права необхідно розуміти сукупність юридичних прийомів, способів та засобів, за допомогою яких здійснюється правове регулювання суспільних відносин, що складають предмет банківського права.

Досліджуючи правові відносини, які виникають у процесі функціонування банківської системи, чітко простежується неоднорідний характер таких відносин. З одного боку вони регулюються нормами фінансового права, а, як відомо, фінансове право належить до публічних галузей права, а з другого – нормами цивільного права, яке належить до приватних галузей права. При функціонуванні банківської системи не слід забувати і про адміністративно-правовий аспект регулювання статусу Національного банку в межах адміністративно-правового інституту управління фінансами, і про роль норм кримінального права у галузі боротьби з відмиванням грошей, набутих незаконним шляхом, і про роль норм господарського права.

Сукупність комплексу банківських правових відносин, які виникають при функціонуванні банківської системи, вимагає різних і протилежних за своєю природою методів правового регулювання, які характеризуються поєднанням імперативних та диспозитивних прийомів юридичного впливу, що в концентрованому вигляді виражаються в правовому положенні банківських установ, які властиві галузям як публічного, так і приватного права.

Відмітними рисами диспозитивного методу правового регулювання виступають: 1) юридична рівність сторін учасників правовідносин, що означає – жодна сторона не набуває правових переваг у відносинах, що регулюються нормами права. Тут мається на увазі не економічна рівність, оскільки сторони можуть мати не однакове майнове положення. Економічна нерівність суб'єктів не скасовує їх юридичну рівність при виникненні між ними правовідносин. 2) автономія суб'єктів правовідносин, що означає здатність особи вільно (незалежно) формувати свою волю та здійснювати свої права у своєму інтересі. В даному випадку мова йде про гарантовану законом можливість юридичної особи на свій розсуд розпоряджатися суб'єктивним правом, мати можливість самостійно обрати оптимальний варіант своєї поведінки. Сьогодні таку рису вчені називають ще як ініціативно-диспозитивний характер правових норм; 3) самостійність учасників правовідносин, яка виявляється у можливості самостійно розпоряджатися належним особі майном; 4) альтернативна можливість вибору різних варіантів поведінки суб'єктів в рамках закону.

Основним фінансово-правовим методом регулювання є метод державно-владних розпоряджень. Метод правового регулювання у фінансовому праві такий самий, як і в усіх галузях публічного права. Ю.А. Тихомиров та І.Н. Сенякін називають його імперативним методом, В.Б. Ісаков – методом субординації, А.Г. Братко і Н.Л. Гранат – авторитарним методом. Даний метод побудований на владному підпорядкуванні однієї сторони іншою.

Характерними рисами такого методу являються: 1) формування правовідносин за принципом «команда – виконання». Суб'єкт прийняття обов'язкових рішень (Національний банк України) не пов'язаний зі згодою сторони, якій вони адресовані (інші банки); 2) сторона, що виражає публічний фінансовий інтерес, завжди наділена владними повноваженнями.

Застосування методу державно-владних розпоряджень обґрунтовано публічним характером банківських відносин. Якщо фінансове право регулює суспільні відносини у галузі фінансової діяльності держави, а суб'єкти цих правовідносин нерівні („сторона, що виражає публічний фінансовий інтерес, завжди наділена владними повноваженнями”), то цивільне право регулює відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні та майновій самостійності їх учасників, де часто об'єктом правовідносин виступають гроші. Всі кошти (або найбільша їх частина), які надходять до бюджету та витрачаються з бюджету, знаходяться у системі банків.

При переході до ринку все більшого значення набувають методи економічного управління, а економічне управління – це управління за допомогою грошей.

Кошти складають основу економіки будь-якої країни, однак при вирішенні питань публічно-правового регулювання їх не можна розглядати тільки з позиції цивільного права, так як грошовий обіг в цілому регулюється швидше з публічно-правових позицій, ніж з метою захисту приватних інтересів. Навіть вступаючи у приватно – правові відносини, банки обмежені владними розпорядженнями держави.

Таким чином, при регулюванні банківської системи поєднуються елементи як приватного, так і публічного права, з переважанням характерних рис останнього, оскільки воно у більшій мірі пов'язане із специфікою загальних, державних, ніж зі сферою індивідуальних, приватних інтересів. Тому, сьогодні одним із основних напрямів демократичної трансформації української системи права та наукових досліджень мають бути пошуки розв'язання проблеми взаємодії відносно самостійних, постійно розвиваючих підсистем публічного та приватного права.

ІНСТИТУТ НЕПОДАТКОВИХ ДОХОДІВ

Левкович В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У системі фінансового права виділяються частини, розділи, підгалузі, інститути. Найбільш великі підрозділи українського фінансового права – частини: Загальна і Особлива.

До Загальної частини належать норми фінансового права, які закріплюють основні загальні принципи, правові форми і методи фінансової діяльності публічних утворень, систему органів, що здійснюють фінансову діяльність, і розмежування їх повноважень у цій сфері, основні риси фінансово-правового положення інших суб'єктів, з якими вони вступають у взаємовідносини, загальні положення про організацію фінансового контролю, його форми і методи та інші подібні до них фінансово-правові норми. Вони діють у масштабі всієї фінансової діяльності держави та місцевих самоврядувань і мають для неї загальне значення.

Норми Загальної частини фінансового права конкретизуються в його Особливій частині, яка складається з декількох розділів і підгалузей, що включають відповідні фінансово-правові інститути. Кожний з цих підрозділів є сукупністю фінансово-правових норм, які регулюють групу однорідних фінансових відносин. Фінансово-правовий інститут об'єднує правові норми, що регулюють вужчу і ближчу за змістом групу фінансових відносин, ніж розділ або підгалузь. У них за ознакою однорідності регульованих відносин входить декілька фінансово-правових інститутів. Всім цим відносинам властиві загальні відмінні риси.

Останнім часом деякі великі підрозділи фінансового права стали іменуватися його підгалузями (або складними інститутами) – бюджетне право, податкове право. Названі підгалузі отримали в системі фінансового права порівняно з її іншими підрозділами чіткіше оформлення і розроблену структуру, що виразилося в ухваленні Бюджетного кодексу України, а у перспективі й Податкового. У сукупності норм цих підгалузей виділені, зокрема, норми загального характеру (загальні положення), що властиве добре розвиненим великим підрозділам галузі права (наприклад, спадкове право в цивільному праві)

Підгалузі фінансового права, як, наприклад, податкове право можуть входити в розділ "Правове регулювання публічних доходів", що складається, крім інституту податкового права, також з інституту неподаткових доходів. Проте, загалом, у фінансовому праві такого послідовного групування правових норм за розділами, підгалузями, інститутами поки що нема.

У складі публічних доходів важливе місце займають неподаткові платежі, яких налічується нині понад 70 видів. Лише за рахунок податків держава та місцеві самоврядування не можуть задовольнити своїх фіскальних інтересів.

Неподаткові доходи вирізняються великою різноманітністю та відрізняються за методами і формами справляння, джерелами, суб'єктами платежів та іншим підставам. Платежі за неподатковими доходами можуть бути добровільними і обов'язковими.

Під неподатковими надходженнями законодавець об'єднав досить неоднорідну групу платежів, відмінну як за правовою природою, так і за особливостями правового регулювання. Вчені підкреслюють, що неподаткові доходи відрізняються між собою конкретними умовами акумуляції коштів до бюджету, але їх об'єднує одна ознака негативного плану: всі вони не є податками.

У законодавстві України відсутнє визначення поняття неподаткових доходів. В ст.9 Бюджетного кодексу України лише закріплено основні групи неподаткових надходжень: доходи від власності і підприємницької діяльності; адміністративні збори та платежі, доходи від некомерційного та побічного продажу; надходження від штрафів та фінансових санкцій; інші неподаткові надходження. Деталізовано неподаткові надходження у Бюджетній класифікації, затвердженій наказом Міністерства фінансів України від 27 грудня 2001 р. №604.

Багатоманітність видів і груп неподаткових доходів дозволяє класифікувати їх за найрізноманітнішими підставами, наприклад, за суб'єктами і об'єктами відносин, що виникають, бюджетним значенням, формами, методами і умовами залучення, територією стягнення коштів. Проте очевидно, що певну теоретичну і практичну користь може дати лише така класифікація, в основу якої

беруться загальні, найбільш суттєві критерії. Із врахуванням цієї вимоги всі неподаткові доходи можна поділити за наступними ознаками: а) соціально-економічним характером; б) конкретними підставами стягнення платежів, які утворюють неподаткові доходи держави; в) територіальним рівнем; г) методами формування; д) джерелами їх акумуляції.

Класифікація неподаткових доходів за соціально-економічною ознакою дає доволі повну уяву про їх джерела, про зв'язок неподаткових доходів з різними формами власності, про їх ефективність у формуванні доходів держави. У відповідності з цією ознакою можна виділити надходження:

1. Від державного господарства, які утворюються головним чином в результаті використання майна і природних ресурсів держави (наприклад, лісів, надр, інших природних ресурсів, від приватизації державної власності тощо), від підприємств і організацій державної форми власності (митні платежі, збори, збори до державних цільових фондів, плата за користування природними ресурсами, плата за забруднення навколишнього природного середовища, штрафні санкції та ін.). Аналогічною є група неподаткових доходів від місцевого господарства.
2. Від підприємств і організацій недержавних форм власності, у тому числі від спільних підприємств, від іноземних підприємств і організацій, які діють на території України (митні платежі, збори, збори до державних цільових фондів, плата за користування природними ресурсами, плата за забруднення навколишнього природного середовища, штрафні санкції та ін.).
3. Від особистих доходів громадян (державне мито, митні збори, збори до державних цільових фондів, штрафи, державні лотереї тощо).

Поділ неподаткових доходів за конкретними підставами стягнення платежів дає можливість конкретизувати їх склад і визначити відповідні форми надходження в бюджет, державні цільові фонди. Цей поділ можна вважати основним і визначальним для класифікації неподаткових доходів. Згідно з цією ознакою можна виділити такі види неподаткових доходів:

1. Неподаткові доходи у вигляді плати за публічні послуги.
2. Неподаткові доходи у вигляді страхових внесків до державних цільових фондів.
3. Неподаткові доходи, які випливають з права публічної власності.
4. Неподаткові доходи штрафного і компенсаційного характеру.
5. Неподаткові доходи від розміщення лотерей.

Неподаткові доходи першої групи можна визначити як встановлені законодавством збори, які стягуються державою з фізичних та юридичних осіб у зв'язку з вчиненням певних дій державними органами чи посадовими особами на їх користь. Сюди відносяться: державне мито; збір за державну реєстрацію суб'єктів підприємницької діяльності, об'єднань громадян; плата за видачу ліцензій на здійснення тих чи інших видів діяльності; плата за видачу різноманітних дозволів; митні збори; плата (збори) за надання послуг державними та комунальними органами; консульські збори; різноманітні місцеві збори тощо.

До групи неподаткових доходів у вигляді зборів (страхових внесків) до державних цільових фондів належать: страхові внески на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування (збір до Пенсійного фонду України); страхові внески на загальнообов'язкове державне соціальне страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності та витратами, зумовленими народженням та похованням; страхові внески на загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань; страхові внески на загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття тощо.

У групу неподаткових доходів, які випливають з права публічної власності, включаються: збори за спеціальне використання природних ресурсів, наприклад, плата за користування надрами, орендна плата за землю, плата за спеціальне використання диких тварин, плата за спеціальне використання рибних та інших водних ресурсів; доходи від власності, рентна плата; надходження від приватизації державної та комунальної власності тощо.

До неподаткових доходів штрафного і компенсаційного характеру належать: штрафи та фінансові санкції за порушення законодавства; базові нормативи плати за забруднення навколишнього природного середовища; суми кредиторської і депонентської заборгованості, щодо яких термін позовної давності минув, тощо.

Неподаткові доходи від розміщення державних лотерей виступають як окремий вид неподаткових доходів і включають різні види лотерей: спортивні, молодіжні тощо.

За територіальним рівнем можна виділити державні неподаткові доходи і місцеві неподаткові доходи. Деякі неподаткові доходи зараховуються у встановлених пропорціях в Державний та місцеві бюджети, а також на рахунки органів, які надають послуги або накладають стягнення (реєстраційні збори, штрафи за порушення законодавства тощо).

За методами формування неподаткові доходи можна поділити на доходи обов'язкового характеру і добровільні надходження від юридичних та фізичних осіб. Основна частина неподаткових доходів надходить у розпорядження держави і місцевих органів самоврядування в обов'язковому порядку: це збори, мита, плати та ін., різноманітні штрафи і фінансові санкції тощо. На добровільній основі в державні і місцеві доходи залучаються кошти юридичних осіб і громадян шляхом проведення лотерей, випуску акцій, використання пожертвувань та ін.

Таким чином, неподаткові доходи можна визначити, як врегульовані правовими нормами обов'язкові та добровільні платежі до Державного і місцевого бюджетів, державних цільових фондів, позабюджетних фондів, які вносяться юридичними та фізичними особами, мають, як правило, цільовий, відплатний або компенсаційний характер і не залежать від доходу (прибутку) платника.

Норми ж, які регулюють суспільні відносини, що складаються з приводу встановлення, введення, сплати цих платежів та застосування до платників відповідальності за порушення порядку справляння, об'єднуються у правовий інститут неподаткових доходів.

ПРОБЛЕМИ ІНСТИТУТУ АДМІНІСТРАТИВНОЇ-ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Март'янов І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Інститут адміністративної відповідальності в галузі адміністративного права найбільш розроблений серед інших інститутів. Питання адміністративної відповідальності досліджували вчені Росії, професори: Бахрах Д.М., Галаган І.А., Лунев А.Є., Ремнев В.І., та інші; вчені України професори: Авер'янов В.Б., Додін Є.В., Коваль Л.В., Лук'янець Д.М., Павловський С., Якуба О.М. та інші. Але далеко не всі проблеми адміністративної відповідальності вирішені, серед них поняття і зміст адміністративної відповідальності, причини і умови адміністративних правопорушень, ефективність застосування стягнень, проблеми адміністративної відповідальності юридичних осіб, реальне забезпечення прав осіб, які притягаються до адміністративної відповідальності та інші.

Є різні точки зору на визначення поняття адміністративної відповідальності. Одні вважають що це обов'язок перетерпіти наслідки свого діяння, другі стверджують, що це санкції, які застосовуються до порушника, треті – що це правовідносини, у яких одна сторона (представники держави) зобов'язана реагувати на правопорушення, а друга – порушник нести негативні наслідки свого діяння.

Здається, що більш точним є визначення поняття адміністративної відповідальності як обов'язок порушника перетерпіти негативні наслідки його діяння які встановлені нормами адміністративного права у вигляді адміністративних санкцій.

Для більш успішної боротьби з адміністративними правопорушеннями необхідно знайти причини їх виникнення. Нажаль, у сучасний період відсутні дослідження даного питання.

Щорічно в країні притягається до адміністративної відповідальності в середньому біля 12 млн. осіб. Між тим навіть облік адміністративних правопорушень ведуть лише суди та органи міліції.

Наука адміністративна деліктологія – наука про причини та умови вчинення проступків покликана досліджувати причини загальні, групові та кожного конкретного порушення, вивчення особи правопорушника, факторів її формування. Це потрібно перш за все для профілактики правопорушень.

Не вирішена ще проблема уніфікації законодавства про адміністративні правопорушення. Наприклад, Закон України "Про обмеження монополізму і недопущення недобросовісної конкуренції в підприємницької діяльності" за правопорушення передбачає штраф 5 відсотків виручки підприємства від реалізації продукції товарів і послуг. Ст. 164 з КпАП України за це ж діяння передбачає штраф від 30 до 44 неоподаткованих мінімумів доходів громадян з конфіскацією виготовленої продукції чи без такої. Таких протиріч не повинно бути в законодавстві. Оптимальний варіант – зосередження норм про адміністративну відповідальність в одному нормативному акті – кодексі.

Аналіз стягнень встановлених у КпАП дає підстави стверджувати, що одні з них, наприклад, виправні роботи недоцільно застосовувати, а стягнення у вигляді штрафів за окремі правопорушення необхідно переглянути, бо вони не ефективні.

Практика свідчить, що позбавлення працівників ДАІ прав притягати до адміністративної відповідальності порушників правил дорожнього руху привела до того, що кожний четвертий порушник залишається не покараний, бо суди яким надано це право встигають у встановлений строк розглянути справи.

Слід підтримати пропозиції в проектах кодексу про адміністративні правопорушення про встановлення нових стягнень – громадських робіт та видворення іноземців за межі України.

Залишається до кінця не розв'язаним питання адміністративної відповідальності юридичних осіб, з її особливостями і багато чисельними нормативними актами.

Особливо важливим є питання встановлення вини юридичної особи. Законодавець не вирішив це питання, а вчені не мають єдиної точки зору.

Захист прав і свобод людини і громадянина від неправомірних дій державних органів і посадових осіб проголошеного в Конституції України, вимагає реального забезпечення прав осіб, які притягаються до адміністративної відповідальності.

Подолання недоліків законодавства, регулюючого інститут адміністративної відповідальності відповідних органів дозволить покращити стан законності і правопорядку в країні.

РЕЧНИК ГРОМАДЯНСЬКИХ ПРАВ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ.

Наулік Н.

Інститут держави і права ім. В.М. Корецького

На сьогоднішній день досить актуальними є питання, які стосуються адміністративного процесу, адже Верховна Рада України прийняла Кодекс адміністративного судочинства України. Але норми даного кодексу не регулюють правового статусу Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини у адміністративному судочинстві, який фактично має безпосереднє відношення до даних правовідносин. А тому, варто було б, звернути увагу на досвід зарубіжних країн у врегулюванні даних питань і розробити низку норм права для усунення прогалин в українському законодавстві. Досить вдалим прикладом в даному випадку є Речник Громадянських Прав Республіки Польща, який займає досить визначне та вагоме місце в адміністративному судочинстві Польщі.

У Польщі існує чіткий розподіл між самоврядуванням та управлінням, а також особливим є те, що адміністративний процес, який здійснюється у Адміністративних судах I і II інстанції та діяльність воєводи і міністра в даній сфері врегульовані нормами Адміністративно Процесуального Кодексу (Kodeks Postępowania Administracyjnego), а процес у Найвищому Адміністративному Суді та Воєводському Адміністративному Суді врегульований Законом, який має назву „Право перед адміністративними судами” (Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi). І, відповідно, ці два процеси мають назву „адміністративний процес” та „судово-адміністративний процес”. А, відтак, варто проаналізувати участь Речника Громадянських Прав у всіх стадіях адміністративного судочинства у Польщі.

Отже, в адміністративних судах I і II інстанції Речник бере участь на підставі норм Адміністративно Процесуального Кодексу, а саме, п.6 ст.14 Закону „Про Речника Громадянських Прав” уповноважує Речника звертатися до відповідних органів публічної влади (адміністрації) про початок адміністративного процесу, а також, до участі у цьому процесі на правах прокурора, які врегульовані Розділом IV статтями 182-189 АПК.

Польський омбудсман наділений повноваженнями прокурора, якщо рішення або справа стосується порушення прав і свобод людини органами державної влади, або даним рішенням чи в процесі розгляду справи були порушені права людини і громадянина.

Відповідно до чинного законодавства, прокурор має право звертатися до відповідного органу публічної влади про початок процесу з метою усунення порушення закону (ст. 182 АПК). А також прокурор має право: 1) вступати у процес на будь-якій стадії для перевірки законності процесу (§ 1 ст. 183 АПК); 2) внесення протесту на остаточне рішення, якщо приписи АПК або спеціальні приписи передбачають поновлення процесу, підтвердження недійсності рішення або його відхилення чи зміни (§ 1 ст. 184 АПК); 3) вносити протест до органу, уповноваженого поновлювати процес, визнати рішення недійсним, відхилити його або змінити (§ 2 ст. 184 АПК) та інші.

Орган публічної влади повідомляє прокурора про початок процесу, а також, про хід процесу в кожному випадку, коли вважає потрібною участь прокурора у справі (§2 ст. 183 АПК). Щодо протесту прокурора, то він повинен бути розглянутий протягом 30 днів з дня внесення (§1 ст.185 АПК).

Тобто, Речник, як і прокурор, може втрутитись в процес однаково, чи справа розглядається адміністративним органом в першій інстанції, чи скасована в касаційному порядку або в порядку нагляду. У випадку вступу у процес, Речник наділений повноваженнями сторони, хоча прокурор не є стороною у процесі в формальному розумінні цього слова, але законодавство передбачає, що прокурор, який бере участь у адміністративному процесі наділений правами сторони (ст. 188 АПК).

Польські науковці зазначають, що в системі органів державної влади Речник Громадянських Прав займає особливе місце, оскільки від інших контрольних органів він відрізняється порядком діяльності, врегулюванням участі у процесі в автономний спосіб, тобто омбудсман застосовує власну процедуру, крім випадків, коли законом чітко визначені правила процесуального характеру, як в ситуації судових та адміністративних процесів. А, отже, на думку А. Карніцкої, Речника можна характеризувати як орган держави в розумінні §1 ст.221 АПК (органи державної влади, органи

місцевого самоврядування, громадські організації і ін.), який діє у порядку передбаченому Розділом VIII АПК “Скарги і подання”.

Запропоновані польським юристом В.Давидовичем пропозиції про участь Речника в адміністративному процесі на правах сторони, були враховані і в 1990 році внесені зміни до АПК Республіки Польща.

Участь польського омбудсмана в судово-адміністративному процесі врегульована нормами Закону від 30 серпня 2002 року “Право про процес перед адміністративними судами” (Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi) (далі – ППАК).

Ст.8 даного Закону чітко зазначає, що прокурор, а, отже, Речник Громадянських Прав може взяти участь у кожному триваючому процесі, а також подати скаргу, касаційну скаргу, подання і скаргу про поновлення процесу, якщо, на їх думку, вимагає охорона прав людини і громадянина. В таких випадках вони наділені правами сторони.

Слід відзначити, що в судово-адміністративному процесі участь омбудсмана більш детально і чітко врегульована вищезазначеним Законом. Відповідно до §1 ст.50 Закону, Речник Громадянських Прав має право подавати скаргу в справах, які стосуються інтересів інших осіб, якщо брав участь у адміністративному процесі по цій справі.

Речник Громадянських Прав може подавати скаргу незалежно від використання всіх доступних засобів оскарження, передбачених ст.37 АПК, тобто подання скарги до державного органу вищого рівня про не вирішення справи у встановлені строки.

Прокурор і Речник можуть брати участь у кожному розпочатому процесі, а також подавати скаргу (протест) і використовувати будь-які способи відкликання, якщо цього вимагає захист правопорядку або прав людини і громадянина. В такому випадку ці органи мають всі права сторони процесу (ст.8 і §1 ст.92 ППАС), але законодавством вони визначені як учасники судово-адміністративного процесу, які мають право брати в ньому участь на правах сторони (ст.8 ППАС). А також, їх участь не підлягає оцінюванню судом і залежить виключно від ініціативи цих суб’єктів.

Доцільно відзначити, що відповідно до ст.32 ППАС в судово-адміністративному процесі сторонами є скажник та орган, дія чи бездіяльність якого є предметом скарги. Судово-адміністративний процес, на відміну від адміністративного процесу, ґрунтується на принципі двосторонності і здійснюється у формі дебатів (спору).

Отже, виходячи із вищезазначеного, можна зробити висновок, що Речник Громадянських Прав має досить широке коло повноважень як у адміністративному процесі, так і в судово-адміністративному процесі паралельно з прокурором та на правах сторони, а саме: вступ у процес на будь-якій стадії; подання скарги без оцінки суду; захист права особи навіть без її згоди; звернення до органу публічної влади про початок процесу з метою усунення порушення закону; внесення протесту на остаточне рішення або внесення протесту про визнання рішення дійсним, його відхилення або зміни; подання скарги незалежно від використання всіх доступних засобів оскарження, передбачених ст.37 АПК Польщі та ін.

Порівнюючи з польським українське законодавство з даних питань, можна із впевненістю зазначити, що Уповноважений не наділений, навіть приблизним переліком повноважень в сфері адміністративного судочинства, які має Речник.

Необхідно ще раз підкреслити, що жоден з правових засобів, які застосовує Речник, не мають владного характеру, а лише створюють певний вплив на відкриття, перебіг провадження та на винесення рішення по справах, що розглядаються відповідними державними органами чи установами. В такій ситуації саме високий авторитет Речника, наданий йому законодавцем, про що уже йшла мова раніше, відіграє величезну роль.

Проаналізувавши права і обов’язки Речника Громадянських Прав у адміністративному судочинстві Польщі, варто звернути увагу на місце і роль Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини в адміністративному судочинстві України та закріплення його правового статусу в адміністративно-процесуальному законодавстві.

НАЧАЛА ФІНАНСОВОГО ПРАВА

Пацурківський П.

Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича

Протягом останніх півтора десятиріч, що позначені зміною парадигм суспільного розвитку, практичним затребуванням нових соціально-філософських концепцій, зарубіжна та вітчизняна постсоціалістична юриспруденція намагається переосмислити свої світоглядні засади, виробити новий, адекватний методологічний інструментарій, що природно вписується у логіку зміни епох наукового знання. Класична теорія пізнання, або гносеологія, що сформувалася у Новий час і пов'язана у юриспруденції із суб'єктно-об'єктною опозицією, зримо поступається місцем постмодерністським концепціям і підходам до пізнавальної діяльності, а звідси і до науковості, її ідеалів, критеріїв, меж, співвідношення юридичної науки з емпіричним та іншим позанауковим знанням, до соціокультурних передумов наукового мислення, що з неминучістю тягне за собою перегляд існуючих концепцій та теорій права.

Альфою і омегою такого перегляду, на нашу думку, повинна стати відмова від «державної домінантності» у праві. Як писав І.О.Льїн, «Основне завдання позитивного права полягає в тому, щоб прийняти у себе зміст природного права, розгорнути його у вигляді **ряду** (виділено мною – П.П.) правил зовнішньої поведінки, пристосованих до умов даного життя і до потреб відповідного часу, надати цим правилам змістовну форму та смислове закріплення і, далі, проникнути у свідомість і до волі людей у якості авторитетного пов'язуючого веління... Позитивне право є доцільна форма підтримання природного права».

Першими у природному ієрархічному ряду таких правил виступають **начала права**. Категорія **начало** є одним з найдревніших і водночас найскладніших в науці термінів. З'явившись ще в античні часи, вона набула широкого вжитку представниками найрізноманітніших галузей знання, що уже само по собі може бути підставою для припущення про її багатоаспектність та неінваріантність. Так, смислове поле терміна **начало** поширюється від апейрона Анаксимандра, повітря Анаксимена, через число піфагорійців, вогонь, розум, що править світом, логос, слово Геракліта, бога у Ксенофана, атом Левкіпта і Демокріта, світовий дух, розум Анаксагора, логічне начало Сократа до ідей блага, бога, світової душі Платона; від постулатів-начал у геометрії до субстанціональних начал у філософії; від начал абсолютного знання В.С.Соловйова до начал деструктивності Е.Фромма, від начал психоаналізу З.Фрейда до начал політичної економії К.Маркса.

У юриспруденції діапазон значення категорії **начало** не менш вражаючий – від начал права у Сократа, Платона та Аристотеля (справедливість) через начала права Т.Гоббса, Г.Гроція (якості людської природи), І.Канта (ідея права), начала правотворення Ф.Савіні, Ф.Ейхгорна, Г.Пухти (народний дух), Л.Дюгі, М.Оріу (солідаризм), Є.Ерліха, Р.Паунда (інтереси), Р.Ієрінга (мета), Є.М.Трубецького, Б.М.Чичеріна (свобода) до начал у праворозвитку К.Маркса, Ф.Енгельса, В.І.Леніна (спосіб виробництва суспільних благ) та правових начал у самому суспільному житті («позитивне значення (цінність) певних явищ для тих чи інших суб'єктів») у П.М.Рабіновича. Уже цей факт сам по собі спричинює потребу пильніше придивитися до істинних субстанціональних рис категорії **начало** у праві.

Принагідно відзначимо, що у «Новому тлумачному словнику української мови» термін **начало** тлумачиться як: 1. Вихідна точка, початок (про все, що має протяжність); 2. Початок у процесі, розвитку чого-небудь, а також сам відрізок часу, пов'язаний з цим початком; 3. Основа, суть, джерело чого-небудь; 4. Основні положення, принципи; 5. Способи, методи здійснення чого-небудь. Близькі до наведеного тлумачення даного терміну містяться його значення у тлумачних словниках російської мови В.І.Даля та С.І.Ожегова, в тлумачних словниках німецької, французької та англійської мов.

Не випадково філософією категорія **начало** розглядалася раніше та пояснюється нині як логічно висхідна підстава у всіх значимих філософських системах. Будучи першоосновою, категорія **начало** не може бути виведена логічно з інших категорій і понять. Остання обставина змушує дослідників виходити за межі науки і виводити теоретичні основи із соціальних умов тієї епохи, відображенням якої вони є. У спеціальній літературі обґрунтовано висновок, що функціональне

значення категорії **почало** у філософських системах полягає в обґрунтуванні суспільних відносин, відображених у субстанціональній теоретичній визначеності.

Історія правової думки підтверджує, що відмінності в методологічних підходах до дослідження права неминує починаються з тлумачення категорії **почала права**, тому що в кожного підходу своє розуміння цих начал. Проте субстанціональною ознакою категорії **почала права** є те, що вона може бути адекватно «охоплена», ґрунтовно осмислена не як суто абстрактне поняття, а тільки у зв'язку з її конкретним змістовним наповненням, об'єктивною правовою реальністю. Таке осмислення здійснюється вченим цілком і повністю в залежності від обраного ним методологічного підходу.

Водночас необхідно підкреслити, що категорія **почала права** як першооснова теорії, завжди залишаючись висхідною для відповідної правової концепції, перебуває в органічному зв'язку з іншими базисними правовими категоріями, насамперед з такими, як **поняття права і сутність права**. Причому у взаємодії з іншими категоріями вона зберігає своє самостійне значення, особливий статус, оскільки весь понятійно-категорійний ряд, що забезпечує «розгортання» начал у концепції, їх втілення в менш загальні і конкретні правові поняття, починається з неї. Отже, методологічне значення категорії **почала права** для правової теорії полягає у висхідному положенні даних витоків, у їх базисності для всієї подальшої конструкції відповідної теорії. Від **начал права**, визнаних тією чи іншою теорією, залежить і вибір дослідницького шляху, і кінцеві висновки теорії.

Однією з примітивних ознак нової, постсоціалістичної фінансово-правової дійсності стала незрівнянно більша різноманітність її змістовних і формальних вимірів, прискорення її руху, зміни фінансово-правової матерії, переходів її від одних якісних і формальних виражень до інших. Останнє з неминучістю спричинює зміну традиційних та появу нових категорій і понять, що відображають і виражають цю дійсність, створює своєрідну ілюзію нестійкості, плинності відповідних категорій і понять, а це психологічно нерідко сприймається болісно, насамперед «старожилами» науки, створює у певної частини наукової громадськості помилкове почуття неспроможності фінансово-правової науки. Насправді ж, як влучно висловився А.Хоцей, «пливуть не поняття, а тече реальність, що відображається в них. Самі ж поняття як інструмент мислення схоплюють у невпинно мінливій реальності тільки її усталені риси, тільки її визначеність». Тому достатньо обґрунтованим видається нам висновок В.Селіванова про те, що «приведення наукових абстракцій у відповідність з реальністю, яка змінюється, є постійною методологічною проблемою кожної науки», в тому числі і фінансово-правової.

Якщо ж врахувати поряд з першим фактом і те, що наявний нині на озброєнні науки фінансового права категорійно-понятійний апарат в основному був сформований ще радянською наукою фінансового права за вимогами іншої її парадигми, то цілком очевидною стає необхідність не просто вдосконалення його, а глибокої якісної переробки цього інструментарію. Вихідною системоутворюючою категорією науки пострадянського фінансового права, на нашу думку, повинна стати категорія **«почала фінансового права»**. Наукою фінансового права вона ніколи раніше не тільки не досліджувалась, але й не вживалась. Це зумовлено безліччю причин, з яких ми в даній статті виділимо лише декілька. По-перше, у попередній період розвитку науки фінансового права не було ні практичної, ні теоретичної потреби у виділенні цієї категорії. По-друге, наука фінансового права ще не досягла була необхідного рівня розвитку для виділення цієї категорії. В даний час визріла об'єктивна необхідність в обґрунтуванні даної категорії, а досягнутий рівень розвитку науки фінансового права дозволяє це зробити. Така зміна вихідних категорій науки фінансового права цілком природна, тому що вже відбулася зміна парадигм суспільного розвитку.

Глибинні начала фінансового права зумовлені первинною потребою індивіда і держави – забезпечити своє існування, зберегти себе як явище, як феномен, тобто поява й існування цих начал продукуються **первородними інстинктами самозбереження індивіда і держави**. Однак якщо індивід є продуктивною силою суспільства й у силу своєї природи здатний сам створювати умови свого самовідтворення (у тому числі, створивши із собі подібних суспільство, і продукувати появу держави на відповідному етапі свого розвитку), то держава такою властивістю не наділена. Тобто, маючи природну потребу у функціонуванні держави, індивід приречений утримувати не тільки себе, але й державу, сам розподіляти через відповідні суспільні інститути в необхідних пропорціях створені ним блага між собою і державою. У сучасних умовах цивілізованого формою такого розподілу виступає фінансове право. Саме цей феномен життя сучасного цивілізованого суспільства і покликана адекватно розкрити пострадянська наука фінансового права і тим самим виробити теоретичні передумови нової, по-справжньому ефективної фінансової політики держави як особливого суб'єкта фінансових правовідносин. Адже вона може відігравати у них від вкрай конструктивної до вкрай деструктивної роль.

Отже, фінансове право у своїй субстанціональній сутності є юридичною формою вище продемонстрованої нами соціальної данності. Воно однаково підпорядковане історичним, моральним і національним, тобто перемінним у часі началам, і універсальним, не залежним від часу його началам. Власне субстанціональна сторона його начал виражає його універсальність, не залежну ні від місця, ні від часу – воно було, є нині і залишиться в майбутньому правом розподільних, перерозподільних і контрольних відносин у суспільстві з приводу публічних фінансів, тобто, тієї частки власності приватного власника, яка переходить до власності держави, незалежно від того, у якій історичній та іншій формі ця субстанція проявляється. Тривалий історичний період, у класичній формі аж до появи демократичних парламентів замість фінансового права **існувало фінансове неправо**. Тільки з перемогою буржуазних революцій і утвердженням внаслідок цього ідей юридичного лібералізму, що ознаменувало собою завершення середньовіччя в правознавстві і правозастосуванні, виникло **фінансове право як міра свободи всіх суб'єктів фінансових правовідносин**. Проте воно було ще, так би мовити, нерівним фінансовим правом для різних суб'єктів фінансових правовідносин, а тому являло собою швидше всього фінансове субправо. Стосовно пострадянських країн такий його вимір з 1917 р. до моменту краху СРСР було призупинено, а в даний час він знову повертається і набирає силу.

Справжнім призначенням фінансового права з позицій природно-позитивної доктрини фінансового права і принципу соціального натуралізму, як впливає з нині чинних конституцій пострадянських держав, є досягнення суспільно необхідного компромісу з приводу публічних фінансів між виробниками новоствореної доданої вартості та інститутами публічної влади, встановлення та підтримка, забезпечення балансу їх природних прав і законних інтересів, вироблення правових механізмів, завдяки яким стануть усе повніше, в міру можливостей, задовольнятися на основі принципу конкуренції заявлених суспільних потреб власне ці потреби, з одного боку, і не пригнічуватися і, тим більше, не знищуватися, що повсюдно має місце нині, а навпаки, якнайшвидше прирощуватися можливості приватного сектора суспільного виробництва задовольняти власні потреби і виробляти водночас усе більш вагомий публічний фінансовий продукт, що дозволить набагато повніше задовольняти зростаючі суспільні потреби завтрашнього дня, у публічних фінансах, з іншого боку.

Щоб усе це з можливості перетворилося в реальність, фінансове право, пройшовши у власній еволюції неминучі історичні етапи становлення і розвитку від **фінансового неправо** у рабовласницькому та феодальному суспільстві через **нерівне** для різних суб'єктів фінансових правовідносин **фінансове право** буржуазного, соціалістичного і нинішнього українського суспільства, **повинно стати рівним** для усіх суб'єктів фінансових правовідносин **мірилом** відповідних прав та обов'язків, погодження їх інтересів.

Прототипом для майбутнього фінансового права України може бути чинне право ЄС. Основною його властивістю якраз і є **рівність як інструмент**. Вона стала наслідком іншого імперативу сучасної епохи – визнання найвищою неперехідною цінністю природних прав людини, свободи людини. Проте ця свобода має своєю межею таку ж свободу інших індивідів. Набуття правами людини як феноменами природного права безпосередньої правової чинності, їх проникнення у саму тканину юридичної матерії стало не тільки найвизначнішим правовим явищем сучасної епохи, але й нездоланим імперативом фінансово-правової дійсності. Саме тому найважливішим **онтологічним** виміром, началом фінансового права є його **субстанціональна властивість масштабу** (мірила, критерію) прав та обов'язків суб'єктів фінансових правовідносин з приводу публічних фінансів. З позицій природно-позитивної доктрини права та принципу соціального натуралізму таким масштабом істинного **фінансового права повинна стати його рівність як інструменту для усіх суб'єктів фінансових правовідносин**. Це аксіома.

Висхідним **гносеологічним** началом **фінансового права** з цих же позицій є його **об'єктивна нормативність, виражена та закріплена у відповідних позитивних формах**, насамперед в Конституції держави. Ця нормативність проявляється, зі змістовної сторони, у періодичному відщепленні частини новоствореної приватної власності, яка так само періодично відтворюється та примножується, і передачі її у власність публічної влади. На певному етапі суспільного розвитку державою встановлюються позитивні, тобто, зовнішні атрибути цієї нормативності, її цілі юридичні конструкції. Особливістю прояву нормативного характеру фінансового права у сучасну епоху є необхідність позитивного фіксування його виключно у фінансових законах держави, що приймаються за спеціальною процедурою.

Найважливішим **аксіологічним** началом істинного фінансового права є **принцип адекватності інтересів** (більш відомий як принцип справедливості) виробника суспільних благ та

відповідного інституту публічної влади з приводу тієї частки новоствореної суспільної вартості, яка переходить із власності її творця у власність держави чи органу місцевого самоврядування, досягнення на цій основі правового консенсусу між ними. Це завдання надто складне, особливо в умовах панування правового нігілізму з обох сторін. Проте відмова від його досягнення загрожує суспільству ще суттєвішим ускладненням та небезпеками.

Щоб **начала фінансового права** могли відігравати винятково важливу роль в регулюванні фінансово-правової дійсності і тим самим виконати свою історичну місію, вони повинні бути нормативно закріплені в Основному Законі держави безпосередньо або виведені з нього Конституційним Судом України. Чинна Конституція України містить в собі достатні передумови для цього. Позитивне закріплення начал фінансового права в інший спосіб також зіграє прогресивну роль, однак не дозволить сповна скористатися закладеним у них глибинним внутрішнім потенціалом.

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ЮСТИЦІЇ В УКРАЇНІ

Романюк Л.

Київський національний економічний університет

Запровадження адміністративної юстиції – це новий якісний крок на шляху розвитку та утвердження в Україні правової держави та громадського суспільства.

Основною складовою змісту адміністративної юстиції є спір, існування якого зумовлено наявністю адміністративного конфлікту, а підставою ініціювання є факт оскарження громадянином дій чи бездіяльності органів виконавчої влади та місцевого самоврядування. Спір про права виникає у зв'язку з реалізацією управлінських функцій органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, тобто органами наділеними владними повноваженнями, що зумовлює первинно юридично нерівне положення сторін, з яких одна має владні повноваження, а інша є об'єктом управлінського впливу.

Саме зазначена специфіка спору і зумовила утворення системи спеціалізованих адміністративних судів та запровадження спеціальних правил адміністративного судочинства.

Спеціалізація судів і внутрішня спеціалізація суддів покликані сприяти більш фаховому та швидкому вирішенню спорів. Крім того, як слушно зауважують деякі науковці, необхідність створення в Україні адміністративних судів зумовлена також невисоким ступенем довіри населення до судів. Адміністративні суди мають здобути авторитет і повагу швидше, ніж у людей зміняться на краще далеко не позитивні уявлення про загальні та господарські суди. Запровадження спеціальних правил діяльності адміністративних судів щодо розгляду і вирішення адміністративних справ дає змогу найбільш повно врахувати специфіку предмета судового розгляду та становище сторін у процесі. Принципи верховенства права і законності мають особливе значення в адміністративному судочинстві, а змістовне наповнення принципів змагальності та диспозитивності є дуже специфічним. Крім того, особливим (галузевим) властивим лише адміністративному судочинству є принцип офіційного з'ясування обставин у справі.

Таким чином, адміністративна юстиція покликана стати дієвим механізмом, гарантією забезпечення громадянам їх прав та свобод у сфері виконавчої влади та місцевого самоврядування.

Це підтверджується і проголошенням ст.2 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС) основним завданням адміністративного судочинства захист 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 та службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень.

Враховуючи викладене, дещо незрозумілим видається віднесення, згідно ст.17 КАС до юрисдикції адміністративних судів спорів „між суб'єктами владних повноважень з приводу реалізації їх компетенції у сфері управління, в тому числі делегованих повноважень”, спорів „за зверненням суб'єкта владних повноважень у випадках, встановлених законом”.

В науковій літературі висловлюються думки про можливість здійснення певного контролювання органами адміністративної юстиції у сфері публічного управління, відмічається, що „адміністративна юстиція може....допомогти своїм регулюванням чіткому функціонуванню державного апарату.”

Як зазначає Ю. Педько, до завдань адміністративної юстиції у сфері управління можна віднести: забезпечення законності в процесі децентралізації; сприяння ліквідації випадків дублювання повноважень органами виконавчої влади (ліквідація компетенційних колізій); забезпечення компетенційної дисципліни, тобто ліквідація випадків перевищення повноважень окремими органами місцевого самоврядування, органами виконавчої влади або посадовими особами, а також випадків управлінської бездіяльності; сприяння подоланню прогалин у сферах управлінського впливу як органів місцевого самоврядування, так і органів виконавчої влади.

На нашу думку, всі перелічені завдання повинні б виконуватися в рамках законотворчої діяльності та ефективної управлінсько-розпорядчої діяльності всередині виконавчої гілки влади, а не переноситися на судову систему. Однак, враховуючи те, що державний управлінський апарат перебуває на стадії реформування і проблеми компетенційного характеру можуть негативно вплинути на дотримання прав та свобод громадян в процесі управління, а також те, що при розгляді спорів між органами управління, органами місцевого самоврядування громадянин не виступає безпосереднім учасником судового процесу, можна погодитися на виконання адміністративною юстицією цієї суто управлінської функції протягом певного періоду.

Що ж до можливості розгляду адміністративними судами позовів суб'єктів владних повноважень стосовно фізичних та юридичних осіб, то, як слушно зауважують науковці, це суперечить самій ідеології адміністративної юстиції, яка за своїм історичним генезисом має суто правозахисну природу, тобто спрямована виключно на захист людини від органів публічної влади і не повинна вирішувати будь-які справи проти людини. Тому не можна погодитися з позицією законодавця, згідно якої фізичні особи, їх об'єднання, юридичні особи, які не є суб'єктами владних повноважень можуть виступати відповідачами в адміністративному суді за адміністративним позовом суб'єкта владних повноважень: 1) про тимчасову заборону (зупинення) окремих видів або всієї діяльності об'єднання громадян; 2) про примусовий розпуск (ліквідацію) об'єднання громадян; 3) про примусове видворення іноземця чи особи без громадянства з України; 4) про обмеження щодо реалізації права на мирні зібрання (збори, мітинги, походи, демонстрації, тощо); 5) в інших випадках, встановлених законом (ч.4 ст.50 КАС).

Зазначені питання мали б вирішуватися в адміністративному (позасудовому) порядку. Якщо ж наполягати на судовому розгляді зазначених справ, то варто відмітити, що виникають вони у зв'язку з порушенням правопорядку і за цих умов предметом спору є делікт, який розглядається судом в порядку провадження про адміністративну відповідальність.

В адміністративному ж суді повинні розглядатися виключно скарги (позови) громадян на порушення їх прав суб'єктами владних повноважень, оскільки, як неодноразово наголошується в наукових дискусіях, основним завданням адміністративної юстиції є захист громадян, а не правопорядку, що існує.

Наявність зазначеної проблеми зумовлена рядом чинників. На сьогодні немає єдиного підходу до визначення поняття, розуміння змісту, завдання адміністративної юстиції. У дослідженнях таких учених, як М. М. Коркунов, С.О.Корф, О.І. Єлістратов, М.Д. Загряцков, І.Т. Тарасов, Н.Ю. Хаманєва, Д.М. Чечот, Ю. М. Старілов, у працях таких вітчизняних учених, як В.Б. Авер'янов, Ю.П. Битяк, М.К. Галантич, І.П. Голосніченко, В.М. Кампо, І.Б. Коліушко, В.С. Стефанюк, В.І. Шишкін, Ю. С. Педько та інших ідея адміністративної юстиції отримала своє теоретичне підґрунтя, обґрунтування сутності, змісту та необхідності запровадження. Однак в науковій літературі існують різні підходи до розуміння адміністративної юстиції. Цей інститут відносять і до судово-контрольного інструменту держави, що забезпечує законність у державному управлінні, і до правозахисного механізму держави, не відхиляючи при цьому можливості певного контролювання у сфері публічного управління органами адміністративної юстиції.

Варто відмітити, що в останні роки в наукових колах все більше дослідників схиляються до думки, що основною місією адміністративної юстиції є саме захист прав та свобод громадян у відносинах з органами державного управління. Це вочевидь тісно пов'язано з тим, що наразі відбувається реформування вітчизняного адміністративного права. І, як слушно зазначає В. Авер'янов, в новій адміністративно-правовій доктрині суттєво по-іншому трактується суспільна цінність галузі права, відбувається відхід від розуміння його виключно як права „управлінського” і розгляд його як основного регулятора гармонійних взаємостосунків між публічною адміністрацією – суб'єктами виконавчої влади і місцевого самоврядування – та громадянами.

Оскільки, згідно з фундаментальними положеннями юридичної науки, ступінь законодавчої урегульованості того чи іншого явища зумовлений його теоретичними розробленнями, то стає очевидним, що КАС віддзеркалює ті проблеми, процеси і невизначеності, що мають місце в наукових розробках. І очевидно, що питання адміністративної юстиції потребує значного доопрацювання, формування єдиної вітчизняної концепції, що і стане основою удосконалення КАС.

МІСЦЕ БЮДЖЕТНОГО ВІДШКОДУВАННЯ У ЗАБЕЗПЕЧЕННІ ВИКОНАННЯ ОБОВ'ЯЗКУ ЗІ СПЛАТИ ПОДАТКУ НА ДОДАНУ ВАРТІСТЬ

Саленков А.

Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого

Податок на додану вартість являє собою різновид акцизу, це універсальний фінансовий інструмент. За допомогою податку на додану вартість складається можливість регулювання фонду заробітної плати, ціни. Він створює можливість ліквідувати зайві ланки господарського управління. Крім того, він дозволяє відносно точно визначити реальну вартість кожного товару й на підставі цього формувати об'єктивні економічні пропорції. Необґрунтовані пільги по податку на додану вартість являють собою сховане дотування окремих галузей, що знижує їхню конкурентоспроможність, ефективність і збільшує інфляційні процеси.

В основі деталізації рис податку на додану вартість повинні знаходитися його характерні риси. Певну увагу аналізу цієї проблеми приділено в науковій літературі. У цьому випадку мова може йти про найбільш важливі характеристики сутнісних рис податку на додану вартість:

1. він є найважливішим видом загальнодержавного податку. Це означає, насамперед, орієнтованість його на надходження його винятково в дохідну частину державного бюджету, в основі чого лежить стабільність значної частки податкових надходжень;
2. це специфічний різновид непрямого податку, що повинне бути пов'язане з підходом законодавця до класифікації податків у цілому;
3. податок на додану вартість є податком на споживання, фактором, що стримує збільшення споживання, що обмежує доступ до товарів (роботам, послугам) за рахунок збільшення ціни;
4. податок на додану вартість реально сплачується споживачем, тоді як перераховується в бюджет особою, що реалізує товар, здійснює роботу або послугу;
5. даний податок носить універсальний характер: сплачується при реалізації, обороті, наданні будь-якого товару (роботи, послуги) і стягується на кожному етапі зовнішнього або внутрішнього обороту товарів (робіт, послуг).

Використання податку на додану вартість в Україні припускає існування досить специфічного механізму співвіднесення податкового обов'язку, що виникає у платника при купівлі товарів (робіт, послуг) і при їхньому продажі. Позитивне або негативне значення їхньої відповідності один одному й породжує конструкцію податкового кредиту або бюджетного відшкодування. Бюджетне відшкодування являє собою суму, що підлягає поверненню платникові податку на додану вартість із бюджету у зв'язку з надлишковою сплатою податку. Даний надлишок може утворитися при зіставленні суми податку на додану вартість, сплаченого платником при придбанні товарів (робіт, послуг) і суми податку на додану вартість при реалізації товарів (робіт, послуг) у виробництві або здійсненні яких брали участь товари (роботи, послуги) придбані або отримані ним. Відхилення при зіставленні даних сум і приводить або до податкового кредиту, або до бюджетного відшкодування.

Утворення негативної різниці при обчисленні податку на додану вартість делегує платнику податків право на відшкодування подібної різниці за рахунок того фонду, куди направляється сума від сплати податку – державного бюджету. Абсолютно аргументовано звертають увагу на те, що подібне відшкодування зовні схоже із процедурою повернення зайво сплачених сум податку. Однак природа виникнення передумов і обов'язку перерахування платникові сум з бюджету принципово різна. Підтверджує це й той факт, що Податковим кодексом Російської Федерації дані процедури регулюються різними нормами.

На діючий порядок обчислення податку на додану вартість і визначення бюджетного відшкодування істотно вплинули зміни, внесені Законом України «Про внесення змін до Закону України "Про Державний бюджет України на 2005 рік" і деяких інших законодавчих актів України» у Закон України «Про Державний бюджет України на 2005 рік» і відповідно – у Закон України «Про податок на додану вартість». Враховуючи зазначені зміни, новий механізм відшкодування діє з 1 червня 2005 року. У той же час, новий порядок відшкодування й нова форма декларації ще не

розроблені. І, нарешті, у новій редакції Закону України «Про податок на додану вартість» виключена ст. 8, якою регулювався порядок проведення експортного відшкодування. Тому розрахунок і порядок відшкодування не будуть залежати від виду здійснюваних платником операцій (експортних і здійснюваних на території України), які обкладаються податком на додану вартість по нульовій ставці.

Бюджетне відшкодування здійснюється протягом періоду, на протязі якого з Державного бюджету України відповідно до рішення платника перераховується належна йому сума податку на додану вартість. Сума податку, що підлягає сплаті (перерахуванню) у бюджет або бюджетне відшкодування, визначається як різниця між сумою податкового зобов'язання звітного податкового періоду та сумою податкового кредиту такого звітного податкового періоду. При позитивному значенні цієї суми, вона підлягає сплаті (перерахуванню) у бюджет у строки, встановлені для відповідного податкового періоду. При негативному значенні така сума враховується при зменшенні суми податкового боргу по цьому податку, що виник за попередні податкові періоди (у тому числі розстроченого або відстроченого), а при його відсутності – зараховується до складу податкового кредиту наступного податкового періоду.

При порушенні платником податку порядку подання податкової декларації бюджетне відшкодування продовжується на строк затримки подачі звітності. Якщо останній день строку подання податкової звітності припадає на вихідний (святковий) день, то кінцевим строком подання податкової звітності вважається перший після вихідного (святкового) робочий день. У випадку якщо за результатами перевірки виявляється факт завищення суми бюджетного відшкодування (заявленого в податковій декларації), то сума такого завищення вважається сумою податкового зобов'язання, прихованої від оподаткування. Якщо в результаті такого завищення отримане бюджетне відшкодування, то платник податку визнається таким, що ухиляється від оподаткування. Платник податку несе також відповідальність у випадку, якщо на момент перевірки суми податку на додану вартість (попередньо включені ним до складу податкового кредиту) залишаються документально не підтвердженими. Якщо платник у майбутніх звітних періодах самостійно виявляє помилки щодо розміру задекларованої ним суми податку на додану вартість до відшкодування, то він зобов'язаний подати нову податкову декларацію, що містить виправлені показники (уточнену декларацію).

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ МЕДИЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У ГАЛУЗІ НАРОДНОЇ І НЕТРАДИЦІЙНОЇ МЕДИЦИНИ

Сенюта І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відповідно до положення норми ст. 3 Конституції України, виходячи із вимог законодавства у галузі охорони здоров'я, постає необхідність належного врегулювання медичної діяльності в сфері народної і нетрадиційної медицини. В останні роки у нашій державі процвітають гороскопи, ясновидіння і чаклунство. Одні з цих методів є безпечними, без терапевтичного результату, інші ж можуть мати позитивний чи негативний ефект для стану здоров'я пацієнта. За даними ВООЗ кожний третій хворий звертається за допомогою до нетрадиційної медицини. Тому питання регулювання народної і нетрадиційної медицини на сьогодні є одним з найбільш цікавих і складних в Україні.

Основні підходи до правового регулювання медичної діяльності у галузі народної і нетрадиційної медицини у різних країнах світу сформувався не так давно. В основі законодавчого забезпечення лежать дві важливі проблеми: допустимі межі лікування таким способом та гарантії захисту від шарлатанства та некомпетентності, що можуть бути небезпечними для життя і здоров'я людини. Пропозиції щодо узаконення народної і нетрадиційної медицини зустрічали і досі зустрічають опір з боку офіційної медицини. Хоча у більшості розвинутих держав ставлення до таких способів надання допомоги змінилось, оскільки класична медицина не у всіх випадках може задовольнити потреби населення при наданні медичної допомоги, а, крім цього, громадськість зрозуміла позитивні аспекти цих методів, зокрема, більш природний їх вплив на організм, безумовну ефективність багатьох з них, виникнення численних ускладнень та незадоволення пацієнта при лікуванні методами офіційної медицини та інше.

За кордоном народна і нетрадиційна медицина знаходить різні підходи у законодавчому регулюванні. Зокрема, у Великобританії, як і в Скандинавських країнах, перед законом рівні зареєстрований представник сучасної медицини і цілитель, який має ліцензію на практику. Але ця практика обмежена певними умовами, недотримання яких розцінюється як порушення закону. У Нігерії кандидат, що прагне отримати ліцензію на роботу у вказаній галузі, повинен працювати в лікарні під керівництвом відповідального лікаря. Лише після цього він може звернутись до Міністерства охорони здоров'я для отримання ліцензії. У Швеції закон забороняє особам, які не мають кваліфікації лікарів, надавати допомогу хворим на інфекційні захворювання, злоякісні пухлини, діабет, епілепсію, вагітним, обстежувати і лікувати дітей віком до 8 років, давати письмові рекомендації. Італія, Франція, Бельгія, Люксембург народну і нетрадиційну медицину ставлять поза законом, а особа, яка порушила його, незалежно від наслідків цього порушення, буде нести адміністративну чи кримінальну відповідальність. На відміну від цих держав, у Нідерландах порушники закону притягуються до відповідальності лише у випадку, коли настають тяжкі наслідки, що виникають через втручання цілителя, наприклад, смерть внаслідок лікування. Поки не трапляється нічого серйозного, таких цілительів просто не помічають і ставляться до них з терпимістю, але й офіційно не визнають.

В Україні питання народної і нетрадиційної медицини регулюється у ч.2 і 3 ст. 74 Основ законодавства України про охорону здоров'я, де закріплено, що особам без спеціальної освіти дозволяється діяльність у галузі народної і нетрадиційної медицини як виняток за спеціальним дозволом Міністерства охорони здоров'я України або уповноваженого ним органу охорони здоров'я, а також визначено, що МОЗ України встановлює єдині кваліфікаційні вимоги до осіб, які займаються певними видами медичної і фармацевтичної діяльності, у тому числі в галузі народної і нетрадиційної медицини. Крім цього, питання народної і нетрадиційної медицини регулюється на рівні підзаконних актів, а саме: Наказ МОЗ України від 10 серпня 2000 року „Про надання спеціального дозволу на медичну діяльність у галузі народної нетрадиційної медицини”, Інструкція про порядок надання Комітетом з питань народної і нетрадиційної медицини при Міністерстві охорони здоров'я України спеціального дозволу для провадження медичної діяльності в галузі народної і нетрадиційної медицини, затверджена наказом МОЗ України від 10 серпня 2000 року, Указ Президента України від 31 липня 1998 року „Про заходи щодо врегулювання діяльності у сфері народної і нетрадиційної

медицини”, Положення про організацію роботи цілителя, який здійснює медичну діяльність у галузі народної і нетрадиційної медицини, затверджене наказом МОЗ України від 11 лютого 1998 року.

У національному законодавстві розмежовано поняття народної і нетрадиційної медицини. Згідно п. 1.2.2. зазначеної Інструкції від 10 серпня 2000 р. під *народною медициною* розуміється сума всіх знань і практичних методів, що застосовуються для діагностики, профілактики і ліквідації порушень фізичної і психічної рівноваги, які спираються винятково на практичний досвід та спостереження, що передаються з покоління у покоління як в усній, так і в письмовій формі. *Нетрадиційною медициною* визнаються знання і практичні методи народної медицини, які мають автора. Для прикладу, Основи законодавства РФ про охорону здоров'я громадян регламентують лише питання народної медицини. У ст. 57 Основ закріплено визначення народної медицини (цілительства) як методів оздоровлення і лікування, що базуються на досвіді багатьох поколінь людей, утверджених у народних традиціях і не зареєстрованих у порядку, передбаченому законодавством РФ.

Цілителям в Україні визнається особа, яка не має спеціальної медичної освіти, але володіє певним обсягом професійних знань та вмінь у галузі народної і нетрадиційної медицини. Займатись медичною діяльністю у цій сфері можна за наявності спеціального дозволу (ліцензії) МОЗ України, у якому зазначається метод народної і нетрадиційної медицини, який буде використовуватись при здійсненні медичної практики, спеціальність лікаря, під контролем якого вона провадитиметься. У вітчизняному законодавстві закріплено вимоги, необхідні для заняття народною і нетрадиційною медициною, дотримання яких особами, що планують таку медичну діяльність, має бути неухильним. Зокрема, до умов, що є гарантіями забезпечення прав пацієнтів при наданні медичної допомоги методами народної і нетрадиційної медицини, відносяться такі:

1. Отримання спеціального дозволу МОЗ України;
2. Зайняття такою діяльністю під контролем лікаря або в умовах лікувального закладу;
3. Здійснення медичної практики, яка передбачена у ліцензії, в обсязі та порядку, визначеному законодавством;
4. Узгодження своїх дій щодо надання консультативної та лікувальної допомоги пацієнтам з лікарем-спеціалістом;
5. Ведення медичної документації у встановленому порядку;
6. Забезпечення пацієнтам консультування у лікаря-спеціаліста або скерування до лікувального закладу з метою надання кваліфікованої медичної допомоги, у разі відсутності діагностичного або лікувального ефекту, при виникненні будь-яких ускладнень від використання методів народної та нетрадиційної медицини;
7. Підвищення рівня кваліфікації у галузі основ медичних знань та володіння методами народної і нетрадиційної медицини згідно затверджених програм;
8. Виконання норм і правил санітарно-епідемічного законодавства;
9. Дотримання принципів медичної етики і деонтології.

Медична діяльність у галузі народної і нетрадиційної медицини може здійснюватись у межах, передбачених законодавством. До загальнодозволених видів медичної діяльності не відносяться (п. 1.8. Інструкції від 10 серпня 2000 р.):

- лікування онкологічних хворих;
- лікування хворих на інфекційні захворювання, у тому числі венеричні та заразні шкірні, СНІД;
- лікування хворих на наркоманію;
- лікування психічно хворих, які потребують невідкладної госпіталізації;
- видавання висновку про психічний стан здоров'я;
- догляд та лікування ускладнень вагітності;
- хірургічні втручання, у тому числі аборти;
- проведення розрахованих на масову аудиторію лікувальних сеансів та інших аналогічних їм заходів з використанням методу гіпнозу та інших методів психічного або біоенергетичного впливу.

Дивлячись на масштаби діяльності цілительів, серед яких є удавані цілители, які користуються людським горем, зневірою, розгубленістю і стражданням, некваліфікована діяльність яких є

небезпечною для життя і здоров'я пацієнтів, а також на те, що жадоба збагачення перетворює так званих цілителів на успішних підприємців, метою яких є гроші, а не життя і здоров'я людей, а наслідком „лікування” – смерть, інвалідність, за давності хвороби тощо, бачимо нагальну потребу розроблення і прийняття Закону України „Про медичну діяльність у галузі народної і нетрадиційної медицини в Україні”. У законі потрібно було б закріпити понятійний апарат, що забезпечив би уніфікацію термінології і заповнив прогалини у цьому контексті на практиці, передбачити принципи народної і нетрадиційної медицини (активна позиція щодо збереження здоров'я, гуманістична спрямованість, компетентність і професіоналізм фахівців, інтеграція з офіційною медициною, діяльність закладів народної та нетрадиційної медицини в системі практичної медичної допомоги тощо), а також межі такого виду діяльності. Доцільно розробити також чіткий і жорсткий механізм надання дозволу на заняття цим видом діяльності, щоб запобігти зловживанням при видачі дозволів і не перетворювати цю процедуру у бізнес, що дуже реально за нинішньої політико-економічної і морально-етичної ситуації у державі. У законі необхідна детальна регламентація правового статусу цілителя і лікаря, при якому він здійснює свою діяльність, а також потрібно закріпити вимоги до особи, що буде займатись народною чи нетрадиційною медициною. При розкритті поняття цілитель потрібно відмовитись від надмірного використання оціночних визначень, чітко окреслити обсяг знань і вмінь, що необхідний для здійснення такого виду медичної практики, забезпечити належну перевірку претендентів на наявність здібностей саме у них. Обов'язком законотворця є також закріплення гарантій медичної діяльності у галузі народної і нетрадиційної медицини з метою запобігання зловживанням і негативним тенденціям у цій сфері.

Медична практика у галузі народної і нетрадиційної медицини є потрібним, ефективним, але водночас і небезпечним видом діяльності, коли стає інструментом у руках у невмілих шарлатанів. На сьогодні перед Україною стоїть нагальне завдання – удосконалити законодавчу базу у сфері охорони здоров'я, у тому числі і в галузі народної і нетрадиційної медицини.

Слушно погодитись з думкою вчених, які вважають, що одним із завдань медицини майбутнього є органічне поєднання всього позитивного, що є чи було в офіційній і народній та нетрадиційній медицині. Майбутнє саме за інтегративною медициною. Інтеграція повинна відбуватись за такими основними напрямками: здійснення заходів щодо створення та застосування інтегративних навчальних програм для студентів вищих медичних закладів освіти; ознайомлення професійних медичних працівників з методами народної та нетрадиційної медицини, а народних цілителів – з основами медичних знань і надбаннями офіційної медицини; віднесення методів народної та нетрадиційної медицини до медичних технологій як у закладах освіти народної і нетрадиційної медицини, так й офіційної медицини.

**МІЖНАРОДНІ НОРМИ ПРО ПІДЗВІТНІСТЬ У СФЕРІ ОХОРОНИ
ПРАВОПОРЯДКУ*****Синкова О.****Донецький національний університет*

Сьогодні роль державних органів, за допомогою яких здійснюється захист прав и свобод громадян, підвищується, зростає значення подальшої правової регламентації їх діяльності.

Важливими принципами, проголошеними в Декларації про державний суверенітет України належать: першочерговість, непорушність свободи особистості, її прав та інтересів, честі і гідності, її охорона та гарантованість, справедливий розподіл прав і обов'язків, а також взаємна відповідальність між особистістю і державою, наявність активних форм контролю та нагляду за здійсненням законів.

Питання контролю та механізму юридичної підзвітності у системі державного управління досліджувалося в працях таких вчених-правознавців як В.Б. Авер'янов, О.М. Бандурка, Ю.П. Битяк, В.В. Богущкий, А.С. Васильєв, І.П. Голосніченко, В.М. Горшенєв, Р.А. Калюжний, Л.В. Коваль, А.Т. Комзюк, В.В., Опришко, М.Ф., Орзіх, О.І. Остапенко, В.П. Петков, Р.С. Павловський, В.О. Прилуцький, Л.М. Рабінович, В.М. Самсонов, О.Д. Святоцький, В.О. Селіванов, В.В. Стефанюк, М.М. Тищенко, Ф.Д. Фіночко, О.М. Якуба.

В міжнародно-правових актах про корупцію підзвітність розглядається з метою визначення практичних організаційних принципів, наприклад, щодо створення нових слідчих підрозділів для боротьби з корупцією, "оскільки вона дозволяє політичному органу оцінити, які результати були досягнуті за даними витратами ресурсів, і покласти відповідальність за боротьбу з корупцією на конкретних осіб або конкретні органи".

У зв'язку з переоцінкою пріоритетів в державі і суспільстві, визнанням державою вищою цінністю прав і свобод людини, робота правоохоронних органів отримує багато в чому новий зміст. Особливе значення правоохоронних органів полягає у тому, що їх діяльність, яка спрямована на захист конституційних основ держави, законності, прав і свобод громадян, забезпечення громадського порядку і суспільної безпеки, на боротьбу із злочинністю, обумовлює необхідність розробки сучасної концепції, що включає систему контролю законодавчої влади за їх формуванням і функціонуванням.

В юридичній літературі питання підзвітності аналізується при визначенні теоретичних правових концепцій побудови держави і права. Під підзвітністю також розуміють обов'язки посадовців або установ надавати інформацію про свої дії іншим.

Міжнародні норми, що стосуються прав людини в області охорони правопорядку, служать міцною основою для етичних і правомірних дій співробітників поліції. Деякі норми мають безпосереднє відношення до етики здійснення поліцейських функцій, а інші примушують органи охорони правопорядку та їх посадових осіб звертати увагу на етичну сторону діяльності.

Обов'язок співробітників поліції як посадових осіб у справі підтримки правопорядку передбачає виконання вимог законів, у тому числі і законів, покликаних сприяти дотриманню і захисту прав людини. Тим самим співробітники поліції повинні дотримуватися основоположного принципу, на якому базується це законодавство, а саме принципу пошани людської гідності, і визнавати невід'ємні права людини відносно всіх осіб, без виключення.

Таким чином, в основі етичної і правомірної поведінки співробітників поліції лежить пошана закону, пошана людської гідності і тим самим пошана прав людини.

Міжнародні норми етичної і правомірної поведінки співробітників поліції визначають, що правоохоронна діяльність і підтримка громадського порядку повинна здійснюватися на основі наступних принципів: пошана закону і дотримання його; пошана гідності людської особи; пошана і захист прав людини.

Саме ці три основоположні принципи і є основою для етичної і правомірної поведінки співробітників поліції, і з них витікають всі конкретні вимоги і положення, що стосуються такої поведінки. Вищезгадані принципи закріплені в статтях 2 і 8 Кодексу поведінки посадових осіб у справі

підтримки правопорядку, прийнятим Генеральною Асамблеєю ООН в своїй резолюції 34/169 від 17 грудня 1979 року.

Етична і правомірна поведінка співробітників поліції включає питання щодо обов'язку повідомляти про порушення Кодексу поведінки посадовців по підтримці правопорядку. Йдеться про необхідність повідомляти про порушення. Фактична вимога полягає в тому, що співробітник поліції, який вважає, що мало місце порушення Кодексу, повинен повідомляти про те, що трапилося вищій інстанції і, у разі потреби, інші відповідні інстанції або органи, яким належать повноваження з нагляду або правового контролю. Вимога, що висувається до посадових осіб у справі підтримки правопорядку, полягає в тому, що вони повинні повідомляти про порушення за межами інстанцій лише у тому випадку, коли вся решта можливостей відсутня або неефективна.

Термін "посадові особи у справі підтримки правопорядку" позначає всіх посадових осіб, які володіють поліцейськими повноваженнями, особливо повноваженнями щодо затримання правопорушників.

Ст. 3 Кодексу поведінки передбачає, що посадові особи у справі підтримки правопорядку можуть застосовувати силу тільки у разі крайньої необхідності і в тій мірі, в якій це потрібне для виконання їх обов'язків. В коментарі йдеться про принцип пропорційності при застосуванні сили і підтверджується, що застосування вогнепальної зброї вважається крайнім заходом.

Вимога повідомляти про порушення стосується і принципів застосування сили і вогнепальної зброї посадовими особами. Ця вимога повідомляти про порушення в Кодексі конкретно не передбачається, проте, принцип містить заборону застосовувати кримінальні або дисциплінарні заходи відносно посадових осіб, які повідомляють про такі порушення.

Наприклад, питання про індивідуальну відповідальність вищих посадових осіб, які можуть віддати незаконні накази, та інших співробітників, які можуть отримати такі накази, має дуже важливе значення в організації з ієрархічною структурою, в якій все засновано на дисципліні. Посадова особа несе індивідуальну відповідальність, не дивлячись на те що він або вона отримав(а) від вищої особи наказ вчинити такі дії.

Що стосується положень, що вимагають від співробітників поліції повідомляти про порушення прав людини. В документах ця вимога не просто закріплюється як міжнародна норма, але і указується, коли посадова особа може і повинна повідомляти за межами правоохоронних інстанцій про такі порушення.

Сьогодні необхідне дослідження питань застосування міжнародних етичних норм в державному механізмі контролю за діяльністю правоохоронних органів з позицій загальної теорії держави і права.

ПІДСТАВИ КЛАСИФІКАЦІЇ СИСТЕМ ОПОДАТКУВАННЯ В УКРАЇНІ

Стаценко А.

Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого

Проблема класифікації систем оподаткування в науці фінансового й податкового права є досить актуальною. Останнім часом її торкалися у своїх роботах такі провідні вчені, як Н.П. Кучерявенко, И.Г. Русакова, А.В. Брызгалін.

Виходячи із самостійності бюджетів різних рівнів, можна виділити два рівні регулювання податкових потоків: (а) верхній рівень, що становить основу Державного бюджету, і (б) нижній рівень, – надходження в місцеві бюджети.

Відносини між органами влади при розподілі компетенції по податковому регулюванню змінюються залежно від державного устрою, специфіки адміністративно-територіальної будови, та традицій. У цілому можна виділити два типи подібних відносин.

Перший припускає надання вирішального впливу центрального органа державної влади на систему податкової ініціативи. Такі відносини характерні для США.

Другий характеризується участю на паях органів влади, при якому частка кожного рівня влади в податках визначається їхньою компетенцією. Такі відносини властиві багатьом європейським країнам. У бюджетній системі Німеччини частина федерального бюджету в податках з доходів господарських організацій корпоративного типу становить 42,5%; бюджету землі – 42,5%; місцевого бюджету – 15%.

Існування й функціонування системи оподаткування припускає різну орієнтацію в розподілі спрямованості компетенції в сфері оподаткування. Залежно від цього можна виділити кілька підходів до орієнтування податкової компетенції в системі оподаткування:

1. *Різні податки.* Ґрунтується на самостійному введенні податків відповідним рівнем влади. Є два варіанти цієї форми: (а) повний поділ прав і відповідальності різних рівнів влади у встановленні податків, які повністю надходять у бюджет відповідного рівня; (б) неповне. 2. *Різні ставки.* При реалізації цієї форми основні умови стягнення конкретного податку встановлює центральний орган влади, а місцеві органи визначають ставки податку, по яких податки зараховуються в місцевий бюджет. 3. *Різні доходи.* Воля місцевих органів влади в даній формі незначна, тому що між бюджетами різних рівнів діляться суми вже зібраного податку.

В економічно розвинених країнах взаємодія різних рівнів податкових відносин вирішується встановленням механізму відрахувань, при якому податки на доходи й нерухомість в основному надходять у місцеві бюджети, а Держбюджет зосереджує спеціальні, цільові надходження відповідно до певного напрямку витрат. Даний механізм дозволяє розмежувати повноваження центра й регіонів. Це створює можливість забезпечувати цільове фінансування пріоритетних загальнодержавних завдань, задовольняти загальнонаціональні інтереси й у той же час підтримувати фінансову незалежність регіонів.

В Україні законодавець визначає поняття "система оподаткування" як сукупність податків і зборів (обов'язкових платежів) у бюджети й державні цільові фонди, які сплачуються у встановленому законами порядку. Однак хотілося б звернути увагу на розмежування понять "*податкова система*" і "*система оподаткування*". Виходячи із чинного законодавства України, то вони збігаються. "Система оподаткування" – більше багатоаспектне й змістовне поняття, чим просто сукупність податків і зборів, що діють на території держави. Податкова система являє собою сукупність податків, зборів (обов'язкових платежів), законодавчо закріплених і обов'язкових до сплати на території держави. Система ж оподаткування крім податкової системи містить у собі й досить широкий спектр відносин, пов'язаних з реалізацією процесів оподаткування.

В найбільш загальній формі сукупності податків і зборів утворюють формування, що залежать від принципів підходів до адміністративно-територіального устрою держави. Це визначає як сполучення, так і розмежування незалежних грошових потоків по формуванню централізованих публічних грошових фондів на рівні держави й територіальних громад.

Класифікація податків є предметом досліджень багатьох учених. В основу розподілу податків і зборів покладається переважно критерій чинного законодавства залежно від компетенції органа, що вводить дію податкового платежу на відповідній території. У цілому залежно від компетенції органа, що вводить в дію податки й збори діляться на *загальнодержавні й місцеві*.

Залежно від каналу надходження класифікація податків і зборів здійснюється залежно від особливостей побудови бюджетної системи. Податкові платежі надходять у різні види бюджетів, на підставі чого їх можна розділити на *закріплені й регулюючі*. Структура бюджетної системи України визначається ст. 5 Бюджетного кодексу України і складається з Державного й місцевого бюджетів. Місцеві включають бюджет Автономної Республіки Крим, обласні, районні бюджети, бюджети районів у містах і бюджети місцевого самоврядування – бюджети територіальних громад сіл, селищ, міст і їхніх об'єднань.

Закріплені податки безпосередньо й цілком надходять у конкретний бюджет або позабюджетний фонд, що тоді як регулюють (різномірні) – одночасно в бюджети різних рівнів у пропорціях, що відповідають бюджетному законодавству. Суми відрахувань по таких податках, зачислювані безпосередньо в конкретні види бюджетів, визначаються при затвердженні кожного бюджету.

У такий спосіб варто визнати необхідність диференціації категорій «податкова система» і «система оподаткування», а також чіткого визначення порядку поділу доходу між бюджетами. Саме нормативно-правове регулювання даної проблеми дозволить полегшити процес формування різномірних бюджетів. Також, більш детального розгляду вимагає порядок установа місцевих податків і зборів.

**ЗАКОНОДАВЧЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОКРЕМИХ ЕЛЕМЕНТІВ ПРАВОВОГО
МЕХАНІЗМУ АКЦИЗНОГО ЗБОРУ В УКРАЇНІ***Степанов В.**Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого*

Природа акцизного збору дозволяє дійти висновку, що цей платіж, представляючи єдиний по своїй правовій природі механізм, поєднує, проте, кілька специфічних, своєрідних каналів надходження коштів у дохідну частину бюджетів. Надходження від реалізації алкогольної продукції, тютюнових виробів, нафтопродуктів, транспортних засобів відрізняються один від одного декотрою своєрідністю, що, безумовно, потребує й адекватного законодавчого регулювання. Специфіка даних різновидів у певній мері вимагає відособленого реагування законодавця при стягненні акцизного збору.

Акцизи визначаються законодавствами найчастіше як непрямі податки на певні товари, що включаються в ціну товару та сплачуються покупцями. Так, у відповідності зі ст. 1 Декрету Кабінету Міністрів України «Про акцизний збір» акцизний збір являє собою непрямий податок на окремі товари (продукцію), визначені законом як підакцизні, що включається в ціну цих товарів (продукції). У даній редакції законодавець відмовився від спроби визначити – що ж відноситься до монопольних і високорентабельних товарів. Обран більш простий шлях – закріплення переліку підакцизних товарів.

Характеристика акцизного збору пов'язана з оцінкою його як надбавки до ціни виробництва. Ще на межі XIX-XX століття на цю особливість акцизу звертали увагу провідні дослідники фінансово-правових відносин. Так, Д. Львов характеризував акциз як непрямий податок з деяких предметів внутрішнього виробництва, що стягувався усередині держави при якій-небудь операції під час самого виробництва або звертання до споживання й вносився позичково виробником або продавцем товару, що отримували його після зі споживача через підвищення ціни продукту.

Акцизний збір, як і податок на додану вартість, є непрямим податком, включається в ціну товару та сплачується споживачем, а не виробником товару. Однак акцизний збір є специфічним податком, тобто сплачується по декількох групах ставок, диференційованим по окремих видах товарів. Акцизний збір дуже схожий на податок на додану вартість. Дійсно, це непрямі податки: обидва включаються в ціну товару, і той, і інший сплачується споживачем.

Діюча система акцизного оподаткування як підакцизні товари виділяє три групи. Першу групу становлять підакцизні товари (продукція), які можуть використовуватися тільки в режимі особистого та, фактично, кінцевого споживання (делікатесні види продуктів харчування, тютюнові вироби, напої). Друга група підакцизних товарів (продукції) охоплює предмети, які передбачають виробниче споживання (наприклад, запасні частини, деталі та подібні). До третьої групи підакцизних товарів можна віднести різновиди товарів (продукції), які залежно від конкретних цілей, завдань можуть використовуватися як у режимі особистого споживання, так і виробничого (нафтопродукти, спирт і т.п.). Законодавець спробував закріпити при визначенні акцизного збору установку на те, що це податок на монопольні й високорентабельні товари. Поняття монопольного або високорентабельного товару чинне законодавство не містило; за яким принципом відносити товари до подібних – було неясно; яке принципове значення має віднесення товарів до монопольних або високорентабельних (а в окремих випадках товар міг бути віднесений одночасно до обох категорій) – не зрозуміло. Тому акцент на такі особливості акцизного збору виявився несуттєвим і діюче податкове законодавство виходить зі змісту акцизного збору як непрямого податку на окремі товари (продукцію), що визначені законом як підакцизні.

Відхід від класифікації підакцизних товарів на монопольні і високорентабельні зовсім не означає необхідності відмови від класифікації підакцизних товарів взагалі. У більш узагальненій формі, на наш погляд, важливо розмежовувати типи підакцизних товарів, обороти яких обумовлюють істотні особливості режиму руху від продавця до покупця або на митну територію України. При цьому, хотілося б приєднатися до позиції В. Бех, що наполягає на важливості розмежування двох груп підакцизних товарів, реалізація яких передбачає «... різні правові наслідки щодо виконання податкового обов'язку: а) товари, які підлягають позначенню марками акцизного збору; б) товари, які не підлягають позначенню марками акцизного збору». Абсолютно логічно, що при цьому має сенс у першій групі товарів виділяти підвиди імпортованих і вітчизняних підакцизних товарів. Сплата акцизного

збору при оподаткуванні обороту від їхньої реалізації буде відрізнятися порядком розрахунку, стягнення, сплати сум податку, особливостями окремих процедурних моментів.

Певна комплексність податкового й митного законодавства відображається і на визначенні митної вартості як бази оподаткування. А.Н. Козырин підкреслює при цьому, що митна вартість є особливим різновидом вартості товару, у визначенні якої окрім продавця й покупця бере участь третя сторона – митний орган. При цьому, очевидно, категорію митної вартості не слід зв'язувати винятково з обчисленням бази акцизного збору. Має сенс аналізувати її як поняття, що грає певне наскрізне значення, що має міжінституціональний зміст.

Особливістю закріплення акцизного збору є відсутність базової ставки й використання цілої системи конкретних ставок для окремих товарів. Перелік підакцизних товарів і ставок збору не тільки досить рухомий. Виділені в ньому товари не завжди однозначні. Законами України визначений перелік підакцизних товарів, по яких встановлені фіксовані ставки акцизного збору, відповідно до кодів виробів по Гармонізованій системі опису і кодування товарів в абсолютних величинах – з одиниці реалізованих товарів (продукції); у процентних розмірах – до обороту із продажів по товарах, реалізованим на території України.

Законодавче регулювання ставок акцизного збору в Україні пішло по переважному виділенню і закріпленню другого підходу диференціації ставок. У різних варіаціях і наборах національні податкові законодавства використовують саме тверді і процентні ставки. Варто погодитися, що в більшості випадків основний натиск робиться на застосування специфічних податкових ставок. Це пояснюється насамперед тим, що в цьому випадку забезпечується відносна простота контролю за обчисленням і сплатою податку. Це особливо важливо, коли мова йде про нарахування акцизу при перетинанні підакцизними товарами митного кордону. Акциз при цьому сплачується в системі обов'язкових платежів, пов'язаних із цією подією (ввізного мита і т.д.). Розмежувати при цьому податкові та митні обов'язки не завжди просто і закріплення спрощеного способу розрахунку акцизу при цьому є однією з істотних умов податкового регулювання. Крім того, використання специфічних (твердих) ставок акцизу дозволяє досить чітко й стійко погодити диференціацію типів підакцизних товарів з особливостями встановлення податкового обов'язку, сформулювати можливість детальної гармонізації сплати акцизу з окремого виду підакцизного товару, як при ввозі їх на митну територію, так і при безпосередній їхній реалізації.

**ОБМЕЖЕННЯ ПРАВА НА СВОБОДУ ЗІБРАННЯ В ЗАКОНОДАВСТВІ
ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН***Стеценко С., Яременко А.**Навчально-науковий інститут підготовки кадрів громадської безпеки та психологічної служби
Київського національного університету внутрішніх справ*

Сучасний період розвитку нашої держави називають – часом "мітингової демократії". Щоденно засоби масової інформації повідомляють про різноманітні масові заходи, що відбуваються в усіх регіонах держави. За допомогою таких дій громадяни України висловлюють свої думки з усіх актуальних питань життєдіяльності суспільства. Така поведінка свідчить, що громадяни усвідомили своє конституційне право на свободу зібрання і активно його реалізують.

Свобода мирних зборів є невід'ємним правом людини, закріпленим Загальною декларацією прав людини і гарантованим Конституцією України, де в статті 39 закріплене право громадян збиратися мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи й демонстрації. В той же час, свобода зборів не є необмеженою – частина 2 статті 39 Конституції зазначає: обмеження щодо реалізації цього права може встановлюватися судом відповідно до закону і лише в інтересах національної безпеки та громадського порядку – з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей. Але незважаючи на всю важливість цих прав, механізм їх реалізації та обмеження й дотепер належним чином не врегульований в окремому Законі, про наявність якого згадується в Конституції. Така правова невизначеність нерідко призводить до обмеження та порушення, або навпаки – до зловживання цим правом, коли його трактують як всездозволеність, що у підсумку призводить до групових порушень громадського порядку чи масових заворушень.

Законодавець намагається усунути цю прогалину і протягом останніх років на розгляд Верховної Ради України надано 7 законопроектів, які визначають порядок проведення громадсько-політичних заходів. Нажаль всі ці проекти далі другого читання не проходили і, або відхилялися, або направлялися на доопрацювання. Основною причиною відхилення та неприйняття є політичні суперечки між представниками правлячих та опозиційних партій. Кожна із сторін намагається закріпити в проекті Закону положення, які на даний момент відповідають її інтересам, що призводить до гострих суперечок з принципових питань: форми реалізації права (дозвільна або повідомлювальна), строків подання повідомлення, умов обмеження права та ін. Дискусії з цих питань продовжуються і зараз, до єдиної думки законодавці поки що не прийшли.

Виходячи з викладеного буде актуальним проаналізувати досвід інших країн, щодо правового регулювання реалізації права на свободу зібрання та умови і порядок його обмеження, з метою подальшого втілення позитивного досвіду у вітчизняне законодавство. Виходячи з цього, проаналізуємо законодавчі акти Австрії, Білорусії, Великобританії, Італії, Російської Федерації, США, Таджикистану, Угорщини, Франції, ФРН, які визначають порядок організації та проведення громадсько-політичних та інших масових заходів.

В більшості країн демонстрації, вуличні походи, мітинги та збори розглядаються як вираження суспільної думки і дозволяються всіма демократичними Конституціями, які містять положення про свободу слова та зборів. В той же час, дозволяючи таку форму волевиявлення громадян, законодавець передбачив можливість обмеження реалізації вищевказаних прав з метою недопущення небезпечної, ображаючої чи насильницької манери вираження думок, ідей або протесту.

Показовою в цьому питанні є одне із рішень Верховного Суду США, в якому вказано "Право на свободу слова та зборів є фундаментом для нашого демократичного суспільства, але це не означає, що кожний, хто бажає виразити свою думку або ідею, може зробити це публічно в будь-якому громадському місці, чи в будь-який час".

Законодавством вказаних держав передбачено регулювання та нагляд за проведенням масових заходів, переважно громадсько-політичних, в окремому нормативному акті на рівні Закону. Важливо відзначити, що за кордоном існує два підходи до цього питання: перший – в державі існує загальний законодавчий акт, який визначає поняття масового заходу, порядок забезпечення громадського порядку і безпеки під час його проведення та інші супутні питання та другий – держава законодавчо

регламентує порядок проведення окремих видів масових заходів, як правило громадсько-політичних, оскільки саме вони є найбільш проблемними в плані забезпечення правопорядку.

Так, в Австрії це Закон 1867 року "Про порядок проведення зібрань", в Білорусії Закон № 114-3/233-3 в редакції від 7.08.2003 року "Про масові заходи в Республіці Білорусь, Великобританії Закон 1986 року "Про громадський порядок", в Італії Закон 1975 року "Про охорону громадського порядку", в Російській Федерації Закон № 54 –ФЗ від 19.06.2004 року "Про збори, мітинги, демонстрації, походи та пікетування", в республіці Таджикистан Закон № 612 від 2.05.1998 року "Про збори, мітинги, демонстрації та мирні походи", в Угорщині Закон від 22.08.1997 року "Про забезпечення безпеки масових заходів", в Французькій республіці Декрет-Закон від 23.11.1935 року "Про маніфестації", в ФРН Закон від 24.07.1953 року в редакції 15.11.1978 року "Про збори та демонстрації", в США право громадян на проведення масових мітингів та демонстрацій передбачено в першій поправці до Конституції, в Японії свобода зборів гарантована статтею 21 Конституції, а порядок реалізації визначається "Положеннями", які приймаються та затверджуються територіальними органами влади в кожному регіоні держави.

У вказаних законах, а також в законах інших західних країн, в питаннях проведення громадсько-політичних заходів переважає повідомлювальний характер проведення вказаних заходів (Великобританія, Білорусія, Австрія, Іспанія та ін), але в деяких, як то ФРН, діє дозвільний порядок в усиченому (непрямому) вигляді – поліція має право забороняти масовий захід з підстав вказаних в законі, якщо заборони немає, – вважається, що дозвіл надано. З усіх перерахованих країн прямий дозвіл на проведення масового заходу надається в республіці Таджикистан – надає голова виконавчої влади відповідної території, Японії – надає місцева влада, Швеції – надає керівник поліції низової ланки, в яку подається повідомлення та в Білорусії – надає місцева влада. В усіх інших країнах процедура передбачає лише завчасне подання повідомлення про проведення заходу. Причому вимоги, що ставляться до повідомлення, як правило однакові. В ньому повинні бути вказані: мета заходу, дата, час початку та закінчення, кількість учасників, маршрути руху, дані про організатора(рів) заходу. Різняться тільки строки подачі письмового повідомлення, які коливаються від 3 до 30 діб. Так в у Франції, Італії та Угорщині це не пізніше ніж за 3 доби, в ФРН – за 48 годин, в Великобританії – за 7 днів, в Швеції – за 5 днів, Росії – від 3 до 15 днів, Білорусії та Таджикистані – за 15 днів, в Іспанії в залежності від виду заходу від 10 до 30 днів. В країнах де встановлюється декілька строків від і до, нижній строк зазначається для подання повідомлення про малочисельний захід (Росія, Іспанія).

Щодо кількості осіб, при якій захід визнається масовим, то вона визначена в Законах тільки деяких країнах і має дуже різні варіації. Так в ФРН це взагалі 3 та більше осіб, в Великобританії це 20 осіб, в Угорщині це 100 осіб на відкритій території і 300 в приміщенні чи іншій споруді, в Індії чисельність учасників легального заходу не визначена, але щодо незаконного заходу зазначено, що це 5 та більше осіб, аналогічним чином це питання врегульоване в законодавстві окремих штатів США, де незаконним є збори 3 та більше осіб, які мають протизаконну мету.

Аналізуючи іноземні літературні джерела, слід зазначити, що більша частина масових заворушень виникає під час проведення саме громадсько-політичних заходів, а тому в багатьох в законодавчих актах, що регламентують порядок їх проведення, передбачаються умови і порядок припинення та заборони на їх проведення. Крім того, законодавство цього роду регулює питання відповідальності за порушення порядку проведення вказаних заходів, за участь у заборонених масових заходах, а також діяльність поліції по їх запобіганню та припиненню.

В законах деяких країн встановлені певні обмеження на проведення масових заходів. Ці обмеження, як правило, визначаються часом та місцем проведення. Так, в Угорщині заборонено організувати і проводити масові заходи біля будівлі Парламенту, в ФРН це урядовий квартал в Берліні та квартали вищих земельних органів влади в інших містах, в Росії це адміністративні території та місця розташування небезпечних техногенних об'єктів (газо та нафтопроводи, високовольтні лінії, прикордонна зона та ін.), аналогічні положення відображені в законодавстві Таджикистану, Білорусії. Крім того, законодавство Росії про масові заходи встановлює час їх проведення 37 до 23 години, Таджикистану з 8 до 20 години, Білорусії з 8 до 22 години.

Щодо підстав припинення масового заходу, то вони розкриті в законодавстві усіх розглянутих країн. Загальними підставами є проведення заходу без дозволу або повідомлення, порушення учасниками або організаторами правопорядку та створення(виникнення) загрози життю та здоров'ю учасників заходу. Відповідальними за підтримання правопорядку майже усюди визнається організатор заходу і тільки в російському законі розділяється організатор і особа, відповідальна за підтримання правопорядку. Що стосується заборони на проведення масового заходу, то прямо вона в жодному

законі не вказана. Заборона на проведення заходу не носить загального характеру, а лише стосується тільки конкретного заходу, при цьому в країнах СНД рішення про це приймає суд за поданням заінтересованої сторони, а в країнах Європи, США та Японії це може зробити поліція або місцевий орган влади.

Підсумовуючи, можна констатувати, що існуючі в західних державах закони не дозволяють співробітникам органів охорони правопорядку приймати будь-які заходи, не передбачені законом. В той же час не можна не відмітити, що за кордоном існує достатньо велика правова база, яка забезпечує різноманітні заходи попередження і припинення масових виступів громадян навіть мирного характеру. При цьому такі дії регламентовані не надзвичайним або спеціальним поліцейським законодавством, а актами, що регулюють повсякденне життя. Так, Закон США "Про підтримання чистоти в громадських місцях" дозволяє співробітникам поліції розігнати мітинг або демонстрацію з мотивів забезпечення благоустрою та чистоти в громадському місці, де проходять вказані заходи.

Аналіз зарубіжного досвіду законодавчого регулювання порядку організації і проведення масових заходів, підстав їх припинення і заборони, свідчить про доцільність закріплення в Україні непрямого дозвільного характеру проведення громадсько-політичних заходів, з закріпленням обов'язку його організатора надавати повідомлення про проведення до місцевого органу внутрішніх справ. Щодо строків повідомлення то, на нашу думку, він повинен бути 10 діб, а щодо заходу, в якому приймає участь не більше 50 осіб – 3 доби. Умови та порядок припинення або заборони проведення масового заходу повинні бути детально регламентовані в спеціальному Законі з цього питання. Вважаємо за необхідне в цьому нормативному акті закріпити право на оскарження рішення про заборону проведення масового заходу. Також вбачається доцільним закріпити в Законі зміст та структуру повідомлення про проведення масового заходу. В зв'язку з специфічністю відносин, що виникають під час масових заходів різного виду, нагальним є розробка та прийняття окремих нормативно-правових актів про порядок проведення громадсько-політичних, культурно-масових, релігійних та спортивно-масових заходів.

МЕДИЧНЕ СТРАХУВАННЯ: ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Терешко Х.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У системі заходів щодо поліпшення соціальної захищеності людини і громадянина важливе місце посідає забезпечення їм можливості одержати необхідну, своєчасну та якісну медичну допомогу. Світовий досвід показує, що напрями вирішення цієї проблеми можуть бути різні. Загалом вони відрізняються структурою джерел фінансування охорони здоров'я й організацією надання медичних послуг.

Одним з найбільш важливих кроків у реформуванні системи охорони здоров'я України останнього десятиліття є впровадження медичного страхування. Медичне страхування є частиною соціального страхування і являє собою гарантовану державою рівну можливість громадян України в отриманні медичної допомоги. Отже, загальнообов'язкове державне соціальне медичне страхування, як вид загальнообов'язкового державного соціального страхування, є системою законодавчо врегульованих організаційних та фінансових заходів щодо забезпечення громадян у разі виникнення страхового випадку можливістю одержання безоплатної медичної допомоги на засадах рівності і доступності за рахунок накопичених коштів фондів загальнообов'язкового державного соціального медичного страхування.

Медичне страхування є складовою механізму фінансування охорони здоров'я і розглядається як система заходів зі створення спеціального грошового страхового фонду, з коштів якого відшкодовуються витрати на медичні послуги, утримання хворих у лікувально-профілактичних установах тощо.

Проблеми, що пов'язані із запровадженням загальнообов'язкового державного медичного страхування в Україні, ще не вирішені. Певні кроки щодо удосконалення вітчизняної законодавчої бази протягом кількох років намагаються зробити законотворці.

В усіх розвинутих країнах світу медичне страхування є одним з найбільш поширених видів страхування. Ним охоплено фактично все населення. А страхова компанія та страхова сума визначають соціальний статус людини. В Україні питання, що пов'язані із запровадженням медичного страхування перебувають на етапі перманентного обговорення і уточнення позицій законодавців при продукуванні законопроектів у цій царині.

Медичне страхування може проводитися в обов'язковій і добровільній формах.

Порядок проведення обов'язкового медичного страхування, сфера розповсюдження, механізм визначення страхової суми, мінімальний перелік медичних послуг, що надаються за даним видом страхування, права та обов'язки суб'єктів, їх відповідальність, статус фонду медичного страхування, порядок нагромадження і способи використання коштів страхових фондів визначається законодавством, цей вид страхування координується державними структурами. Обов'язкове медичне страхування перебуває під жорстким контролем держави і характеризується безприбутковістю. Ця форма організації страхового фонду дає змогу планувати медичну допомогу завдяки тому, що надходження коштів до страхового фонду характеризується стабільністю. Страхові платежі, сплачувані громадянами та юридичними особами, мають форму податку. Внаслідок цього в літературі висловлюється така негативна думка щодо даної особливості, яка полягає в тому, що система соціального страхування втратила основні ознаки страхових відносин і фактично перетворилась у частину податкової системи, що призводить до того, що страхові внески підприємств не носять страхового характеру, не базуються на оцінці соціальних ризиків, скоріше вони представляють собою різновидність податку, що стягується та перерозподіляється державою. Саме тому держава повинна відрегулювати механізми надання медичної допомоги всім верствам населення та утвердити схему фінансування медицини. Сьогодні в Україні це вже нагальна потреба. Сам факт наявності декількох законопроектів щодо обов'язкового медичного страхування є яскравим показником актуальності теми. Всього за період з 2003 по 2005 роки було розроблено п'ять законопроектів щодо обов'язкового медичного страхування, всі з яких були відхилені парламентарями. Нещодавно було розроблено і

zareєстровано у Верховній Раді України 19.09.2006 проект Закону України “Про фінансування охорони здоров’я та медичне страхування”. Як бачимо увага законодавця спрямовується на неухильне виконання положень Рішення Конституційного Суду України (справа про безоплатну медичну допомогу) від 29.05.2002 року, яке передбачає, що питання медичного страхування повинно регулюватися виключно законом. Тому, на сьогодні, перед Верховною Радою України постає дуже складне і важливе завдання, що вплине на реформування охорони здоров’я України у цілому – створення належної правової основи для запровадження обов’язкового державного медичного страхування. Це має бути виважена робота, що базується на медико-правовій доктрині, врахуванні міжнародно-правових стандартів у сфері охорони здоров’я, яка спрямовується на прийняття такого законодавства, яке максимально забезпечить конституційне право людини на охорону здоров’я.

У ст. 9 законопроекту визначено обов’язкове медичне страхування як вид обов’язкового страхування спрямований на забезпечення конституційних прав громадян на охорону здоров’я та реалізацію державних гарантій на одержання безоплатної медичної допомоги. Дане визначення швидше розкриває ціль, мету запровадження загальнообов’язкового державного соціального медичного страхування, але не передбачає його основних ознак, які б характеризували даний вид страхування, не розкриває його суті.

Населенню, яке підлягає обов’язковому медичному страхуванню, держава надає рівне право на гарантований обсяг медичної допомоги, незалежно від величини фактично сплачених сум страхового внеску. Отримати медичну допомогу застрахований може на всій території держави, в тому числі й за межами постійного місця проживання, з подальшими взаєморозрахунками між страховими організаціями за затвердженими тарифами. Держава дає право застрахованому в межах території проживання вибирати лікувально-профілактичний заклад та лікаря, за умови їх участі в програмах обов’язкового медичного страхування тієї страхової організації, де застраховано конкретного громадянина.

Отже, обов’язкове медичне страхування полягає в тому, що всі громадяни незалежно від статі, віку, стану здоров’я, місця проживання, рівня особистого доходу мають право на одержання медичних послуг, кошти обов’язкового медичного страхування – це державна власність, держава забезпечує сталість системи обов’язкового медичного страхування і є безпосереднім страхувальником для непрацюючої частини населення (наприклад, пенсіонерів). Некомерційний характер обов’язкового медичного страхування базується на тому, що його здійснення і прибуток – це несумісні речі. Прибуток від проведення обов’язкового медичного страхування є джерелом поповнення фінансових резервів системи такого страхування і не може бути засобом збагачення.

В основу проведення обов’язкового медичного страхування закладаються програми обов’язкового медичного забезпечення. Ці програми визначають обсяги й умови надання медичної та лікувальної допомоги населенню. Програма охоплює мінімально необхідний перелік медичних послуг, гарантованих кожному громадянину, який має право ними користуватися, що надаються у державних та комунальних закладах охорони здоров’я. Державна програма на поточний рік повинна розроблятися і затверджуватись Кабінетом Міністрів України, виходячи з Державного бюджету України, Автономної Республіки Крим, бюджетів органів місцевого самоврядування та видатків Фонду загальнообов’язкового державного соціального страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, що фінансують медичні витрати, пов’язані з наданням медичної допомоги постраждалих від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання. У разі якщо Кабінетом Міністрів України не буде прийнята Державна програма медичного забезпечення на поточний рік, фінансування здійснюється за нормами попереднього періоду.

Реформування економіки України, перехід до ринкових відносин неминуче зачіпає і соціальну сферу, в тому числі принципи основи системи охорони здоров’я, і повинні здійснюватись з урахуванням ситуації в галузі, яка склалась на сьогодні, та відповідати інтересам всіх соціальних верств населення. Україна проголошена соціально-орієнтованою державою і ринкові перетворення в нашій країні, реформування в галузі охорони здоров’я, мають відбуватися з урахуванням цього факту. Саме тому в сучасних економічних умовах для нашої країни найбільш оптимальним є перехід від системи виключно бюджетного фінансування охорони здоров’я до системи, що базується на соціальному страхуванні.

В Основах законодавства України про загальнообов’язкове державне соціальне страхування визначена стратегія розвитку охорони здоров’я держави – впровадження загальнообов’язкового державного соціального медичного страхування, яке при його раціональній організації дозволить

поєднати кращі риси державної охорони здоров'я (загальнодоступність) та приватної медицини (висока технологічність), а також гарантувати пацієнту надання медичної допомоги на сучасному рівні.

На сьогоднішній день стан системи медичного забезпечення на фоні незначного економічного поживлення не дозволяє ефективно захистити населення від хвороб, викликає багато нарікань з боку населення, уряду та парламенту та, як наслідок, потребує реформування, яке і повинно забезпечити вирішення проблем підвищення ефективності фінансування системи охорони здоров'я, рівний доступ до медичного обслуговування, підвищення його якості для максимального задоволення потреб населення.

Запровадження загальнообов'язкового соціального медичного страхування передбачає залучення додаткових позабюджетних джерел фінансування галузі та одночасне здійснення глибокої внутрішньої перебудови національної системи охорони здоров'я, при чому важливим є врахування як досвіду іноземних держав, так і власних реалій.

**ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗАГАЛЬНОДЕРЖАВНИХ ЗБОРІВ
СОЦІАЛЬНОГО ХАРАКТЕРУ В УКРАЇНІ***Чанух Е.**Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого*

Законодавче регулювання обов'язкових платежів передбачає єдиний алгоритм елементів, що складає механізм двох різновидів платежів до бюджетів: податків та зборів. Оскільки принципові розбіжності між податком та збором (безумовність та цільовий характер) стосуються деталізації лише одного з додаткових елементів їх механізму – бюджету, куди надходить платіж, і не зачіпають інших елементів, ми при аналізі зборів соціального характеру будемо керуватися єдиним підходом до дослідження цих платежів. Аналізуючи правовий механізм зборів, ми більш детально зупинимося на характеристиці основних елементів правового механізму податку (платника податку, об'єкта оподаткування, ставки податку) і торкнемося особливостей правового регулювання додаткових елементів правового механізму: предмета, бази, одиниці оподаткування; джерела сплати податку; методів, строків, способів сплати податку; особливостей податкового режиму, бюджету або фонду надходження податку (збору); особливостей податкової звітності.

Чинне законодавство України серед зборів соціального характеру виділяє два види платежів: збір на обов'язкове державне пенсійне страхування та збір на обов'язкове соціальне страхування. Слід, на наш погляд, відразу обмовитися щодо специфіки правового режиму останнього. Раніше механізм справляння цих зборів було закріплено у Законі України «Про збір на обов'язкове соціальне страхування» та Порядку справляння збору на обов'язкове соціальне страхування на випадок безробіття, затвердженому наказом Міністерства праці і соціальної політики України, які втратили силу в зв'язку з прийняттям 11 січня 2001 року Закону України «Про розмір внесків на деякі види загальнообов'язкового державного соціального страхування». Відповідно до цього нормативного акта категорію «збір» на обов'язкове соціальне страхування замінено категорією «внесок». Разом з тим, незалежно від того, під якою назвою цей платіж фігурує в законодавстві, він має всі ознаки збору, і саме з цих позицій ми розглядатимемо його в нашому дослідженні.

Що ж стосується збору на обов'язкове державне пенсійне страхування, то цей платіж передбачений п. 17 ст. 14 Закону України „Про систему оподаткування” і, відповідно, відноситься до загальнодержавних зборів. Правовий механізм цього платежу деталізований Законом України від 26 червня 1997 р. «Про збір на обов'язкове державне пенсійне страхування».

Призначенням цього різновиду соціальних зборів є формування фінансово обґрунтованих підстав для реалізації певних видів соціальних функцій держави. Особливістю пенсійного забезпечення є застосування збору, який поєднує як використання коштів пенсійного фонду для утримання осіб, які вже знаходяться на пенсії, так і формування фондів для утримання осіб пенсійного віку в майбутньому. Саме з цих позицій і можна вважати, що в даному випадку йдеться про застосування обов'язкового загальнодержавного збору накопичувального характеру.

Регулювання збору на обов'язкове державне пенсійне страхування здійснюється Законом України „Про збір на обов'язкове державне пенсійне страхування” і низкою підзаконних актів, які прийняті на його підставі та деталізують окремі положення цього законодавчого акту.

Необхідно мати на увазі принципову особливість суб'єктного складу відносин, що регулюють справляння цього збору. В ньому є певна несхожість із традиційною дворівневою побудовою: держава (як отримувач коштів) – платник (як зобов'язана особа). При сплаті збору на обов'язкове державне пенсійне страхування відносини виникають та регулюються вже не між двома суб'єктами, а трьома. В цьому випадку йдеться про державу, страхувальника та застраховану особу. На перший погляд може скластися уявлення про специфічне поєднання публічних та приватних відносин, поєднання імперативного та диспозитивного регулювання. Але в цьому разі природа відносин далека від добровільного режиму страхування, що формується в цивільному праві. Йдеться, насамперед, про реалізацію безумовного, податкового (за правовою природою) обов'язку. Страхування не виступає при цьому як вибір особи, його здійснення є особливою умовою тієї діяльності, або операції, яку здійснює представник зобов'язаної сторони.

Державі як отримувачу коштів протистоять страхувальники та застраховані особи. Але, що особливо важливо підкреслити, що обов'язок виникає виключно у страхувальників. При чому, важливо наголосити на подвійному змісті цього обов'язку. По-перше, це безумовний обов'язок перед державою по сплаті відповідного збору, за рахунок якого утворюється відповідний фонд. По-друге, це обов'язок відносно застрахованих осіб – для задоволення потреб яких і формуються таким чином кошти. Саме така складність відносин і обумовлює деталізоване державне регулювання сплати збору на обов'язкове державне пенсійне страхування.

Зобов'язану сторону представляють роботодавець та застрахована особа. Саме на роботодавці лежить обов'язок по сплаті страхових внесків. Роботодавцем виступає власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган незалежно від форм власності, виду діяльності та господарювання; фізична особа, яка використовує працю найманих працівників (у тому числі іноземців, які на законних підставах працюють за наймом в Україні); власник розташованого в Україні іноземного підприємства, установи, організації (у тому числі міжнародної), філії та представництва, який використовує працю найманих працівників, якщо інше не передбачено міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Під застрахованою особою розуміється фізична особа, яка підлягає загальнообов'язковому державному пенсійному страхуванню і сплачує (сплачувала) та/або за яку сплачуються чи сплачувалися у встановленому законом порядку страхові внески на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування.

**ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ КОЛА ГОЛОВНИХ РОЗПОРЯДНИКІВ
КОШТІВ ДЕРЖАВНОГО БЮДЖЕТУ УКРАЇНИ****Якимчук Н.***Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича*

Прийняття Бюджетного Кодексу України та набуття ним чинності розпочало суттєву трансформацію фінансово-правових інститутів, зміни до системи фінансового законодавства та реформування фінансово-бюджетної політики нашої держави.

Даний кодекс по-новому визначив роль і місце в бюджетному процесі усіх учасників бюджетних правовідносин, серед яких чи не вперше особливу роль визнано за головними розпорядниками бюджетних коштів. Хоч забезпечує виконання Державного бюджету України Кабінет Міністрів України, а загальну організацію та управління виконанням Державного бюджету України та координацію діяльності учасників бюджетного процесу з питань виконання бюджету здійснює Міністерство фінансів України, однак, за видатками бюджет виконується розпорядниками та одержувачами бюджетних коштів – реальними і відповідальними учасниками бюджетних правовідносин.

В системі розпорядників бюджетних коштів головні розпорядники бюджетних коштів наділяються спеціальним керівним статусом, відповідно до якого виступають елементом системи управління державними фінансами. Вони перші на пряму отримують право розподіляти бюджетні асигнування в межах затверджених законом про Державний бюджет України бюджетних призначень і лімітних їх обсягів, визначених Кабінетом Міністрів України.

Традиційно на підставі положень законодавства коло державних органів, які визначалися головними розпорядниками бюджетних коштів на певний бюджетний період, визначалось Кабінетом Міністрів України на першій стадії бюджетного процесу. Але, з набуттям Бюджетним кодексом України чинності з 16 травня 2002 р. коло головних розпорядників коштів бюджету стало визначатися та затверджуватися у відповідності з вимогами оновленого законодавства.

В Бюджетному кодексі України визначено, що головні розпорядники бюджетних коштів – це бюджетні установи в особі їх керівників, які визначаються відповідно до частини першої статті 22 Бюджетного кодексу України та затверджуються законом про Державний бюджет України шляхом встановлення їм бюджетних призначень (ст.22 п.2 БКУ).

Тобто, по-перше, вони визначаються як бюджетні установи і дана ознака є основоположною для них. А, по-друге, не зважаючи на те, що вони є головними, в бюджетному процесі головні розпорядники бюджетних коштів разом з нижчестоящими розпорядниками бюджетних коштів виступають також в якості розпорядників бюджетних коштів третього ступеня, тобто виступають також елементом не лише керівним, а й підпорядкованим.

Стаття 22 Бюджетного кодексу України чітко визначає можливий склад головних розпорядників бюджетних коштів усіх рівнів і критерії їх відбору. Відповідно до положень Бюджетного кодексу України головних розпорядників бюджетних коштів в першу чергу групують за рівнем бюджету в бюджетній системі України (та нормативно-правовим актом, яким передбачено для них бюджетні призначення): 1) головні розпорядники коштів державного бюджету; 2) головні розпорядники коштів бюджету АРК; 3) головні розпорядники коштів місцевого бюджету.

Отже, відповідно до БКУ (ст.22 ч.1) головними розпорядниками бюджетних коштів можуть бути виключно:

1) за бюджетними призначеннями, передбаченими законом про Державний бюджет України, – органи, уповноважені відповідно Верховною Радою України, Президентом України, Кабінетом Міністрів України забезпечувати їх діяльність, в особі їх керівників, а також міністерства, інші центральні органи виконавчої влади, Конституційний Суд України, Верховний Суд України та інші спеціалізовані суди; установи та організації, які визначені Конституцією України або входять до складу Кабінету Міністрів України, а також Національна академія наук України, Українська академія аграрних наук, Академія медичних наук України, Академія педагогічних наук України, Академія правових наук України, Академія мистецтв України, в особі їх керівників;

2) за бюджетними призначеннями, передбаченими бюджетом Автономної Республіки Крим, – уповноважені юридичні особи (бюджетні установи), що забезпечують діяльність Верховної Ради Автономної Республіки Крим та Ради міністрів Автономної Республіки Крим, а також міністерства та інші органи влади Автономної Республіки Крим в особі їх керівників;

3) за бюджетними призначеннями, передбаченими іншими місцевими бюджетами, – керівники місцевих державних адміністрацій, виконавчих органів рад та їх секретаріатів, керівники головних управлінь, управлінь, відділів та інших самостійних структурних підрозділів місцевих державних адміністрацій, виконавчих органів рад.

Отже, в Бюджетному кодексі України чітко визначене виключне коло суб'єктів, які постійно є потенційними претендентами на статус головного розпорядника бюджетних коштів. При цьому відсутня пряма вказівка, згідно з якою уряд зобов'язаний включати до проекту бюджетної резолюції на наступний рік весь перелік бюджетних установ, які відповідають вимогам статті 22 БКУ. Тому, зокрема, головних розпорядників коштів Державного бюджету можна поділити на такі групи за ознакою обов'язковості визнання за ними щороку такого статусу:

1) бюджетні установи, які обов'язково мають бути передбачені в бюджетній резолюції як претенденти на статус головних розпорядників бюджетних коштів в наступному бюджетному році та в проекті закону "Про Державний бюджет" як такі, які попередньо визначені в нормативно-правових актах головними розпорядниками бюджетних коштів:

а) органи, уповноважені відповідно Верховною Радою України, Президентом України, Кабінетом Міністрів України забезпечувати їх діяльність, а також установи та організації, які входять до складу Кабінету Міністрів України. А отже, Верховна Рада України, Президент України, Кабінет Міністрів України мають з даного приводу прийняти спеціальний документ, в якому визначити, які саме органи ними уповноважуються забезпечувати їх діяльність і виступати головними розпорядниками бюджетних коштів, що виділяються в бюджеті для забезпечення їх діяльності;

б) міністерства; Президент України, формуючи те чи інше міністерство, своїм указом в деяких випадках додатково підкреслював, що вони є головними розпорядниками бюджетних коштів. Зокрема, в Положенні про Міністерство культури і туризму (МТК) зазначено, що "міністр приймає рішення щодо розподілу бюджетних коштів, головним розпорядником яких є МКТ України". Аналогічне положення міститься і в Положенні про Міністерство транспорту і зв'язку. Отже, часто в указах Президента України міститься пряме зобов'язання для Уряду включати дані міністерства до кола головних розпорядників бюджетних коштів в проекті бюджетної резолюції;

в) Конституційний Суд України, Верховний суд України та інші спеціалізовані суди; на нашу думку, усі спеціалізовані суди, зважаючи на їх кількість не повинні входити до числа тих, хто може набувати статусу головних розпорядників коштів державного бюджету, тобто слід обмежити їх перелік лише вищими спеціалізованими судами;

г) установи та організації, які визначені Конституцією України або входять до складу Кабінету Міністрів України; право виступати головними розпорядниками бюджетних коштів для державних органів, що відносяться до даної категорії передбачається окремими положеннями законів. Наприклад, в Законі України "Про вибори народних депутатів" (ст. 23) головним розпорядником коштів визначено Центральну виборчу комісію. Зокрема, в законі України "Про вибори депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів", зазначено, що "фінансове забезпечення підготовки і проведення місцевих виборів за рахунок коштів Державного бюджету України здійснюється Центральною виборчою комісією, яка є головним розпорядником цих коштів". Положення закону, які закріплюють такий статус за конкретним органом для Кабінету Міністрів України є обов'язковими, тобто такі органи обов'язково включаються до переліку головних розпорядників бюджетних коштів на наступний рік. Однак, на нашу думку, в зв'язку з тим, що відповідно до Конституції України до Кабінету Міністрів України поряд з його керівництвом входять лише керівники міністерств, а вони як потенційні головні розпорядники бюджетних коштів в статті визначені окремо, положення "установи та організації, які входять до складу Кабінету Міністрів України в особі їх керівників" слід сформулювати так: "установи та організації, які підзвітні Кабінету Міністрів України в особі їх керівників";

д) центральні органи виконавчої влади; в законі, що визначає засади їх діяльності або положенні про них, затвердженому Указом Президента України (тобто в нормативно-правовому акті, що вищий по силі за акти уряду) визначено, що вони є головними розпорядниками бюджетних коштів. Уряд загалом має право самостійно вирішувати питання про те чи включати до кола головних

розпорядників бюджетних коштів в проєкті бюджетної резолюції установи та організації, які підзвітні Кабінету Міністрів України, однак якщо в законі (указі, яким закріплене положення про цей орган) міститься пряма вказівка про те, що даний орган є головним розпорядником бюджетних коштів, то Уряд зобов'язаний включати таку установу до даного кола. Зокрема, в Законі України "Про державну геологічну службу України" зазначено, що "Управління державною геологічною службою України здійснює Кабінет Міністрів України та спеціально уповноважений ним центральний орган виконавчої влади з геологічного вивчення та використання надр, до повноважень якого належить здійснення функцій єдиного замовника державного контракту з приросту запасів корисних копалин та головного розпорядника коштів державного бюджету, спрямованих на проведення геологорозвідувальних робіт";

е) Національна академія наук України, Українська академія аграрних наук, Академія медичних наук України, Академія педагогічних наук України, Академія правових наук України, Академія мистецтв України, в особі їх керівників. Разом з тим зазначені академії спершу не були віднесені до головних розпорядників бюджетних коштів, зазначених у ст.22 Бюджетного кодексу України. В результаті відносно розпорядження бюджетними коштами вони були підпорядковані центральним органам виконавчої влади: Українська академія аграрних наук – Міністерству аграрної політики; Академія медичних наук – Міністерству охорони здоров'я України; Академія педагогічних наук – Міністерству науки і освіти України; Академія правових наук – Міністерству юстиції України; Академія мистецтв – Міністерству культури і мистецтва України. Одні з перших змін, які вносилися до Бюджетного кодексу України стосувались саме включення до кола головних розпорядників бюджетних коштів галузевих академій. Відповідний проєкт Закону "Про внесення змін до статті 22 Бюджетного кодексу України" (щодо фінансування галузевих академій наук), був внесений народними депутатами К. Ситником та О. Задорожнім від 05.06.2002 р. № 1165. Зміни були внесені, оскільки згідно із Законом України "Про наукову та науково-технічну діяльність" кошти на забезпечення діяльності Національної та галузевих академій наук щорічно визначаються у Державному бюджеті України окремими рядками. Про результати використання цих коштів академії звітують перед Кабінетом Міністрів України. На сьогодні вони діють у фінансовому плані автономно, однак лунають пропозиції про те, що, по-перше, занадто багато академій мають статус головних розпорядників бюджетних коштів і слід повернути їх в підпорядковане положення, і, по-друге, піднімаються питання про те чи можна такі академії (і ряд державних ВУЗів) визнавати бюджетними установами. На нашу думку, вказані пропозиції не є доцільними і за галузевими академіями слід зберегти статус головних розпорядників бюджетних коштів.

2) бюджетні установи, які уряд може включати, а може і не включати до кола головних розпорядників бюджетних коштів – це усі інші центральні органи виконавчої влади. Ті чи інші центральні органи виконавчої влади, що не одержали статусу міністерства можуть бути як включені, так і виключені з переліку головних розпорядників бюджетних коштів в конкретному бюджетному періоді, в залежності від тих завдань (основних функцій), які стоять перед державою.

Отже, Бюджетний кодекс України закріпив досить широке коло тих, хто потенційно можуть виступати головними розпорядниками коштів Державного бюджету України, яке щороку уточнюється і затверджується саме законом України про Державний бюджет. Однак цьому передують досить складна процедура. Перелік головних розпорядників бюджетних коштів спочатку визначається в пропозиціях Кабінету Міністрів України, які вміщуються в проєкті Основних напрямів бюджетної політики на наступний бюджетний період. Пізніше Кабінет Міністрів України подає до Верховної Ради України проєкт Основних напрямів бюджетної політики на наступний бюджетний період. Затвержені Верховною Радою України Основні напрями бюджетної політики на наступний бюджетний період (бюджетна резолюція) містять пропозиції Кабінету Міністрів України щодо: переліку головних розпорядників коштів Державного бюджету України.

За результатами парламентських слухань Верховна Рада України приймає постанову про схвалення або взяття до відома Основних напрямів бюджетної політики на наступний бюджетний період. Зазначена постанова може містити пропозиції Верховної Ради України до проєкту Основних напрямів бюджетної політики на наступний бюджетний період і з питань переліку головних розпорядників коштів державного бюджету.

Відповідно до Бюджетного кодексу України дійсний, діючий у визначеному бюджетному році перелік головних розпорядників бюджетних коштів визначається у відомчій класифікації видатків Державного бюджету України. Відповідно до ст. 8 Бюджетного кодексу України Міністр фінансів України затверджує бюджетну класифікацію, а також вносить зміни до неї та інформує про це в обов'язковому порядку Верховну Раду України. Кабінет Міністрів України має саме нею керуватися

коли складає проект бюджетної резолюції та проект Закону про державний бюджет на наступний рік, але може вносити і свої корективи в перелік претендентів на статус головних розпорядників бюджетних коштів на наступний бюджетний рік, який подає на затвердження до Верховної Ради України. Однак уряд може його коректувати лише в межах своєї компетенції.

В 2006 році відбулась подія, яка змінила встановлений Бюджетним кодексом України порядок визначення головних розпорядників бюджетних коштів. Кабінет Міністрів України прийняв Розпорядження «Про вдосконалення структури розпорядників бюджетних коштів» від 31 травня 2006 р. N 296-р. Такий крок з боку уряду, а нашу думку є протиправним, оскільки: 1) Кабінет міністрів затвердив перелік головних розпорядників бюджетних коштів всупереч ст. 22 Бюджетного кодексу України, де сказано, що перелік головних розпорядників коштів Державного бюджету затверджується саме законом України про Державний бюджет; 2) даний перелік значно скоротив коло бюджетних установ, які мають право на підставі положень Бюджетного кодексу України та законів України одержувати статус головних розпорядників бюджетних коштів (слід вказати, що наступними змінами внесеними до даного переліку він був приведений у відповідність до положень законодавства, зокрема розпорядженнями уряду від 17 липня 2006 року N 406-р, від 3 серпня 2006 року N 464-р, від 3 серпня 2006 року N 465-р, від 17 серпня 2006 року N 469-р); 3) вказаний перелік був затверджений не нормативно-правовим актом, а індивідуально-правовим актом, а саме розпорядженням, хоч такого змісту документ не може бути прийнятий в такій формі (невідповідність форми фактично підтвердив і сам уряд, коли вніс зміни до вказаного Розпорядження Постановою від 28 вересня 2006 року N 1365); 4) даний перелік не вказує на те, що вказані суб'єкти як головні розпорядники бюджетних коштів є такими потенційно, тобто їх перелік може бути скориговано при прийнятті бюджетної резолюції або при розгляді проекту Закону про державний бюджет, що також є порушенням ст.22 Бюджетного кодексу України.

На нашу думку, слід визнавати порушенням бюджетного законодавства випадки затвердження головних розпорядників бюджетних коштів не законом або рішенням про бюджет, а іншими нормативно-правовими актами. Визначатись такими вони можуть відповідно до ст. 22 Бюджетного кодексу законами України, та нормативно-правовими актами Президента України та Кабінету Міністрів України в межах їх компетенції, але лише як потенційні, як такі, що мають право бути внесені до переліку претендентів на статус головного розпорядника бюджетних коштів в проекті бюджетній резолюції, яка після затвердження стає основою для формування остаточного переліку претендентів на статус головних розпорядників бюджетних коштів, які одержують даний статус в відповідному бюджетному році в зв'язку з затвердженням такого їх статусу в Законі про державний бюджет.

СЕКЦІЯ ЦИВІЛІСТИЧНИХ НАУК

СПІВВІДНОШЕННЯ ТЕРМІНІВ «ШТРАФНІ САНКЦІЇ» ТА «НЕУСТОЙКА»

Адамовська О.

Академія адвокатури України

Неодноразово вчені та практикуючі юристи звертали увагу на існування ряду колізій між окремими нормами Цивільного кодексу України (надалі –ЦК) та Господарського кодексу України (надалі – ГК) з точки зору регулювання відносин, а також коректності їх викладення – юридичних формулювань.

Одна з термінологічних колізій існує між положеннями ст.ст. 230-233 ГК, які регулюють порядок застосування такої форми відповідальності як штрафні санкції, та ст. ст. 549-552, 624 ЦК, що містять загальні положення про неустойку. Фактично в зазначених статтях ЦК та ГК мова йде про одну й ту саму правову конструкцію, яка в господарському та цивільному законодавстві отримала різні назви. Змістовну ідентичність штрафних санкцій та неустойки можна встановити за численними параметрами:

- основна мета неустойки/штрафних санкцій полягає у забезпеченні та захисті інтересів особи, яка є кредитором в зобов'язанні;
- підставою виникнення неустойки/штрафних санкцій є закон або договір;
- неустойка/штрафні санкції застосовуються за порушення договірних зобов'язань (незважаючи на те, що ст.230 ГК передбачає застосування штрафних санкцій за невиконання або неналежне виконання договірних зобов'язань та за порушення учасником господарських відносин правил здійснення господарської діяльності, проте зі змісту подальших статей ГК, присвячених штрафним санкціям, випливає, що за порушення правил здійснення господарської діяльності штрафні санкції, не застосовуються, тобто фактично умовою застосування штрафних санкцій буде порушення саме договірних зобов'язань);
- видами неустойки/штрафних санкцій є штраф та пеня (ГК називає ще один вид штрафних санкцій – неустойку у її вузькому розумінні, проте на думку автора, цей вид повністю охоплюється ознаками пені та штрафу);
- застосування неустойки/штрафних санкцій будується на співвідношенні зі збитками;
- розмір неустойки/штрафних санкцій за наявності певних обставин може бути зменшений в судовому порядку;
- сплата неустойки/штрафних санкцій не звільніє боржника від обов'язку виконати зобов'язання в натурі;
- тощо.

Ідея змістовної ідентичності понять неустойки та штрафних санкцій підтримується більшістю сучасних вчених.

На перший погляд, термінологічні колізії не повинні мати суттєвого практичного значення. Проте вже сьогодні розбіжність термінології призвела до певних казусів. Наприклад, к коментарі статті 199 КГ зазначається, що одним з засобів захисту прав та відповідальності учасниками господарських відносин за ГК є застосування штрафних санкцій. А за погодженням сторін можуть застосовуватись передбачені законом або такі, що йому не суперечать, види забезпечення виконання зобов'язань, які звичайно застосовуються у господарському (діловому) обігу, зокрема, передбачена главою 49 ЦК неустойка. Деякі автори взагалі вважають сплату неустойки та штрафні санкції різними видами відповідальності. Тобто проблема колізії термінів створює загрозу, що штрафні санкції та неустойка вважатимуться різними конструкціями, що в свою чергу поставить численні питання про можливість їх одночасного застосування за один вид порушення зобов'язань.

Проблему термінологічних розбіжностей можна та необхідно вирішити шляхом узгодження термінології в ЦК та ГК. Залишилось встановити, яке з понять найбільш повно відображає сутність правової конструкції.

Слід відмітити, що термін «неустойка» є більш традиційним для вітчизняного законодавства і має глибоке історичне коріння. Зокрема, етимологічне походження терміну «неустойка» досліджувалося К. А. Граве в праці «Договорная неустойка в советском праве». Вчений виявив, що ще в давньоруських прислів'ях та приказах вживаються слова «стояти», «встояти» не тільки в якості фізичної стійкості, але ще й у значенні вірності наданій обіцянці, дотримання свого слова. З дієслова «встояти» пізніше виник віддієслівний іменник «устойка», який означав виконану обіцянку; з додаванням частки «не» слово набуло негативного характеру та набуло значення невиконання прийнятого на себе зобов'язання. В нормативних актах кінця XVI століття термін «неустойка» почав вживатися в якості факту невиконання зобов'язання. А з початку XVII століття неустойка вже використовувалась для позначення правових наслідків, настання яких викликано фактом невиконання або неналежного виконання зобов'язань. Поступово термін «неустойка» поширювався і був закріплений в низці нормативно-правових актів.

Що стосується терміну «штрафні санкції», то він набув поширення за часів панування планової економіки і досить часто зустрічається в роботах радянських юристів, які вважали штрафні санкції специфічним видом неустойки, що застосовується за порушення господарських зобов'язань та має переважно каральний характер. Зокрема, О.С. Йоффе вважав штрафні санкції різновидом неустойки і обов'язковим засобом забезпечення господарсько-правових відносин, що має низку особливостей. Аналізуючи кваліфікаційні ознаки, які відрізняють штрафні санкції від неустойки, вчений звів їх до наступних: 1) з точки зору цивільного права неустойка представляю собою не загальний, а спеціальних засіб, а в господарських договорах вона перетворюється зі спеціального в всезагальних засіб, яких забезпечує виконання таких договорів; 2) неустойка в якості додаткового забезпечувального засобу передбачена диспозитивними нормами законодавства і її використання залежить від домовленостей, досягнутих сторонами, для господарських договорів штрафні санкції передбачені імперативними нормами, і лише як виключення, учасникам дозволяється самостійно вирішувати питання про доцільність забезпечення договірних умов штрафними санкціями; 3) сторони цивільно-правового договору вправі визначити умови настання відповідальності, прядок та розмір стягнення неустойки, в той час як імперативна природа юридичних норм про штрафні санкції забороняє сторонам обмежувати свою відповідальність за розміром та умовами її виникнення, навіть, коли учасники господарського договору вправі самостійно встановити штрафні санкції для забезпечення виконання окремих договірних умов, вони повинні орієнтуватися на такі розміри санкцій, які встановлені нормативними актами, що регулюють даний різновид їх майнових відносин; 4) реалізація права на стягнення неустойки залежить від волі уповноваженої особи, а в господарських відносинах навпаки – право на стягнення штрафних санкцій виступає одночасно і в якості обов'язку договірного контрагента, який підлягає здійсненню при будь-якому порушенні, що дає підстави для нарахування санкцій. Дійсно, за радянських часів (особливо 50-80 р.р.) договірна неустойка майже зникла, як вид забезпечення господарських зобов'язань, поступившись місцем законній неустойці, в науці панувала штрафна теорія неустойки, що пояснюється плановим підходом до ведення господарства та посиленою боротьбою за реальне виконання договорів. Кожне правопорушення сфері господарської діяльності розглядалося не тільки з позиції негативних наслідків, завданих контрагенту, але й вважалося шкодою, заподіяною всьому народному господарству країни. Цілком зрозумілим за таких умов є виникнення штрафних санкцій, як форми відповідальності, яка за своїми ознаками нагадувала навіть адміністративну відповідальність і суттєво відрізнялась від класичної неустойки. З переходом до сучасної економічної системи, штрафні санкції втратили ті відмінності, які дозволили О.С. Йоффе відокремити їх від неустойки. Проте термін «штрафні санкції» продовжив своє існування, ним позначалася переважно штрафна неустойка в господарських відносинах. Наприклад, Д.Х. Липницький та А.Д. Болотова, розкриваючи сутність штрафних санкцій акцентують на тому, що вони «виконують виключно каральну (стимулюючу) функцію» і «якщо законом або договором не передбачено інше, то штрафна відповідальність застосовується «зверху спричинених збитків». Проте ч.1 ст.232 ГК закладено компенсаційний принцип, в якості базового принципу застосування штрафу, пені та неустойки. Отже, сучасні штрафні санкції має чітко виражену компенсаційну, і не каральну мету, що суперечить самому словосполученню «штрафна санкція», який має каральний відтінок.

Слід зазначити, що термін «штрафні санкції» використовується для позначення не лише форми відповідальності, що застосовується в горизонтальних відносинах, але також і в якості адміністративних штрафів, які застосовується до суб'єктів господарювання уповноваженими

державними органами за порушення в окремих сферах економіки. Дуже часто використовується термін «штрафні санкції» для визнання правопорушень, пов'язаних з несвоєчасною або неповною сплатою податків до державного бюджету. В деяких нормативних актах, наприклад, в Законі України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами і державними місцевими фондами» від 21 грудня 2000 р. №2181-III, навіть наводиться визначення штрафних санкцій, як форм адміністративної відповідальності, та встановлюються правила їх стягнення.

Змістовна відмінність штрафних санкцій, встановлених нормами публічного права від санкцій, передбачених ст.230 ГК є очевидною: такі санкції стягуються в доход бюджету відповідного рівня, одною зі сторін відносин є орган державної влади чи орган місцевого самоврядування, наділений владними повноваженнями, вони представляють собою кару і не пов'язані з припиненням збитків; штрафні санкції застосовуються за порушення не договірних зобов'язань.

Слід зазначити, що термін «штрафні санкції» не «прижились» і в нормотворчій практиці. Безліч нормативно-правових актів та примірних договорів, затверджених після 01 січня 2004 року, тобто з моменту набрання чинності ГК, і покликаних врегулювати відносини між суб'єктами господарської діяльності, надають перевагу традиційному терміну «неустойка». В якості прикладів можна привести п.11.2 Примірного договору купівлі-продажу електроенергії між оптовим постачальником електричної енергії (Державним підприємством "Енергоринок") та постачальником електроенергії за регульованим тарифом, затвердженого Постановою Національною комісією регулювання електроенергетики від 11 травня 2006 року N 577, п.29,32,112,113 Постанови КМУ «Про затвердження загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві» від 01 серпня 2005 р. №668, тощо.

Отже, проаналізувавши умови виникнення термінів «штрафні санкції» та «неустойка», їх зміст та відмінність, сучасне застосування термінів, автор робить висновок про доцільність заміни терміну «штрафні санкції» на термін «неустойка», який найбільш відповідає сутності правової конструкції.

Слід зазначити, що проблема застосування термінологічних понять є досить болючою для українського законодавства. Великий масив наукових робіт та статей в тій чи іншій мірі торкаються питання некоректного етимологічного застосування термінологічних понять, застосування різних термінів для позначення однієї й тієї ж юридичної конструкції, або навпаки, використання одного терміну для позначення різних за змістом понять. Застосування єдиної та коректної термінології створює певну правову культуру та дозволяє уникнути подвійних трактувань на практиці, дозволить «кінцевому споживачу» правової норми сприйняти і зрозуміти її в такому обсязі в якому вона була закладена законодавцем.

ЩОДО ДЕЯКИХ ПИТАНЬ ІДЕНТИФІКАЦІЇ НЕ БАНКІВСЬКИМИ ФІНАНСОВИМИ УСТАНОВАМИ СВОЇХ КЛІЄНТІВ

Бауман Ю.

Інститут законодавства Верховної Ради України

Термін “відмивання грошей” вперше з’явився у США у 1980-ті роки. Президентська комісія США з боротьби з організованою злочинністю у 1984 році визначила відмивання доходів злочинних угруповань як процес приховування незаконного походження або незаконного використання доходів, а також спроби представити ці доходи.

За оцінками фахівців, щороку у світі через легальні фінансові інститути переводяться в легальний сектор від 500 мільярдів до 1,5 трильйонів брудних доларів.

В Україні структура брудних капіталів пов’язана із високим ступенем тінізації економіки. Так, значну частину тіньового економічного обороту становить торгівельна, виробнича діяльність а також діяльність, пов’язана з операціями з фінансовими ресурсами із подальшим їх приховуванням від оподаткування.

Ефективне використання недоліків національного законодавства дає можливість зацікавленими особами використовувати фінансову систему України для легалізації (відмивання) брудних коштів.

Сьогодні в Україні спостерігається бурхливий розвиток небанківського фінансового сектору, темпи зростання якого значно випереджають темпи зростання інших секторів економіки. За даними Держфінпослуг, загальні активи небанківських установ, що надають в Україні фінансові послуги, станом на кінець I півріччя 2006 року склали 27,3 млрд. грн. (10 відсотків від активів банківської системи). Для порівняння: на кінець 2001 року цей показник становив лише 3 млрд. грн. (6 відсотків від активів банків). Зокрема, активи страхових компаній сягнули 21 016,1 млн. грн., ломбардів – 530,7 млн. грн., кредитних спілок – 2 568,1 млн. грн., недержавних пенсійних фондів – 94,7 млн. грн., інших фінансових компаній – 3 070,9 млн. грн. Страховий ринок сьогодні є найрозвиненішим сектором ринків небанківських фінансових послуг України, який забезпечує близько 80% обсягів цих послуг. Він також є одним із найдинамічніших ринків сучасної України.

Дана стаття присвячена проблемі ідентифікації фінансових операцій, що здійснюються страховими компаніями.

Так, ідентифікація клієнта походить від стандарту "know your customer", що у перекладі з англійської означає "знай свого клієнта". При застосуванні даного стандарту фінансові установи вимагають (зобов’язані вимагати) ідентифікації своїх клієнтів при вступі з ними у ділові стосунки чи здійсненні трансакцій, що перевищують певну межу. Даний інститут покликаний запобігти використанню особами, що здійснюють операції з відмивання «брудних коштів».

Так, підпункт (і) 10 рекомендації Групи з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей (FATF) визначає обов’язок суб’єктів фінансового моніторингу перевіряти юридичний факт існування і юридичну форму клієнта шляхом отримання або з реєстраційних органів, або від клієнта, або від перших і від другого підтверджень офіційної реєстрації підприємства, включаючи інформацію щодо назви клієнта, юридичної форми, адреси, прізвищ директорів та їх повноважень від імені підприємства.

Норми сорока рекомендацій FATF стали основою законодавства України у сфері запобігання та протидії легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом.

В Україні система фінансового моніторингу складається з двох рівнів – первинного та державного. До суб’єктів первинного фінансового моніторингу відносяться зокрема, банки, страхові та інші фінансові установи. Суб’єктами державного фінансового моніторингу є: центральні органи виконавчої влади та Національний банк України, які відповідно до закону виконують функції регулювання та нагляду за діяльністю юридичних осіб, що забезпечують здійснення фінансових операцій. Відповідно до змісту правової норми викладеної відповідно до абзацу 13 статті 11 Закону України "Про запобігання та протидію легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом" (далі по тексту – Закон N 249IV) фінансова операція підлягає обов’язковому фінансовому моніторингу, якщо сума, на яку вона проводиться, дорівнює чи перевищує 80000 гривень або

дорівнює чи перевищує суму в іноземній валюті, еквівалентну 80000 гривень, та має одну або більше ознак, визначених цією статтею: зокрема, виплата фізичній особі страхових відшкодувань або отримання страхових премій.

Зазначена правова норма визначає обов'язок суб'єкта первинного фінансового моніторингу здійснювати фінансовий моніторинг операцій з виплаті фізичній особі страхового відшкодування.

Однак, дана правова норма є недосконалою, оскільки вона не відображає обов'язку здійснювати моніторинг фінансових операцій з отримання страхового відшкодування, премій від юридичних осіб, хоч чинне законодавство України і містить обов'язок здійснювати відповідний фінансовий моніторинг (отримання страхових премій від юридичних осіб).

Так, визначення термінів "страховий платіж", "страховий внесок", "страхова премія" наведено в Законі України "Про страхування" (далі по тексту Закон N 85/96-ВР).

В частині першій статті 10 Закону N 85/96-ВР "страховий платіж", "страховий внесок", "страхова премія" – це плата за страхування, яку страхувальник зобов'язаний внести страховику, згідно договору страхування.

Окремо, заслуговує на увагу позиція Осадця С.С. який визначає страхову премію як плату за страхування, яку страхувальник зобов'язаний внести страховику згідно з договором страхування. Тільки після сплати страхувальником страхової премії (або першого платежу страхової премії, коли вона сплачується в кілька строків).

Відповідно до частини першої статті 3 Закону N85/96-ВР страхувальниками визначаються юридичні особи та дієздатні громадяни, які уклали із страховиками договори страхування або є страхувальниками відповідно до законодавства України.

Водночас до викладеного слід додати, що відповідно до абзацу 5 частини першої Закону N 249IV до фінансових операцій пов'язаних із здійсненням або забезпеченням здійснення платежу за допомогою суб'єкта первинного фінансового моніторингу, віднесено операції з страхування (перестрахування) а вказані фінансові операції, як визначено в статті 12 Закону N 85/96-ВР здійснюють лише юридичні особи страховики перестраховки.

Адже, відповідно до статті 2 Закону 85/96-ВР страховиками визнаються фінансові установи, які створені у формі акціонерних повних, командитних товариств або товариств з додатковою відповідальністю згідно з Законом України "Про господарські товариства", а також одержали у встановленому порядку ліцензії для здійснення страхової діяльності.

Таким чином, можна зробити висновок, що норми статті 11 Закон N 249-IV не обмежують здійснення обов'язкового фінансового моніторингу лише операціями з отримання страхових премій саме від фізичних осіб, а ідентифікації операцій з отримання страхових премій повинна здійснюватися і юридичними особами, оскільки згідно з статті 10 Закону N 85/96-ВР страхові премії можуть вноситися, як фізичними так і юридичними особами.

Враховуючи викладене, можна зробити висновок, що правові норми Закону №249-IV потребують серйозного доопрацювання.

Лише шляхом вдосконалення законодавчих актів у сфері боротьби з відмиванням брудних коштів та встановлення чітких критеріїв щодо фінансових операцій, які підлягають обов'язковому фінансовому моніторингу можна надати додаткові можливості для ефективної протидії відмиванню брудних коштів.

ПРАВОСУБ'ЄКТНІСТЬ СУДУ У ВИКОНАВЧОМУ ПРОВАДЖЕННІ: ПОНЯТТЯ ТА СТРУКТУРА

Верба О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Протягом останніх десятиріч в Україні відбуваються соціальні, політичні та економічні реформи, які творять якісно нову правову дійсність, що зумовило, зокрема, і реформування системи правосуддя. Основною метою цивільного судочинства є захист суб'єктивного права або інтересу, тобто його поновлення. Виконавче провадження є одним з найважливіших етапів на шляху поновлення порушених прав і свобод, охоронюваних законом інтересів. Участь суду у виконавчому провадженні є гарантією забезпечення законності під час виконання судових рішень та рішень інших юрисдикційних органів. Недосконалість і, відповідно, неефективність чинного законодавства в окресленій сфері зумовлені відсутністю теоретичних розробок щодо правосуб'єктності суду у виконавчому провадженні.

Поняття “правосуб'єктність” є одним із найбільш дискусійних. Незважаючи на те, що ця юридична конструкція пройшла довгий шлях свого історичного розвитку, до тепер у правовій науці нема єдиної точки зору щодо проблем правосуб'єктності.

Дослідженню правосуб'єктності присвятили свої наукові роботи багато представників різних галузевих наук та теорії права, а саме такі вчені-юристи: Н.Г. Александров, С.С. Алексєєв, Й.Г. Богдан, С.Н. Братусь, Я.Р. Веберс, А.В. Венедіктов, К.В. Гусаров, А.І. Денисов, Д.Р. Джалілов, О.С. Іоффе, В.В. Комаров, О.А. Красавчиків, А.В. Міцкевич, А.М. Нечаєва, Г.І. Петров, В.І. Тертишников, Ю.К. Толстой, Р.О. Халфіна, Б.Б. Черепакін, Н.А. Чечіна, Д.М. Чечот, М.С. Шакарян, М.Д. Шаргородський, М.Й. Штефан, В.Н. Щеглов, С.А. Якубов, та інші.

Першими почали досліджувати правосуб'єктність вчені цивільного права, згодом – науковці теорії права розробляли універсальність теорії правосуб'єктності, щоб це поняття можна було застосовувати до різних суб'єктів всіх галузей права. В теорії цивільного процесуального права правосуб'єктність першою почала досліджувати Н. А. Чечіна у 1962 р.

Як слушно зазначає С.А. Якубов, правильне розуміння цивільної процесуальної правосуб'єктності має велике теоретичне значення для науки цивільного процесуального права, оскільки з правосуб'єктністю пов'язане визначення і зміст цивільних процесуальних правовідносин. А практичне її значення – для захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави, для належного здійснення правосуддя судом.

Збагачення правової науки таким терміном як “правосуб'єктність” виправдане (корисне) лише у випадку, коли він за змістом не тотожний якомусь іншому поняттю. Тому, як обґрунтовано вважає Веберс Я.Р., необхідно чітко окреслити межі цього поняття, не ототожнюючи його з іншими правовими категоріями.

Венедіктов А. В. одним з перших почав досліджувати питання правосуб'єктності. Він вважає, що “правоздатність або, що теж саме, правосуб'єктність, це здатність мати права та обов'язки”. У своїх наступних працях А. В. Венедіктов дещо змінює свою думку з приводу абсолютного ототожнення цих двох понять.

Цю позицію поділяє і С.Н. Братусь, вважаючи, що “правоздатність” і “правосуб'єктність” – рівнозначні, тотожні поняття. Погоджуємося з Якубовим С.А., який вважає, що Братусь С.Н., досліджуючи правоздатність, яку ототожнює з правосуб'єктністю, дещо випереджає процес правореалізації, оскільки правоволодіння – це належність прав і обов'язків суб'єктам права у зв'язку з наявністю регламентації їх в нормах об'єктивного права; правоволодіння притаманне суб'єктові права, а правореалізація – суб'єктові правовідношення. Реалізація суб'єктивного права (обов'язку) можлива лише в конкретному правовідношенні, виходячи з прояву конкретної правосуб'єктності.

Чечот Д.М. також заперечує розмежування правоздатності та правосуб'єктності. На думку вченого, якщо визнаючи особу суб'єктом права, ми визнаємо за нею здатність бути учасником

правовідносин, тобто, носієм правосуб'єктності, то чим ця властивість відрізняється від здатності особи володіти правами та обов'язками.

Позицію щодо ототожнення правосуб'єктності та правоздатності обґрунтовують ще такі вчені, як: А.Г. Потюков, Н.Г. Юркевич, Н.Г. Александров, С.Ф. Кечек'ян, Ю.К. Толстой, А.В. Міцкевич, А.К. Сергун.

Вважаємо обґрунтованою критику ототожнення правосуб'єктності та правоздатності О.А. Красавчіковим, С.А. Якубовим та Я.Р. Веберсом, які вважають, що, по-перше, якщо ці категорії ідентичні, то нема потреби оперувати двома термінами для позначення одного і того ж поняття; по-друге, категорія правосуб'єктності без можливості її реалізації позбавляється як соціального, так і власне юридичного змісту; по-третє, правосуб'єктність не вичерпується лише здатністю мати права, вона багатогранна.

Багато авторів, розробляючи поняття “правосуб'єктності”, звертали увагу і на роль дієздатності в цьому правовому явищі.

Правосуб'єктність за О.С. Іоффе та М.Д. Шаргородським, є суспільно-юридичною властивістю (ознакою) суб'єкта, яка розкривається з допомогою двох категорій – правоздатності і дієздатності.

Подібно до сутності правосуб'єктності підходить і Б.Б. Черепакін. Він розрізняє активну правосуб'єктність (яка включає в себе правоздатність і дієздатність) і пасивну правосуб'єктність (лише правоздатність).

Алексєєв С.С. також вважає, що правосуб'єктність включає в себе два основні моменти: правоздатність і дієздатність. Тому іноді правосуб'єктність називається “праводієздатністю”. Поняття “суб'єкт права” і “правосуб'єктність” за своїм змістом співпадають. А поняття “суб'єкт права” і “суб'єкт правовідношення” мають різні відтінки у змісті: суб'єкт права – це особа, яка володіє правосуб'єктністю, тобто потенційно здатна бути учасником правовідносин; а суб'єкт правовідношення – це реальний учасник даних правових відносин. Тобто ці поняття співвідносяться як правоволодіння і правореалізація.

Наукові розробки О.С. Іоффе, М.Д. Шаргородського і С.С. Алексєєва щодо дослідження правосуб'єктності мають велике значення як для загальної теорії права, так і для галузевих наук та мають велику кількість послідовників: С.Л. Лисенков, М.С. Кельман та О.Г. Мурашин, М.Н. Марченко, В.І. Червонюк та багато ін.

Не погоджуються з таким підходом до розуміння правосуб'єктності А.М. Нечаєва, яка вважає, що оскільки між правоздатністю і дієздатністю є істотні відмінності, тому їх неможливо об'єднати, злити воедино за допомогою терміна “правосуб'єктність”, який є штучним утворенням, що не має реального змісту. Те ж саме вона говорить і про термін “праводієздатність”. Ми не погоджуємося з позицією Нечаєвої А.М., оскільки те, що дві складові різні, абсолютно не означає, що їх не можна поєднувати.

Веберс Я.Р., критикуючи цей підхід, вважає, що відбувається ототожнення правосуб'єктності з праводієздатністю, тобто ці терміни виступають синонімами. Звідси, на думку вченого випливає те, що поняття “правосуб'єктність” є зайвим і від його вживання потрібно взагалі відмовитися. Але позиція Я.Р. Вебера є суперечною, оскільки він відкидає ототожнення правосуб'єктності з праводієздатністю і, водночас, стверджує, що правосуб'єктність ґрунтується на правоздатності і дієздатності, що вони виражають здатність особи бути суб'єктом права.

Точка зору Н.М. Матузова, яка полягає в тому, що краще взагалі не вводити категорію правосуб'єктності, оскільки це ускладнює і так складні питання і призводить до нових зайвих суперечок і дискусій, нам видається необґрунтованою.

Втратила свою актуальність і позиція В. І. Корецького, який категорично заперечує можливість вживання поняття “правосуб'єктність”, оскільки його немає в законодавстві. Назва статті 48 КАС України звучить: “Адміністративна процесуальна правосуб'єктність”.

Слід зазначити, що Алексєєв С.С. розглядає правосуб'єктність і як специфічне суб'єктивне право в контексті складової загальнорегулятивних правовідносин (правосуб'єктності, як суб'єктивному праву кореспондують певні юридичні обов'язки: суб'єкт може вимагати визнання його суб'єктом права, утримання від будь-яких дій, які можуть порушити правосуб'єктність, зменшити її обсяг...). Органи державної влади зобов'язані забезпечити все необхідне для безперешкодної і повної реалізації правосуб'єктності. Таку позицію, що правосуб'єктність є своєрідним суб'єктивним правом (“правом на право”) поділяють і інші вчені: С.Н. Братусь, О.С. Іоффе та М.Д. Шаргородський. Ем В.С.

теж вважає, що правосуб'єктність – це право загального типу, забезпечене державою матеріальними і юридичними гарантіями. Наділення суб'єкта правосуб'єктністю це наслідок існування триваючого зв'язку суб'єкта і держави. На думку А.В. Міцкевича, зміст правосуб'єктності тотожний правовому статусу і зводиться до сукупності загальних прав і обов'язків (правоздатності), а також до конкретних прав і обов'язків, які безпосередньо впливають з дії законів. Мальцев Г.В. вважає, що правосуб'єктність означає єдність правового статусу (як сукупності правових можливостей, наданих суспільством і державою) та правоздатності. До змісту правосуб'єктності Б.К. Бегічев включає правоздатність, дієздатність, а також конкретні права та обов'язки, надані у зв'язку з дією закону.

Спільним для всіх наведених вище поглядів є спроба включення до змісту поняття “правосуб'єктність” понять “правовий статус”, “права та обов'язки з правового статусу” або “права і обов'язки, надані законом”, що викликана дуже вузьким розумінням правоздатності. Якщо правоздатність розглядати як обов'язкову загальну передумову володіння всіма правами і обов'язками, тоді нема такої необхідності. Надмірне розширення змісту правосуб'єктності призводить до того, що вона втрачає свою значимість.

Поняття цивільної процесуальної правосуб'єктності як здатності мати і здійснювати процесуальні права та обов'язки, як здатності стати суб'єктом процесуальних відносин до Чечіної Н.А., як вона сама ж і підкреслює, не розглядалося в жодній роботі вчених цивільного процесуального права.

Вважаємо обґрунтованою позицію В.Н. Щеглова, який стверджує, що цивільно-процесуальна правосуб'єктність в широкому значенні похідна від цивільної матеріальної правосуб'єктності лише в такому розумінні, що здатність володіти цивільним матеріальним правом була б нереальною без здатності захищати його, без здатності отримати такий захист від суду. Звідси впливає і необхідність в існуванні суду, як державного органа, який здійснює примусове застосування норм цивільного права, в процесуальному праві, що регулює його діяльність.

Суд є органом державної влади, що здійснює правосуддя. Він функціонує через діяльність посадових осіб – суддів, які є фізичними особами і володіють правоздатністю та дієздатністю. Для призначення (обрання) судді на посаду він повинен відповідати вимогам, встановленим ст. 127 Конституції України, ст. 59 Закону України “Про судоустрій”. Законодавець звужує обсяг прав суддів, зокрема: професійні судді не можуть належати до політичних партій та профспілок, брати участь політичній діяльності, мати представницький мандат, обіймати інші оплачувані посади, виконувати іншу оплачувану роботу, крім наукової, викладацької та творчої. Громадяни, що визнані судом обмежено дієздатними або недієздатними, не можуть бути навіть рекомендованими на посаду судді. Склад суду має бути належним щодо кількості суддів (в даному випадку мова йде про одноособове і колегіальне начала у розгляді цивільних справ) (ст. 13 Закону України “Про судоустрій”, ст.ст. 18 – 19 ЦПК України). Суддя не повинен мати прямої чи побічної особистої заінтересованості у результаті розгляду справи, тобто він має бути об'єктивним та неупередженим (ст.ст. 20 – 25 ЦПК України).

Окрім особистої правосуб'єктності (описана вище), суд має предметну правосуб'єктність, яка стосується самих справ, що підлягають його розглядові. Предметна правосуб'єктність суду називається компетенцією.

Лисенков С.Л., Шемшученко Ю.С., Пархоменко М.Н., Авер'янов В.Б., Дружков П.С. та багато ін. вчених вважають, що правосуб'єктність органу державної влади визначається змістом його компетенції, тобто сукупністю закріплених у нормах права повноважень, що надаються йому для забезпечення виконання покладених на них функцій.

Шакарян М.С. розглядає суд у двох аспектах: 1) суд є органом влади і його діяльність є частиною державної діяльності під час здійснення функцій правосуддя; 2) суд як юридична особа під час здійснення оперативно-господарської діяльності.

У першому випадку суд володіє особистою та предметною правосуб'єктністю. Остання визначається через його компетенцію, сукупність владних повноважень, які передані судові державою як своєму органу здійснення правосуддя. Утворення певного суду, на думку М. С. Шакарян, означає наділення його повним обсягом прав і обов'язків, які здійснюються судом в кожному конкретному випадку (у справі) залежно від конкретних обставин.

У другому випадку суд, як юридична особа, має правоздатність (можливість володіти правами і обов'язками) і дієздатність. Однак, вони не проявляються у процесуальній діяльності суду, оскільки під час такої діяльності для суду головне реалізація владних повноважень, компетенції. Поняття

“компетенція” (наявні права та обов’язки, встановлені законом) та поняття “правоздатність” (здатність мати права та обов’язки) не співпадають.

Правосуб’єктність суду під час виконання ним процесуальних функцій характеризує не здатність органу державної влади мати процесуальні права та обов’язки і здійснювати їх, а право і обов’язок здійснювати свої передбачені законом повноваження.

Владними повноваженнями, згідно з А.В. Міцкевичем та Ц.А. Ямпольською, кожен орган держави володіє, виходячи зі своєї компетенції, в якій ці повноваження проявляються не лише як права, але і як обов’язки. Звідси – повноваження суду розглядаються як “правообов’язки”. Так, на думку, А.Ф. Клеймана, права суду є і його обов’язками, пов’язаними з його компетенцією і функціями.

Міцкевич А. В. зазначає, що права і обов’язки суду треба розмежовувати. При цьому слід враховувати, що обов’язки суду виражені в його завданнях і в порядку діяльності, встановлених законом.

Дещо іншу думку висловлює дореволюційний вчений П.І. Люблінський. Він вважає, що суд, як орган, не має ні прав, ні обов’язків. Суд має функції, які можуть бути точно визначеними (і тоді, зазвичай, говорять про обов’язки) або дискреційними (тоді говорять про права суду).

Юридичний інтерес суду обумовлений метою і завданнями, поставленими перед ним. На відміну від інших суб’єктів цивільного процесуального права, юридичний інтерес суду обернено пропорційний, тобто він полягає у захисті порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави.

У чинному Цивільному процесуальному кодексі України від 18 березня 2004 р. в VI розділі “Процесуальні питання, пов’язані з виконанням судових рішень у цивільних справах та рішень інших органів (посадових осіб)” законодавець передбачив широке коло повноважень суду у виконавчому провадженні. Як ЦПК України, так і Законом України про “Виконавче провадження” передбачені виключні повноваження суду щодо вчинення окремих процесуальних дій, що торкаються виконавчого провадження. Таких повноважень державний виконавець не має, а без них виконання рішення стає проблематичним.

Отже, суд є не просто суб’єктом виконавчого провадження, він владний, вирішальний суб’єкт правовідносин у виконавчому провадженні, в яких він бере участь. При цьому до компетенції суду віднесені найважливіші, основні питання, щодо порушення, розвитку і закінчення виконавчого провадження, вирішення яких є гарантією забезпечення законності під час виконання рішень судів та інших юрисдикційних органів.

СВІТОВИЙ ДОСВІД ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ТЕХНІЧНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Гамбург І.

Інститут економіко-правових досліджень НАН України

Україна як суверенна правова держава стрижнем стратегії економічного та соціального розвитку на період до 2015 року визначила створення реальних передумов вирішення основного геополітичного завдання нашої держави – вступу до Європейського Союзу (ЄС). Послідовна інтеграція у світове економічне співтовариство як обраний Україною шлях розвитку однією з умов передбачає проведення цілеспрямованої політики щодо створення державних систем стандартизації, сертифікації (оцінки відповідності) та метрології (єдності вимірювань) – складових технічного регулювання як основи надійного захисту прав споживачів, – гармонізованих з відповідними міжнародними та системами зарубіжних країн. Отже, розроблена з перших кроків після набуття незалежності Україною державна політика в означеній сфері й яка послідовно проводиться на протязі вже 14 років має на меті реформування національної системи технічного регулювання господарської діяльності на підставі міжнародної практики та досвіду інших країн.

Програмою інтеграції України до ЄС передбачено впровадження в Україні до 2007 року близько 100 європейських директив у сфері технічного регулювання. На цих директивах мають базуватися проекти національних технічних регламентів з підтвердження відповідності, які згідно з Законом України «Про підтвердження відповідності» від 17 травня 2001 року є основними нормативно-правовими актами у сфері технічного регулювання. Означені директиви, у свою чергу, побудовано на принципах так званого «нового підходу» та «глобального підходу» до оцінки відповідності, прийнятих в ЄС. «Новий підхід» дозволяє органам влади проаналізувати наслідки використання різних механізмів оцінювання відповідності та надає гнучкості оцінюванню відповідності протягом усього виробничого процесу для його пристосування для потреб кожної окремої операції. «Глобальний підхід» встановив модулі оцінювання відповідності для різних стадій випуску виробів (проекування, виготовлення дослідного зразка, усталене виробництво), типу використовуюваного оцінення (перевірка документації, схвалення типу, забезпечення якості) і суб'єкта, що здійснює оцінювання (виробник чи третя сторона).

Безумовно, цінним для нас є досвід правового забезпечення технічного регулювання господарської діяльності у зарубіжних країнах з розвинутою економікою. Так, технічне регулювання у країнах США, Великобританії, Франції, Німеччини та Японії здійснюється на підставі стандартів і норм. При цьому держава на законодавчому рівні визначає, в основному, повноваження встановлювати обов'язковість виконання відповідних стандартів. Такий підхід дозволяє не перевантажувати законодавчі акти технічними питаннями, а вводити їх у норми і стандарти. При цьому прийняття стандартів здійснюється після всезагального обговорення і, як правило, шляхом консенсусу. Прийняті стандарти мають бути включені у національний фонд, і використання їх на національному рівні носить обов'язковий характер.

Значне місце у нормативних актах відводиться встановленню заходів контролю за дотриманням стандартів. Наприклад, положеннями Закону США «Про захист громадянського здоров'я та підготовленість до біотероризму» введено додаткову процедуру контролю за всією харчовою продукцією, що імпортується до США. І це, безумовно, доцільно, тому що кожна цивілізована країна світу повинна, насамперед, захищати національні інтереси вітчизняного виробника, свій ринок від непотребу, а головне – споживача від вживання чи використання небезпечної та неякісної продукції.

**ДЖЕРЕЛА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ІПОТЕКИ ЄДИНОГО
МАЙНОВОГО КОМПЛЕКСУ ПІДПРИЄМСТВА***Герц А.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Іпотечний ринок поволі займає одне з найважливіших місць серед фінансових механізмів економічного стимулювання і стабільного розвитку економіки країни, тобто є прямим наслідком того, що іпотека останнім часом набуває найбільш широкого застосування в господарському обігу держави. У зв'язку з цим законодавець вирішив більш повно урегулювати правовідносини стосовно застосування іпотеки як виду забезпечення виконання зобов'язань. Це рішення знайшло своє відтворення в Законі України "Про іпотеку", який заповнив суттєву прогалину у вітчизняному законодавстві.

Відповідно до вищезазначеного Закону іпотекою визнається вид забезпечення виконання зобов'язання нерухомим майном, що залишається у володінні та 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.

Правовий режим нерухомого майна поширюється на повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об'єкти. Ми вважаємо, що цей перелік необхідно доповнити, так як згідно з п. 3 ст.191 Цивільного кодексу України підприємство як єдиний майновий комплекс є нерухомістю, та відповідно до п.4 ст.191 Цивільного кодексу України підприємство або його частина можуть бути об'єктом купівлі – продажу, застави, оренди та інших правочинів.

Іпотеку в Україні регламентовано наступними нормативними актами:

- Цивільним кодексом України від 16.01.2003 року. Він регулює заставні правовідносини, різновидом який є іпотека. Поряд з цим ЦК України в ст.575 наводить своє специфічне визначення іпотеки, обмеживши його загальними ознаками. Аналіз норм ЦК України дозволяє констатувати їх загальний характер.
- Господарським кодексом України. Одночасно з цілим комплексом правовідносин у сфері господарювання кодекс регламентує правовідносини, у яких об'єктом є нерухомість. Зокрема, встановлює склад майна підприємства, його правовий режим.
- Законом України від 05.06.2003 року "Про іпотеку" – встановлює основні правила іпотеки. Цим Законом виключено розділ II Закону України "Про заставу", який регулював іпотечні правовідносини. Існує точка зору, що сьогодні в Україні іпотека регулюється спеціальним законодавством, а не правилами, що регламентують заставу. Вважаємо, що з появою нових законів у цій галузі починає формуватися саме спеціальне законодавство, норми якого мають пріоритет перед загальними нормами про заставу.
- Законом України від 19.06.2003 року "Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати", який встановлює правила іпотеки, випуск та оборот іпотечних сертифікатів. Окремо він регулює правовідносини у системі іпотечного кредитування, а також перетворення платежів за іпотечними активами у виплати за іпотечними сертифікатами із застосуванням механізмів управління майном.
- Законом України від 19.06.2003 року "Про фінансово – кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю" – встановлюється обов'язковість іпотеки для забезпечення договору між забудовником і стороною, що фінансує будівництво. Цей Закон визначає загальні принципи, правові та організаційні засади, залучення коштів фізичних і юридичних осіб в управління з метою фінансування масового будівництва житла та особливості управління цими коштами.
- Розділом 7 "Посвідчення договорів застави (іпотеки)" Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України від 03.03.2004 року, затверджена наказом Міністерства юстиції України від 3.03.2004 р.№20/5;

- постановою КМУ від 31.03.2004 року №410 “Про затвердження Тимчасового порядку державної реєстрації іпотек”. Державна реєстрація іпотек здійснюється з метою реалізації переважного права іпотекодержателя у задоволенні вимог за рахунок предмета іпотеки перед іншими іпотекодержателями незареєстрованих або зареєстрованих пізніше прав чи вимог на предмет іпотеки; надання в інтересах зацікавлених осіб інформації про обтяження нерухомого майна іпотекою або про відсутність такого обтяження.

У зв'язку з прийняттям цих нормативних актів з'явилися нові правовідносини на іпотечному ринку. Так, в Законі України “Про іпотеку” містяться такі новели:

- виникнення іпотеки на підставі рішення суду;
- обов'язковість страхування іпотекодавцем предмету іпотеки;
- право іпотекодавця заповідати передане в іпотеку нерухоме майно. Законодавець у ст.9 зазначає, що правочин, який обмежує право іпотекодавця заповідати передане в іпотеку нерухоме майно, є нікчемним;
- статус майнового поручителя більш конкретизовано, він відповідає за задоволення вимоги іпотекодержателя нерухомим майном, що є предметом іпотеки;
- новою істотною умовою іпотечного договору є посилення на випуск заставної або її відсутність;
- при передачі в іпотеку будівлі (споруди) іпотека поширюється на належну на праві власності земельну ділянку, теж саме стосується і передачі в іпотеку земельної ділянки;
- з'явилися нові об'єкти іпотеки, такі як об'єкт незавершеного будівництва або інше нерухоме майно, яке стане власністю іпотекодавця після укладання іпотечного договору, тобто майнові права на нерухомість, будівництво якої не завершено;
- передбачена обов'язкова державна реєстрація іпотеки, реєстрація змін і доповнень до іпотечного договору та припинення іпотеки;
- про накладання заборони на відчуження предмета іпотеки, якщо не передбачено умовами договору, необхідно повідомляти іпотекодержателя;
- іпотечний договір та договір, що обумовлює основне зобов'язання, можуть бути оформлені у вигляді одного документа;
- можливе одночасне укладання договору купівлі-продажу нерухомого майна та іпотечного договору;
- договір про задоволення вимог іпотекодержателя, який підлягає нотаріальному посвідченню, є правовстановлюючим документом, якщо умовами такого договору передбачено передачу іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки.

Важливим етапом у цьому є створення розвиненої системи засобів, які будуть забезпечувати виконання зобов'язань боржника перед кредитором. Особливої уваги іпотека нерухомого майна набуває сьогодні, коли створюється ринок нерухомості, коли починають створюватися перші іпотечні банки.

Нерухомість є базою для господарської діяльності та розвитку підприємств усіх форм власності. В Україні вже протягом декількох років триває бурхливе формування ринку нерухомості зі своїми проблемами, спадами та піднесеннями, викликаними як економічною ситуацією, так і локальними подіями.

Будь-яка нерухомість – це певне майно. Згідно з Цивільним кодексом України, нерухомим майном є земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких неможливе без їх знецінення та зміни їх призначення. А майном як особливим об'єктом вважаються окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки (ст.190 ЦК України). Юридичне поняття майна зводиться до наступного: а) окрема річ; б) сукупність речей, що належать особі на праві власності чи на інших правах; в) майнові права, права вимоги; 4) обов'язки, борги, які обтяжують майно. В Законі України від 12 липня 2001 року “Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні” говориться, що майном вважаються об'єкти в матеріальній формі, будівлі та споруди (включаючи їх невід'ємні частини), машини, обладнання, транспортні засоби тощо; паї, цінні папери; нематеріальні активи, в тому числі об'єкти права інтелектуальної власності; цілісні майнові комплекси всіх форм власності. На відміну від попереднього, поняття нерухомого майна є набагато вужчим.

Предметом іпотеки може бути виключно нерухоме майно. Крім цього, предметом іпотеки може бути майно, яке, відповідно до законодавства України, може бути відчужене іпотекодавцем, та на яке, відповідно до закону, може бути звернено стягнення. Закон приділяє значну увагу загальним ознакам предмета іпотеки. Цими ознаками є перебування предмета іпотеки у власності іпотекодавця та можливість звернення стягнення на нього.

Предметом іпотеки може бути об'єкт незавершеного будівництва або інше нерухоме майно, яке стане власністю іпотекодавця після укладення іпотечного договору за умови, що іпотекодавець може документально підтвердити право на набуття ним у власність відповідного нерухомого майна у майбутньому. Цим пунктом передбачено два види об'єкта предмета іпотеки:

1. об'єкт незавершеного будівництва;
2. інше нерухоме майно, яке стане власністю у майбутньому.

Стосовно визначення об'єкта незавершеного будівництва необхідно звернутися до ч.3 ст.331 Цивільного кодексу України, за якою до завершення будівництва особа вважається власником матеріалів, які були використані в процесі цього будівництва.

Ми вважаємо, що незавершене будівництво підприємства як майнового комплексу – це розпочате будівництво і не прийняті до експлуатації (не підписаний відповідний акт приймальною комісією) майнові комплекси, будівництво яких здійснюється в межах відповідних населених пунктів, на підставі оформлених згідно з чинним законодавством документів.

Підприємство як господарюючий суб'єкт має необхідне майно – основні і оборотні кошти, інші цінності, якими володіє, користується і розпоряджається в межах, визначених законом та засновником, і які в сфері майнових відносин повинні мати єдиний правовий режим у вигляді права власності.

Застосування іпотеки єдиного майнового комплексу має також значний соціально-економічний ефект, на який слід вказати. За допомогою іпотечних фінансових інструментів значно збільшуються активи різних суб'єктів ринку. За рахунок іпотеки здійснюється інвестування реального сектора економіки та збільшення його капіталу, внаслідок чого забезпечується зростання доходів у різних галузях економіки.

ФУНКЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Гетманцев О.

Чернівецький національний університет імені Ю. Федьковича

Цивільне процесуальне право в системі права України займає самостійне місце, знаходячись одночасно у певних зв'язках з іншими галузями права. Будучи процесуальною галуззю, цивільне процесуальне право виступає по відношенню до матеріального права як форма примусового забезпечення реалізації порушених, невизнаних, оспорюваних цивільних (у широкому розумінні) прав, свобод та інтересів фізичної особи, інтересів юридичної особи, інтересів держави. Саме така мета передбачена в статті 1 Цивільного процесуального кодексу України (далі ЦПК) від 18 березня 2004 р. Це визначає зміст норм, які входять до цивільного процесуального права, природу його інститутів, характер, зміст і суб'єктний склад правовідносин які виникають у цивільному процесі при здійсненні правосуддя в цивільних справах. Тому, для характеристики цивільного процесуального права, а саме його сутності, єдності його норм та інститутів, потрібно поряд з такими категоріями як предмет і метод правового регулювання, використовувати категорію „функції цивільного процесуального права”.

В науці цивільного процесуального права функціям приділялася досить мала увага. У більшості підручників з цивільного процесуального права, які видаються в Росії та в Україні, цьому питанню не приділяється увага взагалі або лише згадується деякі фрагментарні положення щодо функцій в цивільному судочинстві в контексті функцій правосуддя в цивільних справах.

Важливість категорії „функції цивільного процесуального права” полягає у науковій і практичній значимості, а саме: 1) дає можливість визначити ту роль, яку виконує цивільне процесуальне право; 2) визначити напрямки правового регулювання поведінки суб'єктів цивільних процесуальних відносин, які виникають між судом та іншими учасниками з приводу здійснення правосуддя в цивільних справах. Отже, дана категорія має дворівневий зміст, оскільки у першому випадку характеризує цивільне процесуальне право як сукупність правових норм, що регулюють суспільні відносини між судом та іншими учасниками процесу при здійсненні правосуддя в цивільних справах, а в іншому випадку функції характеризують цивільне судочинство – як урегульовану цивільним процесуальним правом систему цивільних процесуальних відносин, які виникають між судом та іншими суб'єктами, при розгляді і вирішенні справ в суді першої інстанції, в порядку перегляду судових рішень у вищестоящих судах.

Термін „функція права” вживається для характеристики соціального призначення права або напрямку правового впливу на суспільні відносини, або те і інше разом взяті. Отже, теоретики права увагу приділяють характеристиці поняття „функція права” через „правовий вплив” і „правове регулювання”. До цього потрібно додати „функціонування права” – шляхи і форми впливу права на суспільні відносини в сучасних умовах. Тобто, це реалізація функцій права, втілення їх у суспільних відносинах. „Правовий вплив” характеризує функції права з точки зору форм і засобів впливу права на суспільні відносини. „Правове регулювання” – здійснюване за допомогою сукупності правових засобів (норм права, правових відносин, правових приписів тощо) урегульованість суспільних відносин. Наведені категорії визначають соціальний феномен права, у тому числі і цивільного процесуального, його нормативно-ціннісний зміст.

Більшість авторів виділяють регулятивну і охоронну функції права, а деякі додають і виховну. Ці функції притаманні цивільному процесуальному праву, але з деякими особливостями. Регулятивна функція цивільного процесуального права полягає у впливі норм цивільного процесуального права на цивільні процесуальні відносини шляхом їх нормативного закріплення, а також вплив на цивільні процесуальні відносини шляхом оформлення їх руху (динаміки). Дана функція в цивільному процесі проявляється у визначенні процесуально-правового становища суб'єктів цивільних процесуальних відносин, їх процесуальних прав та обов'язків, їх процесуальної правоздатності та дієздатності, порядку руху процесу по стадіям тощо.

Охоронна функція в цивільному процесуальному праві проявляється у забезпеченні доступності правосуддя в цивільних справах з метою захисту прав та інтересів особи (фізичної, юридичної), інтересів держави. В цивільному процесуальному праві ця функція проявляється повно. Тому в

літературі іноді цю функцію називають захисною, відновлюючою. Охоронна функція призвана захищати матеріальні відносини, а також цивільні процесуальні відносини. Гарантією захисту останніх від порушень є можливість для суду застосувати заходи процесуального примусу, притягнути до юридичної відповідальності учасників процесу, а для осіб, які беруть участь по справі оскаржити судові акти (рішення, ухвали) до вищестоящего суду в порядку апеляції, касації, перегляду за винятковими обставинами, перегляду за нововиявленими обставинами. Охоронна функція захищає від порушень як матеріальні так і процесуальні відносини. Дана функція визначає спосіб впливу на поведінку учасників цивільних процесуальних відносин, забезпечує захист прав та інтересів таких учасників, виконує превентивну роль. Останній напрямок визначає також виховний характер норм цивільного процесуального права, який проявляється у попередженні щодо порушення норм матеріального і процесуального права і усуненні негативних наслідків правопорушення. Найбільший прояв цього досягається коли суб'єкти цивільних процесуальних відносин виконали вимоги норм права.

Отже, виділяти виховну функцію цивільного процесуального права немає потреби, оскільки вона проявляється у регулятивній та охоронній функціях.

Наведені функції цивільного процесуального права в межах самої галузі можуть мати особливості в інститутах цивільного процесуального права. Це залежить від мети і завдань інституту, характеру і змісту цивільних процесуальних відносин, їх суб'єктивного складу, мети, завдань, функцій учасників процесу.

Викликають заперечення виділення в літературі з цивільного процесуального права ідеологічної функції, функції соціального контролю.

Отже, функція цивільного процесуального права – це передбачені у нормах цивільного процесуального права форми і засоби впливу на цивільні процесуальні відносини з метою їх врегулювання відповідно до мети і завдань цивільного судочинства.

Цивільне процесуальне право характеризується певною динамікою виникнення, зміни і припинення сукупності цивільних процесуальних відносин у зв'язку з порушенням, розглядом і вирішенням цивільної справи. Це безпосередньо охоплюється такою категорією як „цивільне судочинство” або „цивільний процес”. Цивільне процесуальне право регулює цивільне судочинство шляхом визначення процесуальних дій суду, осіб, які беруть участь по справі, інших осіб в межах цивільних процесуальних відносин, а також у якій послідовності такі дії можуть або повинні здійснюватися та які юридичні наслідки реалізації таких дій. У зв'язку з цим, цивільне судочинство повинно виконувати ті завдання, які передбачені у ст. 1 ЦПК, а саме „справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Оскільки ці завдання і мета адресується, в першу чергу суду, як обов'язковому суб'єкту будь-яких цивільних процесуальних відносин, наділеного владними повноваженнями то і функції цивільного судочинства мають свої особливості. Роль суду як органу правосуддя визначає найважливішу функцію – здійснення правосуддя в цивільних справах.

Функція правосуддя в цивільних справах передбачає справедливий, неупереджений, своєчасний розгляд справи з метою з'ясування обставин справи для ухвалення законного та обґрунтованого рішення, перегляду судових рішень. Це гарантія реалізації регулятивної та охоронної функцій цивільного процесуального права в правозастосовчій діяльності суду всіх інстанцій. Проявляється така функція в стадії судового розгляду і вирішення справи.

В літературі з цивільного процесуального права виділяється така функція суду як „контрольна”, „самоконтроль”. В основу виділення цієї функції покладено право суду усунути помилки у своїй процесуальній діяльності (виправлення опісок та арифметичних помилок у судовому рішенні, ухвалення додаткового рішення, роз'яснення рішення, скасування або зміна рішення у вищестоящих судових інстанціях тощо). Функція „самоконтролю” розглядається як самостійний вид контролю за здійсненням правосуддя поряд з „контролем” з боку апеляційної і касаційної інстанцій. Вважаємо, що дана функція суду є факультативною, а не основною, оскільки суд не завжди допускає помилки у своїй діяльності. Елементи контролю також притаманні, окрім суду, всім іншим учасникам процесу.

Окрім суду, процесуальні функції властиві особам, які беруть участь по справі та іншими особами. Їх функції також залежать від мети їх участі в процесі, характеру та змісту заінтересованості по справі. Саме функції визначають напрямки поведінки учасників процесу яка зумовлюється кінцевою метою. Тому можна говорити про функції конкретного суб'єкта цивільних процесуальних

відносин. Їх функції визначають процесуальне становище, обсяг прав та обов'язків, спрямовують поведінку в цивільному процесі по конкретній цивільній справі.

Отже, цивільний процесуальний кодекс, закріплюючи у статті 1 завдання і мету цивільного судочинства, адресує їх не лише суду, а й іншим учасникам процесу, незалежно від особистої заінтересованості. У даному випадку досягається загальна мета, яка виступає критерієм ефективності правосуддя в цивільних справах. Функції учасників процесу не повинні суперечити функціям цивільного процесуального права і функціям цивільного судочинства. Досягти цього можна коли особи, які беруть участь по справі, інші учасники цивільного процесу свою суб'єктивну заінтересованість будуть підпорядковувати тим завданням, які закріплені у нормах цивільного процесуального законодавства. Тому, процесуальні права та обов'язки учасників процесу, їх процесуальні дії, які спрямовуються на виконання процесуальних функцій повинні спрямовуватися на досягнення не лише своєї мети, а й загальної мети цивільного судочинства. Конкретний учасник процесу повинен вчиняти процесуальні дії, які не повинні суперечити його процесуальним правам та обов'язкам, переслідувати мету, яка не суперечить закону.

Функції окремих суб'єктів цивільних процесуальних відносин знаходять конкретизацію у нормах ЦПК. Їх реалізація здійснюється через відповідну процесуальну поведінку.

Отже, категорія „функція” є складною та багато аспектною, оскільки може застосовуватися для характеристики як цивільного процесуального права, його інститутів, так і для цивільного судочинства і його суб'єктів.

МАЙНОВІ ПРАВА, ЯКІ ПОСВІДЧУЮТЬСЯ ПАЙОВИМИ ЦІННИМИ ПАПЕРАМИ

Гнатів О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відповідно до п.1 ч.1 ст. 195 Цивільного кодексу України пайові цінні папери засвідчують участь у статутному капіталі, надають їх власникам право на участь в управлінні емітентом і одержання частини прибутку, зокрема у вигляді дивідендів, та також частини майна при ліквідації емітента. Таким чином, законодавець окреслює комплекс корпоративних прав, які посвідчуються пайовими цінними паперами.

У п.1 ч.5 ст. 3 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23 лютого 2006 року зазначено, що в Україні існує два види пайових цінних паперів – акція та інвестиційний сертифікат. Проте віднесення інвестиційних сертифікатів до даної групи цінних паперів видається спірним.

Акція – іменний цінний папір, який посвідчує майнові права його власника (акціонера), що стосуються акціонерного товариства, включаючи право на отримання частини прибутку акціонерного товариства у вигляді дивідендів та право на отримання частини майна акціонерного товариства у разі його ліквідації, право на управління акціонерним товариством, а також немайнові права, передбачені Цивільним кодексом України та законом, що регулює питання створення, діяльності та припинення акціонерних товариств.

У науковій літературі права, які посвідчуються акцією, поділяють на немайнові та майнові. Крім цього, у ч.1 ст. 100 Цивільного кодексу (ЦК) України зазначається, що право участі у товаристві є особистим немайновим правом, яке не може окремо передаватися іншій особі. Як бачимо, у самому ЦК України визначається правова природа окремих складових корпоративних прав, тобто їх належність до немайнових чи майнових прав.

До майнових прав, які посвідчуються пайовими цінними паперами, як правило, відносять:

- право на отримання після повної сплати вартості акцій бланку акцій (сертифікату на сумарну номінальну вартість акцій), якщо пайові цінні папери випущені у документарній формі, або виписки з рахунку у цінних паперах, що ведеться зберігачем, якщо випуск пайових цінних паперів здійснено у бездокументарній формі;
- право на участь у розподілі прибутку акціонерного товариства (одержання дивідендів), для власників привілейованих акцій – право на отримання фіксованого відсотка, визначеного умовами емісії, незалежно від прибутку емітента;
- право на отримання частини вартості майна товариства у разі його ліквідації;
- переважне право всіх акціонерів придбати додатково випущені акції у кількості, пропорційній їхній існуючій частці у статутному фонді;
- право на власний розсуд розпоряджатися належними пайовими цінними паперами;
- переважне право акціонерів ЗАТ на придбання акцій, що продаються іншими акціонерами товариства (ч.3 ст. 81 Господарського кодексу України);
- право на відшкодування збитків, пов'язаних із зміною статутного фонду товариства;
- право вимагати викупу акціонерним товариством акцій, які належать акціонеру, на вимогу останнього передбачених законом або статутом випадках;
- право на отримання інших дистрибуцій, передбачених статутом емітента.

Інвестиційний сертифікат – цінний папір, який розміщується інвестиційним фондом, інвестиційною компанією, компанією з управління активами пайового інвестиційного фонду та посвідчує право власності інвестора на частку в інвестиційному фонді, взаємному фонді інвестиційної компанії та пайовому інвестиційному фонді.

Відповідно до ч.2 ст. 190 ЦК України (зміни і доповнення від 15 грудня 2005 року) майнові права є неспоживною річчю; майнові права визнаються речовими. Проте зазначена норма є спірною.

У ст. 179 ЦК України дається визначення поняття “рiч”. Рiччю є предмет матерiального свiту, щодо якого можуть виникати цивiльнi права та обов’язки. Отже, з цього слiд зробити висновок, що рiч за своєю природою не може бути абстракцiєю; це предмет, який iснує у певнiй матерiалiзованiй формi, має фiзичнi, хiмiчнi та iншi властивостi, завдяки яким може задовольняти тi чи iншi потреби i тому має певну цiннiсть. Таким чином, поняття речi у цивiльному правi не є безмежним. Неспоживною вважається рiч, призначена для неодноразового використання, яка зберiгає при цьому свiй первiсний вигляд протягом тривалого часу (ч.2 ст. 185 ЦК України), тобто її зношування та втрата цiнностi вiдбуваються поступово. Майновi права не можна вважати предметом матерiального свiту, вони не мають форми, властивостей, якi притаманнi речi; зрештою майновi права не втрачають своєї цiнностi при їх здiйсненнi чи нездiйсненнi. Крім цього, вiдповiдно до ст. 177 ЦК України майновi права вважаються самостiйним об’єктом цивiльних прав. Вище зазначене пiдтверджує те, що в силу своїх особливостей майновi права, в тому числi майновi права, якi посвiдчуються акцiями як пайовими цiнними паперами, не можуть бути неспоживною рiччю.

Не можна погодитись також з тим, що всi майновi права вважаються речовими. Речовi права вiдомi ще римському приватному праву. Речовим визнається право особи на рiч, за яким забезпечується задоволення її інтересiв шляхом безпосереднього впливу на рiч без сприяння iнших осіб. До характерних ознак речових прав належать:

1. абсолютний характер:

- у речових правовiдносинах одна з сторiн (зобов’язана) чiтко не визначена, тобто зобов’язаним вважається кожен учасник цивiльних правовiдносин;
- здiйснення речового права його суб’єктом забезпечується пасивною поведiнкою зобов’язаної сторони, на яку покладається обов’язок утриматися вiд вчинення дiй;

2. об’єктами цих прав виступають речi;

3. наявнiсть такої специфiчної властивостi, як “право слiдування”: при переходi права власностi на рiч iншi речовi права не припиняються, а слiдують за рiччю;

4. наявнiсть особливих способiв захисту: вiндікацiя, усунення перешкод у користуваннi та розпорядженнi майном, визнання права власностi тощо;

5. усi речовi права припиняються з загибеллю речi.

Власник акцiї перебуває у цивiльно-правових вiдносинах з емітентом, тобто акцiонерним товариством, яке здiйснило випуск пайових цiнних паперiв. З цього слiд зробити висновок, що вiдносини щодо здiйснення майнових прав, якi посвiдчуються таким пайовим цiнним папером як акцiя, не мають абсолютного характеру, а, отже, не можуть бути речовими. Це зобов’язальнi вiдносини, яким властивий вiдносний характер. Для здiйснення захисту майнових прав не можуть застосовуватися речово-правовi способи захисту. Наприклад, не можна витребувати майновi права з чужого незаконного володiння.

Потрiбно розрiзняти право на пайовий цiнний папiр та права, якi посвiдчуються пайовими цiнними паперами. Право на цiнний папiр є правом власностi, тобто речовим правом, оскiльки цiнний папiр вважається рiзновидом речi. Правова природа прав з акцiї є iншою, їх не можна вважати речовими. При переходi права власностi на пайовий цiнний папiр буде застосовуватися ст. 334 ЦК України. Права за iменною акцiєю, випущеною у документарнiй формi, передаються у порядку, встановленому для вiдступлення права вимог (цесiї). Момент виникнення права власностi на iменну акцiю, випущену у документарнiй формi, спiвпадає з моментом набуття права власностi за договором. Однак права з iменною акцiї, випущеною у документарнiй формi, можуть бути реалiзованi з моменту внесення змiн до реєстру власникiв iменних цiнних паперiв (ст. 5 Закону України "Про Нацiональну депозитарну систему та особливостi електронного обiгу цiнних паперiв в Україні"). Права за акцiєю, випущеною у бездокументарнiй формi, передаються у порядку, встановленому для вiдступлення права вимог (цесiї). Вiдповiдно до ст. 5 Закону України "Про Нацiональну депозитарну систему та особливостi електронного обiгу цiнних паперiв в Україні" право власностi на акцiї, випущенi у бездокументарнiй формi, переходить до нового власника з моменту зарахування акцiї на рахунок власника у зберiгача. Пiдтвердженням права власностi на акцiю, випущену у бездокументарнiй формi, є виписка з рахунку у цiнних паперах, яку зберiгач видає власнику цiнних паперiв. Саме з моменту отримання виписки з рахунку у цiнних паперах власник акцiї як пайового цiнного паперу може здiйснювати права, якi ним посвiдчуються. Як бачимо, майновi права, якi виникають з акцiї, не можуть вважатися речовими.

Інвестиційний сертифікат посвідчує право власності інвестора на активи пайового інвестиційного фонду, який не є юридичною особою. Відповідно до Закону України «Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)» від 15 березня 2001 року активи пайового інвестиційного фонду належать інвесторам на праві спільної часткової власності. Право власності є речовим правом. Таким чином, права, посвідчені акцією, та права з інвестиційного сертифікату мають різну правову природу, що свідчить про неможливість віднесення останніх до пайових цінних паперів.

Отже, з цього також слід зробити висновок, що майнові права є ширшим поняттям, ніж речові, та включають останні. Таким чином, всі речові права є майновими, але не кожне майнове право може вважатися речовим.

Все вище зазначене підтверджує недоцільність змін та доповнень від 15 грудня 2005 року, внесених до ст. 190 Цивільного кодексу України, ч.2 зазначеної статті потрібно виключити з метою забезпечення єдиного підходу до розуміння як майнових прав в цілому, так і майнових прав, які посвідчуються пайовими цінними паперами.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПЕРЕДАННЯ ПРАВ ЗА ВЕКСЕЛЕМ*Гигоровська-Якубівська Л.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Відповідно до визначення цінного паперу, закріпленого у ст.194 Цивільного кодексу України, поняття цінного паперу передбачає, зокрема, можливість передачі прав, що впливають з цього документа, іншим особам. Тобто, оборотоздатність розглядається законодавцем як сутнісна ознака цінного паперу. Порядок передачі прав за цінним папером залежить від способу легітимації уповноваженої особи і, відповідно, віднесення цінного паперу до цінних паперів на пред'явника, іменних цінних паперів чи ордерних цінних паперів (ст.197 Цивільного кодексу України). Відповідно до вказаної статті:

- права, посвідчені цінними паперами на пред'явника, передаються шляхом вручення цінного паперу іншій особі;
- права, посвідчені іменними цінними паперами, передаються в порядку відступлення права вимоги (цесії);
- права за ордерними цінними паперами передаються шляхом вчинення на цьому папері передавального напису (індосаменту).

По-іншому регулює це питання Господарський кодекс України. У ст.163 вказаного кодексу говориться лише про два види цінних паперів за способом легітимації уповноваженої особи: іменні і на пред'явника. Іменні цінні папери, згідно із ст.163 Господарського кодексу України, передаються шляхом повного індосаменту (передавальним записом, який засвідчує перехід прав за цінним папером до іншої особи), якщо інше не передбачено законом або в них спеціально не вказано, що вони не підлягають передачі. Цінні папери на пред'явника обертаються вільно.

Фактично, наведені норми ст.163 Господарського кодексу України є калькою відповідних положень ст.1 Закону України “Про цінні папери і фондову біржу”, який на сьогоднішній день втратив чинність. Основна проблема полягає в тому, що ст.163 Господарського кодексу України суперечить ст.197 Цивільного кодексу України та Закону України “Про цінні папери та фондовий ринок”. В контексті правового регулювання вексельного обігу ці колізії теж набувають певної гостроти. Адже вексель, зазвичай, розглядається як ордерний цінний папір. Проте ст.163 Господарського кодексу України про ордерні цінні папери взагалі не згадує. Причому, поділ цінних паперів на іменні, ордерні і на пред'явника закріплено і в ст.3 Закону України „Про цінні папери і фондовий ринок”. Прикінцевими положеннями цього закону передбачено внесення низки змін до Господарського кодексу України, включаючи ст.163. Однак, чомусь ці зміни не торкнулись ч.3 вказаної статті.

Наявність таких колізій може породити відповідні проблеми у правозастосувальній практиці. Адже відповідно до ч.2 ст.9 Цивільного кодексу України, законом можуть бути передбачені особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання. Тобто виходячи з цього положення, Господарський кодекс України є спеціальним законом, який визначає особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання. Але навряд чи такими „особливостями” може бути закріплення лише двох видів цінних паперів (іменних і на пред'явника). В даному випадку слід виходити з того, що види цінних паперів залежно від способу легітимації управомоченої особи є загальними для всіх сфер (в тому числі, і сфери господарювання) і закріплені у ст.197 Цивільного кодексу України та ст.3 Закону України „Про цінні папери та фондовий ринок”. Тому регулювати це питання у Господарському кодексі України немає потреби. Відтак, пропонуємо ч.3 ст.163 Господарського кодексу України виключити.

Передача прав за векселем здійснюється шляхом індосаменту на зворотному боці векселя або на приєднаному аркуші (алонжі). Термін „індосамент” походить з італійської мови – *in dosso*, що в перекладі означає “на спині”. Особа, що здійснює передавальний напис, називається індосантом, а особа, яка отримує вексель за цим написом, – індосатом.

Загалом, індосамент є загальним і основним способом передачі прав за векселем. Це обумовлено належністю векселя до ордерних цінних паперів. Проте, виходячи зі змісту Уніфікованого закону про переказні векселі і прості векселі, запровадженого Женевською конвенцією 1930 р. (далі –

УВЗ), вексель і посвідчувані ним права можуть також передаватися іншими способами. Так, відповідно до ч.2 ст.11 УВЗ, якщо трасант помістив у переказному векселі слова “не за наказом” або будь-який інший рівнозначний вислів, то документ може бути переданий тільки з дотриманням форми та з наслідками звичайної цесії. Крім цього, у ч.2 ст.14 УВЗ передбачено, що якщо індосамент є бланковим, то держатель векселя може, зокрема, передати вексель третій особі, не заповнюючи бланк і не вчиняючи індосаменту.

Таким чином, закріплюючи індосамент в якості загального способу передачі прав за векселем, УВЗ в окремих випадках передбачає інші способи передачі:

1. відступлення права вимоги (цесію) – якщо векселедавець помістив на векселі слова „не за наказом” чи інший рівнозначний вислів;
2. вручення – якщо останній індосамент є бланковим.

У першому із названих двох випадків сам векселедавець забороняє подальшу передачу прав за векселем за індосаментом. Автор поділяє думку про те, що у цій ситуації вексель є іменним цінним папером.

У другому випадку векселедержатель володіє векселем, одержаним за бланковим індосаментом (тобто передавальним написом, в якому не зазначено особи, на користь якої він здійснений). Такий векселедержатель вправі передати (вручити) вексель іншій особі, не заповнюючи бланк і не вчиняючи індосаменту.

Оскільки однією з основних функцій індосаменту є функція передання прав, постає питання щодо співвідношення індосаменту і цесії. В літературі даному питанню приділено достатньо уваги. При цьому більшість авторів доходять висновку про самостійність індосаменту і цесії, з чим автор, загалом, погоджується.

В літературі висловлено точку зору (В.А.Белов), що основу розмежування індосаменту і цесії становить відмінність в юридичній спрямованості, юридичній цілі цих правочинів. Ціль індосаменту полягає в перенесенні права власності на цінний папір. На відміну від цього, цесія має своїм предметом перенесення зобов'язальних, а не речових прав, прав з паперу, а не прав на папір.

Наведену позицію важко назвати обґрунтованою, оскільки вона не узгоджується із природою цінних паперів, в яких нероздільно пов'язані сам цінний папір і права, що ним посвідчуються („право з паперу слідує за правом на папір”). На цей зв'язок вказує ч.2 ст.194 Цивільного кодексу України: до особи, яка набула право власності на цінний папір, переходять в сукупності всі права, які ним посвідчуються. Якщо взяти за основу позицію В.А.Белова, то виходило б, що при вчиненні індосаменту векселя переходило б право власності на вексель, а при відступленні права вимоги (цесії) у випадку, коли вексель містить напис „не за наказом” чи інший рівнозначний вираз, – переходили б права, посвідчені векселем. Але ж це не так. У ст.14 УВЗ прямо передбачено: індосамент переносить всі права, що впливають з переказного векселя. Така ж позиція щодо ордерних цінних паперів відтворена у ч.5 ст.197 Цивільного кодексу України: за передавальним написом (індосаментом), вчиненим на цінному папері, до особи, якій або за розпорядженням якої передаються права за цінним папером (індосата), переходять усі права, посвідчені цінним папером. Тому як індосамент, так і цесія спрямовані на передання прав за векселем.

Варто звернути увагу на те, що Цивільний кодекс України дещо суперечливо підходить до питання про співвідношення індосаменту і цесії. З одного боку, ст.197 Цивільного кодексу України передбачає, що права за іменним цінним папером передаються в порядку цесії, а права за ордерним цінним папером – шляхом індосаменту. Тобто в даному випадку законодавець розмежовує ці поняття, не даючи підстав вважати, що індосамент є різновидом цесії. З іншого боку, ч.4 ст.197 Цивільного кодексу України, регулюючи передання прав за іменними цінними паперами на основі цесії, передбачає, що особа, яка передає право за цінним папером (індосант), відповідає лише за недійсність відповідної вимоги і не відповідає за її невиконання. На думку автора, в даному випадку законодавець необґрунтовано вживає слово „індосант”. Адже йдеться про відступлення права вимоги (цесію). Особа, яка відступає право вимоги називається цедентом, а не індосантом. Останній термін стосується індосаменту, а не цесії. Недоречність вживання законодавцем у другому реченні ч.4 ст.197 Цивільного кодексу України слова „індосант” стає ще більш очевидною при співставленні цієї норми із другим реченням ч.5 цієї статті. Загалом, ч.5 ст.197 Цивільного кодексу України стосується передання прав за ордерним цінним папером шляхом індосаменту. Відповідно, друге речення цієї частини передбачає, що індосант відповідає за існування та здійснення цього права. Тобто виходить, що згідно із ч.4 ст.197 Цивільного кодексу України, „індосант” відповідає лише за недійсність відповідної вимоги, а згідно із

ч.5 цієї ж статті „індосант” відповідає за існування та здійснення відповідного права. Це є наслідком неправильного вживання законодавцем у другому реченні ч.4 ст.197 Цивільного кодексу України слова „індосант”. Тому пропонується виключити слово „(індосант)” з другого речення ч.4 ст.197 Цивільного кодексу України.

В літературі дискусійним є питання про те, з якого моменту виникають права і обов'язки в осіб при вчиненні індосаменту. Одні автори вважають, що правові наслідки настають з самого лише факту вчинення передавального напису. Більше прихильників має інша точка зору, за якою для виникнення відповідних прав у індосата і обов'язків індосанта необхідно не тільки вчинення самого напису (індосаменту), але і його передача індосату. На думку автора, більш обґрунтованою є друга точка зору. Адже у ст.16 УВЗ передбачено, що закреслені індосаменти вважаються ненаписаними. Тобто індосант вправі закреслити вчинений ним індосамент до передачі векселя індосату.

Думається, що для попередження виникнення спорів з даного приводу у законодавстві слід чітко визначити порядок передачі прав за векселем. УВЗ чітко цього питання не регулює, через що в літературі й існують різні позиції щодо нього. Більш прогресивною у цьому відношенні є Конвенція ООН „Про міжнародні переказні і міжнародні прості векселі” 1988 р. Відповідно до п.”а” ст.13 цієї конвенції, вексель передається шляхом індосаменту і вручення векселя індосантом індосату. Думається, що позитивним було б закріплення у законодавстві України норми, яка б чітко регулювала це питання. Тому виходячи із наведеного вище та враховуючи можливі способи передачі прав за векселем, пропонуємо доповнити Закон України „Про обіг векселів в Україні” статтю наступного змісту:

„Передача прав за векселем.

Права за векселем передаються шляхом вчинення на ньому векселедержателем (індосантом) передавального напису (індосаменту) і вручення векселя індосантом індосату.

Якщо векседавець помістив на векселі слова „не за наказом” чи інший рівнозначний вислів, то права за таким векселем передаються в порядку відступлення права вимоги (цесії).

Якщо останній індосамент є бланковим, то для передання прав за таким векселем достатньо вручення векселя іншій особі.”

**ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОБІГУ
СКЛАДСЬКИХ СВІДОЦТВ.***Демчук А.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Ефективність внутрішнього ринку залежить від формування відповідної інфраструктури, у створенні якої важливу роль повинна відігравати держава.

Держава стимулює процеси нагромадження та ефективного використання інвестиційних ресурсів у пріоритетних напрямках, сприяє акумулюванню внутрішніх і зовнішніх ресурсів, послабленню податкового навантаження на товаровиробників, формуванню ринкових відносин, розвитку фондового та страхового ринків, зміцненню банківської системи, посиленню інвестиційної спрямованості приватизаційного процесу, удосконаленню механізмів управління корпоративними правами, тощо. З метою створення на законодавчому рівні єдиного підходу щодо вирішення проблем у сфері розвитку ліквідних і прозорих організованих ринків складських свідоцтв. Адже, необхідність організації ринку складських свідоцтв стає актуальною тому, що вже на сьогодні здійснюються спроби захоплення даного ринку та обмеження доступу до нього інших учасників, що в свою чергу призведе до монополізації, низького обороту складських документів та здійснить дискредитацію товаророзпорядчих документів, як в очах вітчизняних, так і іноземних інвесторів.

Тому відкрита та легальна організація ринку складських документів не допустить недобросовісного ведення бізнесу і дозволить усунути необґрунтовану експлуатацію промислових підприємств з боку різних посередників.

З метою створення правових основ для захисту інтересів володільців і зберігачів товару, банківських установ та правового забезпечення єдиної державної політики. Верховна Рада України 23 грудня 2004 року прийняла Закон України “Про сертифіковані товарні склади та прості і подвійні складські свідоцтва”(далі – Закон № 2286-IV), який регулює правовідносини, пов’язані з оформленням, видачею, погашенням простих і подвійних складських свідоцтв, визначає порядок їх реєстрації та спрямований на створення правових, економічних, організаційних умов функціонування цих документів під час зберігання товарів на товарних складах. Запровадження обігу простих і подвійних складських свідоцтв сприяє зменшенню сезонних цінових коливань та стабілізації цін на ринках товарів, підвищує ефективність функціонування ринку та його прозорість. Наявність простих і подвійних складських свідоцтв дає можливість стандартизації товарних ресурсів та відкриє шлях до торгівлі стандартизованим товаром на відповідних товарних біржах.

Однак саме для такої ефективної реалізації даного Закону необхідно передусім узгодити норми вище названого Закону № 2286-IV з Цивільним та Господарським кодексами України. Звернемо увагу на те, що у новому Цивільному кодексі України питанням зберігання товарів на товарному складі присвячений § 2 глави 66 “Зберігання”, а у Господарському кодексі – ст.291 “Зберігання у товарному складі”.

Визначення складських свідоцтв лише як товаророзпорядчих складських документів (ст.1 Закону № 2286-IV) не у повній мірі відзначає їх природу. Слід визнати, що складські свідоцтва є видом товаророзпорядчих цінних паперів, які надають їхньому держателю право розпоряджатися майном, вказаним у цих документах (п.4 ст.195 ЦК). Тому визначення складських свідоцтв має бути доповнено тим, що вони є цінними паперами, враховуючи те, що згідно з ст.961 ЦК до складських документів відноситься також складська квитанція, яка не є цінним папером. Зазначимо, що у зв’язку з тим, що складські свідоцтва володіють всіма ознаками товаророзпорядчих цінних паперів, Закон № 2286-IV, Закон України “Про цінні папери та фондову біржу” та Цивільний кодекс України мають бути доповнені положеннями, які визначають умови обігу цих цінних паперів.

За своїм змістом Закон № 2286-IV регулює не лише питання правового регулювання випуску та обігу складських свідоцтв, але й визначення товарного складу, договору складського зберігання товарів, строку його зберігання, плати та інших питань зберігання товарів на товарному складі, які не мають безпосереднього відношення до складських свідоцтв. Крім цього, перелік товарів, щодо яких не

можуть видаватись складські свідоцтва, має бути перенесений із преамбули закону до його основного тексту.

Законом № 2286-IV майже не врегульовані питання державного регулювання випуску та обігу складських свідоцтв. У законі йдеться лише про те, що вимоги до реєстру складських свідоцтв та порядок його ведення, а також сертифікацію товарних складів здійснюватиме спеціально уповноважений Кабінетом Міністрів орган з питань регулювання товарних ринків. Проте, хто визначає інші важливі питання регулювання обігу складських свідоцтв, а головне контролює виконання цього Закону не встановлено. Крім цього, порядок сертифікації складів, який є одним із головних для їх діяльності, Законом № 2286-IV майже повністю упушений. Чітко не визначений навіть орган, який її проводить.

У ч.4 ст.9 Законом № 2286-IV передбачено, що у разі позбавлення товарного складу сертифікату про відповідність надання послуг із зберігання, видані раніше складські свідоцтва залишаються дійсними до закінчення строку зберігання, на який прийнято товар. Вважаємо, що з таким підходом погоджуватись не варто, оскільки він дозволяє продовжувати діяльність із зберігання товарів складу, який позбавлений цього права.

Слід також врахувати, що згідно з п.2 ст.294 Господарського кодексу України діяльність товарних складів підлягає ліцензуванню.

Більш детально має бути розкритий порядок продажу товарним складом товарів, які залишилися на складі після закінчення терміну їх зберігання, оскільки у ст.18 Закону № 2286-IV йдеться лише про те, що цей товар продається на конкурентних засадах. Однак не визначено ким він продається, за якою ціною та у який термін.

Аналіз положень зазначеного Закону України виявив низку суперечностей ще й із Законом України „Про зерно та ринок зерна в Україні”. Колізії, що виникають між двома законами стосуються, зокрема, понять реєстру простих і подвійних складських свідоцтв, виведення з обігу складських квитанцій, технології приймання зерна на склад, процедури передачі подвійного складського свідоцтва та отримання кредиту, не- можливості відновлення власником товару своїх майнових прав при втраті простого складського свідоцтва, різна процедура передачі складських свідоцтв, протиріччя окремих положень законів, різна процедура реалізації заставленого зерна.

При зазначених колізіях Закон України “Про сертифіковані товарні склади та прості і подвійні складські свідоцтва” практично паралізує на невизначений період застосування складських документів на зерно, а, отже й звужує доступ виробників зерна до кредитних ресурсів, що завдає шкоди як товаровиробникам, так і державі загалом, оскільки знижує конкурентоспроможність вітчизняних виробників зерна, створює загрози для продовольчої безпеки держави. Окрім того, практично перекреслюється набутий в процесі запровадження складських документів на зерно досвід, який міг би бути використаний в майбутньому при запровадженні складських свідоцтв на інших товарних ринках, насамперед, на ринках сільськогосподарської продукції в силу її специфічності.

Зважаючи на ситуацію яка склалась, пропонується привести у відповідність норми Закону України “Про сертифіковані товарні склади та прості і подвійні складські свідоцтва”, в першу чергу з Цивільним кодексом України, Господарським кодексом України та Законом України „Про зерно та ринок зерна в Україні”.

А тому, узагальнюючи вище викладене, необхідно здійснити цілу низку першочергових заходів для вдосконалення правового регулювання обігу складських свідоцтв:

- Кабінет Міністрів України має визначити уповноважений орган, який видаватиме сертифікати та відзивати їх;
- уповноважений орган повинен розробити затвердити порядок ведення реєстру складських свідоцтв;
- уповноважений орган має затвердити положення про сертифікацію та позбавлення товарного складу сертифікату;
- уповноважений орган повинен затвердити вимоги до регламенту сертифікованого товарного складу;
- уповноважений орган має затвердити форму, порядок виготовлення і використання, бланків складських свідоцтв;
- поширити на складські свідоцтва режим товаророзпорядчих цінних паперів;
- визначити механізм організації ринку складських свідоцтв;

- усунути колізії правового регулювання складського зберігання та обігу складських свідоцтв.

Сподіваємося, що досвід із розробки та затвердження нормативних актів, що регулюють обіг складських свідоцтв на зберігання зерна, буде корисним, і Закон про сертифіковані склади запрацює вже на початку травня цього року.

А тому, лише зважена системна робота, щодо впровадження складських свідоцтв в цивільному обігу сприятиме гармонійному розвитку даного виду цінного паперу і надасть можливість створення на законодавчому рівні єдиного підходу щодо вирішення проблем у сфері розвитку ліквідних і прозорих організованих ринків складських свідоцтв.

ОКРЕМІ АСПЕКТИ СТВОРЕННЯ СПОЖИВЧИХ ТОВАРИСТВ.

Зеліско А.

Юридичний інститут Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника

Сьогодні основним способом створення споживчих товариств, як і інших юридичних осіб приватного права, є нормативно-явочний порядок. Як зауважує І. М. Кучеренко, при застосуванні такого способу створення нормативний акт у загальній формі визначає для даного типу юридичної особи передумови, від дотримання яких залежить виникнення конкретної юридичної особи.

Загальні положення щодо створення споживчих товариств містяться в Цивільному кодексі України, який у статті 87 встановлює, що для створення юридичної особи її учасники (засновники) розробляють та затверджують установчі документи і здійснюють державну реєстрацію юридичної особи, з моменту якої вона вважається створеною та відповідно до чинного законодавства визнається суб'єктом права. Правове регулювання державної реєстрації юридичних осіб як необхідного етапу їх легалізації здійснює Закон України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців». Метою даного дослідження є формування такого правового механізму, застосування якого сприяло б меті належної організації створення споживчих товариств як юридичних осіб з особливим правовим статусом. Адже згідно з статтею 86 Цивільного кодексу України, споживчі товариства визнані непідприємницькими товариствами які не мають на меті отримання прибутку та його наступного розподілу між учасниками. Дані юридичні особи створюються для здійснення певної соціально-економічної мети, в основі якої знаходяться матеріальні інтереси учасників (засновників) споживчого товариства.

Цивільний кодекс України визначає лише загальні засади створення усіх юридичних осіб приватного права, покладаючи завдання регулювання особливостей правового становища окремих видів юридичних осіб на спеціальні нормативно-правові акти. Таким законодавчим актом для споживчих товариств є Закон України «Про споживчу кооперацію» 1992 року. Створенню споживчого товариства присвячена стаття 5 даного Закону відповідно до якої, таке товариство створюється на основі статуту та визнається юридичною особою і може здійснювати господарську та іншу діяльність з дня його державної реєстрації. З аналізу наведеної норми можна стверджувати, що Закон «Про споживчу кооперацію» аналогічно до Цивільного кодексу України встановлює лише загальні положення щодо створення споживчого товариства. Однак дана ситуація є негативною з огляду на те, що вказаний нормативно-правовий акт не враховує положень Цивільного кодексу України щодо визнання споживчих товариств непідприємницькими, а тому – не може на даному етапі ефективно врегульовувати особливості створення споживчих товариств саме як непідприємницьких утворень.

Процес створення споживчого товариства як юридичної особи приватного права містить в собі декілька етапів, основними з яких є організаційний та легалізаційний. Перший етап є сукупністю дій осіб щодо заснування юридичної особи, а саме: обирається організаційно-правова форма, розробляються та затверджуються установчі документи, скликаються установчі збори тощо. Другий етап створення товариства є його державною реєстрацією, з моменту здійснення якої юридична особа вважається створеною. В. І. Борисова підкреслює – державна реєстрація є останньою стадією, що завершує процес створення юридичної особи, яка до цього існувала фактично, а з моменту державної реєстрації виникає юридично. Державна реєстрація споживчих товариств здійснюється відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» 2003 року. Доцільність проведення державної реєстрації споживчих товариств як непідприємницьких утворень на основі наведеного Закону обґрунтовується наданням права даним юридичним особам здійснювати підприємницьку діяльність, якщо така сприятиме досягненню мети товариства (стаття 86 Цивільного кодексу України).

При створенні споживчого товариства перш за все виникає необхідність врегулювання правового положення осіб, що є ініціаторами створення даної юридичної особи – засновників товариства до моменту його державної реєстрації. Така потреба постає в зв'язку з тим, що між товариством та його засновниками виникає майновий зв'язок, який є наслідком сплати останніми визначених пайових внесків, що формують майно новоствореного товариства. Факт сплати таких внесків породжує в засновників (учасників) споживчого товариства певні майнові права. Тому

необхідно належним чином забезпечити виконання засновниками споживчого товариства зобов'язань відносно вчинення певних сумісних дій по заснуванню товариства та сплати визначених внесків.

Для вирішення наведеної вище проблеми доцільно було б в Законі України «Про споживчу кооперацію» передбачити, що засновники споживчого товариства за власним бажанням можуть укласти між собою договір про створення споживчого товариства, в якому вони уповноважені будуть закріпити положенням щодо порядку створення товариства, а саме: порядку та строків внесення обов'язкових пайових внесків, формування передбачених законом фондів товариства, порядку скликання та проведення засновницьких зборів та їх компетенцію щодо прийняття рішень стосовно майбутнього товариства тощо. Як підкреслює І. М. Кучеренко, такий договір не визнається установчим документом. Договір про створення товариства виконуватиме функцію фіксації рішення про створення товариства та забезпечення виконання засновниками зобов'язань щодо створення такої юридичної особи.

Закон України «Про споживчу кооперацію» встановив, що основним установчим документом споживчого товариства є статут. В частині 2 статті 5 Закону визначено, що статут повинен містити: порядок вступу до товариства і виходу з нього, права та обов'язки членів товариства, його органи управління та їх компетенцію, порядок утворення майна товариства та розподілу прибутку, умови реорганізації та ліквідації товариства. Аналізуючи статтю 88 Цивільного кодексу України, що визначає вимоги до змісту установчих документів, можна стверджувати, що норми Закону «Про споживчу кооперацію» щодо змісту статуту містять в основному загальні положення, які не відображають специфіку правового становища споживчих товариств. Водночас, частина 1 статті 88 Цивільного кодексу України передбачає можливість встановлення в спеціальних законодавчих актах додаткових вимог до змісту статуту, пов'язаних з особливостями правового статусу окремих організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права, в тому числі і споживчих товариств. На основі викладеного вважаємо за доцільне закріпити в Законі «Про споживчу кооперацію» ряд спеціальних вимог до установчого документу споживчого товариства – статуту, які будуть відображати специфіку даних товариств як непідприємницьких утворень, діяльність яких спрямована на реалізацію соціально-економічної мети, обумовленої матеріальними інтересами засновників (учасників). Зокрема, статут споживчого товариства обов'язково повинен містити такі дані, що є наслідком його специфічного правового статусу як: вказівку на непідприємницький статус товариства; закріплення конкретної мети товариства, що визначається матеріальними потребами членів товариства та є засобом поліпшення їх матеріального добробуту; вказана мета споживчого товариства повинна відображати його непідприємницьку природу; встановлення специфічного порядку розподілу отриманого в процесі діяльності товариства доходу, який повинен спрямовуватися перш за все на досягнення визначеної в статуті мети товариства. Відповідність установчого документу споживчого товариства – статуту цим вимогам, які відображають специфічні ознаки даної організаційно-правової форми непідприємницьких товариств повинна бути необхідною умовою реєстрації споживчого товариства.

Враховання усіх наведених вище пропозицій щодо порядку створення споживчого товариства забезпечить належний правовий механізм створення даних юридичних осіб приватного права саме як непідприємницьких товариств. Наслідком чого стане законодавче гарантування спрямування діяльності споживчих товариств на реалізацію їх основної статутної мети – поліпшення добробуту їх членів.

КРИТЕРИИ РАЗГРАНИЧЕНИЯ ДОГОВОРОВ КУПЛИ И ПОДРЯДА ПО ГРУЗИНСКОМУ ПРАВУ И МЕЖДУНАРОДНОМУ ПРАВУ КУПЛИ

Кандашвили И.

Тбилисский государственный Университет имени Ивана Джавахишвили

Право купли занимает значительное место по сравнению другими институтами права.

С развитием рыночной экономики все больше растет нагрузка на право купли, заключаются много договоров купли не только внутри страны, но также соглашения международных масштабов, чем роль и актуальность права купли растет вдвойне.

В 1980 году была принята конвенция Вены «О договорах международной купли-продажи товара», которая представляет собой самую широкую международную торговую кодификацию и самую высшую ступеньку унификации права купли.

Развитие сотрудничества между странами дал сильный толчок к развитию торговых отношений между ними, именно с целью упорядочения существующих договоров купли международного масштаба, и основания общих условий в этой сфере в 1980 г. от 10 Марта до 11 Апреля дипломатическая конференция в Вене приняла конвенцию ООН «О договорах международной купли-продажи товара». На сегодняшний день конвенция объединяет 67 стран – участников договора. Конвенция состоит из четырех частей и вмещает 101 статей, чем представляет собой самую широкую международную торговую кодификацию и самую высшую ступеньку унификации права купли.

На вопрос, чем обусловлена постановка подобной конвенции в повестку дня, что послужило причиной этого явления и объединения многих государств вокруг одной точки зрения – ответ однозначен: право купли настолько жизненно важно для развития сегодняшнего мира, что с целью избегания дополнительных осложнений и была принята вышеупомянутая конвенция.

Известно, что соглашения, заключенные с иностранными контрагентами, регулируются правовыми нормами той или иной страны и примененное право определяется соглашением сторон, хотя при его выборе возникают серьезные осложнения не только для неопытных в области права людей, но также для опытных юристов, которые недостаточно знакомы с иностранным правом, регулирующем коммерческие отношения.

В первую очередь это вызвано тем, что при решении одних и тех же вопросов есть существенная разница между разными системами и национальными законодательствами.

Следует отметить, что участник иностранных – экономических действий должен достаточно хорошо разбираться в существующих в практике правовых нормах, которые регулируют данный тип договора.

Необходимость принятия подобной конвенции вытекала из того, что в случае заключения международного договора купли, продавец и покупатель живут в разных, имеющих разные правовые порядки государствах. Естественно, они требуют согласования с применением права собственной страны. Это нередко приводило к согласованию с правом нейтральной, чужой для обеих сторон страны; а недостаточное знание права третьей страны и сложности, связанные определения и разъяснения содержания норм обуславливало непреодолимые проблемы.

Следует отметить то обстоятельство, что Грузия является подписавшей вышеупомянутой конвенции страной, и она имеет обязательную юридическую силу для Грузии.

По Грузинскому законодательству, а именно гражданским кодексом предусмотрены нормы, регулирующие договора, как купли, так и подряда (обслуживания); а именно в соответствии 477 статьи Грузинского гражданского кодекса: «По договору купли продавец обязан передать покупателю право собственности на имущество, связанные с ним документы и доставить товар». В соответствии 629 статьи Грузинского гражданского кодекса подрядчик обязан выполнить предусмотренную договором работу, а заказчик обязан заплатить подрядчику согласованную плату, а если подрядный договор предусматривает изготовления какого-нибудь изделия, и подрядчик изготавливает его приобретенным им самим материалом, тогда он передает изготовленное изделие в собственность заказчика. Если изготавливается фамильная вещь, применяются правила купли.

Как это видно из цитированной статьи, по Грузинскому законодательству решающее значение придается тому обстоятельству, какого типа вещь была изготовлена вследствие обслуживания и при изготовлении фамильной вещи применяются правила купли.

Следует отметить, что появилось много противников этой статьи в нашем законодательстве из-за простой причины, что имеется определенный казус. Этот вопрос рассматривается по-другому Венской конвенцией. В частности, договор купли, заключенный стороной заказчиком об изготовленном или производимом имуществе относится к сфере действия конвенции, но Венская конвенция не применяется, когда в договоре купли о таком товаре «покупатель» берет на себя обязательство предоставить «существенную часть» материала, необходимого для изготовления или производства товара. В таком случае решающее значение придается форме действия покупателя в отношении выполнения договора, тип оказанного им содействия, под чем подразумевается доставка «материала»; а то, что надо считать существенной частью содействия, следует определить в каждом индивидуальном случае.

Из этого ясно видно, что договор доставки-подряда, когда доставщик должен изготовить или производить предусмотренное договором имущество собственным материалом, уравнивается к договору купли. Однако, в отличие от Грузинского законодательства, согласно первому пункту третьей статьи конвенции: «Договором купли-продажи считается договор, заключенный на доставку такого товара, который возможно изготовить или производить, если сторона-заказчик не берет на себя обязательство доставки существенной части материала, необходимого для изготовления или производства данного товара. Согласно второму пункту этой же статьи: «Конвенция не применяется к тем договорам, где обязанности стороны-доставщика в основном заключается в выполнении работ или других типах обслуживания».

Можно заключить, что определяющее значение не придается к тому, является эта вещь фамильной или нет. Определяющим критерием является то, что большая часть предстоящего стороне договора действия не должно выражаться в выполнении работ или подобного рода обслуживании. Итак, конвенция распространяется на все такие договора, в которых не преобладают чуждые для купли элементы.

Согласно третьей статье первой части конвенции «Договором купли-продажи считается договор, заключенный на доставку такого товара, который возможно изготовить или производить, если заказчик товара не берет на себя обязательство доставки существенной части материала, необходимого для изготовления или производства».

Итак, существуют разные позиции вокруг вопроса и Грузинское законодательство должно склониться к Европейскому, что будет способствовать большей гармонизации права и приближению к Европейским стандартам.

ПРОБЛЕМИ УДОСКОНАЛЕННЯ ПОНЯТТЄВОГО АПАРАТУ В ЦИВІЛЬНОМУ КОДЕКСІ УКРАЇНИ.

Косак В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Однією з важливих проблем ефективного застосування положень цивільного законодавства є уніфікація понятійного апарату та удосконалення змісту дефініції окремих норм. Це повною мірою стосується такого інституту як зобов'язальне право. Зокрема звертає на себе увагу співвідношення застосування в юридичній літературі та законодавстві термінів “зобов'язання” та “обов'язок”. Цивільний кодекс України визначає зобов'язання правовідношенням в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію або утриматися від неї, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку. Відповідно права та обов'язки сторін зобов'язання складають зміст зобов'язального правовідношення.

ЦК України, як підставу припинення договірних зв'язків, передбачає розірвання договору та відмову від договору. При цьому в главі 53 в якій передбачено загальні положення щодо підстав та правових наслідків розірвання договорів про можливість відмови від договору нічого не йдеться. Право на відмову від договору передбачено стосовно окремих видів договірних зобов'язань. Так, згідно статті 782 ЦК наймодавець може відмовитися від договору найму і вимагати повернення речі, якщо наймач не вносить плату за користування річчю протягом трьох місяців підряд. В цьому випадку підставою відмови від договору є порушення договірного обов'язку про плату іншою стороною.

Але і в статті 651 ЦК підкреслюється, що договір може бути змінено або розірвано за рішенням суду на вимогу однієї із сторін у разі істотного порушення договору другою стороною та інших випадках, встановлених договором або законом.

Істотним є таке порушення стороною договору, коли внаслідок завданої цим шкоди друга сторона значною мірою позбавляється того, на що вона розраховувала при укладенні договору.

У названій статті 651 ЦК підкреслюється: “у разі односторонньої відмови від договору у повному обсязі або частково, якщо право на таку відмову встановлено договором або законом, договір є відповідно розірваним або зміненим. Таким чином законодавець застосовує для характеристики підстав припинення договірних зв'язків у разі порушення договору як термін “розірвання договору”, так і “відмова від договору”.

При цьому розірвання договору допускається за рішенням суду на вимогу однієї із сторін у разі істотного порушення договору. Відмова від договору можлива, якщо право на таку відмову встановлено договором або законом. Аналіз положень, що регулюють підстави розірвання та відмови від договору свідчить про тотожність зазначених підстав. Зокрема, у випадку відмови від договору наймодавця відповідно до статті 782 ЦК має місце істотне порушення наймачем договору, яке полягає у невнесенні плати за користування річчю протягом трьох місяців підряд.

Аналогічна ситуація з підставами відмови від інших договорів. Так, якщо під час виконання роботи за договором підряду стане очевидним, що вона не буде виконана належним чином, замовник має право призначити підрядникові строк для усунення недоліків, а в разі невиконання підрядником цієї вимоги – відмовитися від договору підряду та вимагати відшкодування збитків або доручити виправлення роботи іншій особі за рахунок підрядника (ч.3 ст. 849 ЦК). Водночас, згідно з ч.3 ст. 849 ЦК замовник має право у будь-який час до закінчення роботи відмовитися від договору підряду, виплативши підрядникові плату за виконану частину роботи та відшкодувавши йому збитки, завдані розірванням договору.

Таким чином термін “відмова від договору” застосовується як у випадку порушення умов договору контрагентом, так і за бажанням замовника навіть при відсутності порушення із сторони підрядника. Видається у разі порушення однією із сторін свого обов'язку інша має право розірвати договір. Власне – термін “розірвання договору” повинен бути правовою формою застосування оперативної санкції та відшкодування збитків. Відмова від договору повинна застосовуватися, якщо це передбачено законодавством або самим договором.

Від застосування термінів “розірвання договору” і “відмова від договору” залежать відповідні правові наслідки. Так, згідно з ч.3 ст. 653 ЦК сторони не мають права вимагати повернення того, що було виконане ними за зобов’язаннями до моменту зміни або розірвання договору, якщо інше не встановлено договором або законом. Виходячи із змісту коментованого положення сторона, яка розірвала договір, втрачає право на повернення виконаного до моменту розірвання наприклад, частини оплати, якщо це не передбачено договором або законом. В ч.5 ст. 653 ЦК лише уточнюється, що у разі розірвання договору у зв’язку з його істотним порушенням однією із сторін, друга сторона може вимагати відшкодування збитків, завданих розірванням договору.

Необхідно в законодавстві чітко розмежувати підстави для відмови від договору та його розірвання. Відмова від договору допускається, якщо таке право для однієї із сторін передбачено законом або договором. Розірвання договору як підстава припинення договірних відносин можлива у разі порушення (невиконання) своїх обов’язків контрагентом. Звідси слід ч.4 ст. 653 ЦК викласти в такій редакції: “Сторони не мають права вимагати того, що було виконане ними за зобов’язанням до моменту зміни або відмови від договору, якщо інше не встановлено договором або законом”.

Відповідно зміст ч.5 ст. 653 ЦК матиме такий вигляд: “Якщо договір змінений або розірваний у зв’язку з істотним порушенням договору однією із сторін, друга сторона може вимагати відшкодування збитків, завданих зміною або розірванням договору та повернення того, що було виконано нею за зобов’язанням до моменту зміни або розірвання договору”.

Вимагає упорядкування застосування в цивільному законодавстві термінів “збитки” та “школа”. Згідно з ст. 623 ЦК боржник, який поручив зобов’язання має відшкодувати кредиторві завдані цим збитки. В зобов’язаннях, які виникають внаслідок завданої майнової шкоди використовується термін “майнова школа”. Так, відповідно до статті 1166 ЦК майнова школа, завдана неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю особистим немайновим правам фізичної або юридичної особи, а також школа, завдана майну фізичної або юридичної особи, відшкодується в повному обсязі, особою, яка її завдала.

Необхідно з’ясувати зміст обидвох термінів і звідси зробити висновок щодо їх тотожності в застосуванні. Збитки складаються з реальних втрат, понесених кредитом в зв’язку з невиконанням (неналежного виконання) боржником свого обов’язку та неодержаних доходів (упущення вигоди), яку кредитор отримав би у разі належного виконання боржником свого обов’язку.

В положеннях, які регулюють деліктні зобов’язання, вживається термін “майнова школа”. І лише в статті 1192 ЦК, де йдеться про способи відшкодування шкоди обидва терміни містяться в дефініції названої норми. Зокрема, з урахуванням справи суд за вибором потерпілого може зобов’язати особу, яка завдала шкоди, відшкодувати її в натурі (передати річ того ж роду і такої ж якості, полатодити пошкоджену річ, тощо) або відшкодувати завдані збитки у повному обсязі. В коментованій дефініції використовується поряд з терміном “школа” також поняття “збитки”. Суд цього поняття можна витлумачити виходячи із змісту частини другої названої статті, а саме: розмір збитків, що підлягають відшкодуванню потерпілому визначається відповідно до реальної вартості втраченого майна на момент розгляду справи або виконання робіт, необхідних для відновлення пошкодженої речі. Звідси впливає висновок, що неодержані доходи (упущена вигода) не охоплюється поняттям “школа”. Це відповідає компенсаційному призначенню цивільно-правової відповідальності у вигляді відшкодування завданої шкоди.

Доволі плутанини в юридичній літературі щодо поняття випадок (казус). Останній обґрунтовано трактується як підстава звільнення від цивільно-правової відповідальності. Водночас необхідно розрізняти цивільно-правову відповідальність за порушення договірних зобов’язань та недоговірну (деліктну) відповідальність. В ст. 617 ЦК підкреслюється, що особа, яка порушила зобов’язання, звільняється від відповідальності за порушення зобов’язання, якщо вона доведе, що це порушення сталося внаслідок випадку або непереборної сили.

В деліктних зобов’язаннях особа, яка завдала шкоди звільняється від її відшкодування, якщо вона доведе, що школа завдана не з її вини (ч.2 ст. 1166 ЦК). Звідси можна зробити висновок, що випадок (казус) є підставою звільнення від відповідальності за порушення договірного зобов’язання.

Відповідно до ст.11 ЦК підставами виникнення цивільних прав і обов’язків серед інших є договори та інші правочини, завдання майнової (матеріальної) та моральної шкоди іншій особі. Звідси для настання відповідальності необхідна наявність складу правопорушення, елементом якого є вина (за винятком випадків коли цивільно-правова відповідальність настає незалежно від вини). Тому невиконання (неналежне виконання) обов’язку, який виникає на підставі договору (правочину) тягне

за собою майнову відповідальність, якщо зобов'язана особа не доведе, що порушення сталося внаслідок випадку або непереборної сили, тобто іншими словами немає вини боржника, оскільки зобов'язання на момент порушення вже існує.

Інша правова конструкція виникнення зобов'язання внаслідок заподіяння шкоди. Для настання такого зобов'язання необхідна наявність, передбачених законом умов. Серед них: майнова або моральна шкода, протиправна поведінка у вигляді протиправної дії або бездіяльності, причинний зв'язок між протиправною поведінкою та шкодою і вина.

ЗАОЧНЕ ПРОВАДЖЕННЯ ЗА НОВИМ ЦПК

Коссак С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Заочний розгляд справи є новим інститутом у цивільному процесуальному праві України, виникнення якого пов'язано з прийняттям Цивільного процесуального кодексу України від 18 березня 2004 року (надалі – ЦПК).

Рішення про заочний розгляд справи приймається судом в судовому засіданні під час розгляду справи. Відповідно до ст. 169 ЦПК, якщо суд не має відомостей про причину неявки відповідача, повідомленого належним чином, або причину неявки буде визнано неповажною, суд вирішує справу на підставі наявних у ній даних чи доказів (постановляє заочне рішення). У цьому випадку розгляд справи проводиться за правилами, передбаченими гл.8 розділу III ЦПК. Заочний розгляд справи спрямований на реалізацію принципу диспозитивності в цивільному процесі, а також на можливість уникнути зловживання відповідачем своїми процесуальними правами у випадку безпідставної неявки в судове засідання. Окрім того цей інститут, до певної міри, є додатковою процесуальною гарантією для відповідача, яка проявляється в особливостях перегляду заочного рішення.

Стаття 224 ЦПК визначає умови проведення заочного розгляду справи. Їх можна поділити на три групи:

1. умови, дотримання яких пов'язується з реалізацією позивачем своїх процесуальних прав чи їх обмеженням:

- згода позивача на заочний розгляд справи;
- неможливість зміни позивачем предмета або підстави позову, зміни розміру позовних вимог, оскільки в такому випадку суд відкладає судовий розгляд для повідомлення про це відповідача, що в майбутньому може зробити заочний розгляд справи неможливим.

2. умови, дотримання яких пов'язується з реалізацією відповідачем (відповідачами) своїх процесуальних прав чи їх обмеженням:

- неявка в судове засідання відповідача чи всіх відповідачів, якщо має місце пасивна процесуальна співучасть, при умові, що відповідач (відповідачі) належним чином повідомлений (ні) і від нього (них) не надійшло (ли) повідомлення про причини неявки. Слід зазначити, що сторони та інші особи, які беруть участь у справі, зобов'язані повідомляти суд про причини неявки у судове засідання. У разі неповідомлення суду про причини неявки вважається, що сторони та інші особи, які беруть участь у справі, не з'явилися в судове засідання без поважних причин (ст.77 ЦПК).
- якщо відповідач (відповідачі) не заявив клопотання про розгляд справи за його відсутності(ч.2 ст.158 ЦПК).
- якщо відповідач залишить залу судового засідання (ч.5 ст.169 ЦПК);

3. умови, дотримання яких пов'язується з реалізацією судом своїх повноважень, передбачених законодавством, а саме: якщо суд визнає причини неявки відповідача в судове засідання неповажними.

Доцільно погодитися з думкою тих вчених, які зазначають про неможливість заочного розгляду справи у випадку видалення відповідача із залу судового засідання за порушення порядку чи невиконання розпоряджень головуючого (ст. 92 ЦПК). В цьому випадку інтерес до справи відповідач не втратив, а навпаки, займає дуже активну позицію, пов'язану з процесуальними діями суду та інших осіб, які беруть участь у справі.

Важливою умовою проведення заочного розгляду справи є належне повідомлення відповідача про час і місце судового засідання. Судові виклики здійснюються судовими повістками про виклик. Судова повістка повинна відповідати вимогам, передбаченими ст.75 ЦПК, а також бути вручена заінтересованим особам з дотриманням порядку, передбаченого ст.76 ЦПК. Судова повістка вважається доставленою, навіть якщо особа за вказаною адресою більше не проживає або не знаходиться, оскільки сторони та особи, які беруть участь у справі, зобов'язані повідомляти суд про

зміну свого місця проживання (перебування, знаходження) або місцезнаходження під час провадження у справі.

Про заочний розгляд справи суд постановляє ухвалу. Розгляд справи і ухвалення рішення проводиться за загальними правилами цивільного судочинства, однак з окремими винятками та доповненнями. Тому при заочному розгляді справи реалізуються завдання цивільного судочинства, визначені ст.1 ЦПК, застосовуються загальні принципи цивільного процесу. При заочному розгляді справи суд встановлює дійсні взаємовідносини сторін, досліджує наявні у справі дані та докази, в тому числі розглядає письмове заперечення відповідача, якщо воно подано до суду. І якщо вимога позивача є безпідставною, суд вправі постановити заочне рішення про відмову в задоволенні позовної заяви.

Так, за наслідками заочного розгляду справи постановляється заочне рішення, яке повинно відповідати загальним вимогам, що ставляться до рішення суду. Однак додатково зазначається строк і порядок подання заяви про його перегляд. Перегляд заочного рішення передбачає:

- дотримання порядку подання відповідачем заяви про перегляд заочного рішення (ч.1 ст.228 ЦПК);
- дотримання строку подання цієї заяви (ч.2 ст.228 ЦПК);
- дотримання форми і змісту заяви про перегляд заочного рішення (ст.229 ЦПК);
- дії суду після прийняття заяви про перегляд заочного рішення (ст.230 ЦПК);
- порядок розгляду заяви про перегляд заочного рішення (ст.231 ЦПК).

Заочне рішення переглядається судом, який його ухвалив, за письмовою заявою відповідача. Заява про перегляд заочного рішення може бути подана протягом десяти днів з дня отримання його копії. Оскільки копія заочного рішення направляється відповідачу рекомендованим листом із повідомленням не пізніше п'яти днів з дня його проголошення, то днем вручення буде відповідна дата на повідомленні. Особливістю є те, що судовий збір за подання такої заяви не сплачується. До неналежно оформленої заяви про перегляд заочного рішення застосовуються правила ст.121 ЦПК. В такому випадку суддя постановляє ухвалу про залишення заяви без руху, вказує на її недоліки та вказує строк для їх усунення, про що повідомляє відповідача. Якщо відповідач виправив ці недоліки, заява про перегляд заочного рішення вважається поданою з моменту первісного пред'явлення її до суду. Інакше заява вважається неподаною і повертається відповідачеві. Заява про перегляд заочного рішення повинна бути розглянута протягом п'ятнадцяти днів з дня її надходження. Неявка осіб, належним чином повідомлених про час і місце засідання, не перешкоджає розгляду справи. У результаті розгляду заяви про перегляд заочного рішення суд може своєю ухвалою залишити заяву без задоволення або скасувати заочне рішення і призначити справу для розгляду у загальному порядку. У разі залишення заяви без задоволення заочне рішення може бути оскаржене в загальному порядку. При цьому строк, протягом якого розглядалася заява, не включається до строку на апеляційне оскарження рішення.

Заочне рішення буде скасоване, якщо відповідач доведе, що: 1) в судове засідання він не з'явився та не повідомив про причини неявки з поважних причин і 2) докази, на які він посилається, мають істотне значення для правильного вирішення справи. Ці дві умови є взаємопов'язані і доповнюють одна одну. Судова практика наголошує, що висновок про істотне значення доказів суд робить не шляхом їх оцінки за правилами ст.212 ЦПК, а виходячи з положень про належність і допустимість доказів (статті 58, 59 ЦПК). Позивач має право оскаржити заочне рішення в загальному порядку. Повторне заочне рішення позивач та відповідач можуть оскаржити в загальному порядку, встановленому ЦПК.

Таким чином, після скасування заочного рішення справа може розглядатися у такому ж порядку ще тільки один раз, але вже без застосування правил про перегляд заочного рішення.

Заочний розгляд справи передбачений і в процесуальному законодавстві таких країн як США, Англія, Франція, ФРН. У Федеральних правилах цивільного процесу для районних судів Сполучених Штатів у розділі, який регулює порядок постановлення судових рішень, передбачена норма, згідно з якою суд вправі за клопотанням позивача постановити рішення у випадку неявки в судове засідання відповідача. Однак рішення у випадку неявки сторони не може бути ухвалено по відношенню до особи, яка є неповнолітньою чи недієздатною, якщо її інтереси в суді не представляє законний представник. За клопотанням заінтересованої особи суд вправі відмінити заочний розгляд, а також анулювати заочне рішення, якщо воно постановлене у випадках допущеної помилки, неухважності, обману чи іншої неправильної поведінки протилежної сторони тощо (правило 55).

У ЦПК ФРН (§ 330 – § 347) цей інститут називається “ Заочне рішення”. Зокрема, заочне рішення може бути постановлене як стосовно позивача, так і відповідача. Згідно § 330 ЦПК ФРН, якщо позивач не з’являється на усний розгляд справи, то за клопотанням повинно бути прийнято заочне рішення про відмову позивачеві в позові. Стосовно відповідача заочне рішення постановляється у випадку, коли він не з’явився на усний розгляд справи або якщо відповідач своєчасно не повідомив про свої наміри захищатися проти позову (§331). Ухвалення заочного рішення не допускається, якщо: 1) сторона, яка з’явилася в судове засідання не надала докази, які підтверджують підставу її вимоги; 2) неявка сторони пов’язана з неналежним її повідомленням; 3) відсутній стороні несвоєчасно повідомлено в письмовій формі про усну заяву щодо обставин справи чи про клопотання; 4) у випадку, коли при доставці позову відповідача письмово не повідомили про строки захисту проти поданого позову та наслідки їх пропуску. На відміну від ЦПК України, в якому це питання не врегульовано, ЦПК ФРН передбачає можливість заочного розгляду справи та постановлення заочного рішення у випадку подання зустрічної позовної заяви.

Таким чином, заочне провадження – це порядок розгляду за згодою позивача цивільної справи у випадку неявки відповідача, який належним чином повідомлений про час і місце судового розгляду, однак який не повідомив про причини своєї неявки або вони визнані судом неповажними, наслідком якого є ухвалення заочного рішення.

ОБСЯГ ДІЄДАТНОСТІ В ЦИВІЛЬНОМУ КОДЕКСІ УКРАЇНИ (СУДОВО-ПСИХІАТРИЧНИЙ АСПЕКТ ЗМІН)

Левенець І.

Тернопільський державний економічний університет

Реформування цивільного законодавства України з урахуванням досвіду передових демократій світу в сучасних умовах будівництва правової держави вимагає постійного вдосконалення та доповнення законів, внесення більш точних визначень і понять, потребує нових тлумачень і підходів до практики вирішення цивільно-правових, в тому числі, і медико-експертних проблем.

Так, в Цивільному кодексі України від 16.01.03 р, №435-IV, що набув чинності з 1 січня 2004 р. введено поняття фізичної особи (ст. 24) і запроваджено уточнені обсяги її цивільної дієздатності (ст.ст. 31; 32; 34; 36; 39). Судово-психіатричні експертні аспекти цих останніх змін у цивільному законодавстві України і є предметом нашого розгляду.

Хоча дієздатність-недієздатність, так само як і осудність-неосудність в кримінальному процесі, є поняттями юридичними, встановлення і кваліфікація психічного стану особи, що означає спроможність або неспроможність свідомо виконувати вимоги закону, є прерогативою лише судово-психіатричної експертизи. Тому ця тема завжди мала і буде знаходити широкий теоретичний і практичний резонанс серед фахівців – судових психіатрів.

Введення детермінованих віком обсягів часткової цивільної дієздатності малолітньої фізичної особи, яка не досягла чотирнадцяти років (ст. 31 ЦК України) та неповної дієздатності фізичної особи у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років (ст. 32 ЦК України) в значній мірі будуть сприяти практичному вирішенню процесуальних, медико-експертних і правових проблем. Наприклад таких, як: дотримання законності, обґрунтованість направлення неповнолітнього на експертизу, адекватність вибору організаційних форм експертизи, кваліфікація фахівців-експертів, використання надійних критеріїв діагностики та судово-психіатричної оцінки, відповідність експертних висновків, лікувально-профілактичних рекомендацій, медичних та реабілітаційних заходів.

В ч. 1 ст. 39 ЦК України можна відмітити суттєві зміни у визначенні самої недієздатності. Так, фізична особа може бути визнана судом недієздатною, “якщо вона внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу не здатна усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними”. Отже, у оновленій формулі недієздатності, порівняно з попередньою редакцією Цивільного кодексу, змінено підстави для визначення особи недієздатною. Визначальною ознакою медичного критерію залишилася наявність у підекспертного “хронічного” психічного розладу (в попередньому цивільному кодексі було 2 узагальнюючі поняття: “душевна хвороба” і “недоумство”). Замість недоумства тепер другою ознакою введено визначення “стійкий психічний розлад”.

Поняття “хронічного психічного розладу” одразу відкидає різні за клінічною виразністю, перебігом і глибиною варіанти порушень і аномалій вищої нервової діяльності, які є недовготривалими або взагалі не справляють суттєвого впливу на здатність особи усвідомлювати і здійснювати свої основні цивільні права і обов’язки, а детермінує обов’язковість визнання правового значення тільки таких розладів, які підпадають під ознаку “хронічних”. Тобто, такі психічні розлади зумовлюють тривале, глибоке порушення соціальної адаптації та неможливість свідомого ведення своїх справ, а в правовому сенсі обґрунтовують потребу призначення опіки (ст. 41 ЦК України), захисту прав хворих з одного боку, а також потребу захисту суспільства в цілому від можливих суспільно-небезпечних діянь таких хворих -з іншого.

З точки зору клінічного змісту і психопатологічної діагностики поняття “хронічний психічний розлад”, що тепер міститься в законі, більш відповідає новітнім вимогам міжнародної класифікації хвороб десятого перегляду – МКХ-10.

Під другу визначальну ознаку медичного критерію формули недієздатності – “стійкі” можуть підпадати різні за клінічною виразністю, глибиною і походженням навіть тимчасові психічні розлади, що можуть обумовлювати неможливість усвідомлювати значення своїх дій та (або) неспроможність керувати ними, але обов’язковою є стійкість цих психічних розладів, тобто їх певна довготривалість, правова актуальність на протязі конкретно визначеного часу. Момент визначення фізичної особи

недієздатною судом з урахуванням висновку судово-психіатричної експертизи та поновлення її цивільної дієздатності в теперішньому Цивільному кодексі України є чітко регламентованими (ст., ст. 40;42).

Відсутність такого поняття медичного критерію в формулі недієздатності, як “недоумство” у новій редакції закону не означає, що такі діагнози як олігофренія або “розумова відсталість” чи “деменція” тепер не входять до юридично значимих ознак, тому що ці психічні розлади тепер автоматично підпадають під ознаки хронічних та стійких.

Наявність варіантів у здатності керувати своїми діями – “та”, “(або)” міжінтелектуальною і вольовою складовими юридичного критерію формули вказує на те, що при деяких розладах вольова складова може бути переважаючою над інтелектуальною. Це може бути причиною неможливості особи втриматися від порушення певних правових табу за наявності соціальної дезадаптації внаслідок клінічних особливостей психічних розладів переважно, в емоційно-вольовій сфері. В практиці таке зустрічається, наприклад, у випадках деяких розладів особистості і поведінки, при непоборності потягів, окремих розладах інстинктів та нахилів, статевих збоченнях, інфантилізмі, біполярних порушеннях, неглибоких формах розумової відсталості з емоційно-вольовою лабільністю і т.п.

У ст. 36 ЦК України тепер передбачено нові підстави для обмеження цивільної дієздатності. Так, вже можна відмітити, що саме це обмеження здійснюється судом не тільки з причини факту зловживання спиртними напоями, наркотичними засобами, але й суттєво тепер доповнене цілим класом зловживань психоактивними речовинами, які можуть підпадати під ознаки тих, котрі викликають токсикоманії, що набуває в останній час все більшої актуальності.

Найбільш суттєвим, таким що відбиває більш демократичну, в руслі сучасної правової реформи, сутність оновленого закону, є введення в ч. 1 ст. 36 ЦК України нової підстави, для обмеження дієздатності, якою є поняття психічного розладу: “...який істотно впливає на здатність фізичної особи усвідомлювати значення своїх дій (або) керувати ними”. Тим самим визначається необхідність захисту прав, свобод і законних інтересів широкого кола громадян, які за наявності у них певних психічних розладів не в змозі самостійно і ефективно їх реалізувати, повноцінно вести свої справи, укладати угоди, розпоряджатися своїм майном, здійснювати інші правочини і через свої психічні особливості можуть опинитися жертвами різного роду корисливих і злочинних намірів інших осіб щодо них. Без сумнівів, що в таких справах роль судово-психіатричного експертного забезпечення повинна значно зрости. Предметом дослідження даної експертизи повинен стати такий психічний стан, який “істотно впливає на здатність особи усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними” і цим лише обмежує дієздатність, але не досягає глибини таких розладів, що зовсім виключають дієздатність.

З точки зору медичної діагностики психічні розлади з означеними правовими наслідками тепер можуть бути представлені більш широким діапазоном психіатричних діагнозів, в залежності від їх відповідності медичному та юридичному критеріям оновленої формули обмеженої дієздатності і слугувати підставою для призначення піклування, а отже – для ефективного правозахисту більш широкого кола громадян. Тут, в певному значенні, є аналогія з введенням в Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 статті 20 про обмежену осудність, яка може бути підставою для призначення судом заходів медичного характеру, а не тягнути за собою покарання в місцях позбавлення волі. Хоча, у формулі неосудності медичний критерій є більш конкретизованим і складається з чотирьох, а не з двох складових і є більш регламентуючим в діагностичному плані.

Нові поняття обмеженої дієздатності і обмеженої осудності ще потребують додаткової уваги і впровадження більш чітких практичних рекомендацій, тлумачень, уточнень, які б могли більш конкретизувати діагностичні рамки психопатологічних зрушень, що повинно забезпечити більшу якість і надійність судово-психіатричних експертних висновків. Це потребує скоординованих зусиль фахівців юридичного та медичного профілю.

Так, можна погодитися з думкою щодо доцільності доповнення ЦК України нормами, які б окремими підставами для визнання особи обмежено дієздатною передбачити такі біхевіоральні відхилення, як марнотратство, а також наявність фізичних вад, як це було в римському праві і має місце в теперішньому зарубіжному законодавстві. Хоча в прикладах марнотратства, наведених автором такої точки зору, останнє цілком вкладається в медичне визначення так званого гемблінгу, який по суті є психічним розладом (F 63.0 – за МКХ-10).

В цілому ж, введення нової, більш уточненої градації обсягу цивільної дієздатності в Цивільному кодексі України є позитивним явищем і за своєю сутністю – практичним втіленням

демократичного реформування законодавства України. Про системний і ґрунтовний підхід до цього у державі говорить і логічне доповнення кодексу новими положеннями про опіку, піклування, представництво, правочини, цивільну відповідальність. Про особливість відносин адвоката і недієдатних або обмежено дієдатних клієнтів з нових позицій йдеться в Правилах адвокатської етики (ст. 46).

Такі позитивні зміни в законодавстві України все більше відповідають меті створення більш гармонійного, в дусі правової держави, регулювання стосунків у різних сферах життя між усіма верствами населення, включно і осіб, що мають певні психічні відхилення від норми. Роль судово-експертного (в тому числі, судово-психіатричного) забезпечення в контексті цих перетворень буде відповідно зростати.

**КОНСУЛЬТАЦІЯ СПЕЦІАЛІСТА, ЯК ОДНА З ФОРМ ЗАСТОСУВАННЯ
СПЕЦІАЛЬНИХ ЗНАНЬ ЗА НОВИМ ЦИВІЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ
КОДЕКСОМ***Лемик Р.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

В спеціальній літературі щонайменше останні десять років висловлювалася доцільність розширення законодавцем можливостей (форм) застосування спеціальних знань в процесі. При цьому наводилися слушні аргументи, що суд, який не володіє спеціальними знаннями в галузі науки, техніки мистецтва чи ремесла при потребі міг би запросити спеціаліста (особу, що володіє відповідними знаннями) для отримання консультації, не зупиняючи при цьому провадження у справі для проведення експертизи.

Фактично, такий суб'єкт процесуальних правовідносин залучався в процес ще до прийняття нового ЦПК (наприклад, допит малолітнього свідка міг відбуватися в присутності педагога, де педагог і був спеціалістом). Але на юридичному рівні статус такого учасника не був виділений і в загальних положеннях ЦПК 1963 р. про нього не згадувалося.

Очікувалося, що недоліки, на які звертали увагу ряд вчених будуть виправлені з прийняттям нового ЦПК. Нажаль ці сподівання були виправдані лише частково.

Дійсно, ЦПК 2005 р. положенням ст.47 передбачає участь в цивільному процесі серед «традиційних» осіб, яких називають іншими учасниками цивільного процесу (свідок, експерт, перекладач) також і спеціаліста. Але, якщо ознайомитися з положеннями ст.54 ЦПК, у якій докладніше виписано статус спеціаліста в процесі, то з першого ж погляду стає очевидним, що законодавець вклав у це поняття дещо інший зміст, відмінний від того, який вклали у нього науковці у спеціальній літературі.

Відповідно до ч. 1 ст.54 ЦПК, спеціаліст – це «особа, яка володіє спеціальними знаннями та навиками застосування технічних засобів і може надавати консультації під час вчинення процесуальних дій з питань, що потребують відповідних спеціальних знань і навичок». Тобто, основна потреба в залученні спеціаліста, як впливає із статті – це консультація під час вчинення процесуальних дій з питань, що потребують спеціальних знань в тому числі і в галузі техніки. Виникає питання – а який статус буде у таких консультацій, якщо вони проводяться під час вчинення процесуальних дій і як суд повинен оцінити інформацію, яку отримує від спеціаліста в ході консультації?

Якщо вважати таку консультацію, як технічну допомогу у забезпеченні процесу, на рівні з секретарем чи судовим розпорядником, то це було б не справедливо, по відношенню до спеціаліста. Все таки це особа, яка володіє спеціальними знаннями, тобто це знання, які не входять в коло загальновідомих фактів.

Такий спеціаліст залучається в процес лише при потребі надати відповідну інформацію. Тому суду слід було б оцінювати консультацію, як джерело інформації на основі якої може бути прийняте рішення у справі. Враховуючи це, можна було б віднести консультацію спеціаліста до засобів доказування. Для цього у ч.2 ст.57 ЦПК потрібно внести зміни і доповнити коло засобів доказування – консультацією спеціаліста. Це дасть змогу суду посылатися у рішенні на відомості, які були отримані в ході консультації, але при цьому не надавати цим даним (як і іншим доказам) переважуючої сили, тобто не робити їх особливими.

Відповідно до ч.2 ст.54 ЦПК, спеціаліст може бути залучений до участі у справі на підставі ухвали суду, для надання безпосередньої технічної допомоги (фотографування, складання схем, планів, креслень тощо). А це значить, що консультації з питань, що потребують відповідних спеціальних знань і навичок сторони можуть отримувати і без видачі відповідної ухвали судом. Наприклад, сторона звернулася до спеціаліста з житлового будівництва надати консультацію щодо можливих варіантів розподілу житлового приміщення між колишніми співвласниками. Це ще один аргумент на користь зарахування консультації спеціаліста до засобів доказування. Бо, якщо сторона на

підставі ст.60 ЦПК зобов'язана довести обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог і заперечень, то робити це за допомогою висновку спеціаліста теж буде не зайвим.

Звичайно, що така консультація викладена в письмовій формі, може бути долучена судом, і як письмовий доказ у справі. Але в такому випадку ми зобов'язуємо спеціаліста давати письмові консультації і обмежуємо право сторони скористатися з усної консультації в судовому засіданні за її клопотанням. Бо як випливає з ч.2 ст.54 ЦПК, суд на підставі ухвали, залучає спеціаліста до участі у справі лише для надання «безпосередньої технічної допомоги».

Прирівняти висновок експерта до письмових доказів буде неправильно і тому, що сам законодавець вкладає у ці поняття різний зміст. Письмові докази – це «документи, акти, довідки, листування службового або особистого характеру або витяги з них, що містять відомості про обставини, які мають значення для справи» (ст.64 ЦПК). А роз'яснення спеціаліста – це тлумачення в доступній формі знань чи навичок, якими суд не володіє з об'єктивних причин. Інформація, яку містить така консультація є лише суб'єктивним міркуванням особи, яка її надає. Цю інформацію спеціаліст отримує на основі аналізу і синтезу власних знань та відомостей, що мають місце у справі.

Прослідковується також явна невідповідність положень ч.1 і ч.2 ст.54 ЦПК: «спеціаліст може надавати консультації під час вчинення процесуальних дій з питань, що потребують відповідних знань і навичок» (ч.1 ст.54), але залучатися до участі в цивільному процесі спеціаліст може для надання безпосередньої технічної допомоги (ч.2 ст.54). Зрозуміло, що знання технічні, це також спеціальні знання, але вони складають лише частину спеціальних знань, якими може володіти спеціаліст. Педагог, як особа, що володіє спеціальними знаннями, буде дуже доречним учасником у справі за участю малолітньої особи. Але та допомога, яку надасть педагог суду буде далеко не технічна. Для чого ж тоді обмежувати суд в можливостях залучати за відповідною ухвалою, спеціалістів, які володіють знаннями в галузі науки, мистецтва, ремесла для надання відповідних консультацій.

В доволі незручну ситуацію ставить спеціаліста законодавець у ч.3 ст.54 ЦПК. Покладаючи обов'язок на спеціаліста з'явитися в судове засідання, дана процесуальна норма вимагає від спеціаліста давати відповіді на задані судом питання. Напевно, тут варто було б обумовити, що відповіді на запитання спеціаліст повинен в міру можливості. Якщо, відповідь на запитання, що було поставлене судом потребує детального аналізу, вивчення матеріалів справи, тобто проведення дослідження, то тут слід призначати проведення експертизи.

Власне цю межу між компетенцією спеціаліста і експерта повинен контролювати суд. І тут доречним було б доповнити ст.54 ЦПК частиною шостою такого змісту: «Якщо питання поставлені перед спеціалістом потребують проведення дослідження матеріальних об'єктів, явищ і процесів, що містять інформацію про обставини справи, суд звільняє від обов'язку спеціаліста відповідати на ці запитання і за погодженням із сторонами вирішує питання про призначення судової експертизи».

Ще один спірний момент має місце в контексті відповідей спеціаліста на запитання. Із змісту ч.3 ст.54 ЦПК можна зробити висновок, що лише суд вправі ставити запитання перед спеціалістом. І навіть, якщо особа, що бере участь у справі скористається правом наданим їй ст.27 ЦПК, спеціаліст не буде зобов'язаний відповідати на це запитання, бо ч. 3 ст.54 ЦПК зобов'язує його відповідати на запитання, що ставляться судом.

У спеціаліста, як в будь-якого іншого учасника процесу є також і права. Спеціаліст вправі задавати особам, які беруть участь у справі та свідкам запитання. Однак робити це він може лише з дозволу суду. Таке обмеження є недоречним. Якщо спеціаліст хоче задати запитання учасникам процесу, то робити він це буде виключно для забезпечення належного виконання свого обов'язку – надання усної консультації чи письмових роз'яснень. Обов'язок суду – слідкувати щоб спеціаліст (так само як і інші особи, які беруть у часті у справі) не зловживав наданим йому правом. Власне тому варто було б зняти таке обмеження і за аналогією з експертом, надати право спеціалісту задавати запитання за власною ініціативою.

Допомога спеціаліста, як це визначено у ч.4 ст.54 ЦПК, не може стосуватися правових питань. Але як тоді на практиці розцінювати висновки спеціалістів з правових питань (науковців, працівників вищих навчальних закладів, членів громадських організацій), до яких суд звертається за допомогою в тлумаченні норм права? Така консультація має правовий характер, хоча ці тлумачення, зрозуміло, що не мають офіційного значення. Тому, напевно, не слід в категоричній формі забороняти суддям звертатися за допомогою з правових питань до фахівців, якщо мова йде про тлумачення складних норм права із неоднозначним змістом. Через надмірну завантаженість, судді не завжди мають можливість вникати в тонкощі теоретичних положень. В разі, якщо мова не йде про пошук і

застосування норм права (тобто виконання безпосередніх обов'язків судді), звернення до спеціаліста за правовою консультацією є абсолютно виправданим.

Отже, як бачимо, новела ЦПК щодо участі спеціаліста в процесі, викликає ряд застережень щодо його статусу, а також оцінки результатів його діяльності. Однак немає жодних сумнівів, що такий суб'єкт цивільних процесуальних правовідносин є необхідним, а його усні консультації чи письмові роз'яснення у справі можуть вдало поєднуватися із іншою формою застосування спеціальних знань – судовою експертизою.

ЕЛЕМЕНТИ ДОГОВОРУ ПРО СПЛАТУ АЛІМЕНТІВ НА ДИТИНУ

Лепех С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Однією із перспективних новел Сімейного кодексу України 2002 року є розширення можливостей диспозитивного врегулювання зобов'язань по утриманню членів сім'ї, родичів шляхом укладення різних видів аліментних договорів. Імперативний підхід до регулювання цього типу сімейно-правових зобов'язань за Кодексом про шлюб та сім'ю УРСР 1969 року значно звужував межі здійснення цих прав учасниками сімейних відносин і не сприяв створенню належних умов правової охорони.

Відповідно до статті 189 Сімейного кодексу батьки мають право укласти договір про сплату аліментів на дитину, в якому визначити розмір та строки їх виплати. Умови договору не можуть порушувати права дитини, які встановлені цим кодексом. Насамперед, привертає увагу той факт, що законодавче регулювання такої договірної ініціативи досить обмежене. До певної міри таке вирішення питання обумовлюється тим, що не зважаючи на певну специфіку, приватноправові засади такої домовленості допускають можливість застосування до укладення такого договору загальних положень про правочини, і договори зокрема, але деякої необхідної деталізації правового регулювання можна було б досягти за умови об'єднання законодавчих норм, спрямованих на врегулювання аліментних зобов'язань членів сім'ї, родичів, в одному окремому Розділі Сімейного кодексу України. В такому випадку можливим було б виокремлення загальних вимог до такого типу сімейно-правових договорів як аліментні. Натомість відповідно до обраного законодавцем підходу до регулювання зобов'язань по утриманню деякі загальні вимоги є потреба щоразу повторювати. Отже, при укладенні договору про сплату аліментів на дитину сторонам, насамперед, слід дотримати вимоги, визначені статтею 203 Цивільного кодексу України, вимоги щодо укладення договорів, визначені Розділом II Цивільного кодексу України.

Відповідно до частини 1 статті 189 Сімейного кодексу України право на укладення такого договору мають лише батьки дитини. Таке законодавче вирішення питання щодо суб'єктного складу цих відносин викликає певні заперечення. Насамперед, застосування добровільного порядку надання утримання не є підставою для заміни сторін аліментного зобов'язання, якими і надалі залишаються платник (особа, яка зобов'язана надавати утримання) і одержувач (особа, яка має право вимагати утримання). Отже, сторонами такого договору мали би виступати той з батьків, який зобов'язаний сплачувати аліменти, та дитина, яка має право їх вимагати. Звичайно, від імені малолітньої дитини такий договір укладатиме другий з батьків, з яким дитина залишається проживати, а при укладенні такого договору неповнолітньою дитиною другий з батьків лише даватиме їй свою згоду на вчинення цього правочину. Інший аспект щодо обмеженості суб'єктного складу такої домовленості пов'язаний з тим, що в окремих випадках обоє батьків, наприклад, позбавлених батьківських прав, або один з них в разі смерті іншого, можуть виступати платниками аліментів на дитину, яка передана на виховання родичам із встановленням над нею опіки чи піклування, в прийомну сім'ю, дитячий будинок сімейного типу, дитячий виховний заклад. Та й інші випадки різноманітності суб'єктного складу аліментних зобов'язань вказують на доцільність більш загальної характеристики сторін цього договору – платник та одержувач аліментів.

За своєю правовою природою цей договір є безоплатним (одна сторона зобов'язується надавати утримання другій стороні без відповідного зустрічного представлення), односторонньо зобов'язуючим (одна сторона має обов'язок сплачувати аліменти, а інша – право їх вимагати), консенсуальним (вважається укладеним з моменту досягнення сторонами згоди по всіх істотних умовах у встановленій законом формі).

Договір про сплату аліментів на дитину укладається в письмовій формі та нотаріально посвідчується.

Досить спрощено законодавцем охарактеризовано умови такої домовленості, як такі, що не можуть порушувати права дитини, встановлені цим кодексом. Ця законодавча вимога сформульована невиправдано вужче, ніж одна з умов дійсності правочинів, визначених статтею 203 Цивільного кодексу України: «Правочин, що вчиняється батьками (усиновлювачами), не може суперечити правам

та інтересам малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей». Очевидно, що вимога, визначена в Цивільному кодексі України, є більш об'ємною за змістом і повинна бути дотримана при укладенні аліментного договору. Наприклад, при визначенні розміру аліментів на дитину, який не може бути меншим, ніж визначений частиною 2 статті 182 Сімейного кодексу України. Розмір аліментів, визначений домовленістю сторін не мусить залишатися сталим протягом всього строку дії договору, він може бути згодом змінений за згодою сторін або за рішенням суду. Доцільним є також визначення в договорі умов щодо зміни розміру аліментів в разі зміни матеріального чи сімейного становища платника чи одержувача.

Як правило, такий договір укладається на умовах більш вигідних для одержувача, ніж ті, що могли би бути встановлені за рішенням суду. Це може бути пов'язано не лише з розміром аліментів, але й зі способом чи порядком їх сплати. Аліменти за домовленістю сторін можуть сплачуватися у відсотках до заробітку чи інших доходів платника, в твердій грошовій сумі із відповідною індексацією, виключно в грошовій формі, чи в грошовій формі у поєднанні з натуральною (систематичне забезпечення продуктами, одягом, житлом, іншим майном). Грошові виплати частково могли б бути замінені виконанням робіт, наданням послуг.

За погодженням між сторонами може бути вирішено питання і про періодичність виплат: щомісяця, двічі на місяць, квартал, щотижня, інші варіанти.

Серед умов такого договору доцільно також узгодити і порядок покриття додаткових витрат на утримання дитини, пов'язаних, наприклад, із лікуванням, розвитком певних здібностей, оплатою навчання, іншим.

У договорі про сплату аліментів може бути встановлено строк його дії в цілому, або окремих його умов. В разі невизначеності строку ця домовленість діятиме до досягнення дитиною 18 років. Крім строків, можна визначити інші обставини, за наявності яких ця домовленість почне діяти або припиниться.

Можливим в договорі є також вирішення питання щодо форм відповідальності платника аліментів і встановлення, крім відшкодування збитків, певного виду неустойки в разі несплати чи прострочки виконання ним свого обов'язку.

Однією із важливих новел є встановлення можливості відповідно до частини 2 статті 189 Сімейного кодексу України стягнути кошти в разі їх несплати платником за договором на підставі виконавчого напису нотаріуса.

Запровадження в національне сімейне законодавство можливостей на договірних засадах врегулювати суб'єктами сімейних відносин умови здійснення аліментних прав та виконання аліментних обов'язків обумовлює необхідність наукового дослідження законодавчих вимог щодо аліментних договорів з метою вдосконалення такого регулювання та пропагування укладення їх на практиці для забезпечення найоптимальніших умов реалізації прав дітей.

ПОНЯТТЯ УСИНОВЛЕННЯ В СІМЕЙНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ

Логвінова М.

*Юридичний інститут
Прикарпатського національного університету ім. В. Стефаника*

Теорія сучасного сімейного права не стоїть перед проблемою визначення того чи іншого поняття, що зустрічається у цій галузі права. Щодо визначення поняття усиновлення, як вважають теоретики, то окрім даного законодавством розуміння цього інституту, не слід шукати інших варіантів заміни цього визначення. При цьому серед вчених погляди на розуміння інституту усиновлення суттєво не відрізняються один від одного.

Так, Г. Матвєєв стверджував, що усиновленням називається юридичний акт, в силу якого між усиновленим (та його нащадками) і усиновлювачем (та його родичами) виникають ті ж самі права та обов'язки, як і між родичами за походженням.

Більш повне формулювання запропонував В. Котюк, який вважає, що усиновлення – це сумісне (спільне) офіційне рішення (або індивідуально-правовий акт) громадян, які хочуть і можуть усиновити дитину, і компетентних державних органів, що надають можливість відповідно до чинного законодавства усиновити неповнолітніх дітей віком до 18 років, які втратили батьків (вони померли, невідомі, відмовились від них, або з інших причин діти залишилися без батьківського піклування і виховання), рішення про надання дітям статусу рідних дітей відповідно до чинного законодавства, звичаїв і традицій народу України, в інтересах усиновленого.

О. Гнездов вважає, що вдале доктринальне поняття усиновлення давг. Шершеневич, який під усиновленням розумів визнання за сторонніми особами юридичного становища законних дітей. А.В. Рясенцев пропонує власне розуміння усиновлення як юридичного акту, в результаті якого усиновлений набуває по відношенню до усиновлювача і його родичів права та обов'язки, встановлені законом для батьків і дітей, та втрачає їх по відношенню до своїх родичів за походженням.

В ст.101 Кодексу про шлюб та сім'ю України 1969 року поняття усиновлення розглядалось як оформлене спеціальним юридичним актом прийняття в сім'ю дитини на правах сина чи дочки. Проте аналогічне визначення можна знайти і в тлумачному словнику української мови, який дає розуміння термінів не з правової точки зору, а скоріше, суспільної: "Усиновити – означає прийняти у сім'ю дитину з наданням їй прав рідних дітей". Тоді, можливо, праві ті науковці, які обстоюють позицію, що законодавець повинен дати більш чітке тлумачення терміну.

Розробники нового Сімейного кодексу України від 10 січня 2002 року, проаналізувавши теоретичний підхід до розуміння інституту усиновлення, в ст. 207 наголошують, що усиновленням є прийняття усиновлювачем у свою сім'ю особи на правах дочки чи сина, що здійснене на підставі рішення суду, крім випадку усиновлення дитини, яка є громадянином України, але проживає за межами України, що здійснюється в консульській установі або дипломатичному представництві України.

Однак автори нового сімейного законодавства, вдосконалюючи формулювання визначення усиновлення, залишаються на позиціях КпШС України, в якому в основу розуміння терміну усиновлення покладений фактичний зміст цього поняття – прийняття у сім'ю. При цьому в юридичній літературі наголошується, що поняття усиновлення визначається через його правові наслідки.

Тому для більш повного розкриття поняття усиновлення пропонується визначити усиновлення як прийняття усиновлювачем у свою сім'ю особи, що здійснене на підставі рішення суду (юридичного акту), внаслідок якого між усиновлювачем та його родичами, з одного боку, та усиновлюваним і його нащадками – з іншого боку, виникають такі ж права та обов'язки, як між батьками та дітьми, а також родичами усиновлювача за походженням. Таким чином, усиновлення – це водночас і правоутворюючий, і правоприпиняючий факт.

В статті 1 Закону України від 13 січня 2005 року „Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування” усиновлення визначено як прийняття усиновлювачем у свою сім'ю дитини на правах дочки чи сина, що здійснене на підставі рішення суду.

Визначення усиновлення дається також Законом України від 26 квітня 2001 року “Про охорону дитинства”.

Так, ч.6 ст. 24 Закону „Про охорону дитинства” передбачає, що усиновлення є оформлена спеціальним юридичним актом (рішенням суду) передача на виховання в сім’ю неповнолітньої дитини на правах сина чи дочки.

Проте вказане визначення усиновлення не відповідає нормам СК України.

По-перше, ст. 207 СК України чітко наголошує на тому, що усиновлення здійснюється в першу чергу на підставі рішення суду, а у випадках усиновлення дитини, яка є громадянином України, але проживає за межами України, – рішення консульської установи або дипломатичного представництва України. Тобто вислів у ч.6 ст. 24 Закону „Про охорону дитинства” “спеціальним юридичним актом (рішенням суду)” слід замінити на “підставі рішення суду (у випадках усиновлення дитини, яка є громадянином України, але проживає за межами України, на підставі рішення консульської установи або дипломатичного представництва України)”.

По-друге, розуміння усиновлення як передачу на виховання в сім’ю дитини породжує термінологічну плутанину щодо інших форм влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування. Адже встановлення патронату над дітьми, створення та функціонування дитячих будинків сімейного типу, прийомних сімей, включає в себе процедуру передачі дитини на виховання у сім’ю інших осіб. Тобто в такій ситуації не відслідковується особлива відмінність між зазначеними формами влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування. Тому якщо ст. 207 СК наголошує, що усиновленням є прийняття усиновлювачем у свою сім’ю особи на правах дочки чи сина, то відповідно слід змінити і формулювання ч.6 ст. 24 Закону „Про охорону дитинства”.

По-третє, в ч.6 ст. 24 Закону „Про охорону дитинства” йдеться про усиновлення неповнолітньої дитини. Проте ч.2 ст. 208 СК дозволяє усиновлення повнолітньої особи. Так, у виняткових випадках суд може постановити рішення про усиновлення повнолітньої особи, яка не має матері, батька або була позбавлена їхнього піклування.

Таким чином, керуючись прямою нормою ст. 207 СК України, ч.6 ст. 24 Закону “Про охорону дитинства” слід викласти наступним чином: “Усиновлення (удочеріння) є оформлене на підставі рішення суду (у випадках усиновлення дитини, яка є громадянином України, але проживає за межами України, на підставі рішення консульської установи або дипломатичного представництва України) прийняття усиновлювачем у свою сім’ю особи на правах дочки чи сина”.

При цьому з врахуванням тези про те, що поняття усиновлення визначається через його правові наслідки, пропонуємо ст. 207 СК України викласти в такій редакції: “Усиновленням є прийняття усиновлювачем у свою сім’ю особи на правах дочки чи сина, що здійснене на підставі рішення суду (юридичного акту), внаслідок якого між усиновлювачем та його родичами, з одного боку, та усиновлюваним і його нащадками – з іншого боку, виникають такі ж права та обов’язки, як між батьками та дітьми, а також родичами усиновлювача за походженням”.

Та яке б не було досконале визначення, суть усиновлення залишається незмінною. Усиновлення завжди означатиме прийняття в сім’ю чужих дітей на правах “власних”, „рідних” дітей. Воно завжди буде однією з пріоритетних форм влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування, оскільки в такий спосіб для цих дітей створюються нормальні умови життя, у них з’являється сім’я.

ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ДОГОВОРУ ПІДРЯДУ НА ПРОВЕДЕННЯ ПРОЕКТНИХ ТА ПОШУКОВИХ РОБІТ З ІНШИМИ ДОГОВОРАМИ ПІДРЯДНОГО ТИПУ

Лукасевич-Крутник І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року значно розширив коло передбачених в ньому договорів порівняно з Цивільним кодексом Української РСР. Одним з договорів, які вперше одержали врегулювання в Цивільному кодексі України, є договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт.

Структурно положення про договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт виділено окремим параграфом 4 у Главі 61 Цивільного кодексу України поряд з побутовим та будівельним підрядом. Тому видається за доцільне зробити їх порівняльний аналіз. Це дасть можливість з'ясувати: чи можуть до відносин сторін за договором підряду на проведення проектних та пошукових робіт застосовуватись положення про інші договори підрядного типу.

Кожен із вище зазначених договорів має загальні риси договорів підрядного типу, входить до групи договорів про виконання робіт та має самостійне правове регулювання. Крім того, ці договори є двосторонніми, консенсуальними, оплатними. Це спільні характеристики договорів підряду на проведення проектних та пошукових робіт, побутового та будівельного підряду.

Підряд на проектні та пошукові роботи має ряд відмінностей від побутового підряду. Сторони договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору. На відміну від цього майбутній підрядник у договорі побутового підряду не має права відмовитись від укладення договору побутового підряду за наявності у нього можливостей виконання певної роботи та бере на себе обов'язок здійснювати виконання робіт кожній фізичній особі, яка до нього звернеться; умови договору побутового підряду встановлюються однаковими для всіх замовників (крім тих, для кого законом надані відповідні пільги), тому що договір побутового підряду є публічним. Договір на виконання проектних та пошукових робіт може укладатися також за результатами конкурсу (відповідно до ст.6 Закону України "Про архітектурну діяльність"), тоді як за договором побутового підряду підрядник не має права надавати переваги одному замовникові перед іншим щодо укладення договору.

Ні Цивільний кодекс України, ні спеціальні нормативні акти, в яких врегульовуються проектно-пошукові роботи, не містить спеціальних правил щодо форми договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт. Водночас для договору побутового підряду такі правила встановлені. Він вважається укладеним, якщо підрядник видав замовникові квитанцію або інший документ, що підтверджує укладення договору.

За договором підряду на проведення проектних та пошукових робіт замовник зобов'язаний передати підрядникові завдання на проектування, а також інші вихідні дані, необхідні для складання проектно-кошторисної документації, хоча таке завдання може бути підготовлене за дорученням замовника і самим підрядником. За договором побутового підряду теж надаються дані про майбутні роботи. Але такий обов'язок покладається на підрядника. Він зобов'язаний до укладення договору надати замовникові необхідну та достовірну інформацію про запропоновані роботи, їх види та особливості, про ціну, форму оплати та інші відомості, що стосуються договору.

Проблемним видається те, що виділення окремих різновидів договору підряду у Главі 61 Цивільного кодексу України здійснено за різними критеріями. Так, якщо в основі виокремлення договорів будівельного підряду та підряду на проектні та пошукові роботи лежить специфіка предмету, то побутовий підряд виділено за іншими ознаками (суб'єктний склад, мета).

Замовником у договорі побутового підряду може бути фізична особа – споживач у розумінні Закону України "Про захист прав споживачів". Підрядником за цим договором виступає суб'єкт підприємницької діяльності (як юридична особа, так і фізична особа-підприємець), який виконує певну роботу, призначену для задоволення побутових та інших особистих потреб замовника. Проте за договором підряду на проведення проектних та пошукових робіт замовником теж може виступати

фізична особа, яка замовляє такі роботи для задоволення особистих потреб. Тому необхідно з'ясувати, які норми Глави 61 Цивільного кодексу України потрібно застосовувати для вирішення наведеної вище ситуації: про побутовий підряд; про підряд на проектні та пошукові роботи; одночасно і про побутовий підряд, і про підряд на проектно-пошукові роботи. Законодавець не дає вирішення цієї проблеми, зазначаючи у ч.2 ст. 887 ЦК України, що до договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт застосовуються положення цього Кодексу, якщо інше не встановлено законом. Таке формулювання не є вдалим. Якби законодавець закріпив, що до договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт застосовуються лише загальні положення про підряд, це б усунуло дискусію про можливість застосування до таких робіт положень про інші підрядні договори. А щодо випадків, коли договір підпадає під ознаки двох різновидів підряду (на проектно-пошукові роботи та побутового) повинно бути закріплено правило, які норми застосовувати. Найбільш логічним, на нашу думку, є застосування до договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт, де замовником виступає фізична особа, яка замовляє ці роботи для особистих потреб, одночасно положення і про підряд на проектно-пошукові роботи, і про побутовий підряд в частині, що не суперечить положенням про проектно-пошукові роботи. Тому пропонуємо внести зміни до Цивільного кодексу України, виклавши ч.2 ст.887 у такій редакції: До договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт застосовуються загальні положення про підряд з врахуванням особливостей цього параграфу, якщо інше не встановлене договором або законом. Якщо замовником є фізична особа, яка замовляє проведення пошукових та (або) проектних робіт для особистих потреб, до договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт застосовуються положення про побутовий підряд в частині, що не суперечить положенням цього параграфу, якщо інше не встановлене законом.

Договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт варто розмежовувати з договором будівельного підряду. Протягом значного періоду часу в юридичній літературі була поширеною точка зору, що договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт є різновидом договору підряду на капітальне будівництво. Це обумовлювалось тим, що Цивільний кодекс Української РСР в самостійну главу виділяв лише договір підряду на капітальне будівництво. З такою позицією не можна погодитись, адже підряд на проведення проектно-пошукових робіт та будівельний підряд суттєво відрізняються між собою, передусім предметом. Предметом договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт є пошукові та (або) проектні роботи, та дані, отримані внаслідок пошукових робіт, та (або) розроблена за завданням замовника проектно-кошторисна документація. А предметом договору будівельного підряду є будівельні роботи або завершений будівництвом об'єкт. Здійснення проектно-пошукових робіт, як правило, має своїм продовженням укладення договору будівельного підряду, але не обов'язково. Тоді як роботи за договором будівельного підряду можуть виконуватись лише відповідно до проектно-кошторисної документації. Тому відносини, які виникають за договором підряду на проведення проектних та пошукових робіт, можуть і не пов'язуватись із відносинами за договором будівельного підряду. Наприклад, коли замовник, маючи готову проектно-кошторисну документацію, не має достатньо коштів для подальшого проведення будівельних робіт.

Спільним для даних договорів є те, що замовниками можуть бути як фізичні, так і юридичні особи. Підрядником за договором підряду на проведення проектних та пошукових робіт повинен бути суб'єкт господарської діяльності (фізична особа-підприємець або юридична особа), який отримав відповідну ліцензію на виконання вишукувальних та проектних робіт для будівництва. Тоді як підрядником за договором будівельного підряду є суб'єкт господарської діяльності, який здійснює будівельні роботи. Деякі з різновидів будівельної діяльності (зведення несучих та огорожуючих конструкцій, будівництво та монтаж інженерних і транспортних мереж) відповідно до Закону України "Про ліцензування певних видів господарської діяльності" теж підлягають ліцензуванню.

Договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт та договір будівельного підряду мають різний порядок виконання зобов'язань, прийняття робіт. Так, порядок прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів залежить від джерел фінансування. У випадках, встановлених законом чи іншими нормативними актами, у прийнятті робіт, виконаних за договором будівельного підряду, мають брати участь представники органів державної влади та органів місцевого самоврядування. Прийняття робіт може здійснюватись після попереднього випробовування, якщо це передбачено договором будівельного підряду чи впливає з характеру робіт. Зазначене не є характерним для договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт.

Відрізняються порівнювані договори і за змістом, адже на замовників і підрядників за договорами підряду на проведення проектних та пошукових робіт та договором побутового підряду покладаються різні права та обов'язки. Підрядники зобов'язуються за цими договорами виконувати різні роботи – відповідно пошуково-проектні та будівельні. За договором підряду на проведення проектних та пошукових робіт замовник замовляє підрядникові розроблення проектно-кошторисної документації, тоді як за договором будівельного підряду замовник зобов'язується надати затверджену проектно-кошторисну документацію (якщо цей обов'язок не покладається на підрядника). Спільними обов'язками замовників за цими договорами є хіба прийняття та оплата результату робіт, відшкодування додаткових витрат підрядникові, надання йому послуг у виконанні робіт, встановлених договором. Хоча такі послуги можуть бути різні за змістом.

Цивільний кодекс України в нормах щодо проектно-пошукових робіт врегульовує лише відповідальність підрядника за недоліки документації та робіт, не згадуючи про відповідальність замовника за порушення зобов'язання. Тоді як в нормах щодо будівельного підряду врегульовується відповідальність кожної із сторін. Цікаво, що недоліки проектно-кошторисної документації та пошукових робіт можуть виявитись в ході будівництва, тобто проведення робіт за договором будівельного підряду, або в процесі експлуатації об'єкта, створеного на основі виконаної проектно-кошторисної документації і результатів пошукових робіт. Тут прослідковується органічний взаємозв'язок зазначених договорів, оскільки сферою застосування договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт є будівництво. Але це не означає, що договори будівельного підряду і підряду на проведення проектних та пошукових робіт є тотожними.

Господарський кодекс України не зовсім чітко визначає співвідношення між договором підряду на проведення проектних та пошукових робіт (за термінологією ГК України – договір підряду на проведення проектних та досліджувальних робіт) та договором будівельного підряду (за термінологією ГК України – договір підряду на капітальне будівництво). Відповідно до ч. 2 ст. 317 ГК України договори підряду на капітальне будівництво та на виконання проектних і досліджувальних робіт розмежовуються. З іншого боку ч.2 ст.324 ГК України передбачає можливість застосування до договору на виконання проектних і досліджувальних робіт положень ст.318 цього Кодексу про договір підряду на капітальне будівництво. Оскільки наведений вище аналіз положень про договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт і договір будівельного підряду за Цивільним кодексом України свідчить про те, що це різні договори, виділені за специфікою предмету, і не можна поширювати норми одного з них на інший, пропонуємо внести зміни до законодавства і виключити ч.2 ст.324 ГК України.

Отже, договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт суттєво відрізняється від інших договорів підрядного типу і виділення його окремим параграфом 4 у Главі 61 ЦК України як самостійного різновиду договору підряду є обґрунтованим та відповідає вимогам сьогодення.

ПОРЯДОК УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ ТРАНСПОРТНОГО ЕКСПЕДИРУВАННЯ

Луцик М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Укладення договору передбачає вчинення особами певних дій, спрямованих на встановлення договірних відносин і їх відображення у закріпленій законодавством формі.

Договір транспортного експедирування, як більшість цивільно-правових договорів, укладається на основі вільного волевиявлення його учасників, які мають право визначати і погоджувати умови майбутнього договору на власний розсуд. Оскільки законодавством не передбачено інше, на порядок укладення договору транспортного експедирування поширюються загальні правила Цивільного кодексу України (далі – ЦК України).

Договір укладається шляхом пропозиції однієї сторони укласти договір (оферти) і прийняття пропозиції (акцепту) другою стороною (ч.2 ст.638 ЦК України). Згідно п.1 статті 641 ЦК України, оферта має містити істотні умови договору і виражати намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття.

Оферта може бути виражена в різних формах: усної пропозиції, викладеної в листі, телеграмі чи в розробленому однією стороною проекті договору. В книзі „Транспортне експедирування”, виданою Міжнародною федерацією експедиторських асоціацій (ФІАТА) зазначається, що пропозиція про укладення договору і її прийняття може також виражатися в поведінці сторін. Наприклад, доставка вантажу з належним маркуванням на термінал експедитора, може розглядатися як оферта, а експедитор може прийняти цю пропозицію шляхом організації перевезення вантажу відповідному отримувачу. Водночас, далі автори зазначають, що трактувати поведінку як оферту досить ризиковано і перед тим, як надавати будь-які послуги, слід з'ясувати з клієнтом всю необхідну інформацію.

Ми вважаємо, що оферта, на відміну від акцепту, не може бути виражена у конклюдентних діях. Перед тим, як вчиняти певні дії, спрямовані на організацію перевезення вантажу, сторони обов'язково повинні досягнути згоди з істотних умов організації майбутнього перевезення, що є важливим для забезпечення ефективності транспортного процесу і недопущення в майбутньому спорів між сторонами щодо умов укладеного між ними договору.

При укладенні договору транспортного експедирування оферта може бути викладена також у формі заявки клієнта на перевезення, якщо в цьому документі вказані всі істотні умови майбутнього договору.

При відсутності хоча б однієї із вказаних вище ознак пропозиція вважатиметься не офертою, а запрошенням до оферти. У сфері підприємницької діяльності під запрошенням до оферти слід розглядати, насамперед, рекламу сфери діяльності підприємця, товарів, робіт чи послуг, які він пропонує на договірній основі. Так, експедитори часто розміщують в засобах масової інформації рекламу про себе, про послуги, які вони надають. Водночас, такі повідомлення зазвичай не містять всіх істотних умов договору транспортного експедирування, отже, їх слід розглядати не як оферту, а як запрошення до оферти. Запрошення до оферти не має зобов'язуючого значення, тому експедитор може в будь-який момент відмовитися від нього.

Відповідно до ч.2 статті 641 ЦК України, реклама або інші пропозиції, адресовані невизначеному колу осіб, є запрошенням робити пропозиції укласти договір, якщо інше не вказано у рекламі або інших пропозиціях. Водночас, на наш погляд, основною ознакою, яка дозволяє відмежувати оферту від запрошення до оферти є не те, що запрошення до оферти на відміну від оферти може бути адресоване невизначеному колу осіб, а те, що обов'язковою ознакою оферти є вказівка в ній на істотні умови договору. Зокрема, стаття 699 ЦК України передбачає, що пропозиція товару в рекламі, каталогах, а також інших описах товару, звернених до невизначеного кола осіб, є публічною пропозицією укласти договір, якщо вона містить усі істотні умови договору. Отже, бачимо, що пропозиція укласти договір, адресована невизначеному колу осіб, може бути визнана офертою, якщо вона містить усі істотні умови договору. Згадана вище стаття стосується лише публічної пропозиції при роздрібній купівлі-продажу, проте ми вважаємо, що подібні положення слід поширити

і на інші відносини, в яких застосовується публічна оферта. В зв'язку з цим вважаємо за необхідне доповнити ч.2 статті 641 ЦК України пунктом 2 наступного змісту: „Адресована невизначеному колу осіб пропозиція укласти договір, яка містить істотні умови майбутнього договору і виражає намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття, є публічною офертою”.

В контексті даної публікації необхідно проаналізувати, чи може при укладенні договору транспортного експедирування застосовуватися публічна оферта? В.Г. Олюха зазначає, що абстрактною (публічною) офертою є „пропозиція до укладання публічного договору або у сфері електронного обігу”. На думку С.А.Денисова, шляхом публічної оферти можуть укладатися будь-які договори, що належать до публічних. Проте більш правильною видається позиція М.І. Брагінського, який зазначає, що „можливі ситуації, коли правила про такий (*публічний – прим. автора*) договір не діють, а все таки пропозиція з неодноразовою дією, „кинута в натовп” визнається публічною офертою”.

На нашу думку, при укладенні договору транспортного експедирування публічна оферта застосовуватися не може. Такий висновок випливає із суті транспортно-експедиторської діяльності, зокрема з того, що організація кожного перевезення має свої індивідуальні особливості, які мають бути відображені в договорі. Тому кожна оферта міститиме особливі умови, що стосуються конкретного перевезення, отже така оферта може бути адресована тільки чітко визначеній особі.

Акцептом є відповідь особи, якій адресована оферта, про її прийняття. Згідно ч.1 статті 642 ЦК України, відповідь особи, якій адресована пропозиція укласти договір, про її прийняття (акцепт) повинна бути повною і безумовною. Відповідь про згоду укласти договір на інших, ніж було запропоновано, умовах є відмовою від одержаної пропозиції і водночас новою пропозицією особі, яка зробила попередню пропозицію (стаття 646 ЦК.) Ч.2 ст. 642 ЦК України передбачає, що якщо особа, яка одержала пропозицію укласти договір, у межах строку для відповіді вчинила дію відповідно до вказаних у пропозиції умов договору (відвантажила товари, надала послуги, виконала роботи, сплатила відповідну суму грошей тощо), яка засвідчує її бажання укласти договір, ця дія є прийняттям пропозиції, якщо інше не вказане в пропозиції укласти договір або не встановлено законом. Отже, оскільки законодавство, що регулює транспортно-експедиторську діяльність не передбачає іншого, дії експедитора чи клієнта, вчинені відповідно до вказаних у пропозиції умов договору в межах строку для відповіді є прийняттям пропозиції про укладення договору транспортного експедирування.

Виходячи з ч.1 статті 641 ЦК України, пропозицію укласти договір транспортного експедирування може зробити кожна із сторін майбутнього договору. Отже, оферта може виходити як від експедитора, який пропонує клієнту організацію перевезення його вантажу, так і від клієнта, який шукає організатора перевезення.

Перед безпосереднім підписанням договору сторони, як правило, проводять аналіз і визначення ефективної схеми доставки вантажу, погодження оптимальних для обох сторін тарифів та порядку оплати, умов перевезення. Якщо такий аналіз дав позитивний для обох сторін результат, вони приймають рішення про підписання договору. Водночас варто зазначити, що переддоговірні контакти сторін не мають правостановлюючого значення, а лише доказове, оскільки згідно ч.4 статті 213 ЦК України, якщо немає можливості визначити справжню волю особи, яка вчинила правочин, до уваги береться, зокрема, зміст попередніх переговорів, усталена практика відносин між сторонами.

Для укладення договору транспортного експедирування необхідним є одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції. Якщо в оферті вказаний строк для відповіді, договір є укладеним, коли оферент одержав відповідь про прийняття оферти протягом цього строку. Якщо строк для відповіді в оферті не вказаний, то можливі два варіанти. Якщо оферту зроблено усно, договір є укладеним, коли акцептант негайно заявить про прийняття оферти. Якщо оферту зроблено в письмовій формі, договір є укладеним, коли оферент одержав відповідь протягом строку, встановленого актом цивільного законодавства, а якщо цей строк не встановлений – протягом нормально необхідного для цього часу (ч.2 статті 644 ЦК України).

Місцем укладення договору транспортного експедирування слід вважати місце проживання фізичної особи або місцезнаходження юридичної особи, яка зробила пропозицію укласти договір.

Договори транспортного експедирування, які належать до господарських договорів, укладаються з урахуванням правил Господарського кодексу України. Це підтверджується п.7 статті 179 Господарського кодексу України, відповідно до якого господарські договори укладаються за правилами, встановленими Цивільним кодексом України з урахуванням особливостей, передбачених цим Кодексом, іншими нормативними актами щодо окремих видів договорів.

Укладення договору передбачає не лише узгодження сторонами всіх істотних умов договору, а й їх фіксацію в належній формі.

Згідно ч.1 статті 639 ЦК України, договір може бути укладений у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом. Для договору транспортного експедирування законодавство України встановлює обов'язкову письмову форму.

Так, відповідно до статті 9 ЗУ “Про транспортно-експедиторську діяльність”, договір транспортного експедирування укладається в письмовій формі. Водночас, відповідно до ч.1 статті 218 ЦК України, недодержання сторонами письмової форми правочину, яка встановлена законом, не має наслідком його недійсність, крім випадків, встановлених законом. Оскільки законодавство України не встановлює такого наслідку, недотримання письмової форми договору транспортного експедирування не тягне за собою його недійсність. Заперечення однією із сторін факту укладення договору або оспорювання окремих його частин може доводитися письмовими доказами, засобами аудіо-, відеозапису та іншими доказами. Проте рішення суду не може ґрунтуватися на показах свідків. Якщо договір транспортного експедирування не було укладено, а послуги фактично були надані, факт надання послуги експедитора може підтверджуватися транспортними документами (накладною або комплектом накладних).

Відповідно до ч.1 статті 207 ЦК України письмова форма договору транспортного експедирування вважатиметься дотриманою, якщо його зміст зафіксований в одному або кількох документах, у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони, або якщо воля сторін виражена за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку.

В практиці транспортно-експедиторської діяльності часто трапляються випадки, коли експедитор і клієнт укладають між собою генеральні договори транспортного експедирування, які опосередковують їх тривале співробітництво і передбачають, що організація конкретного перевезення здійснюється відповідно до поданих клієнтом заявок. Необхідно з'ясувати, чи може така заявка вважатися формою договору транспортного експедирування? Для цього необхідно, насамперед, проаналізувати умови конкретної заявки. Договір вважається укладеним, якщо між сторонами у передбаченій законом формі досягнуто згоди з усіх його істотних умов. Істотні умови договору транспортного експедирування визначено в ст.9 ЗУ “Про транспортно-експедиторську діяльність”. Отже, якщо в заявці визначено всі істотні умови договору транспортного експедирування, і вона скріплена підписами (та печатками – для юридичних осіб) її слід вважати разовим договором транспортного експедирування, в іншому випадку заявку слід розглядати як додаток до договору транспортного експедирування.

Отже, договір транспортного експедирування укладається за загальними правилами укладання цивільно-правових договорів. При укладенні договору транспортного експедирування оферта може бути викладена у формі заявки клієнта на перевезення якщо в цьому документі вказані всі істотні умови майбутнього договору. Дії експедитора чи клієнта, вчинені відповідно до вказаних у пропозиції умов договору в межах строку для відповіді є прийняттям пропозиції про укладення договору транспортного експедирування. Договір транспортного експедирування має бути укладений в письмовій формі, однак недотримання письмової форми договору не тягне його недійсності.

ПРАВОВЕ СТАНОВИЩЕ СПОЖИВЧИХ ТОВАРИСТВ ТА ЇХ СПІЛОК.

Мацько М.

Львівська комерційна академія

Поставлена проблема є актуальною, її розкриття має важливе теоретичне і практичне значення. Окремі статті та наукові повідомлення про правове становище різних видів кооперативів присвячувалися ще до ухвалення Закону України „Про кооперацію” від 10 липня 2003 р. З набранням чинності цим Законом, а також з набранням чинності з 1 січня 2004 року Цивільним і Господарським кодексами України правове становище кооперативів, а зокрема споживчих товариств та їх спілок набуло якісних змін. Донедавна аналізувалися в основному Закони „Про споживчу кооперацію від 10 квітня 1992 р. й „Про сільськогосподарську кооперацію” від 17 липня 1997 року.

Не можна не зважати на те, що у господарській діяльності кооперативів, як і будь-яких інших суб'єктів господарювання, значною мірою використовуються норми господарського і цивільного законодавства, особливо при визначенні їх правового становища й при укладенні цивільно-правових угод. Це стає зрозумілим і переконливим, якщо брати до уваги, що споживча кооперація (сукупність усіх споживчих товариств і спілок) серед інших видів кооперації є найбільш потужною і структуризованою системою. Вона налічує близько 900 тисяч членів пайовиків, об'єднаних у споживчі товариства, у ній діє 312 тис. підприємств торгівлі і громадського харчування, 900 виробничих підприємств і цехів, 2,6 тис. заготівельних пунктів, 114 оптових баз, 563 міських і сільських ринків. У різних галузях системи зайнято майже 100 тис. працівників.

Треба віддати належне Центральній спілці споживчих товариств України (Укоопспілці) за те, що вона прикладає багато зусиль для зміцнення економічного стану системи й правового забезпечення її повноцінного функціонування. Її правління з участю науковців системи розробило такі документи: „Стратегію розвитку споживчої кооперації України (2004-2015 р.р.)”, що її затвердив XIX з'їзд споживчої кооперації України; „Концепцію розвитку національного кооперативного руху”; „Програму розвитку сфери побутових послуг споживчої кооперації України на 2005-2009 роки”, що її затверджено постановою правління Укоопспілки 11 березня 2005 р. №54. У центрі уваги правління перебувають: Програма завершення розмежування і закріплення власності споживчої кооперації України (Укоопспілки), питання про громадське майно (основні засоби) споживчої кооперації України, про розвиток малого підприємництва, про нормативні акти та ін. Органи управління споживчої кооперації успішно здійснюють делеговані їм державою нормотворчі повноваження й ухвалюють необхідні нормативні акти для регулювання майнових, організаційно-управлінських і трудових внутрішньо кооперативних відносин. Працівники апарату управління спільно з науково-педагогічними працівниками закладів системи брали участь у розробленні проектів Законів „Про кооперацію” і „Про споживчу кооперацію” (нова редакція), що очікує свого ухвалення Українським парламентом. Названі та багато інших нормативних актів органів споживчої кооперації є складовою частиною правової бази для визначення правового статусу споживчих кооперативів і подальшого правового забезпечення розвитку споживчої кооперації України.

Поставлена нами проблема має на меті з'ясувати, чи за допомогою наявних правових засобів є можливість забезпечити подальше організаційно-господарське зміцнення споживчої кооперації, зберегти її цілісність як структуризованої системи, забезпечити належне її функціонування і розвиток, недопущення необгрунтованого втручання держаних органів та органів місцевого самоврядування у господарську діяльність споживчих товариств та їх спілок, домогтися унеможливлення фактів порушення права власності, досягнення бажаного результату збереження кадрового потенціалу і стабільності трудових колективів та з цього приводу висловити прийняті для практики рекомендації.

Разом з тим з позицій загальної теорії права і на основі чинного законодавства, нормативних актів органів управління споживчої кооперації ставиться завдання висвітлити правове становище споживчих товариств та їх спілок на сучасному етапі, маючи на увазі, що вони є некомерційні організації, хоча здійснюють підприємницьку діяльність з метою отримання прибутку для досягнення цілей та завдань, визначених законодавством і статутами.

У даний час основу правової бази для створення і діяльності кооперативів та визначення їх правового становища становить Конституція України, ухвалені Верховною Радою України Закони

„Про кооперацію”, „Про споживчу кооперацію”, „Про сільськогосподарську кооперацію”, Цивільний і Господарський кодекси, Указ Президента України „Про заходи щодо розвитку кооперативного руху та посилення його ролі в реформуванні економіки України на ринкових засадах” від 19 грудня 2000 р.

Метою кооперації, як про це записано в статті 3 Закону „Про кооперацію”, є задоволення економічних, соціальних та інших потреб членів кооперативних організацій на основі поєднання їх собистих та колективних інтересів, поділу між ними ризиків, витрат і доходів, розвитку їх самоорганізації, самоуправління та самоконтролю. Кооперація являє собою систему кооперативних організацій, а кооператив є її первинною ланкою і створюється внаслідок об’єднання фізичних та/або юридичних осіб на основі членства для спільної господарської та іншої діяльності з метою поліпшення свого економічного стану.

З метою визначення шляхів підвищення ефективності господарювання кооперативних організацій і підприємств правління Укоопспілки систематично розглядає та обговорює питання про хід виконання Програми завершення і розмежування та закріплення права власності в Кримспоживспілці, в усіх облспоживспілках, а також в інших господарствах Укоопспілки. Право власності на будівлі, обладнання, транспортні засоби та інше майно повинно бути оформлено на споживче товариство або спілку, які за законом є суб’єктами права власності кооперативного майна. На думку правління Укоопспілки, яке нами поділяється, право власності на майно в жодному разі не можна оформляти безпосередньо на підприємство.

Правами власників споживчі товариства і споживспілки наділяються для того, щоб здійснювати підприємницьку діяльність, яка відповідає меті їх створення. Цивільний кодекс України, називаючи споживчі кооперативи непідприємницькими товариствами, встановлює, що вони поряд зі своєю діяльністю, можуть здійснювати підприємницьку діяльність, якщо інше не визначено законом і якщо ця діяльність відповідає меті, для якої вони були створені та сприяє її досягненню (ст.86). Аналогічні положення з приводу права власності споживчої кооперації, мети створення споживчих товариств та їх спілок, а також характеру їх діяльності, містяться в Господарському кодексі України.

Правовий статус споживчих товариств та їх спілок визначається сукупністю прав та обов’язків, встановлених для них нормами об’єктивного права, що сформульовані у кооперативних законах та в інших законодавчих актах. Відповідно до частини 3 статті 6 Закону України „Про кооперацію” від 10 липня 2003 року кооператив, а отже, і споживче товариство, є юридичною особою, має самостійний баланс, розрахунковий та інші рахунки в установах банків, печатку із своїм найменуванням. Цим же законом, а також частиною 4 статті 8 Закону „Про споживчу кооперацію” спілки (кооперативні об’єднання) також визнаються юридичними особами. У процесі економічної і соціальної діяльності вони можуть використовувати усі правові засоби, що не заборонені для юридичних осіб.

У сучасний період істотно розширено зміст правосуб’єктності юридичних осіб, якісно збільшено коло їх прав. Безпосередньо правовий статус кооперативів, як юридичних осіб, обумовлюється їх статутами. Перш за все їх правоздатність і дієздатність впливає з норм загального характеру статутів, в яких вказується на мету і завдання створення кооперативів. Конкретні же норми статутів визначають їх правові можливості та покладають на них обов’язки у процесі функціонування. Все це визначає правовий статус кооперативів.

Кооперативні організації визначають основні напрями діяльності, здійснюють її планування. Вони самостійно розробляють програми і плани економічного та соціального розвитку, розглядають і затверджують їх; укладають різні угоди з іншими юридичними особами і громадянами на реалізацію товарів та надання послуг; працевлаштування своїх членів і взагалі створюють умови для поліпшення їх матеріального становища.

Невідкладною є потреба внести назрілі зміни до Закону „Про споживчу кооперацію” стосовно розділів „Права власності споживчої кооперації”, „Економічна та соціальна діяльність споживчих товариств та спілок”, „Реорганізація та ліквідація споживчого товариства, спілки” та ін. Поряд з цим виникає необхідність узгодити зміни цього Закону з іншими законодавчими актами та ухвалити серію підзаконних нормативно-правових актів з питань різних сторін діяльності споживчої кооперації (про порядок реєстрації, про надання державної допомоги, пільг, кредитів та оподаткування). Бажано, щоб на ефективності господарської діяльності споживчої кооперації України більшою мірою позначалася паралельна нормотворчість її органів управління.

ВСТАНОВЛЕННЯ СЕРВІТУТУ НА ПІДСТАВІ РІШЕННЯ СУДУ

Михайлів М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Одним із видів речових прав на чуже майно є право користування – сервітут. Таке право бере свій початок ще з часів Стародавнього Риму, окремі положення щодо якого містилися в Законах ХІІ таблиць. Положення Римського права щодо права на чужі речі стали основою для створення правових норм в законодавстві держав. Такі норми на сьогодні знайшли своє відображення і в законодавстві України, а саме в Цивільному кодексі України, Земельному кодексі України, Законі України “Про власність”, Законі України “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень” тощо.

Сервітут в перекладі з латинської мови означає обов’язок, зобов’язання, повинність. А саме під сервітуту необхідно розуміти певний обов’язок, зобов’язання власника майна надати іншій особі – не власнику право користування певним його майном з метою задоволення власних потреб та інтересів, у випадку, якщо в інший спосіб такі потреби та інтереси не можуть бути задоволені.

Цивільний кодекс виділяє два види сервітутів особистий сервітут та земельний. Особистий сервітут – це право певної особи не власника користуватися чужим майном з метою задоволення певних потреб. Об’єктом такого користування в даному випадку є нерухоме майно, крім земельних ділянок та природних ресурсів, оскільки останні є об’єктами на які встановлюється земельний сервітут.

Відповідно до ч.2 ст.401 ЦК сервітут може належати власникові (володільцеві) сусідньої земельної ділянки, а також іншій, конкретно визначеній особі (особистий сервітут). Отже суб’єктом права вимоги щодо встановлення сервітуту може бути власник сусідньої земельної ділянки, володільць сусідньої земельної ділянки, інші особи, яким встановлення сервітуту необхідне для задоволення особистих потреб, які не можуть бути задоволені іншим способом тощо. Зміст, види, порядок встановлення, дія та припинення сервітуту передбачені Цивільним кодексом України (ст.ст.402-406) та Земельним кодексом України (ст.ст.98-102).

Особа власник або користувач чи інші особи мають право вимагати встановлення сервітуту для: проходу і проїзду на велосипеді; проїзду на транспортному засобі по наявному шляху; прокладання і експлуатації лінії електропередачі, зв’язку, трубопроводів, інших лінійних комунікацій; прокладання на свою земельну ділянку водопроводу від чужої природної водойми чи через чужу земельну ділянку; відводу води зі своєї земельної ділянки на сусідню чи через сусідню земельну ділянку; забору води з природної водойми, розташованої на сусідній земельній ділянці, і право проходу до природної водойми; напувати свою худобу з природної водойми, розташованої на сусідній земельній ділянці, і право прогону худоби до природної водойми; прогону худоби по наявному шляху; встановлення будівельних риштувань і складування будівельних матеріалів з метою ремонту будинків і споруд; інші сервітуту. Відповідно перелік встановлення сервітутів не є вичерпним і тому окрім Цивільного кодексу та Земельного кодексу вони можуть міститися і в інших нормативно правових актах.

Серед підстав встановлення сервітуту Цивільний кодекс виділяє договір, закон, заповіт, рішення суду. На відміну від Цивільного кодексу Земельний кодекс передбачає лише дві підстави встановлення земельного сервітуту, а саме договір та рішення суду. А тому постає питання чи не може земельний сервітут бути встановлений на підставі закону чи заповіту. Так відповідно до ч.6 ст.10 Закону України “Про телекомунікації” особи, які відповідно до цього Закону отримали ліцензію на здійснення діяльності у сфері телекомунікацій, мають право вимагати від власників земельних ділянок або землекористувачів установа сервітутів до категорії земель, визначених Земельним кодексом України, для прокладання під землею телекомунікаційних мереж та/або усунення їх пошкоджень. Зі змісту цієї статті випливає, що встановлення земельного сервітуту може відбуватися і на підставі закону. Відповідно до ст.1247 ЦК, спадкоємець вправі встановити у заповіті сервітут щодо земельної ділянки, інших природних ресурсів або іншого нерухомого майна для задоволення потреб інших осіб. Тому вважаємо за доцільне статтю 100 Земельного кодексу доповнити такими підставами встановлення земельного сервітуту як закон та заповіт та внести відповідні зміни в ЦК.

Правове регулювання встановлення сервітуту на підставі договору теж має певні недоліки. А саме це стосується форми договору яким буде становлюватися сервітут, визначення строку, розміру плати за користування майном та порядку обчислення збитків завданих власникові майна особою, яка користується сервітутом.

Договір про встановлення сервітуту оформляється у письмовій формі та підлягає державній реєстрації державним реєстратором в порядку передбаченому Законом України “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень”. З моменту державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обмежень, підставою встановлення яких є договір про встановлення сервітуту, особа набуває право користуватися чужим майном.

Встановлення сервітуту на підставі договору відбувається у випадку якщо сторони, а саме власники (користувачі) сусідніх земельних ділянок дійшли згоди про встановлення сервітуту та уклали договір. У випадку недосягнення згоди щодо встановлення сервітуту на підставі договору підставою встановлення такого сервітуту буде рішення суду.

Якщо власники (користувачі) сусідніх земельних ділянок не дійшли згоди щодо встановлення сервітуту та про його умови то власник (користувач) панівної земельної ділянки має право на звернення до суду із заявою про встановлення земельного сервітуту. Під час розгляду справи суд повинен з'ясувати чи дійсно є підстави для встановлення сервітуту, чи в інший спосіб не можливо задоволити потреби інших осіб тощо. В свою чергу позивач повинен обґрунтувати та довести потребу у встановленні сервітуту та обґрунтувати, що його потреби не можуть бути задоволені в інший спосіб, довести, що особа відповідач чинить перешкоди у користуванні нерухомим майном тощо. На підставі наведених доказів та з врахуванням обставин справи враховуючи, що встановлення сервітуту не веде до позбавлення власника земельної ділянки, щодо якої встановлено земельний сервітут, прав володіння, користування та розпорядження нею, суд керуючись нормами ЦК, ЗК, ЦПК, Закону України “Про власність” та іншим законодавством, суд постановляє одне з таких рішень: позов задоволити; позов задоволити частково; відмовити в задоволенні позовних вимог.

З моменту набрання законної сили рішенням суду стає підставою для встановлення сервітуту. І відповідно до Закону України “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень” рішенням суду подається разом з іншими документами для реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обмежень.

В рішенні суд має зазначити строк на який встановлено сервітут, плата за використання земельної ділянки, яка обтяжена сервітутом з метою компенсації певних збитків, які може нести власник земельної ділянки щодо якої встановлено сервітут, зобов'язання не чинити перешкод у використанні земельної ділянки чи іншого нерухомого майна, яке на ній знаходиться, у доступі до неї тощо. З моменту реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обмежень на підставі рішення суду особа набуває право земельного сервітуту, а саме право власника або користувача земельної ділянки або іншого нерухомого майна на обмежене платне або безоплатне користування чужою земельною ділянкою чи іншим нерухомим майном у спосіб найменш обтяжливий для власника земельної ділянки чи іншого майна, щодо яких встановлено сервітут.

Встановлення сервітуту на підставі договору так і на підставі рішення суду має правовим наслідком певне обмеження прав власника чи користувача цієї земельної ділянки, що в свою чергу призводить до зменшення можливих варіантів використання земельної ділянки її власником чи користувачем, обмеження правомочностей щодо користування та розпорядження земельною ділянкою обтяженою сервітутом тощо. Але з іншої сторони встановлення сервітуту це надана законодавством можливість особи реалізувати право, задоволити інтереси, якщо в інший спосіб окрім встановлення сервітуту не може бути таке право реалізоване чи потреба в інший спосіб задоволена.

МОЖЛИВІСТЬ ЗАОЧНОГО РОЗГЛЯДУ СПРАВИ ПРИ СПІВУЧАСТІ ВІДПОВІДАЧІВ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Навроцька Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Значно утруднити процес може співучасть відповідачів та їх неявка в судове засідання. Цей випадок здавна вважається доволі складним і для законодавців, і для суддів.

Частина 2 ст.224 ЦПК України закріплює правило, що у разі участі у справі кількох відповідачів заочний розгляд справи можливий у випадку неявки в судове засідання всіх відповідачів. Аналогічне положення містив і Статут цивільного судочинства 1864 року, однак з певним застереженням щодо тих відповідачів, які викликалися шляхом публікації в пресі: при участі у справі кількох відповідачів, з яких одні з'явилися, а інші – ні, постановлене судом рішення не вважається заочним і не підлягає відзиву. Дане правило не застосовується однак щодо тих із відповідачів, які не з'явилися, місце проживання яких не було вказано суду.

Саме таку позицію законодавця можна пояснити певною практичною мотивацією, адже протилежний підхід неминуче призводив би до постановлення кількох рішень по справі, що, в свою чергу, збільшувало б судові витрати, затягувало б саме провадження, і, нарешті, не виключено, що в кінцевому підсумку рішення по справі могли бути суперечливими, а це підірвало б авторитет правосуддя і утруднювало б їх виконання.

Разом з тим справедлива критика цього підходу ґрунтувалася в першу чергу на його несправедливості стосовно тих із відповідачів, що не з'явилися. Так, А.Румянцев, посилаючись на французького процесуаліста Боатара, стверджував, що з теоретичної точки зору юридичний характер неявки видається однаковим, як у випадку, коли до участі у справі був залучений один відповідач, який і не з'явився, так і тоді, коли відповідачів кілька і з них деякі не з'явилися. В останньому випадку право судового захисту не можна вважати реалізованим, не можна визнати носіїв цього права ні такими, що змагалися на суді, ні такими, що відмовилися від цього змагання. Явка одних і неявка інших – це дії кожного із осіб, що беруть участь у справі, і саме тому вони, як окремі дії окремих учасників, повинні бути поставлені за вину окремо їх авторам. Неявка одного і явка іншого – дії цілком особистісні, які не можуть ні шкодити, ні приносити користі іншому. Тому він схиляється до іншого погляду – якщо у справі беруть участь кілька відповідачів, одні з яких з'явилися, а інші – ні, рішення повинно вважатися змагальним для тих відповідачів, які з'явилися, і заочним – для інших. Для прикладу, саме так врегульоване зараз це питання у ЦПК Узбекистану; так воно вирішувалося у цивільному процесі Росії до прийняття ЦПК РФ від 23.10.2002 року.

З одного боку можна погодитися із необхідністю саме такого законодавчого регулювання, оскільки не можна уособлювати усіх відповідачів в одній особі. Законодавець говорить про те, що співучасники можуть доручити вести справу одному із співучасників (ч.3 ст.32 ЦПК України), але з цього не можна робити висновок, що, коли немає такого доручення, відповідач, який з'явився в судове засідання, представляє інтереси усіх співвідповідачів, у тому числі і тих, що не з'явилися. Влучно відзначив В.Ісаченко, що ще можна погодитися з тим, що при солідарності відповідачів, захистом прав тих, хто з'явився, захищаються і права тих, хто не з'явився, але ж бувають випадки, коли інтереси співвідповідачів абсолютно не солідарні між собою, і коли присутній відповідач не лише не буде захищати права відсутніх, але навіть буде шкодити їм. Можна також припустити, що відсутній відповідач навів би цілком інші доводи та докази, окрім тих, які були пред'явлені присутнім співвідповідачем, що він, будучи присутнім в судовому засіданні, співставив би питання факту та права так, що спір би набув зовсім іншого забарвлення і справа була б вирішена на користь відповідачів. Більше того, причини неповідомлення судові про причини неявки когось із співвідповідачів можуть бути поважними. А тому неправильно позбавляти такого відповідача права на перегляд рішення суду, ухваленого у його відсутності, тим же судом.

Якими б переконливими не видавалися аргументи на користь необхідності захисту прав відповідачів, що не з'явилися, незручності, зумовлені таким підходом, змушують більше схилитися на користь позиції, що унеможливує постановлення одночасно і змагального, і заочного рішення по справі. Такої думки притримувалася і більшість процесуалістів, які досліджували інститут заочного

провадження в цивільному процесі. Саме таким шляхом пішов і український законодавець. Разом з тим, ЦКП України жодним чином не вирішує питання, як все-таки діяти судові у випадку неявки когось із співвідповідачів: чи розгляд справи відкладати – аж поки з'являться або не з'являться всі, чи справа повинна розглядатися, а рішення просто не вважатиметься заочним? Таким чином, існуюче формулювання процесуального закону дозволяє нам зробити лише один чіткий висновок – при множинності на стороні відповідача явка хоча б одного із співвідповідачів унеможливорює ухвалення заочного рішення по справі.

Очевидно, неодноразове відкладення слухання справи у зв'язку з неявкою когось із співвідповідачів затягуватиме її розгляд, порушуватиме право позивача на своєчасне вирішення спору. Розгляд справи в загальному порядку порушуватиме права відсутніх відповідачів тоді, коли їхні інтереси суперечать один одному. Вирішити цей парадокс можна з урахуванням різних видів процесуальної співучасті та розмежуванням залежно від цього наслідків неявки співучасників.

Як відомо, в теорії цивільного процесу виділяють два види процесуальної співучасті: обов'язкову та факультативну. Обов'язкова співучасть виникає тоді, коли характер спірного матеріального правовідношення не дозволяє вирішити питання про права чи обов'язки одного із учасників процесу без залучення інших суб'єктів матеріального правовідношення для участі у конкретній справі. Факультативна співучасть передбачає, що питання про право чи обов'язок однієї із сторін можна вирішити окремо в самостійному процесі і незалежно від вирішення питання про права та обов'язки іншого учасника. При факультативній співучасті характер спірного матеріального правовідношення дозволяє розглянути справу стосовно кожного із суб'єктів у самостійному процесі.

Справедливими видаються висновки І.Приходько з приводу обов'язкової процесуальної співучасті. Він вважає, що її основний критерій (неможливість розгляду справи у зв'язку з характером спірного матеріального правовідношення) в концептуальному плані є неправильним. Справу завжди можна розглянути без залучення співучасників, однак в певних випадках це може призвести до відмови в позові, якщо обраний позивачем спосіб захисту права, про який він просить, не може бути реалізований в силу характеру спірного правовідношення, в якому беруть участь кілька осіб. По суті, залучаючи другого відповідача, суд порушує принцип диспозитивності: адже позивач не пред'являв до другого відповідача жодних вимог, відповідно, суд не може сам ні задовольнити незаявлену вимогу, ні відмовити в ній. Більше того, інтересам позивача може відповідати пред'явлення вимоги лише до одного із відповідачів; він може бути зовсім не зацікавленим в отриманні рішення проти інших зобов'язаних осіб, особливо, коли не впевнений в реальності отримання з них виконання. Не можна не погодитися, що обов'язкова співучасть створює серйозну проблему в плані доступності правосуддя. Реалізація позивачем свого права на отримання судового захисту пов'язується з множинністю осіб на стороні відповідача при тому, що позивач нічого не вимагає від співвідповідачів, а вони тим не менше залучаються до участі у справі. Залучення за ініціативою суду кількох співвідповідачів робить процес складнішим та дорожчим. Для прикладу, при відмові в позові відповідні судові витрати будуть стягуватися з позивача, хоча він не пред'являв позов до цього співвідповідача, не просив суд залучити його до участі у справі. Очевидно, варто було б на законодавчому рівні врегулювати ці питання, позбавивши суд можливості залучати співвідповідачів за власною ініціативою. Позивач, який ініціює процес та несе судові витрати по справі, в такому випадку несе усі ризики, пов'язані з тим, що позов пред'явлений не до усіх належних відповідачів або до неналежного відповідача. В такому випадку легше було б вирішити і питання, пов'язані з неявкою. Однак, видається, звиклі стереотипи та правила ще не скоро дозволять як законодавцям, так і суддям змінювати усталені підходи до організації розгляду цивільних справ, виходячи із нового трактування принципів змагальності та диспозитивності цивільного судочинства.

Інша справа – коли має місце обов'язкова процесуальна співучасть в силу закону і позивач сам відразу пред'являє позов до усіх зобов'язаних осіб. Презюмується, що при обов'язковій процесуальній співучасті інтереси відповідачів співпадають, а тому при неявці когось із співучасників вважаю за можливе розгляд справи в звичайному порядку, постановлене при цьому рішення не буде вважатися заочним ні для кого із співучасників.

Що ж стосується факультативної співучасті, то тут вимоги можуть бути розглянуті окремо без будь-якої шкоди для суб'єктивних прав сторін, а тому суд не праві ігнорувати права відсутніх відповідачів, ототожнювати їх права з правами присутніх відповідачів, спираючись на припущення про тотожність способів захисту права, і постановляти для всіх співвідповідачів одне рішення. При неявці когось із співвідповідачів і неповідомлення ними про причини неявки при факультативній співучасті відповідно до ч.2 ст.126 ЦПК України з метою недопущення затягування процесу суд

вправі постановити ухвалу про роз'єднання кількох поєднаних в одному провадженні вимог у самостійні провадження.

Вищенаведені міркування підтверджують необхідність вдосконалення процесуального законодавства і доповнення його відповідними положеннями, які б врегульовували дії суду при неявці когось із співвідповідачів залежно від характеру процесуальної співучасті. Тому пропоную ст.169 ЦПК України доповнити частиною 5 такого змісту: “У разі участі у справі кількох відповідачів при обов'язковій процесуальній співучасті у випадку неявки когось із співучасників, суд вирішує справу на підставі наявних у ній даних чи доказів. Постановлене при цьому рішення не вважається заочним щодо тих відповідачів, що не з'явилися. При факультативній співучасті, якщо неявка когось із співучасників ускладнює вирішення справи, суд, керуючись ч.2 ст.126 цього Кодексу, постановляє ухвалу про роз'єднання вимог до кожного із співвідповідачів у самостійні провадження”. У зв'язку з цим ч.5 ст.169 ЦПК України вважати частиною 6.

Розробниками Статуту цивільного судочинства 1864 року пропонувалося, що якщо рішення, постановлене при неявці когось із співучасників, оголошене тим, хто не з'явився, як заочне, то його слід таким і вважати, допускаючи перегляд такого рішення судом, який його ухвалив. Навряд чи можна погодитися з такою позицією, адже помилка суду щодо порядку оголошення рішення не повинна змінювати характеру самого рішення і не може змагальне рішення автоматично перетворити в заочне.

Чітко не врегульована процесуальним законодавством і ситуація, коли із кількох відповідачів, що беруть участь у справі, одні не з'являться ні особисто, ні через представника, а інші також не з'являться, але надішлють на адресу суду клопотання про розгляд справи у їх відсутності. В такому випадку відповідачі, що клопочуться про розгляд справи у їх відсутності, вважаються такими, що присутні, а тому це автоматично унеможливить заочний розгляд справи, хоча всі відповідачі фізично відсутні в судовому засіданні.

Таким чином, узагальнюючи наведені міркування щодо можливості заочного розгляду справи при співучасті відповідачів в цивільному процесі, можна зробити наступні висновки:

1. Однозначним є те, що при множинності на стороні відповідача явка хоча б одного із співвідповідачів унеможливує ухвалення заочного рішення по справі.

2. Разом з тим, неодноразове відкладення розгляду справи у зв'язку із неявкою когось із співвідповідачів не сприятиме реалізації принципу процесуальної економії та належному своєчасному захисту прав позивача.

3. Тому пропонується застосовувати різні правові наслідки при неявці когось із співвідповідачів та неповідомлення ним причин такої неявки, залежно від виду співучасті – обов'язкової чи факультативної.

4. Вважаю за доцільне у разі участі у справі кількох відповідачів при обов'язковій процесуальній співучасті у випадку неявки когось із співучасників вирішувати справу на підставі наявних у ній даних чи доказів. Постановлене при цьому рішення не вважається заочним щодо тих відповідачів, що не з'явилися.

5. При факультативній співучасті, якщо неявка когось із співучасників ускладнює вирішення справи, керуючись ч.2 ст.126 цього Кодексу, – постановляти ухвалу про роз'єднання вимог до кожного із співвідповідачів у самостійні провадження.

СПОСОБИ ЗАХИСТУ ПРАВ І ІНТЕРЕСІВ В ЦИВІЛЬНОМУ ТА СІМЕЙНОМУ ПРАВІ.***Нєкрасова О.****Київський національний університет ім. Тараса Шевченка*

В системі юридичних гарантій реалізації прав і охоронюваних законом інтересів цивільного та сімейного права, одна із основних ролей належить правовому захисту, за допомогою якого досягається відновлення порушених майнових або немайнових прав, попередження та припинення дій, які порушують (здатні порушити) права і інтереси зацікавлених осіб і т.д.

Способи захисту прав і охоронюваних законом інтересів в структурі захисту мають першочергове значення.

У ст.16 ЦК України перераховані способи захисту цивільних прав і охоронюваних законом інтересів. Відповідно до зазначеної статті способами захисту цивільних прав та інтересів можуть бути:

- визнання права;
- визнання правочину недійсним;
- припинення дії, яка порушує право;
- відновлення становища, яке існувало до порушення;
- примусове виконання обов'язку в натурі;
- зміна правовідношення;
- припинення правовідношення;
- відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди;
- відшкодування моральної (немайнової) шкоди;
- визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб.

Відповідно до ст. 18 СК України, суд застосовує способи захисту, які встановлені законом або домовленістю (договором) сторін. Способами захисту сімейних прав та інтересів є:

- встановлення правовідношення;
- примусове виконання добровільно не виконаного обов'язку;
- припинення правовідношення, а також його анулювання;
- припинення дій, які порушують сімейні права;
- відновлення правовідношення, яке існувало до порушення права;
- відшкодування матеріальної та моральної шкоди.

Розглянемо та порівняємо способи захисту порушених прав і інтересів в цивільному та сімейному праві.

Визнання права є одним із найпоширеніших способів захисту цивільних прав і законних інтересів. Необхідність в цьому способі захисту виникає тоді, коли наявність у особи певного суб'єктивного права піддається сумніву, суб'єктивне право оспорюється, заперечується або є реальна погроза таких дій. В сімейному праві аналогом такого способу захисту прав є встановлення правовідношення. Так, у разі невизнання чоловіком самостійного права дружини на житло, суд за позовом останньої, визнає за нею це право, яке вже фактично існує. Та ж дружина може подати до суду заяву про визнання права спільної сумісної власності на певне майно, яке чоловік вважає своїм. Визнання права та встановлення правовідношення є засобом усунення невизначеності у взаєминах суб'єктів, створення необхідних умов для його реалізації і запобігання з боку третіх осіб дій, що перешкоджають його нормальному здійсненню. Право є основним, але не єдиним об'єктом визнання, наприклад Сімейний кодекс передбачає визнання батьківства, материнства.

Визнання правочину недійсним застосовується в тих випадках, коли необхідно відновити становище, яке існувало до укладення правочину з порушенням умов його дійсності. Цей спосіб захисту регламентується статтями 215-236 ЦК України. В Сімейному кодексі, він не визначений серед способів захисту сімейних прав і обов'язків, але застосовується при визнанні недійсними численних сімейно-правових договорів. Крім цього, такий сімейно-правовий спосіб захисту, як анулювання сімейного правовідношення має багато спільного із визнанням правочину недійсним. Він матиме місто у разі визнання шлюбу недійсним, визнання усиновлення недійсним, виключенні особи, як матері, батька із актового запису про народження дитини.

Розповсюдженим способом захисту суб'єктивних прав і охоронюваних законом інтересів є припинення дії, яка порушує право. Призначення цього способу захисту складається в усуненні перешкод для здійснення права. Так, власник майна вправі зажадати усунення всяких порушень його права, хоча ці порушення і не були з'єднані з позбавленням володіння. Наприклад, коли один з подружжя забрав річ, яка є предметом спільної сумісної власності, що позбавило іншого з подружжя можливості користування цією річчю; усунення перешкод, які чинилися одному з батьків у здійсненні його права на особисте виховання дитини.

Відновлення положення, яке існувало до порушення права або відновлення правовідношення, яке існувало до порушення права (формулювання в Сімейному кодексі України), як самостійний спосіб захисту застосовується в тих випадках, коли порушене суб'єктивне право в результаті правопорушення не припиняє свого існування і може бути реально відновлене шляхом усунення наслідків правопорушення. Цей спосіб захисту може знайти свій прояв в вимогах про усунення перешкод у здійсненні права власності, про застосування наслідків недійсного правочину, про виселення особи з незаконно зайнятого приміщення. Відновленням правовідношення слід вважати поновлення батьківських прав, повернення дитини, яка була відібрана від батьків без позбавлення батьківських прав.

Присудження до виконання обов'язку в натурі, нерідко іменується в літературі ще реальним виконанням, як спосіб захисту цивільних прав і законних інтересів характеризується тим, що порушник повинен реально виконати ті дії, які він зобов'язаний вчинити за зобов'язанням, яке зв'язує сторони. З виконанням обов'язку в натурі схожий сімейно-правовий спосіб захисту-примусове виконання добровільно не виконаного обов'язку.

Своєрідним способом захисту цивільних прав і охоронюваних законом інтересів є припинення та зміна правовідношення. Цей спосіб захисту може застосовуватися сфері сімейно-правових договорів. В сімейному праві виділяється такий спосіб захисту, як припинення сімейного правовідношення. Таким способом захисту є розірвання шлюбу, скасування усиновлення, припинення права на аліменти, поділ майна, яке було спільною сумісною власністю.

Захист суб'єктивного цивільного права і охоронюваного законом інтересу може бути також в тім, що суд покладає на порушника чужого суб'єктивного права обов'язок відшкодувати збитки, які виникли внаслідок порушення права. Можливість відшкодування матеріальної шкоди є новелою Сімейного кодексу України. При визначенні підстав виникнення права на таке відшкодування та розміру відшкодування мають застосовуватись норми Цивільного кодексу України.

Стаття 16 ЦК України одним із способів захисту цивільних прав і законних інтересів передбачає відшкодування моральної шкоди. Цей спосіб захисту є новим для Сімейного кодексу України. Відшкодування моральної шкоди, як спосіб захисту складається в накладенні на порушника обов'язку по виплаті потерпілому грошової компенсації пов'язаної з наявністю у особи моральних страждань або відшкодуванні іншим майном чи в інший спосіб (ст. 23 ЦК України). В сімейному праві при визначенні розміру відшкодування застосовуються норми Цивільного кодексу України.

Визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади АРК, органу місцевого самоврядування їхніх посадових і службових осіб характеризується чітко визначеним суб'єктом заподіяння шкоди. Такий спосіб захисту прав в Сімейному кодексі не визначений, але він може застосовуватись, наприклад при визнанні незаконними рішень органу опіки та піклування.

Нарешті, варто зупинитися на самозахисті, як способі захисту прав. Положення статті 19 ЦК України, присвяченої самозахисту є новелою, зміст якої має важливе теоретичне і практичне значення. Самозахист, як спосіб захисту прав і інтересів в Сімейному кодексі не визначений, але він може застосовуватись на загальних підставах, які визначені в Цивільному кодексі. Самозахист специфічний тим, що правомірність його меж строго не обкреслена, тому слід пам'ятати, що при здійсненні права

на самозахист, його способи не повинні виходити за межі дій, необхідних для припинення порушення, інакше це буде вважатися самоуправством. Самоуправство – «це прояв сваволі, коли особа діє на власний розсуд, всупереч порядку вирішення певного питання, що встановлений законом або договором».

Узагальнюючи аналіз норм ст.16 ЦК та ст. 18 СК України. Можна зробити висновок, що серед способів захисту сімейних прав в більшості – способи, які застосовуються в цивільному праві. Крім цього, слід визнати необхідність субсидіарного застосування деяких засобів захисту цивільних прав до регулювання сімейних відносин.

ЩОДО ПИТАННЯ ЗАКОНОДАВЧОГО ВДОСКОНАЛЕННЯ ДЕЯКИХ АСПЕКТІВ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ІПОТЕКИ МОРСЬКОГО СУДНА В УКРАЇНІ

Нігрєєва О.

Одеський національний університет ім. І.І. Мечнікова

Інститут іпотеки у міжнародному приватному морському праві є одним з найцікавіших та, у той самий час, найскладніших через свою розгалуженість та неоднорідність правового регулювання. Частина матеріальних норм цього інституту знайшла своє уніфіковане закріплення у Міжнародній конвенції про морські привілейовані вимоги та іпотеки 1993 р. (далі – Конвенція 1993 р.), яка була ратифікована Верховною Радою України 22 листопада 2002 р. Однак частина процесуальних та процедурних норм, згідно положень самої конвенції, мають бути врегульовані національним законодавством держав-учасниць.

Переходячи до характеристики вітчизняного іпотечного права, потрібно зазначити, що цей інститут цивільного права України тільки проходить етап свого формування та становлення. У зв'язку з цим розгляд кола питань, пов'язаних з її видами, є незаперечно актуальним. Перш за все, це стосується правового регулювання іпотеки морських суден, яке неповною мірою пристосоване до реалій сьогодення й потребує суттєвих змін.

Глава 3 «Морська іпотека» розділу Х «Обмеження відповідальності судновласника» Кодексу торговельного мореплавства України від 23 травня 1995 р. (далі – КТМУ) є застарілою і не відповідає кореспондуючим положенням як вищезазначеної конвенції, так і положенням Закону України «Про іпотеку» від 5 червня 2003 р. Однак адаптація саме цього правового масиву до практичних потреб могло б посприяти більш частотному використанню іпотеки морського судна як способу забезпечення, зокрема, кредитних зобов'язань і спростити вихід українського судноплавства та суднобудівництва з кризи останніх років.

Враховуючи високу ринкову вартість й ліквідність морського судна як предмету забезпечення зобов'язань, що обумовлює його використання для забезпечення більш, ніж одного зобов'язання, набуває важливості питання щодо встановлення певної послідовності задоволення вимог у випадку звернення стягнення на предмет іпотеки морського судна.

Перш ніж перейти до розгляду цього питання, потрібно зупинитися на тому колі суб'єктів, що можуть мати права на морське судно. Як відомо, основною правомочною особою щодо речі є її власник, та, поряд з цим, його права можуть суттєво обмежуватися правами інших осіб. Для послідовного й структурного розгляду корисно буде поділити всю сукупність таких осіб на однорідні групи відповідно до юридичної природи їхніх прав.

До першої групи вважається за потрібне віднести осіб, що мають речові права на предмет іпотеки. Прикладом таких прав є сервітути, що відносяться до групи речових прав на чуже майно й являють собою права користування чужим майном. Відповідно до статті 401 Цивільного кодексу України (далі – ЦКУ), відокремлені два основних види сервітутів – земельні та особисті. В умовах відсутності відповідних заборон є можливим встановлення саме особистих прав користування морським судном. Згідно із частиною 6 статті 403 ЦКУ, сервітут зберігає чинність у разі переходу до інших осіб права власності на майно, щодо якого він встановлений. Таким чином, права цієї групи осіб будуть зберігатися чинними у випадку звернення вимоги іпотекодержателем на предмет іпотеки морського судна та переходу до нього права власності на таке судно.

До другої групи осіб, що можуть володіти правами відносно морського судна, слід віднести осіб, що отримують зобов'язальні права з договорів, укладених із власником морського судна (іпотекодавцем по договору іпотеки морського судна). Цю групу було б корисним структурно розбити на дві підгрупи, до яких відповідно відносилися б особи, що отримали права користування зазначеним об'єктом, а також особи, що мають право задоволення своїх вимог за рахунок переданого в іпотеку майна. Щодо осіб, що мають права користувачів: у сфері морських перевезень це, головним чином, фрахтувальники за різноманітними договорами фрахтування морського судна (тайм-чартер, бербоут-чартер та ін.). Щодо другої підгрупи – осіб, що володіють правами задоволення за рахунок переданого

у іпотеку майна, – то її представляють інші іпотекодержателі та особи, що мають право на морські привілейовані вимоги. Розгляд питання щодо черговості задоволення вимог вважається за потрібний саме щодо цієї підгрупи правомочних осіб.

Що стосується першої підгрупи осіб, вододіючих зобов'язальними правами на предмет іпотеки, то відповідно до вітчизняного законодавства, зокрема, частини 4 статті 37 Закону України «Про іпотеку», право іншої особи, що встановлене раніше відповідної іпотеки, щодо строкового користування нерухомим майном, набутим у власність іпотекодержателем, зберігає чинність відповідно до умов договору, яким обумовлене таке користування. Таким чином, права фрахтувальників морського судна визнаються новим власником судна на протязі всього строку дії договору.

Й нарешті, потрібно визначитися із третьою групою осіб, що можуть володіти правами щодо предмету іпотеки морського судна. Це особи публічного права, вимоги яких розглядаються в іншій площині, порівняно з усіма переліченими вище цивільно-правовими вимогами осіб приватного права. Вважаючи на те, що це коло правовідносин виходить за межі даного дослідження, потрібно зупинитися тільки на основному моменті співвідношення таких вимог із цивільно-правовими. Згідно думки науковців, при такому співвідношенні діє принцип відсутності переваг публічного обтяження над приватним. Нажаль, дійсний Закон України «Про іпотеку» прямо не закріплює цього принципу, як це робить Закон України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» від 18 листопада 2003 р. Однак, виходячи з відповідності правового регулювання відносин застави рухомого та нерухомого майна, дія зазначеного принципу має поширюватись також на іпотечні відносини. Таким чином, при наявності податкової застави чи арешту морського судна, вони на паритетних засадах входять в коло прав інших осіб на предмет відповідної іпотеки.

Визначившись із колом правомочних осіб щодо морського судна, що виступає предметом іпотеки, потрібно перейти до критеріїв послідовності задоволення вимог цих осіб у випадку звернення стягнення одним з кредиторів, так як, вочевидь, усі вони можуть і не бути задоволені в умовах обмеженості вартості заставленого майна.

Певна послідовність (черговість) задоволення вимог, забезпечених одним предметом іпотеки, у міжнародному та національному правовому регулюванні щільно пов'язана з їхньою пріоритетністю. Так, частина 1 статті 5 Конвенції 1993 р. визначає, що деякі морські привілейовані вимоги мають пріоритет щодо зареєстрованих іпотек та інших обтяжень, а також, що не яке інше обтяження не має пріоритету щодо таких іпотек та обтяжень, за винятком випадків, передбачених цією конвенцією. Стаття 1 тієї ж конвенції зазначає, що в реєстрі чи будь-яких паперах, необхідних для реєстрації іпотек чи інших обтяжень, повинна, зокрема, міститись дата та інша інформація, що згідно із законодавством держави визначає черговість задоволення вимог іпотекодержателів відповідної іпотеки відносно інших зареєстрованих іпотек та обтяжень. Таким чином, при встановленні пріоритетності тієї чи іншої вимоги слід брати до уваги саме час її здійснення.

Національне законодавство також містить положення щодо пріоритетності вимог. Так, у статті 1 Закону України «Про іпотеку» дається визначення пріоритету, а також його різновидів: вищого та нижчого. Згідно цього визначення, під пріоритетом розуміється переважне право однієї особи відносно права іншої особи на те ж саме нерухоме майно.

Відповідно, вищим визначено пріоритет, встановлений раніше будь-якого іншого пріоритету стосовно одного й того ж нерухомого майна, нижчим – той, що встановлено пізніше.

Як може здатися, немає ніяких труднощів із визначенням черговості задоволення вимог правомочних осіб з одного предмету іпотеки морського судна, яка має встановлюватися відповідно принципу їхньої пріоритетності. Однак на практиці ситуація складається інакше. Перш за все, це пов'язане з ускладненим порядком реєстрації нерухомого майна в Україні, яке в ідеалі повинно здійснюватися в одному загальнодержавному реєстрі, що могло б полегшити контроль за обігом цього виду майна. Згідно з положеннями Закону України «Про іпотеку», 31 березня 2004 р. була прийнята Постанова Кабінету Міністрів України № 410 «Про затвердження Тимчасового порядку державної реєстрації іпотек». Цією постановою передбачено створення Державного реєстру іпотек у вигляді єдиної комп'ютерної бази даних про обтяження і зміну умов обтяження нерухомого майна іпотекою, відступлення прав за іпотечним договором, передачу, анулювання, видачу дублікату заставної та видачу нової заставної. На практиці реєстрація іпотек відбувається не тільки в цьому реєстрі, але й, за бажанням сторін, у Реєстрі заборон відчуження нерухомого майна. Щодо такого специфічного виду іпотеки, як іпотека морських суден, вона взагалі відбувається по місцю реєстрації судна, а саме: у Державному судовому реєстрі України та у Судновій книзі України. Порядок реєстрації суден та

внесення змін, доповнень до цих реєстрів, видачі дублікатів документів регулюється Постановою Кабінету Міністрів України від 26 вересня 1997 р.

№ 106 «Про затвердження Порядку ведення Державного судового реєстру України і Суднової книги України» із останніми змінами від 7 березня 2006 р. Частиною 2 статті 366 КТМУ передбачається також, що іпотечний заставодавець морських суден повинен вести Книгу записів іпотек, а частиною 3 статті 367 КТМУ зазначено, що переважні права заставодержателів на задоволення їхніх вимог реалізуються залежно від дати та часу реєстрації залогу в цій книзі. На наш погляд, зазначена норма є застарілою. Вочевидь, встановлення пріоритетності вимог за даними, що знаходяться у віданні зацікавленої особи й щодо достовірності яких немає достатньої гарантованості з боку держави, не сприяє належному захисту переважних прав іпотекодержателів морського судна.

Ще один аспект щодо встановлення пріоритетності тих чи інших вимог заставодержателів пов'язаний безпосередньо із часом реєстрації їхніх обтяжень, за яким повинна визначатися черговість задоволення відповідних вимог. У міжнародно-правовій практиці й, зокрема, країнах загального права іпотечні вимоги задовольняються відповідно датам їхньої реєстрації. Той самий принцип використовується також у континентальній правовій системі. Так, згідно морського права Італії порядок надання преференцій деяким з-поміж кількох різних іпотек, встановлених щодо одного предмету, визначається не за датою підписання договору, а за датою їхньої реєстрації: кожна іпотека, на практиці, отримує свій порядковий номер, який і визначає її пріоритетність щодо інших. Переходячи до вітчизняного правового регулювання цього питання, потрібно відмітити, що воно в достатній мірі відповідає світовим тенденціям. Так, пункт 11 Постанови Кабінету Міністрів України №410 «Про затвердження Тимчасового порядку державної реєстрації іпотек» визначає, що у разі прийняття реєстратором позитивного рішення про реєстрацію запис про обтяження нерухомого майна іпотекою вноситься до реєстру в день надходження заяви щодо цього. Датою державної реєстрації обтяження нерухомого майна вважається дата та час внесення про це запису до реєстру. Ця норма полегшує встановлення пріоритетності іпотек, що були зроблені одного дня. Позитивним є також зобов'язання реєстратора провести реєстрацію саме у день надходження заяви, що залишає менш можливостей для зловживань та затягування процесу. Нажаль норми Постанови Кабінету Міністрів України від 26 вересня 1997 р. № 106 «Про затвердження Порядку ведення Державного судового реєстру України і Суднової книги України» не співпадають із нормами вищезазначеної постанови й передбачають довші строки відповідних процедур. Корисним може стати запозичення досвіду РФ при врегулюванні цього питання, яким передбачається, що іпотека судна чи судна, що будується, реєструється на день отримання заяви про реєстрацію, навіть якщо рішення щодо цього були прийнято пізніше.

Підводячи підсумки, потрібно відзначити, що інститут іпотеки в Україні потребує подальшого розвитку та приведення його у стан, що б відповідав практичним потребам сьогодення, а також положенням міжнародного законодавства. Вкрай необхідне узгодження положень внутрішньогалузевого законодавства, зокрема, положень КТМУ й положень профільного закону «Про іпотеку», а також положень Конвенції 1993р, що має бути імплементована до національного законодавства у цій сфері. Подальші зміни та розвиток повинні отримати норми щодо реєстрації іпотек та інших обтяжень предмета іпотеки морського судна, встановлення черговості задоволення вимог щодо одного й того ж предмету обтяження.

**ПРОЦЕСУАЛЬНО-ПРАВОВА ПРИРОДА УКРАЇНСЬКОЇ МОДЕЛІ
АПЕЛЯЦІЇ*****Ніколів М.****Львівський національний університет імені Івана Франка*

Найбільш повного уявлення про процесуально-правову природу апеляції як інституту цивільного процесуального права можна досягнути шляхом виділення її моделей. Це дає змогу здобути ґрунтовні знання про суть даного правового явища як в цілому, так і про окремі його елементи, прослідкувати і виокремити відмінності, недоліки та переваги кожної із моделей апеляції, а також визначити, яка модель апеляції передбачена в українському цивільному судочинстві.

Світовій цивільно-процесуальній науці відомі дві моделі апеляції: повна і неповна (обмежена або юридична).

Перевірка рішень суду першої інстанції, що не набрали законної сили на засадах моделі повної апеляції характерна для правових систем Росії, Франції, Італії. Повна апеляція передбачає новий (повторний) розгляд справи по суті, при цьому, як підкреслює І.О. Подвальний, апеляційний суд не обмежується перевіркою правильності рішення суду першої інстанції, а знову розглядає справу за тими самими правилами, що і суд першої інстанції. У зв'язку з цим сторони мають право подавати нові докази, покликатися на нові обставини, вносити нові заперечення, а в суду апеляційної інстанції виникає обов'язок, незалежно від причин неподання доказового матеріалу до суду першої інстанції, приймати його, досліджувати та давати оцінку і на основі цього встановлювати нові факти. Тому в цьому контексті можна стверджувати, що метою повної апеляції, як зазначав Т.М. Яблочков, є виправлення помилок – добросовісних чи умисних сторін, які не надали суду першої інстанції весь доказовий матеріал для остаточного вирішення справи.

При неповній моделі апеляції завданням апеляційного суду є перевірка процесу в суді першої інстанції як такого та його рішення, при цьому сторони не мають права подавати нові докази та покликатися на нові обставини. Суд апеляційної інстанції зобов'язаний перевірити рішення на основі того доказового матеріалу, що був поданий до суду першої інстанції та виправити його помилки, а не помилки сторін. Неповна апеляція традиційно існує в цивільному процесі Австрії, Німеччини, Росії.

А.А. Верещагін, який був прихильником моделі неповної апеляції, зокрема, зазначав, що „завданням апеляційного суду є розгляд предмета спору, що вже очищений провадженням в першій інстанції від всіх зайвих, а також тих, що не відносяться до суті справи обставин, і тільки в тому об'ємі, в якому цього вимагає подана апеляція”.

Питання про переваги та недоліки кожної із моделей апеляційного провадження в науковій літературі відноситься до кола дискусійних.

До переваг повної апеляції традиційно відносять те, що вона надає можливість особам, які беруть участь у справі, виправити свої помилки та недоліки в процесі доказування, розвивати та доповнювати свою лінію захисту, що певним чином сприяє встановленню істини та ухваленню справедливого рішення.

Як недоліки вказувалося на сповільнення розгляду та вирішення справи.

С.В. Васьковський звертав увагу на те, що модель повної апеляції „відкриває простір для зловживань з боку сторін, які можуть умисно притримувати докази з метою наведення їх тільки в другій інстанції і, вимагаючи відкладення слухання справи, сповільнювати рух процесу”.

Сповільнення процесу як наслідок тягне його подорожчання, збільшення розміру судових витрат, що також є недоліком повної моделі апеляції. Звісно, варто вказати і на те, що судові засідання проводиться в більш несприятливих умовах, оскільки апеляційні суди, як правило, віддалені від місця постійного проживання осіб, які беруть участь у справі, а також свідків.

На думку А.К. Ріхтера встановлення інституту повної апеляції покладає на апеляційні суди додаткову роботу по розгляді справ, а на осіб, які беруть участь у справі – додаткові турботи та витрати у зв'язку з веденням справи.

Апеляційний суд, керуючись у своїй роботі правилами моделі повної апеляції, зобов'язаний ухвалити рішення і не має права повертати справу на новий розгляд в суд першої інстанції. Тому за таких умов у разі наявності грубих процесуальних порушень, що мали місце в суді першої інстанції особи, які беруть участь у справі, не мають можливості знову скористатися комплексом процесуальними правами, реалізація яких в силу загальних начал процесуального закону можлива лише в суді першої інстанції.

Ще в 1912 р. І.Є. Енгельман зазначав, що якщо під час провадження в суді першої інстанції були допущені порушення основних засад судочинства, що позбавляють його характеру судового, то і рішення прийняте за таких умов, не можна визнати судовим рішенням. Якщо ж ці порушення були виправлені в апеляційній інстанції, то сторони позбавляються першої інстанції і тих засобів захисту, що допускаються лише в ній. В таких випадках необхідно передавати справу на новий розгляд в суд першої інстанції.

Серед недоліків повної апеляції виділяють також те, що в умовах самостійного вирішення справи судом апеляційної інстанції на основі нового доказового матеріалу в його рішенні можуть мати місце помилки та недоліки, які в майбутньому вимагатимуть перевірки та виправлення.

Одним із найважливіших недоліків моделі повної апеляції є можливість без будь-яких обмежень подавати нові докази до апеляційного суду особами, які беруть участь у справі. Таке правило відкриває простір для зловживань як з боку осіб, які беруть участь у справі, так і з боку суду, який розглядає справу по першій інстанції, у зв'язку із зниженням рівня його відповідальності за ухвалені рішення. За таких умов концентроване ведення процесу відбувається не в суді першої інстанції, а в апеляційному суді, що є порушенням міжнародного принципу у галузі цивільного процесу – принципу правової (юридичної) певності. Зміст даного принципу було розкрито Європейським Судом з прав людини (справа „Рябих проти Росії” заява № 52854/99, рішення від 24 липня 2003 р.) в результаті тлумачення положення п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основних свобод, що прийнята в Римі 4 листопада 1950 р. Зокрема, Європейський Суд з прав людини вказав: „принцип правової певності (*res judicata*) означає, що...повноваження суду вищої інстанції по перегляду справи повинно здійснюватися з метою виправлення судових помилок, неправильного здійснення правосуддя, а не перегляду по суті...відхилення від цього принципу можливе лише, коли воно спричинене незалежними і непереборними обставинами”.

Також необхідно зазначити, що необмежена можливість подання нового доказового матеріалу сприяє знеціненню як провадження в суді першої інстанції, так і провадження в апеляційному суді. Це відбувається у зв'язку з тим, що у кожній судовій інстанції, крім основного завдання цивільного судочинства – справедливого, неупередженого та своєчасного розгляду і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави, є самостійні завдання. Для суду першої інстанції таким завданням виступає розгляд справи по суті, а для апеляційного суду – перевірка законності та обґрунтованості рішення суду першої інстанції та виправлення можливих помилок. За умов запровадження моделі повної апеляції концентрація ведення процесу переміщується до суду другої інстанції, як наслідок на нього покладається обов'язок вирішувати спір по суті, що є властивим для суду першої інстанції. Відповідно суд першої інстанції не може належним чином виконати свій обов'язок по розгляду справи по суті, оскільки особи, які беруть участь у справі, неналежним чином турбуються про всебічний розгляд справи, в тому числі про збирання та подання всіх доказів в першу інстанцію, а в силу різних причин „притримують” доказовий матеріал для апеляційної інстанції.

Російський вчений процесуаліст XIX ст. М. Гоняєв в наслідок дослідження застосування в російських апеляційних судах повної апеляції зазначав: „...сторони навчилися вже дивитися несерйозно на рішення першої інстанції по спірним справам; вони завчасно спрямовують свої погляди та надії за межі цього рішення, бережуть свої головні акти нападу для апеляційної інстанції. Це негативно впливає на суддів першої інстанції та ослаблює в них тверде усвідомлення свого права та свого обов'язку”.

На думку А.К. Ріхтера, встановлення в процесуальному законодавстві повної апеляції поєднано з багатьма недоліками і не завжди задовольняє вимоги швидкого та справедливого суду.

До переваг неповної моделі апеляції відносять ту обставину, що швидкий апеляційний суд не повторює суд першої інстанції і не зменшує його авторитет.

Як вірно зазначає Є.А. Борисова, зневажливе ставлення до розгляду справи в суді першої інстанції долається тим, що в суді апеляційної інстанції в наслідок заборони подання нових доказів у

справі сторони не можуть надати нічого нового. У зв'язку з цим вони зобов'язані перенести основні зусилля на судові засідання в суді першої інстанції.

Як стверджував І. Бентам, апеляційний суд не може своє рішення обґрунтовувати іншими доказами, крім тих що вже були предметом розгляду у суді, на рішення якого подана апеляція. Тільки в цьому випадку апеляція може розглядатися як скарга на несправедливість або помилку суду, за виправленням якої звертаються до суду вищої інстанції. Інакше звинуватити суддю в несправедливості або помилці на підставі того, що він не взяв до уваги доказів, які йому не були подані, не можна, а відповідно апеляційна скарга втрачає своє значення і більш правильно подавати клопотання про повторний розгляд справи тим самим судом.

Також необхідно вказати на те, що при неповній моделі апеляції основного значення набуває перевірка рішення суду першої інстанції та виправлення можливих помилок, як функція апеляційного суду, тому саме рішення апеляційного суду вже буде менше потребувати перевірки.

Іншою перевагою неповної моделі апеляції є можливість повернення справи на новий розгляд до суду першої інстанції, що дозволяє особам, які беруть участь у справі, скористатися максимальним комплексом процесуальних прав.

Важливим позитивним моментом неповної моделі апеляції є також пришвидшення процесу, що відбувається в наслідок заборони подання нових доказів і як наслідок зниження судових та інших витрат осіб, які беруть участь у справі, що пов'язані з розглядом справи в апеляційному суді.

Однак, недоліком неповної апеляції, на думку Є.В. Васьковського є те, що вона несе в собі небезпеку, яка полягає в тому, що рішення суду може не відповідати дійсності. Але цей негативний аспект можна подолати шляхом удосконалення та розвитку норм, що регулюють порядок розгляду справ в суді першої інстанції.

На основі вищевикладеного можна зробити висновок, що характерними ознаками повної апеляції є:

- суд апеляційної інстанції здійснює повний перегляд справи;
- особи, які беруть участь у справі не обмежені в поданні нових доказів;
- апеляційний суд вправі лише ухвалити рішення за результатами розгляду апеляційної скарги та не має права передавати справу на новий розгляд до суду першої інстанції.

За умов запровадження інституту неповної моделі апеляції:

- діяльність апеляційного суду спрямована на перевірку рішень суду першої інстанції на предмет законності та обґрунтованості та виправлення можливих помилок;
- особи, які беруть участь у справі, за загальним правилом не мають права подавати нові докази до апеляційного суду;
- апеляційний суд приймає нові докази лише у випадку, коли особи, які беруть участь у справі, обґрунтують поважність причин їх неподання до суду першої інстанції або коли докази, що мають значення для справи досліджувалися судом першої інстанції з порушенням або неправильним застосуванням норм матеріального чи процесуального права, тобто мала місце помилка з боку суду;
- суд апеляційної інстанції вправі повернути справу на новий розгляд в суд першої інстанції.

Забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду є конституційним принципом здійснення судочинства в Україні. На реалізацію даного положення Законом України від 21 червня 2001 року „Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України” в українську систему перевірки судових рішень було введено інститут апеляції. У зв'язку з прийняттям та набранням чинності нового Цивільного процесуального кодексу України від 18 березня 2004 року (далі – ЦПК України) інститут апеляційного оскарження набув подальшого розвитку.

Українську модель апеляції, що передбачена чинним цивільно-процесуальним законодавством, можна охарактеризувати як неповну зважаючи на те, що апеляційний суд має право:

- досліджувати нові докази (ч.2 ст. 303 ЦПК України);
- оцінювати докази, що є у справі та нові докази;
- встановлювати нові факти на основі власної оцінки доказів (ч.2 ст. 303, ч. 1 ст. 309 ЦПК України);

- ухвалити нове або змінити рішення, не передаючи справи на новий розгляд, не лише при порушенні або неправильному застосуванні судом першої інстанції норм матеріального або процесуального права, але і у випадку визнання неправильності встановлення судом першої інстанції фактичних обставин справи та самостійного встановлення нових фактів (ч.2 ст. 303, ч. 1 ст. 309 ЦПК України);
- передати справу на новий розгляд до суду першої інстанції у разі наявності грубих порушень норм процесуального права, що свідчать про недійсність судового рішення і процесу (ст. 311 ЦПК України);
- перевіряти законність та обґрунтованість рішення суду першої інстанції в межах доводів апеляційної скарги (ч.1 ст. 303 ЦПК України).

Узагальнюючи викладене, можна стверджувати, що закріплення в українській системі перевірки судових рішень моделі неповної апеляції є позитивним кроком з огляду на історичний досвід та сучасний стан розвитку цивільного процесу. Неповна апеляція сприяє утвердженню ролі суду першої інстанції як єдиної судової ланки, що розглядає і вирішує спір по суті; добросовісному користуванню особами, які беруть участь у справі, своїми процесуальними правами та належному виконанню ними своїх процесуальних обов'язків; зосередженню у діяльності апеляційного суду на ефективній перевірці судових рішень та виправленні в них можливих помилок з метою забезпечення ефективного правосуддя.

**ГАРМОНІЗАЦІЇ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО НОТАРІАТ З
ПРАВОМ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ: СУЧАСНИЙ СТАН ТА
ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ.***Панталієнко Я.**Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України*

Процеси європейської економічної інтеграції, побудова єдиної Європи, активне співробітництво держав, у тому числі в рамках міжнародних організацій, створення єдиного загальноєвропейського ринку, вказали на необхідність гармонізації правового регулювання нотаріату і нотаріальної діяльності в державах Європи.

Без сумніву, процес гармонізації вимагає комплексного підходу. Гармонізація має відбуватися в усіх правових сферах без винятку. Зосередження уваги на гармонізації законодавства України про нотаріат викликано можливостями, які відкриває нотаріальний акт у міжнародному обігу.

Кроки на шляху до гармонізації українського законодавства зробив Указ Президента України від 11 червня 1998 року, який затвердив Стратегію інтеграції України до Європейського Союзу, який зобов'язав Україну гармонізувати національні нормативно-правові акти до вимог Європейського Союзу.

Розпочавши процес гармонізації законодавства, в тому числі і законодавства про нотаріат, з юридичної термінології, у середині 90-х рр. при Президенті України була створена Термінологічна комісія, яка через не укомплектування підготовленими кадрами та відсутність чіткої програми дії припинила свою дію у 1999 році. На сьогодні частина проблем вирішується через проведення експертних проєктів законів та інших нормативно-правових актів, але цього замало. Визріло питання про якнайшвидше створення відповідної організаційної структури, що матиме чітку програму діяльності по гармонізації законодавства України в цілому, в тому числі й законодавства про нотаріат. У програмі діяльності варто зосередити увагу на розробці єдиних засад до функціонування нотаріату, єдиної процесуальної форми, вимог до нотаріальних актів тощо. Визнання публічності нотаріального акту, що має доказову та виконавчу силу, єдність елементів нотаріального процесу сприятиме у досягненні однакової юридичної сили нотаріальних актів у ЄС та в Україні, що призведе до вільного обігу нотаріального акту. Європейськими нормами, які полегшують обіг нотаріальних актів, є :

- регламент Брюссель 1 від 22.10.2000 року, який заміняє Брюссельську конвенцію 1958 року і передбачає повноправне визнання нотаріальних актів і їх спрощену екзекватуру, зокрема тих, які мають виконавчу силу;
- проєкт регламенту європейського виконавчого документу, який передбачає звільнення від судового розгляду безспірних боргових зобов'язань, до яких завдяки діям Конференції нотаріатів ЄС прирівнюються і нотаріальні акти.

Наступним кроком є адаптування українського законодавства про нотаріат до законодавства ЄС. На відміну від гармонізації адаптація – процес односторонній. Йде мова про приведення національного законодавства про нотаріат у відповідність до вимог ЄС. Кроки на цьому шляху вже певні зроблені. Так була підписана Угода про партнерство і співробітництво між Україною і Європейським Співтовариством і його державами-членами від 14 червня 1994 року. У серпні 2000 року була утворена

Національна рада з питань адаптації законодавства України до законодавства ЄС. Державним органом, який безпосередньо відповідає за адаптацію є Міністерство юстиції. Крім того, діє Концепція Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства ЄС, затверджена Верховною Радою України 21.10.2002 року, згідно з якою адаптація є поетапним прийняттям і введенням у дію нормативно-правових актів України, розроблених з врахуванням законодавства ЄС.

Зазначені процеси викликають потребу в усуненні невідповідностей в національному законодавстві, яке регулює питання нотаріальної діяльності. Так, на сьогодні все ще відсутній новий Закон України “Про нотаріат”. Остання Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій від 03.03.2004 року була створена незалежно від того, що Закон України “Про нотаріат” залишився без змін. Інструкція спирається на Указ Президента України від 23 серпня 1998 року і не відповідає

Закону України “Про нотаріат”, до якого не було внесено відповідних змін. Таким чином, маємо ситуацію, коли підзаконний акт не тільки не приймається на підставі закону, а й у деяких положеннях йому суперечить.

Також вимагає приведення у відповідність Закон України “Про нотаріат” до Цивільного Кодексу України, Сімейному Кодексу України, Закону України “Про міжнародне приватне право”, тобто до тих нормативних актів, які діють сьогодні, і яким чинний Закон України “Про нотаріат” 1994 року не відповідає.

Робота над вдосконаленням законодавства про нотаріат має тісно пов’язуватись з вивченням та узагальненням правового досвіду зарубіжних країн у цій галузі. Для України особливе значення має досвід вдосконалення законодавства про нотаріат в країнах Західної Європи, де правові системи історично формувались на однотипних теоретичних основах. Ця однотипність проявилась на рівні самих загальних соціальних та ідеологічних тенденціях. Техніко-юридичні аспекти вдосконалення законодавства України про нотаріат проходять через аналіз тенденцій теоретичного і практичного освоєння правових механізмів Західної Європи. Завдання полягає в тому, щоб знайти найбільш раціональний шлях вдосконалення законодавства, використовуючи при цьому принципи, методи, юридичну техніку, які ефективно використовуються як у національній законотворчій діяльності, так і у роботі по впорядкуванні зарубіжного законодавства.

Вагомим кроком до гармонізації національно-правових проблем, які регулюють нотаріальну діяльність, і виходу співробітництва нотаріусів на загальноєвропейський рівень, було прийняття Європейського кодексу нотаріального професійного права. Ним врегульовані умови та особливості здійснення нотаріальної діяльності при оформленні правовідносин, що виходять за національні кордони, що надзвичайно важливо за умов активного розвитку міжнародної торгівлі. Проблемою є те, що міжнародне співробітництво в галузі нотаріату на сьогодні є недостатнім. Позитивним зрушенням вбачається майбутнє запровадження міжнародних організаційні семінари з правових питань та курси професійної нотаріальної підготовки.

Отже, необхідність гармонізації правового регулювання нотаріату і нотаріальної діяльності в державах Європи, в тому числі і в Україні є нагальною. Підсумовуючи спроби такої гармонізації за останні роки, зазначу, що перспективним для створення спільного правового європейського простору буде сконцентрування зусиль на вільному обігу нотаріальних актів, які стануть важливим допоміжним елементом у врегулюванні міжнародних правовідносин. Для цього необхідно: 1) врахувати правове регулювання нотаріату та нотаріальної діяльності в країнах-членах ЄС і розробити єдину систему елементів нотаріального процесу 2) привести у відповідність національне законодавство про нотаріат 3) налагодити співпрацю між відповідними фахівцями на національному та міжнародному рівнях 4) визнання публічного нотаріального акту як документа, що має доказову та виконавчу силу. Дотримання цих перерахованих вимог є обов’язковими вимогами успішного міжнародного обігу такого незамінного юридичного інструменту, яким є нотаріальний акт.

**ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ОСНОВНОГО ДОКУМЕНТА
У ВАНТАЖНИХ ПЕРЕВЕЗЕННЯХ***Панько М.**Інститут держави і права ім. Корецького*

Як і у кожній галузі підприємництва, в сфері перевезення вантажів бувають випадки, коли та чи інша особа порушує або неналежним чином виконує визначені в договорі положення або зобов'язання. При таких негативних обставинах конфлікти та спори, що мають місце, можуть бути вирішені в досудовому процесі. Як правило, спори, що виникають між постійними партнерами, які давно співпрацюють, мають вигляд непорозумінь, які оперативно роз'яснюються під час переговорів. Але й існують конфлікти, що набувають статусу "тупикових", при яких згоди між сторонами досягти не вдається.

У відповідності до положень ч. 3 ст. 909 Цивільного кодексу України (надалі – ЦК України), укладення договору перевезення вантажів підтверджується складенням транспортної накладної (коносаменту або іншого документа, встановленого транспортними кодексами, статутами), відсутність, неправильність чи втрата якої не відображається ні на існування, ні на чинності договору перевезення (до нього в цьому випадку застосовуються положення Женевської конвенції 1956 р. про договір міжнародного перевезення вантажів автомобільним транспортом). При вантажних автоперевезеннях, згідно з вимогами ст. 47 Статуту автомобільного транспорту УРСР, затвердженим Радою Міністрів країни 27.06.1969. (далі – Статуту), таким підтвердженням виступає оформлення товаро-транспортної накладної при здійсненні перевезення. Тією самою нормою передбачено, що вантажовідправник і вантажоодержувач несуть відповідальність за всі наслідки неправильності, неточності або неповноти відомостей, вказаних ними в товаро-транспортних документах.

Відповідно до норм розділу 11 Правил перевезень вантажів автомобільним транспортом в Україні, затверджених Наказом Міністерства транспорту України від 14 жовтня 1997 року № 363 встановлені правила оформлення документів на перевезення, а саме після прийняття вантажу згідно з товаро-транспортною накладною водій (експедитор) підписує всі її екземпляри.

Товаро-транспортна накладна повинна містити такі відомості:

- місце і дата її складання;
- ім'я та адреса відправника;
- ім'я та адреса транспортного агента;
- місце і дата прийняття вантажу для перевезення, місце його призначення, а також, за необхідності, заборона перевантаження вантажу;
- ім'я та адреса одержувача;
- встановлене позначення характеру вантажу та тип його упаковки; у випадках перевезення небезпечних вантажів – їх звичайне позначення;
- кількість вантажних місць, їх особлива розмітка та номери;
- вага вантажу брутто чи позначена іншими одиницями виміру кількість вантажу;
- інструкції, необхідні для виконання митних формальностей;
- вказівка, що перевезення відбувається незалежно від будь-якого застереження згідно з вимогами, встановленими Конвенцією.

У разі необхідності накладна повинна містити ще й такі відомості:

- заборона перевантаження вантажу;
- витрати, які відправник бере на себе;
- сума накладеного на вантаж платежу, який необхідно відшкодувати у разі видачі вантажу;
- декларована вартість вантажу до додаткової цінності його для відправника;
- додатковий строк виконання перевезення;
- інструкції відправника перевізнику щодо страхування вантажу;

- перелік документів, переданих перевізнику.

Крім того, сторони можуть внести в накладну будь-яку додаткову умову, яку вважають за необхідною.

При прийнятті вантажу перевізник зобов'язаний перевірити:

- точність вказівок, зроблених у накладній щодо кількості місць, а також їх розмітки та номерів;
- зовнішній стан вантажу і його упаковки.

Відправник має право вимагати перевірки перевізником ваги брутто чи кількості вантажу, вираженої в інших одиницях виміру, а також наявності вантажних місць. Перевізник, у свою чергу, може вимагати компенсації витрат, пов'язаних із перевіркою. Результати зазначених перевірок заносяться в накладну.

Автотранспортна накладна є доказом укладення договору перевезення, містить умови перевезення вантажу і засвідчує прийняття вантажу перевізником.

За відсутності в накладній обґрунтованих перевізником застережень існує презумпція, що вантаж і його упаковка були на момент прийняття вантажу перевізником зовні неушкоджені, а кількість вантажних місць, їхнє маркування та номери збігаються із вказаними в накладній.

Відсутність на товаро-транспортній накладній поміток про отримання перевізником товарно-матеріальних цінностей у вантажовідправника, спростовує факт передачі та відправки вантажу. Тому, коли не встановлено у повному обсязі факт відправлення та втрати вантажу, безпідставно розглядати предмет спору, як збитки від втрати вантажу.

На підставі ч. 3 ст. 14 Закону України “Про транспортно-експедиторську діяльність”, експедитор несе відповідальність за дії та недогляд третіх осіб, найнятих ним для виконання договору транспортного експедирування, у тому ж порядку, як і за власні дії, але враховуючи, коли не досліджено та не підтверджено факт передачі вантажу вантажовідправником перевізнику, застосування при вирішенні подібної ситуації зазначеної норми безпідставне та незаконне, так як відповідальність експедитора за дії вантажовідправника, в разі відсутності спеціально обумовлених договірних зобов'язань, не передбачена ні цією нормою законодавства, ні будь-якою іншою.

У відповідності до п.3.2 Роз'яснення Вищого арбітражного суду України від 21.07.1992 р. № 01-6/856 “Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з перевезень вантажів автомобільним транспортом”, за загальними нормами цивільного законодавства особа, яка не виконала зобов'язання або виконала неналежним чином несе майнову відповідальність лише при наявності вини, крім випадків, передбачених законом. Дослідження наявності або відсутності вини необхідне при вирішенні питання про покладення на автотранспортне підприємство відповідальності за втрату, недостачу, псування або пошкодження вантажу.

Виходячи із наведених положень, товаро-транспортна накладна є важливим транспортним документом в автомобільному перевезенні вантажів, згідно якого здійснюється перевезення вантажів від вантажовідправника до вантажоодержувача – виконується робота; гарантія того, що перевезення по вказаному маршруту відбулося; основний документ для проплати за транспортні послуги.

НОРМАТИВНО-ЮРИДИЧНИЙ МЕХАНІЗМ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА ЛЮДИНИ НА ЯКІСНІ ПРОДУКТИ ХАРЧУВАННЯ: МОЖЛИВОСТІ УДОСКОНАЛЕННЯ

Рабінович А.

Львівська комерційна академія

Вступні зауваження. Одним із природних прав людини є, як відомо, право на гідний рівень її життя. Воно відтворено, зокрема, у статті 48 Конституції України : кожен має право на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, що включає достатнє харчування, одяг, житло. Це право, як й інші природні права, входить до предмету загальної теорії права та держави (власне загальної теорії прав людини) – тією мірою, якою його здійснення, охорона і захист забезпечуються загальною юридичним, міжгалузевим державно-нормативним регулюванням.

Поняття „харчування”, яке використано в цій статті, охоплює, вочевидь, споживання *продуктів харчування*. Вони, отже, є одним з обов'язкових джерел, засобів реалізації права людини на гідний рівень життя.

У цій частині згадане право пов'язане, в сучасних умовах, зі споживанням не будь-яких, а саме *якісних* продуктів харчування. Тому одним із більш конкретних проявів права людини на гідний рівень життя є її право на якісні продукти харчування. Поняття про це право, можна було б, у першому наближенні, сформулювати у такий спосіб: *кожен має право на отримання і споживання якісних харчових продуктів задля задоволення своїх потреб і потреб членів сім'ї у достатньому харчуванні*.

Проблематика якості продукції, товарів, взагалі кажучи, досліджувалась у вітчизняній юридичній літературі здебільшого в юридично-галузевому аспекті. Проте, як вже відзначалось, вона має бути також і предметом загальнотеоретичних досліджень. Йдеться насамперед про *загальну* характеристику юридичного механізму забезпечення прав людини на якісні товари.

У цьому механізмі первинним елементом виступають юридичні норми, які вміщуються як у національних, так і в міжнародних актах. Ці норми, з погляду загальної теорії права, поділяються, як відомо, на регулятивні, дефінітивні та охоронні. Проаналізуємо тут перші два види норм у згаданому юридичному механізмі, який існує в Україні.

А. Регулятивні норми. У законодавчих або інших нормативних актах України має бути чітко закріплено право людини на якісні продукти харчування.

Проте є ще чимало законодавчих актів, які хоча й торкаються зазначеного питання, однак не вміщують навіть і згадки про назване право. Так, Цивільний кодекс України передбачає право фізичної особи тільки на достовірну інформацію про якість харчових продуктів (ст.293), але не право на отримання якісних харчових продуктів. У тій же статті йдеться про право на інформацію про *безпечні* продукти споживання (харчові продукти та предмети побуту), але не згадано про продукти „якісні”.

Немає такої згадки й у Законі України ”Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення” від 18 листопада 1997 р., в якому передбачено право на безпечні для здоров'я і життя продукти харчування (ст. 4), а також у Законі України „ Про безпечність та якість харчових продуктів” (у редакції від 6 вересня 2005 р.).

У зв'язку з цим зауважимо наступне.

Безпечність продукції є однією з обов'язкових *передумов* якості товарів: адже якщо певні товари не є безпечними для споживача, то питання про їх якість взагалі не може виникати, оскільки вони є завідомо шкідливими для життя і здоров'я людини, а отже, й неякісними. Вони у такому разі мають, якщо можна так висловитись, шкідливу, негативну якість («злоякісність»).

Отже, хоча безпечність і якість харчових продуктів, безперечно, дуже тісно взаємопов'язані, однак ці властивості останніх все ж не є тотожними. Про це свідчить, до речі й те, що в Законі України „Про захист прав споживачів” окремо закріплені право споживача на належну якість продукції (ст.6) та його право на безпеку продукції (ст.14).

Тому було б виправданим, аби у Законі України „Про безпечність та якість харчових продуктів” (як, й у інших нормативно-правових актах, що закріплюють вимоги до належної якості товарів) фіксувалось, так чи інакше, право кожного на якісні продукти харчування. Воно могло б бути сформульовано, скажімо, таким чином: *кожна людина має право на належну якість харчових продуктів; достовірну, своєчасну і доступну інформацію про їхні споживчі властивості та на його ефективний державний захист.*

Б. Дефінітивні норми. Вищенаведені нормативні акти гарантують будь-якій особі на території України можливість вільної реалізації її права на якісні продукти харчування, тобто на використання цього права за посередництвом придбання і споживання якісних харчових продуктів задля підтримання свого життєвого рівня і належного рівня здоров'я.

Адекватна інтерпретація права на „належну якість” не можлива без розкриття змісту самого поняття якості товару, а відповідно й якості харчового продукту. Адже від визначення останнього поняття залежить формування відповідних вимог та правил щодо тих показників, яким має відповідати той чи інший харчовий продукт.

У розглядуваному аспекті функція дефінітивних норм полягає, насамперед, у тому, аби визначити зміст *поняття якості* (відповідно продукції, товарів, харчових продуктів).

Розшифровка змісту означеного поняття міститься тільки у двох законодавчих актах. У Законі України „Про захист прав споживачів” належна якість товару, роботи або послуги визначається як *властивість продукції, яка відповідає вимогам, встановленим для цієї категорії продукції у нормативно-правових актах і нормативних документах, та умовам договору із споживачем.* Якість же харчового продукту визначається у Законі України „Про безпечність та якість харчових продуктів” як *ступінь досконалості властивостей та характерних рис харчового продукту, які здатні задовольнити потреби (вимоги) та побажання тих, хто споживає або використовує цей харчовий продукт.* Порівнюючи наведені дві «національні» дефініції, можна констатувати, що у другій з них відсутня вказівка на *формалізовані* показники, критерії якості. Тому видається доречним запропонувати викласти визначення якості харчових продуктів у другому з названих законів наступним чином: *якість харчового продукту – це ступінь досконалості його властивостей які мають відповідати чинним державним нормативним стандартам, правилам, умовам та здатні задовольнити потреби (вимоги) фізичних осіб-споживачів при звичайних умовах його використання.*

Реалізація усіх викладених вище пропозицій щодо удосконалення деяких норм українського законодавства з питань забезпечення права людини на якісні продукти харчування сприятиме, гадаємо, його більш повному й надійному використанню.

**ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ПІДСТАВ, ЩО ЗАБЕЗПЕЧУЮТЬ НАБУТТЯ ПРАВА
ВЛАСНОСТІ СУБ'ЄКТАМИ ГОСПОДАРЮВАННЯ НА ВЖЕ СТВОРЕНІ
БУДІВЛІ, СПОРУДИ ТА ЇХ ЧАСТИНИ***Рабчинська Л.**Київський національний університет імені Т. Шевченка*

Аналізуючи підстави набуття права власності на будівлі, споруди та їх частини ми будемо відштовхуватись від того, що зазначені речі є нерухомими.

В ч.1 ст.182 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) встановлено, що право власності та інші речові права на нерухомі речі, обмеження цих прав, їх виникнення, перехід і припинення підлягають державній реєстрації. А в ч.2 ст.144 Господарського кодексу України (далі – ГК України) зазначено, що право на майно, що підлягає державній реєстрації, виникає з дня реєстрації цього майна або відповідних прав на нього, якщо інше не встановлено законом. У зв'язку із тим, що речові права на будівлі, споруди та їх частини підлягають державній реєстрації, право власності на них виникає саме з моменту такої реєстрації.

У цій доповіді ми проаналізуємо ті підстави, що передують державній реєстрації права власності на будівлі, споруди та їх частини. Зазначені підстави складаються із:

- тих, що забезпечують набуття права власності на новостворені будівлі, споруди та їх частини;
- тих, що забезпечують набуття права власності на вже створені будівлі споруди та їх частини.

Для кращого пізнання пропонуємо поділити підстави, що забезпечують набуття права власності на вже створені будівлі, споруди та їх частини, на:

- ті, що пов'язані зі зміною об'єкта права власності;
- ті, що пов'язані зі зміною суб'єкта права власності.

Почнемо ми з тих, що пов'язані зі зміною об'єкта права власності. Питанням зміни будівлі, споруди чи їх частини займається такий вид капітального будівництва як реновація, тобто відтворення основних фондів діючих підприємств, будівель, споруд. *Реновація* поділяється на розширення, реконструкцію, капітальний ремонт, реставрацію, а також технічне переоснащення. Для проведення реновації необхідно пройти всі етапи від отримання дозволів для початку будівельних робіт до отримання свідоцтва на право власності, що є притаманними і для нового будівництва. Специфіка полягає лише в тому, що реновація відбувається на вже існуючих об'єктах. У зазначених об'єктах нерухомості є власник, тому обов'язково необхідно отримати його згоду на проведення зміни об'єкта. Однак, необхідно пам'ятати, що кінцевою метою суб'єкта господарювання, для набуття права власності, має бути свідоцтво про право власності, що є підставою для державної реєстрації.

Зміна суб'єкта права власності на будівлі, споруди та їх частини відбувається на підставі договору або на підставі вказівки закону.

Договорами, укладення та (чи) виконання яких є підставою для переходу права власності на будівлі, споруди та їх частини, відповідно до ст.19 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень», є: договір купівлі-продажу, довічного утримання, дарування, міни, приватизації, а також договір про поділ, перерозподіл, об'єднання нерухомого майна. Перераховані договори є поіменованими. Нажаль, зазначена стаття, на відміну від додатку №1 до Тимчасового положення про порядок реєстрації прав власності на нерухоме майно, не називає підставою для реєстрації інші непоіменовані договори, за якими передбачено перехід прав власності на нерухоме майно. Ми вважаємо, що встановлене обмеження лише колом поіменованих договорів є необґрунтованим та безпідставним. У зв'язку з цим, суб'єкти господарювання, які уклали достатньо популярний непоіменований складний договір, що містить умову про перехід права власності на нерухоме майно, несуть ризик відмови у державній реєстрації. Ми пропонуємо доповнити абзац третій ст.19 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» наступною фразою «... договори, за якими передбачається перехід права власності ...».

Необхідно наголосити, що зазначені договори мають бути нотаріально посвідчені та зареєстровані.

Симбіоз двох реєстраційних систем: системи реєстрації прав та системи реєстрації угод, призвів до того, що, наприклад, договір купівлі-продажу приміщення є укладеним з моменту його державної реєстрації (ч.2 ст.640 ЦК України), тобто саме з моменту державної реєстрації договору купівлі-продажу повинні виникнути права та обов'язки у сторін за договором. Одним із прав, що виникає з договору купівлі-продажу приміщення, є право власності покупця на приміщення. Отже, постає питання, чи отримав право власності покупець на приміщення після реєстрації договору купівлі-продажу?

При відповіді на поставлене питання думки юристів розходяться. Так, наприклад, В.Марченко вважає, що лише після державної реєстрації договору купівлі-продажу нерухомого майна покупець отримує право власності на нерухоме майно.

К.І.Скловський вважає, що сам по собі договір про набуття права власності на нерухомість, незалежно від його форми, чи нотаріального посвідчення, а також від державної реєстрації договору, ще не створює права власності на нерухомість. Так само, як і фактична передача проданого нерухомого майна породжує у покупця лише законне право володіння ним, а не право власності. Продавець нерухомості, навіть, після державної реєстрації договору купівлі-продажу та передачі її, зберігає право власності на нерухоме майно і тим самим зберігає своє право на відчуження цього майна третім особам.

У зв'язку з цим необхідно наголосити на тому, що наявність реєстраційного запису в реєстрі правочинів про укладення договору купівлі-продажу нерухомості само по собі не ставить перепони для суб'єкта господарювання-продавця продати це ж приміщення третій особі, оскільки продавець зберіг право власності, а нерухомість не арештована та жодної заборони на її відчуження не накладено. Проте необхідно наголосити, що у випадку укладення ще одного договору про відчуження нерухомості, продавець несе відповідальність за невиконання вже двох договорів, тому що обидва вони є дійсними. Така відповідальність передбачена в законодавстві, а також може бути додатково встановлена сторонами і в самих договорах.

Зважаючи на схожість українського та російського законодавства, буде доречним наголосити, що зазначена позиція підтримана і у постанові Пленуму Вищого арбітражного суду Російської Федерації від 25 лютого 1998 року №8. В п.14 зазначеної постанови встановлено, що при вирішенні спорів, які пов'язані із виникненням та припиненням права власності на нерухомість, арбітражним судам слід виходити з того, що до державної реєстрації переходу права власності покупець за договором купівлі-продажу нерухомого майна, який був виконаний сторонами, не наділений правом розпорядження таким майном, оскільки право власності на нього до моменту державної реєстрації зберігається у продавця.

Вважаємо, що у зв'язку з актуальністю наведеної проблеми, не завадило б і Вищому господарському суду України висловити своє бачення вирішення поставленого питання.

У законодавчих актах України є норми, що встановлюють підстави набуття права власності на будівлі, споруди та їх частини суб'єктами господарювання. Так, зокрема, в ст.344 ЦК України встановлено, що особа, яка добросовісно заволоділа чужим нерухомим майном і продовжує відкрито, безперервно володіти ним протягом десяти років набуває право власності на це майно (*набувальна давність*). Також, встановлено, що право власності за набувальною давністю на нерухоме майно набувається за рішенням суду та право власності на нерухоме майно, що підлягає державній реєстрації, виникає за набувальною давністю з моменту державної реєстрації.

Отже, підставою для державної реєстрації права власності на нерухомість за набувальною давністю є рішення суду.

Суттєвим є те, що особа, яка заявляє про давність володіння, може приєднати до часу свого володіння увесь час, протягом якого цим майном володіла особа, чийм правонаступником вона є.

Необхідно зазначити, що якщо особа заволоділа майном на підставі договору (наприклад, договору оренди нерухомого майна) з його власником, який після закінчення строку договору не пред'явив вимоги про його повернення, вона набуває право власності за набувальною давністю на нерухоме майно через п'ятнадцять років з часу спливу позовної давності (ч.3 ст.344 ЦК України).

Ще однією підставою для набуття права власності на будівлю, споруду чи їх частину є *правонаступництво*. правонаступництво суб'єктів господарювання здійснюється у зв'язку із реорганізацією або спадкуванням.

Відповідно до ч.1 ст.56 ГК України *реорганізація* суб'єктів господарювання здійснюється шляхом злиття, приєднання, виділення, поділу, перетворення діючого (діючих) суб'єкта господарювання. Реорганізація може проводитись у примусовому чи добровільному порядку, але обов'язково з передачею всього або частини майна суб'єкта.

В ч.2 ст.107 та ч.1 ст.109 ЦК України встановлено, що після закінчення строку для пред'явлення вимог кредиторами та задоволення чи відхилення цих вимог комісія з припинення суб'єкта господарювання складає передавальний акт (у разі злиття, приєднання або перетворення) або розподільчий баланс (у разі поділу та виділу), які мають містити положення про правонаступництво щодо майна (в тому числі і нерухомого) суб'єкта. Передавальний акт та розподільчий баланс затверджуються учасниками суб'єкта господарювання або органом, який прийняв рішення про його припинення.

Нотаріально посвідчені копії передавального акта або розподільчого балансу передаються в орган, який здійснює державну реєстрацію, за місцем державної реєстрації суб'єкта господарювання, що припиняється, а також в орган, який здійснює державну реєстрацію, за місцем державної реєстрації суб'єкта господарювання правонаступника.

Після державної реєстрації суб'єкт господарювання отримує можливість набути право власності на нерухоме майно, що йому передано.

Нажаль, на загальнодержавному рівні в Україні не прийнято жодного нормативного акту, що регулював би питання набуття права власності суб'єкта господарювання на нерухоме майно в результаті реорганізації. Однак на місцевому рівні, зокрема, в п.11.8 Положення про порядок оформлення права власності на об'єкти нерухомого майна, що затверджено розпорядженням Київської міської державної адміністрації, встановлено підстави для видачі свідоцтва про право власності на об'єкти нерухомого майна в результаті реорганізації. Крім документів, що встановлюють правосуб'єктність суб'єкта господарювання, також, необхідно надати: рішення компетентного органу про реорганізацію суб'єкта та документи, що підтверджують право власності суб'єкта на об'єкт, зареєстровані в бюро технічної інвентаризації.

Вважаємо правотворчу діяльність Київської міської державної адміністрації позитивною і такою, що заслугоує на наслідування центральними органами влади в Україні. Тому пропонуємо доповнити Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень», нормою, що регулює порядок набуття права власності на нерухоме майно в результаті реорганізації, в редакції, що відповідає редакції п.11.8 Положення про порядок оформлення права власності на об'єкти нерухомого майна.

Стосовно *спадкування* суб'єктами господарювання, то відповідно до ч.2 ст.1222 ЦК України суб'єкти господарювання можуть бути спадкоємцями за заповітом. В ст.19 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» встановлено, що підставою для державної реєстрації прав, що посвідчують виникнення права власності на нерухоме майно може бути свідоцтво про право на спадщину.

Відповідно до ч.1 ст.1297 ЦК України спадкоємець, який прийняв спадщину, у складі якої є нерухоме майно, зобов'язаний звернутися до нотаріуса за видачею йому свідоцтва про право на спадщину на нерухоме майно. Отже, ще однією підставою для державної реєстрації права власності суб'єкта господарювання на будівлі, споруди та їх частини є свідоцтво про право на спадщину.

Ми проаналізували лише ті підстави, які є основою для набуття права власності суб'єктів господарювання на вже створене нерухоме майно. Наш аналіз приводить до висновку, що зазначений суб'єкт не завжди зможе скористатись усіма ними у повному обсязі. Досконала система набуття права власності на нерухоме майно є основою для створення розвиненого та стабільного ринку нерухомості, захисту прав та інтересів учасників цього ринку в Україні, а також збільшення закордонних інвестицій в українську економіку. З огляду на вище сказане, ми пропонуємо якнайшвидше законодавцю врахувати наші пропозиції для удосконалення українського законодавства.

ОСОБЛИВОСТІ ІНВЕСТИВАННЯ БУДІВНИЦТВА ЖИТЛА ЧЕРЕЗ МЕХАНІЗМ ФОНДІВ ФІНАНСУВАННЯ БУДІВНИЦТВА

Радченко Л.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Серед можливих способів інвестування та фінансування будівництва, регламентованих законодавством України, сьогодні особливо виділяється механізм інвестування у житлове будівництво через систему фондів фінансування будівництва (далі – ФФБ), що, в свою чергу, викликає необхідність дослідження його правового регулювання та правового положення.

ФФБ створений законодавцем, як спосіб будівництва житла, наслідком якого є отримання у власність визначеною особою житлового (або нежитлового) приміщення. Процедура створення та діяльності фондів фінансування будівництва регламентується Законом України від 19 червня 2003 р. “Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю” (далі – Закон).

Фонд фінансування будівництва (ФФБ), відповідно до названого Закону не є юридичною особою, а є коштами, що передані управителю ФФБ (яким є фінансова установа) в управління, які використані чи будуть використані управителем у майбутньому на умовах Правил фонду та договорів про участь у ФФБ (ст.2).

Стосовно мети створення ФФБ, то Закон надає конкретну відповідь – це отримання довірцями ФФБ у власність житла. ФФБ створюють фінансові установи, що мають відповідний дозвіл або ліцензію.

Питання створення ФФБ має характерну лише для нього специфіку, яка полягає у тому, що створення ФФБ є можливим в одному з двох видів: А чи Б.

Слід звернути увагу на особливо важливе питання, пов’язане із сукупністю юридичних фактів (здіяних систематично), необхідних для створення обох видів. Адже ФФБ може бути створений лише після: а) затвердження управителем Правил ФФБ; б) укладання договору із забудовником; в) відкриття відповідного рахунку ФФБ.

Що стосується відмінностей ФФБ виду А та Б, то вони, виходячи з аналізу норм Закону (насамперед, ст.ст. 11, 12) є доволі істотними, оскільки впливають на статус кожного з учасників правовідносин у сфері житлового будівництва.

Причому, першим суб’єктом, якого зачіпають названі відмінності, є забудовник. Зокрема, ФФБ виду А надає забудовнику більше самостійності, хоча, водночас, зростають і ризики, які він буде нести, у порівнянні з видом Б. Саме забудовник визначає поточну ціну вимірної одиниці об’єкта будівництва, споживчі властивості об’єктів інвестування, коефіцієнти поверху та комфортності, при цьому він приймає на себе ризик щодо недостатності залучених коштів на спорудження об’єкта будівництва та зобов’язаний ввести об’єкт в експлуатацію своєчасно і незалежно від обсягу фінансування.

Стосовно ФФБ виду Б, тут акценти щодо прав, обов’язків та ризиків учасників досліджуваних правовідносин розставлені законодавцем по-іншому. У даних відносинах управитель визначає поточну ціну вимірної одиниці об’єкта будівництва, коефіцієнти поверху і комфортності та приймає на себе ризик щодо недостатності залучених коштів на спорудження об’єкта будівництва. У свою чергу забудовник зобов’язаний дотримуватися рекомендацій управителя щодо споживчих властивостей об’єктів інвестування, здійснювати спорудження об’єктів будівництва без порушення графіків будівництва та відповідно до проектної документації і кошторису на будівництво, погодженого з управителем, а також своєчасно ввести об’єкт в експлуатацію у разі виконання управителем графіку фінансування будівельних робіт.

Крім того, управитель з метою покриття ризику недостатності залучених коштів на спорудження об’єкта будівництва повинен укласти з визначеним ним страховиком договір обов’язкового страхування такого комерційного ризику. У даному ракурсі, необхідно підкреслити, що лише за наявності відповідного дозволу на прийняття управителем на себе комерційних ризиків, останній може створити ФФБ виду Б.

Як вбачається, на фінансову установу-управителя покладається вирішення, з одного боку, організаційних питань, необхідних для будівництва, а, з іншого, таких, які не належать ані до фінансової, ані до банківської сфери. Крім того, установник має нести суттєві ризики, що тягне у свою чергу матеріальні затрати. Саме тому, на нашу думку, вид Б не набув популярності у фінансових установ, що пояснює, в свою чергу, відсутність розроблених фінансовими установами Правил ФФБ виду Б та відсутність на практиці діяльності даного виду.

Що стосується суб'єктного складу відносин у сфері житлового будівництва через механізм ФФБ, то до таких належать: управитель, установник управління майном, забудовник, страховик.

Причому, установник управління майном виступає у якості довірителя ФФБ, та одночасно, у разі недостатності власних коштів для інвестування у житлове будівництво, може бути позичальником відповідного банку, якщо останній буде управителем. В свою чергу, управитель – фінансова установа – банк, може бути одночасно позикодавцем.

Щодо самої системи функціонування ФФБ, яка відображена у Законі, то її, на нашу думку, доцільно схематично поділити на певні етапи, що увібрали до себе наступні цивільно-правові договірні конструкції:

По-перше, встановлення правовідносин між управителем та забудовником.

На даному етапі відбувається замовлення управителем у забудовника будівництва відповідного житлового об'єкту. Оформлення такого замовлення відбувається шляхом укладання цивільно-правового договору. Останній передбачає наявність попереднього обсягу замовлення, що визначається на підставі переліку об'єктів інвестування в об'єкті будівництва, який передається забудовником управителю ФФБ. Крім того, мають бути визначені характеристики об'єктів майбутнього будівництва. Договір має чітко формулювати умови, за яких забудовник зобов'язується побудувати один або кілька об'єктів житлового будівництва, ввести їх в експлуатацію та передати об'єкти інвестування засновникам фонду на умовах, визначених законодавством та Правилами ФФБ.

Даний етап передбачає також необхідність укладення ще одного договору, сторонами якого виступають забудовник та страхова компанія. Мова йде про договір обов'язкового страхування будівельно-монтажних робіт на весь час спорудження об'єкта будівництва та на гарантійний термін від ризиків його пошкодження або знищення внаслідок техногенних аварій та природних явищ (ст.9 Закону). Причому страхову компанію визначає управитель, на користь якого і укладається зазначений договір.

Крім того, управитель, відповідно до вимог закону визначає (а на нашу думку, нав'язує) банк, в якому має бути відкритий поточний рахунок забудовника та поточні рахунки його підрядників, субпідрядників та інших суб'єктів підприємницької діяльності, які беруть участь у спорудженні об'єкта будівництва.

Що ж стосується майнових прав на об'єкт, який буде споруджуватися, то вони передаються забудовником управителю для їх подальшої передачі установникам фонду. При цьому, відчуження та обтяження зазначених об'єктів з боку забудовника є неможливими без згоди управителя.

По-друге, встановлення правовідносин між установником управління – довірителем та управителем ФФБ.

На даному етапі відбувається передача довірителем засобів (власних або позичкових) у довірче управління управителю ФФБ, що оформлюється договором про участь у ФФБ, та закріплення об'єкта інвестування за довірителем.

Кошти, які передаються довірителем управителю підлягають обліку, для якого управитель ФФБ відкриває довірителю рахунок у системі обліку обраного ним ФФБ.

Беззаперечним є те, що договір про участь у ФФБ має містити вичерпний перелік необхідних умов, що було здійснено законодавцем, оскільки останні певною мірою унеможливають зловживання з боку управителя. Хоча, водночас, деякі з таких вимог, викликають тривогу та суперечать деяким іншим положенням Закону.

Щодо закріплення об'єкта інвестування за довірителем, то дана процедура здійснюється відповідно до умов, встановлених Правилами ФФБ. Саме ж закріплення супроводжується обов'язками як довірителя, так і управителя. Зокрема, перший бере на себе зобов'язання щодо подальшого внесення коштів до ФФБ, а другий має вилучити даний об'єкт з переліку об'єктів інвестування, що є у його пропозиції.

Кінцевим результатом даного етапу є видача свідоцтва про участь у ФФБ.

Наступні етапи є наслідком виконання зобов'язань учасників ФФБ, відображених у розглянутих договірних конструкціях. Тому має сенс продовжити їх викладення у послідовній хронології.

По-третє, організація спорудження об'єкта житлового будівництва та його фінансування. Незважаючи на те, що будівництво забудовник здійснює самостійно відповідно до проектної документації та умов замовлення, управитель має право здійснювати контроль за виконанням забудовником умов договору, з метою, як підкреслено деякими авторами, попередження ризиків [2]. Водночас, управитель ФФБ здійснює контроль за цільовим використанням забудовником спрямованих на будівництво коштів.

По-четверте, процес введення об'єкта житлового будівництва в експлуатацію. Даний процес супроводжується вчиненням низки дій з боку забудовника. Зокрема, він письмово повідомляє про готовність об'єкта управителя, замовляє технічну документацію на об'єкт будівництва та на кожний об'єкт інвестування, передає управителю ФФБ дані щодо фактичної площі об'єктів інвестування (ст.13 Закону).

По-п'яте, кінцеві розрахунки між довірителем та установником. Такі розрахунки здійснюються за даними щодо фактичної площі об'єктів інвестування, та супроводжуються отриманням довірителем у власність закріплених за ним об'єктів інвестування.

Даний етап супроводжується оформленням права власності на житло (ст.19 Закону), яке здійснюється забудовником своїми силами та за свій рахунок. З цією метою він повинен отримати від довірителя довідку, що підтверджує право довірителя на отримання у власність закріпленого за ним об'єкта інвестування. Таку довідку, в свою чергу, довіритель після здійснення ним остаточних розрахунків, має отримати від управителя ФФБ в обмін на свідоцтво про участь у ФФБ.

По-шосте, закриття фінансування об'єкта будівництва і припинення дій за договором.

**ІНФЛЯЦІЙНІ ЗБИТКИ У РАЗІ ПРОСТРОЧЕННЯ ВИКОНАННЯ
ГРОШОВОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ СУБ'ЄКТАМИ ПІДПРИЄМНИЦТВА***Рим Т.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Протягом багатьох років, як в радянській період розвитку науки цивільного права, так і на сучасному етапі її становлення, в науковому середовищі не стихають спори з приводу юридичної природи інфляційних збитків за прострочення виконання боржником грошового зобов'язання. На жаль, ні новий Цивільний кодекс України (надалі – ЦК України), ні Господарський кодекс України (надалі – ГК України) не внесли ясність та більше розуміння у регламентацію та трактування цього поняття. ЦК України просто-напросто продублював відповідні положення ЦК УРСР, а в ГК України такі положення взагалі відсутні.

За таких обставин очевидно, що і надалі будуть здійснюватися різноманітні трактування правової природи інфляційних збитків як науковцями, так і судами. А це не може сприяти виробленню єдиної позиції щодо розуміння природи стягнення інфляційних збитків за порушення боржником грошового зобов'язання.

Отже, відповідно до ст. 3 Закону України «Про індексацію грошових доходів населення» індекс споживчих цін (індекс інфляції) обчислюється спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади в галузі статистики і не пізніше 10 числа місяця, що настає за звітним, публікується в офіційних періодичних виданнях.

Відповідні індекси розраховуються Державним комітетом статистики України (раніше – Міністерство статистики України), починаючи з серпня 1991 року щомісячно і публікуються, зокрема, у газеті «Урядовий кур'єр». Повідомлені друкованими засобами масової інформації з посиланням на Державний комітет статистики України ці показники згідно зі статтями 19, 21 і 22 Закону України "Про інформацію" є офіційними.

Оскільки діяльність суб'єктів підприємництва регламентується як Цивільним, так і Господарським кодексами України, то слід проаналізувати обидва.

Пунктом 2 ст. 625 ЦК України передбачено, що боржник, який прострочив виконання грошового зобов'язання, на вимогу кредитора зобов'язаний сплатити суму боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час прострочення. Наведена цитата зі статті закону дозволяє виокремити умови, за яких здійснюється нарахування та стягнення простроченої суми боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції.

По-перше, боржник прострочив виконання грошового зобов'язання, тобто не приступив до його виконання чи не виконав його у строк (ст. 612 ЦК України), або, іншими словами, вчинив правопорушення.

По-друге, нарахування інфляційних втрат здійснюється за прострочення виконання боржником лише грошового зобов'язання. Чіткого визначення поняття «грошового зобов'язання» не наведено ні в ЦК України, ні в ГК України. Воно міститься в ст. 1 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»: грошове зобов'язання – зобов'язання боржника заплатити кредитору певну грошову суму відповідно до цивільно-правового договору та на інших підставах, передбачених цивільним законодавством України. Хоч вказаний Закон і передбачає суттєві особливості грошового зобов'язання в процедурі відновлення платоспроможності або визнання банкрутом (незарахування до складу грошового зобов'язання штрафних санкцій, зобов'язань, які виникли внаслідок заподіяння шкоди життю і здоров'ю громадян, зобов'язань з виплати авторської винагороди, зобов'язань перед засновниками), загальна дефініція грошового зобов'язання є вдалою.

Отже, предметом виконання грошових зобов'язань є певна грошова сума, що має бути сплачена: за будь-яким оплатним договором; за договором, предметом якого виступають безпосередньо гроші; за зобов'язаннями по відшкодуванню недоговірної шкоди; за зобов'язаннями, що виникають у зв'язку з набуттям та збереженням майна без достатньої правової підстави.

По-третє, нарахування аналізованих сум здійснюється лише на вимогу кредитора, оскільки його права порушено.

Таким чином, зважаючи на викладені ознаки, можна прийти до висновку, що інфляційні збитки нараховуються та стягуються на вимогу та на рахунок кредитора уповноваженим органом (судом), у випадку вчинення боржником/контрагентом правопорушення, що полягає у простроченні виконання грошового зобов'язання. А такі ознаки повністю відповідають ознакам відповідальності.

Що стосується ГК України, то він не згадує про застосування індексів інфляції при обчисленні боргу, який слід повернути кредитору у разі прострочення грошового зобов'язання.

Відповідно до п. 2 ст. 343 ГК України платник грошових коштів сплачує на користь одержувача цих коштів за прострочення платежу пеню в розмірі, що встановлюється за згодою сторін, але не може перевищувати подвійної облікової ставки Національного банку України, що діяла у період, за який сплачується пеня.

Наведена норма цілком відповідає спеціальному закону, що встановлює відповідність за прострочення виконання боржником грошового зобов'язання. Так, в Законі України «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань» (ст. 1) передбачено, що платники грошових коштів сплачують на користь одержувачів цих коштів за прострочку платежу пеню в розмірі, що встановлюється за згодою сторін.

Крім того, ст. 229 ГК України передбачає можливість відшкодування збитків у разі порушення грошових зобов'язань: учасник господарських відносин у разі порушення ним грошового зобов'язання не звільняється від відповідальності через неможливість виконання і зобов'язаний відшкодувати збитки, завдані невиконанням зобов'язання, а також сплатити штрафні санкції відповідно до вимог, встановлених цим Кодексом та іншими законами.

Таким чином, у сфері господарювання передбачено відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань у формі відшкодування збитків та сплати штрафних санкцій (пені).

Зважаючи на наведене, можна стверджувати, що у сфері господарювання інфляційні збитки застосовуються на підставі ст. 229 ГК України власне як збитки, завдані кредитором за порушення грошового зобов'язання. Якщо ж такі нарахування не вважати збитками, а відтак – і мірою відповідальності, то у сфері господарювання їх застосувати неможливо.

Для кращого розуміння проблематики правової природи інфляційних втрат слід проаналізувати судову практику, яка застосовує наведені норми закону.

Відповідно до ч. 4 п. 8 Роз'яснення президії Вищого арбітражного суду України від 01.04.1994 р. №02-5/215 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з відшкодуванням шкоди» витрати потерпілої особи по виправленню пошкодженого майна її засобами і коштами визначаються, виходячи з реальних витрат позивача. Що ж до відшкодування вартості втраченої речі, то позовні вимоги підлягають задоволенню в розмірі дійсної її вартості на момент заподіяння шкоди. Однак це не виключає права потерпілої особи крім вартості речі вимагати стягнення збитків, заподіяних у зв'язку з втратою речі, у тому числі з урахуванням офіційного індексу інфляції.

Відповідно до ч. 2 п. 1 Роз'яснення президії Вищого арбітражного суду України від 12.05.1999 р. №02-5/223 «Про деякі питання, пов'язані із застосуванням індексу інфляції» оскільки статті 203 і 440 ЦК УРСР закріплюють принцип повного відшкодування збитків, слід виходити з того, що збитки (прямі та упущена вигода) підлягають відшкодуванню з урахуванням офіційного індексу інфляції. П. 4 цього Роз'яснення вказано, що коли після прийняття господарським судом рішення про відшкодування збитків, їх розмір збільшився в результаті росту цін на майно або роботи, кредитор не позбавлений права пред'явити нову претензію та позов до винної особи.

Як бачимо, перші роз'яснення вищих судових інстанцій не дають відповіді на питання щодо правової природи інфляційних збитків, а вказують лише на те, що їх можна нараховувати на збитки, заподіяні невиконанням/неналежним виконанням зобов'язань.

У п. 2 Роз'яснення Вищого арбітражного суду України №02-5/223 від 12.05.99 «Про деякі питання, пов'язані з застосуванням індексу інфляції» вказується, що оскільки індекс інфляції є змінною величиною, позивач, який бажає стягнути збитки з урахуванням цього індексу, повинен у кожному конкретному випадку подати господарському суду обґрунтований розрахунок відповідної суми. Оцінюючи поданий позивачем розрахунок господарський суд повинен виходити з розміру збитків, обрахованого за цінами і тарифами, що діють в умовах інфляції. Наведене наводить на думку,

що додаткові нарахування із застосуванням індексу інфляції слід трактувати як власне збитки, форму відповідальності.

Однак, відповідно до інформаційного листа Верховного суду України від 15.07.2005 р. №3.2.-2005 грошовим зобов'язанням боржника перед кредитором є грошова сума, що визначена з урахуванням встановленого індексу інфляції та трьох процентів річних. Оскільки інфляційні втрати пов'язані з інфляційними процесами в державі та за своєю правовою природою є компенсацією за понесені збитки, спричинені знеціненням грошових коштів, а три проценти річних – платою за користування коштами, що не були своєчасно сплачені боржником, то ні три проценти річних, ні індекс інфляції не можна розцінювати як заходи відповідальності за порушення зобов'язань. У зв'язку з цим їх не можна відносити до санкцій в розумінні ст. 12 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», відповідно до положень якої протягом дії мораторію на задоволення вимог кредиторів не нараховуються, зокрема, неустойка (штраф, пеня), не застосовуються інші санкції за невиконання чи неналежне виконання грошових зобов'язань і зобов'язань щодо сплати податків і зборів (обов'язкових платежів).

Перше, на що слід звернути увагу, це юридичний вираз: «інфляційні втрати», а не інфляційні збитки, як використовується у цій статті. О.С. Йоффе визначав збитки як викликані неправомірною поведінкою негативні наслідки в майновій сфері потерпілого. У зв'язку з цим видається, що «інфляційні втрати» цілком відповідають «інфляційним збиткам», оскільки як ті, так і інші є викликані неправомірною поведінкою, є негативними наслідками у майновій сфері кредитора/потерпілого. Крім того, слова втрати та збитки є синонімами і з мовної точки зору (еквіваленти російських «потеря» та «убыток»).

Друге, і воно впливає з першого, в тексті аналізованого інформаційного листа знаходимо явну суперечність, чи, точніше сказати, недосконалість юридичної техніки: «інфляційні втрати ... є компенсацією за понесені збитки». Буквально це означає, що інфляційними є додаткові нарахування, що проводяться у випадку заподіяння якихось інших збитків. А це прямо суперечить природі таких нарахувань, які власне і є збитками, понесеними внаслідок інфляційних процесів у державі.

Нарешті, грошовим зобов'язанням визнається грошова сума, що визначена з урахуванням, зокрема, встановленого індексу інфляції. Таким чином, грошове зобов'язання трактується як сума основного боргу та сума інфляційних втрат. Але ж ст. 625 ЦК України вказує на можливість нарахування інфляційних втрат на суму грошового зобов'язання. В такому випадку це буде означати, що вказані платежі можна нарахувати як на суму основного боргу, так і на вже нараховані інфляційні втрати та проценти річних.

Як бачимо, роз'яснювальні документи вищих судових інстанцій суперечать одне одному, що зумовлено нечіткістю та недосконалістю законодавчого регулювання інфляційних збитків. Видається правильним, на нашу думку, визнати інфляційні збитки формою відповідальності, що дозволить більш однозначно трактувати та застосовувати норми закону.

Внесення відповідних змін до ЦК України та ГК України, які більш чітко визначають правову природу інфляційних збитків, розмежують положення кодексів щодо відповідальності юридичних осіб, дозволить однозначно трактувати та застосовувати відповідні положення Закону, сформулювати однакову та правильну судову практику по всій території України.

СУДОВИЙ НАКАЗ ЯК ВИКОНАВЧИЙ ДОКУМЕНТ

Свідерська М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Судовий наказ, який є результатом наказного провадження, можна назвати своєрідним судовим актом, насамперед, тому що він має ознаки виконавчого документа.

У ч.2 ст.103 ЦПК України сказано, що судовий наказ має відповідати вимогам до виконавчого документа, встановленим законом України “Про виконавче провадження”. Відповідно до ст.19 цього закону у виконавчому документі повинні міститись наступні відомості:

- назва документа, дата видачі та найменування органу, посадової особи, що видали документ;
- дата і номер рішення, за яким видано виконавчий документ;
- найменування (для юридичних осіб) або ім'я (прізвище, ім'я та по батькові за його наявності для фізичних осіб) стягувача і боржника, їх місцезнаходження (для юридичних осіб) або місце проживання (для фізичних осіб), ідентифікаційний код суб'єкта господарської діяльності стягувача та боржника за його наявності (для юридичних осіб), індивідуальний ідентифікаційний номер стягувача та боржника за його наявності (для фізичних осіб – платників податків), а також інші відомості, якщо вони відомі суду чи іншому органу, що видав виконавчий документ, які ідентифікують стягувача та боржника чи можуть сприяти примусовому виконанню, такі як дата і місце народження боржника та його місце роботи (для фізичних осіб), місцезнаходження майна боржника тощо;
- резолютивна частина рішення;
- дата набрання чинності рішенням;
- строк пред'явлення виконавчого документа до виконання.

Виконавчий документ має бути підписаний уповноваженою посадовою особою і скріплений печаткою. Законом можуть бути встановлені також інші додаткові вимоги до виконавчих документів.

С.І. Чорнооченко вважає, що вимога закону про відповідність судового наказу положенням закону України “Про виконавче провадження” ускладнює формулювання судового рішення та вимагає подання до суду додаткових документів (довідка з місця роботи боржника, ідентифікаційні коди тощо). Таким чином, даний дослідник вбачає потребу розробки зразків судового наказу на рівні Мініюсту чи Верховного суду України.

Порівнюючи зміст судового наказу (виходячи із ЦПК) та зміст виконавчого документа (виходячи із закону України “Про виконавче провадження”) ми також прийшли до висновку, що вимоги до судового наказу щодо відомостей про стягувача та боржника (тих, що їх ідентифікують) є набагато вужчі, аніж передбачені для виконавчого документа. П.3 ч.1. ст.103 слід трохи доповнити та викласти у наступній редакції: “3) ім'я (найменування) стягувача і боржника, їх місце проживання або місцезнаходження, а також інші відомості, які ідентифікують стягувача та боржника, якщо вони були вказані у заяві про видачу судового наказу”.

На наш погляд, таке доповнення буде вдалим, оскільки суд зможе вказати у судовому наказі усі відомості про боржника та стягувача, що стали йому відомі із заяви про видачу судового наказу, які на його думку можуть бути використані державним виконавцем при здійсненні стягнення на підставі цього наказу, що одночасно відповідатиме нормі закону про виконавче провадження.

Але така редакція ст.103 ЦПК тягне за собою внесення змін і до ст.98 цього ж кодексу, оскільки ці дві статті тісно взаємопов'язані. Тому п.2 ч.2 ст.98 варто викласти наступним чином: “2) ім'я (найменування) заявника та боржника, а також ім'я (найменування) представника заявника, якщо така заява подається представником, їхнє місце проживання або місцезнаходження, а також інші відомості, які ідентифікують заявника та боржника, якщо такі відомі заявнику”.

С.В. Щербак також наголошує на тому, що редакція п.5 ст.103 ЦПК є застарілою з огляду на те, що в банківському законодавстві поняття “розрахунковий рахунок” відсутнє, замість нього вживається поняття “поточний рахунок” клієнта банку (Інструкція про порядок відкриття, використання і закриття

рахунків у національній та іноземній валютах, затверджена постановою Правління НБУ від 12.11.2003 р. № 492), а тому вимагає змін.

Ми вважаємо таке зауваження науковця доречним і погоджуємося з ним.

Щодо п.5 ст.19 закону “Про виконавче провадження” про дату набрання чинності судовим рішенням, то ми вважаємо, що є багато аргументів для того, щоб внести зміни до статті ЦПК про зміст судового наказу і поряд з датою його видачі вказувати дату набрання ним чинності. Приведення змісту судового наказу у відповідність до вимог закону про виконавче провадження є однією із вагомих причин для здійснення такої редакції.

Відповідно до вимог закону у будь-якому виконавчому документі повинен вказуватися строк пред’явлення виконавчого документа до виконання. Цей аспект досить нечітко регламентується ЦПК стосовно судового наказу. Ст.105 містить вказівку лише про те, що у разі ненадходження заяви від боржника протягом трьох днів після закінчення строку на її подання та за наявності даних про отримання боржником копії наказу судовий наказ набирає законної сили і суд видає його стягувачеві для пред’явлення до виконання.

З однієї сторони дане питання регулюється законом України “Про виконавче провадження”, який визначає, що виконавчі листи та інші судові документи пред’являються до виконання протягом трьох років (ст.21 закону), які починають відраховуватися з наступного дня після набрання рішенням законної сили чи закінчення строку, встановленого у разі відстрочки чи розстрочки виконання рішення, а у випадках коли рішення підлягає негайному виконанню, – з наступного дня після його ухвалення. Можна припустити, що даний трьохрічний строк стосується і судового наказу, який у даному випадку підпадає під категорію “судові документи”. Однак не варто забувати, що із даного правила є виключення, які стосуються, наприклад, рішень про стягнення періодичних платежів (у справах про стягнення аліментів тощо), які можуть бути пред’явлені до виконання протягом усього періоду, на який присуджені платежі.

А з іншої сторони, якщо вважати, що буква закону повинна бути чіткою і однозначною, то слід законодавцю доповнити ст.103 ЦПК про зміст судового наказу пунктом про строк пред’явлення наказу до виконання. Адже тоді повністю буде дотримана вимога, викладена у ч.2 ст.103 ЦПК про те, що судовий наказ повинен відповідати вимогам, встановленим до виконавчого документа законом України “Про виконавче провадження”, що дозволить уникнути колізії норм частин першої та другої ст.103 ЦПК, що ми спостерігаємо на даний час.

З огляду на наведені аргументи ми вважаємо, що все ж варто доповнити зміст судового наказу ще одним пунктом про строк його пред’явлення до виконання.

Російський процесуаліст М.О. Черьомін називає судовий наказ єдиною судовою постановою, яка є своєрідною поєднальною ланкою між цивільним процесом та виконавчим провадженням, оскільки судовий наказ на відміну від усіх інших судових актів пред’являється до виконання “без проміжних ланок” – виконавчих листів.

Ми стоїмо на тій позиції, що судовий наказ є виконавчим документом. Тому нам цілком зрозумілими видаються кроки законодавця щодо внесення змін та доповнень до вищезгаданого закону України “Про виконавче провадження”, які були здійснені для усунення невідповідностей у вітчизняному законодавстві та приведення його у відповідність до чинного ЦПК України. А саме ст.18-1 закону, де перераховуються виконавчі документи, було доповнено п.2-1 про судовий наказ. Аналогічно зазнала змін і ст.3 цього ж закону, де мова йде про виконавчі документи, що підлягають виконанню державною виконавчою службою, і тепер серед таких виконавчих документів у п.3 передбачені судові накази.

Якщо стояти на тій позиції, що судовий наказ є виконавчим документом, то тоді слід зазначити також, що для усунення невідповідностей у вітчизняному законодавстві треба внести зміни до вищезгаданого закону України “Про виконавче провадження” та привести його у відповідність до чинного ЦПК України, а саме ст.18-1 закону, де перераховуються виконавчі документи, тобто додати до переліку, викладеного у цій статті, судовий наказ. Крім того, у ст.3 цього ж закону перелічені рішення, що підлягають виконанню Державною виконавчою службою. У п.1 цієї статті, крім рішень, ухвал і постанов судів у цивільних справах, варто також передбачити судовий наказ.

Таким чином, для узгодження ч.1 та ч.2 ст.103 ЦПК та для приведення змісту судового наказу у відповідність до вимог, встановлених для виконавчих документів законом України “Про виконавче провадження”, необхідно внести зміни до чинного ЦПК та викласти ч.1 ст.103 у наступній редакції:

“1. У судовому наказі зазначаються:

- дата видачі наказу та дата набрання ним законної сили;
- найменування суду, прізвище та ініціали судді, який видав судовий наказ;
- ім'я (найменування) стягувача та боржника, їх місце проживання або місцезнаходження а також інші відомості, які ідентифікують стягувача та боржника, якщо вони були вказані у заяві про видачу судового наказу;
- посилання на закон, на підставі якого підлягають задоволенню заявлені вимоги;
- сума грошових коштів, які підлягають стягненню, а також поточний рахунок клієнта-боржника (юридичної особи) в установі банку, з якого повинні бути стягнуті грошові кошти, якщо такий повідомлений заявником, яке майно присуджено та його вартість;
- сума судових витрат, що сплачена заявником і підлягає стягненню на його користь з боржника;
- строк пред'явлення судового наказу до виконання?.

**ПЕРЕДАННЯ-ПРИЙНЯТТЯ ВИКОНАНИХ ЗА ДОГОВОРОМ
СУБПІДРЯДУ РОБІТ У КАПІТАЛЬНОМУ БУДІВНИЦТВІ****Сеник С.***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Актуальним є аналіз завершального етапу виконання субпідрядних робіт у капітальному будівництві – їх передання та прийняття -, наслідками якого є, з одного боку, припинення зобов'язань за договором субпідряду у капітальному будівництві (за умови належного виконання договору), з другого, – введення результату робіт в експлуатацію.

Як стосовно будівельних робіт взагалі, так і субпідрядних, зокрема, ЦК досить детально регламентує дві взаємопов'язані між собою дії: передання результату робіт субпідрядником і прийняття робіт генпідрядником. Субпідрядник не просто повинен якісно виконати роботи у капітальному будівництві, передбачені договором, але й здати їх генпідрядникові у порядку передбаченому законом або договором. Крім цього, субпідрядник зобов'язаний передати генпідрядникові разом з результатом роботи інформацію щодо експлуатації або іншого використання предмета договору субпідряду, якщо це передбачено договором або якщо без такої інформації використання результату роботи для цілей, визначених у договором, є неможливим (ст.861 ЦК).

Частина 1 ст.882 ЦК зобов'язує генпідрядника, який одержав повідомлення субпідрядника про готовність до передання робіт, виконаних за договором субпідряду у капітальному будівництві, або, якщо це передбачено договором, – етапу робіт, негайно розпочати їх прийняття. І якщо тепер прийняття результату робіт затримується з вини генпідрядника, то відповідати за це прийдеться йому. Субпідрядник у такому разі звільняється від відповідальності за прострочення у переданні робіт.

Організація та здійснення прийняття виконаних субпідрядних робіт у капітальному будівництві входять до обов'язку генпідрядника. Виконати його він повинен за свій рахунок. При цьому сторони не позбавлені права вирішити це питання по-іншому. Крім цього, у випадках, встановлених законом або іншими нормативно-правовими актами, у прийнятті робіт мають брати участь представники органів державної влади та органів місцевого самоврядування (ч.2 ст.882 ЦК). Йдеться про органи, до компетенції яких входить контроль за відповідними роботами (об'єктами капітального будівництва).

Договором може бути передбачена або із характеру робіт може впливати необхідність попереднього випробовування результату виконаних субпідрядних робіт у капітальному будівництві (ч.5 ст.882 ЦК). У подібних випадках прийняття робіт може здійснюватись лише у разі позитивного результату попереднього випробовування. Згідно із ч.6 ст.882 ЦК генпідряднику надано право відмовитись від прийняття виконаних робіт, якщо будуть виявлені недоліки, які виключають можливість використання їх результату для вказаної у договорі мети та не можуть бути усунені субпідрядником або генпідрядником. Крім цього, під “неможливістю усунути недоліки генпідрядником” розуміють випадки, коли не тільки він сам чи субпідрядник не можуть здійснити відповідні роботи, але і ті, за наявності яких йому не вдається знайти третю сторону, яка готова прийняти на себе усунення недоліків.

Передача та прийняття робіт оформляються актом приймання-передачі виконаних субпідрядних робіт. При складанні акту сторонам варто брати до уваги вказівки Держкомстату і Держбуду, дані ними у наказі №237/5 від 21 червня 2002 року щодо заповнення форми № КБ-2в “Акт приймання виконаних підрядних робіт”. Ця форма поширюється на будівельні підприємства та будівельні структурні підрозділи підприємств усіх видів економічної діяльності незалежно від форм власності, що виконують будівельні та монтажні роботи, роботи з капітального та поточного ремонтів будівель і споруд та інші підрядні роботи із залученням бюджетних коштів або коштів підприємств, установ та організацій державної форми власності. У ньому, зокрема, зазначається, що акт приймання виконаних робіт складається щомісячно для визначення вартості та обсягів виконаних робіт будівельно-монтажних та інших підрядних робіт і є основою для складання “Довідки про вартість виконаних підрядних робіт та витрат” (форма № КБ – 3). Акт складається субпідрядником для генпідрядника. Після прийняття робіт акт приймання виконаних субпідрядних робіт у капітальному будівництві повинен бути підписаний обома контрагентами. Якщо одна із сторін відмовляється підписати акт, то він підписується другою стороною і про це вказується безпосередньо у самому акті.

Слід зазначити, що ЦК (ч.4 ст.882) дещо “пом’якшив” вимоги обов’язкового підписання акту обома сторонами. Передусім, за наявності певних умов, за стороною-генпідрядником, у відповідних випадках, може бути взагалі визнано право відмовитись від підписання акту. Крім цього, за ЦК односторонній акт вважається таким, що має юридичну силу у всіх випадках, якщо тільки суд, який буде розглядати спір, визнає мотиви відмови сторони від підписання акту необґрунтованими. Вбачається, що у такому випадку у другій сторони може виникнути право згідно ст.22 ЦК на відшкодування здійснених витрат.

Дата передання та прийняття робіт і факт складення акту має для сторін важливе значення. Так, у генпідрядника виникає: обов’язок з оплати виконаних субпідрядних робіт у капітальному будівництві (ч.4 ст.879 ЦК), база для накладення податку на майно і інших податків тощо. Слід зазначити, що наведений перелік можливих наслідків підписання акту передання та прийняття не є вичерпним, що зайвий раз підтверджує його вагомість і вказує на необхідність скурпульозного підходу до його складання. Наявність акту передання та прийняття робіт, підписаного обома сторонами, аж ніяк не позбавляє генпідрядника права звернутися з вимогою до субпідрядника у разі виявлення відступів від умов договору субпідряду або інших недоліків.

Проте, у контексті цього питання, слід з’ясувати правові наслідки виявлення “явних” та “прихованих” недоліків у субпідрядних роботах у капітальному будівництві.

В першу чергу звернемося до аналізу загальної норми про прийняття робіт, виконаних за підрядним договором – ст.853 ЦК. Так, у ч.1 цієї статті зазначено, що замовник у разі виявлення відступів від умов договору або інших недоліків зобов’язаний негайно заявити про них підрядникові. Вбачається, що тут йдеться про явні недоліки, які можуть бути встановлені при звичайному способі *прийняття* робіт (ч.2 ст.853 ЦК).

На нашу думку, при прийнятті субпідрядних робіт у капітальному будівництві сторони повинні керуватися і Порядком прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об’єктів (далі – Порядок), оскільки у п. 1 цього нормативного акту зазначено, що він визначає основні вимоги та умови прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об’єктів незалежно від джерел фінансування їх будівництва. Крім цього, пунктом 8 Порядку передбачено перевірку відповідності: виконаних будівельно-монтажних робіт вимогам нормативної документації; результатів проведених індивідуальних і комплексних випробувань устаткування нормативним показникам; виробничої документації нормативним вимогам та ін.

Тому, керуючись п.10 цього Порядку, у разі виявлення недоліків у виконаних субпідрядних роботах у капітальному будівництві вони повинні бути усунені субпідрядником на вимогу генпідрядника. Якщо генпідрядник прийме роботи без перевірки, то у майбутньому він позбавляється права посилатися на недоліки роботи, які могли бути встановлені при звичайному способі її прийняття (ч.2 ст.853 ЦК). Виявлення явних недоліків повинно оформлятися окремим актом, у якому повинні зазначатися строки усунення таких недоліків. Після усунення недоліків субпідрядник повідомляє генпідрядника про готовність до передання робіт.

Слід звернути увагу, що субпідрядні роботи, які велися на об’єктах виробничого призначення з кількістю робочих місць понад 50 або вартістю понад п’ять млн. гривень, а також на об’єктах житлово-громадського призначення III, IV і V категорій складності до пред’явлення їх державним приймальним комісіям попередньо приймаються робочими комісіями. Склад робочої комісії визначається п. 6 вищезазначеного Порядку. У такому разі, якщо у субпідрядних роботах будуть виявлені недоліки, вони повинні бути усунені у строки, визначені у акті, складеному робочою комісією. Після усунення недоліків робочою комісією підписується відповідний акт (ч.10 Порядку).

Частиною 3 ст.884 ЦК передбачено, що гарантійний строк продовжується на час, протягом якого об’єкт не міг експлуатуватися внаслідок недоліків, за які відповідає підрядник. З вищенаведеного можемо зробити висновок, що право на пред’явлення вимоги виникає у генпідрядника у разі виявлення відступів від умов договору субпідряду у капітальному будівництві або інших недоліків, якщо останні не могли бути встановлені при звичайному способі прийняття робіт, у тому числі й такі, що були умисно приховані субпідрядником (ч.3 ст.853 ЦК), тобто у разі виявлення *прихованих* недоліків. Якщо з приводу недоліків виконаної роботи або їх причин між ними виникне спір, то на вимогу будь-кого із сторін має бути призначена експертиза. Витрати на проведення експертизи несе субпідрядник. Проте, якщо експертизою встановлена відсутність порушень договору субпідряду у капітальному будівництві або причинного зв’язку між діями субпідрядника та виявленими недоліками, витрати на проведення експертизи несе сторона, яка

вимагала її призначення. Якщо експертизу призначено за погодженням сторін, то витрати діляться між сторонами порівну.

Отже, на субпідрядні відносини у капітальному будівництві розповсюджують, якщо інше не передбачено законом або договором, загальні для будівельного підряду правила про можливість заявити про неналежну якість результату робіт при умові, якщо це виявлено до їх передачі генпідрядникові чи з причин, які настали у відповідний строк, при цьому у вказаних межах (десять років від дня прийняття замовником об'єкта будівництва), якщо більший гарантійний строк не встановлений договором або законом.

РЕСТИТУЦІЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ: МИНУЛЕ ТА МАЙБУТНЄ

Солом'яний В.

Національний університет «Києво-Могилянська Академія»

Кваліфікаційна схема „умови (підстави) недійсності правочину – недійсність правочину як їх правовий наслідок – так звана самостійна (автономна) реституція як правовий наслідок недійсності правочину” (ст.ст. 203; 215, 216 та ін. § 2 гл. 16 ЦК) здається на перший погляд самоочевидною і традиційною в світі цивільного права. Однак, насправді, це оригінальна та незагальнопоширена абстракція вітчизняного права, якій в строгій формі не більше 50-ти років. Таке твердження є вихідним пунктом при постановці проблеми права повернення в попередній стан (реституції) не тільки з погляду історії, але й порівняння її сучасних вирішень та передбачення подальшого розвитку відповідного інституту. Головним питанням, на розв'язання якого чекає практика, є, чи збережеться в Україні правове положення реституції в нинішньому стані? Або, іншими словами, чи не є необхідною рецепція іноземного поняття реституції або уніфікація національного її регулювання з європейським та міжнародним правом?

Зважаючи на те, що такі країни, як Франція та Німеччина, які запропонували в минулому зразкові ЦК, формально позбавивши приписи римського права юридичної чинності, нині є учасниками процесу зближення цивільного й торгового права ЄС, який, врешті-решт, має завершитися створенням єдиного європейського ЦК (кодексу приватного права) (Resolution EP on action to bring into line the private law of the Member States // Official Journal C 158, 26/06/1989. P. 0400.), то тим самим запозичення іноземного досвіду стає менш актуальним, а європейського і міжнародного – навпаки. Останнє пояснюється, насамперед, загальносвітовим значенням Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. (далі – *CISG*), яка, серед іншого, містить типові регулювання реституції, так само як і Принципи міжнародних комерційних контрактів УНІДРУА (*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*), 2004 р., попередня редакція 1994 р. (далі – Принципи УНІДРУА). Когерентне визначення поняття реституції є однією із цілей гармонізації приватного права на європейському рівні, яка є компромісом між системою цивільного і прецедентного права задля мети взаємного визнання судових рішень. Ця співзвучність європейської правової культури досягається нині у формі „Загальної системи координат” („*Common Frame of Reference*”) (Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – European Contract Law and the revision of the *acquis*: the way forward // COM/2004/0651 final. – Додаток I. Можлива структура CFR.) (далі – *CFR*), яка разом із згаданими вище правовими джерелами, а також „Принципами європейського контрактного права” („*Principles of European Contract Law*”), 1999; 2002 рр. (Principles of European Contract Law // <http://www.lex.mercatoria> [Стан 14.04.2006]; Принципы европейского контрактного права // Бахин С.В. Субправо (международные своды унифицированного контрактного права). – СПб: Юрид. центр Пресс, 2002. – С. 268-309.) (далі – *PECL*, або Принципи Ландо) та „Принципами європейського права безпідставного збагачення” („*Principles of European Unjustified Enrichment Law*”), 2006 р. (Principles of European Unjustified Enrichment Law // <http://www.lex.mercatoria> [Стан 14.04.2006]) (далі – *PEUEL*), має стати першим орієнтиром при аналізі задачі належного та послідовного застосування реституційних норм. Таким чином, європейський вибір України конкретизується, зокрема, тим, що ми не тільки маємо адаптуватися до європейського правового надбання (*acquis communautaire*), але й спільно брати участь у створенні оновлених правових інструментів.

Отже, прийнявши до уваги, що збереження правового регулювання реституції в Україні в нинішньому стані є неможливим у всіх його деталях, актуальним стає визначення напрямків потенційної правової реформи інституту реституції в цивільному праві, а також способів і можливих результатів реалізації запланованих перетворень. Сучасна національна кваліфікація реституції або зберігає та захищає становище, яке уже склалося, або тільки вказує на існуючі недоліки в правовому регулюванні. Таким чином залишається невирішеним завдання усунення різниці між наведеною вище пануючою думкою та необхідними кроками на шляху формування єдиного та когерентного приватного права в Європі, частиною якої є Україна. Найбільш ефективним вирішенням, яке розкривається в дисертації, є не тільки координація реституції й безпідставного збагачення (кондикції), тобто тісне опосередкування та зближення цих інститутів, однак із збереженням їх

відмінностей, але й орієнтація реституції в контрактному, деліктному та речовому праві, не залишаючи поза увагою загальне право анулювання правочину (право оспорювання) та визнання його нікчемним. Саме такий підхід буде відповідати європейському правовому виміру. В результаті такого дослідження можна, крім того, уточнити як поняття повернення в попередній стан (*in integrum restitutio*), джерелом якого є римське право, так й сам термін „реституція”, який беручи свій початок у латині, має різні значення та зміст в нових європейських мовах (англійській, французькій, німецькій тощо) та українській юридичній мові. Це уточнення можна здійснити у формі оцінки генеральної реституції як кінцевої мети дослідження.

Далі подаються сформульовані нові положення, які продовжують дискусію щодо реституції в цивільному праві з точки зору минулого і майбутнього цього інституту.

1. З метою належного розуміння застосування реституції в вітчизняному, традиційному, іноземному, міжнародному та європейському цивільному праві пропонується розрізнити реституцію в технічному і функціональному сенсі на основі абстрактного поняття реституції та структури і конструкції реституційної норми-припису. Реституція в т.с. – це визначена історією цивільного права юридична норма, яка або містить обидві традиційні реституційні складові (в Стародавньому Римі), або нині хоча б одну із них поряд із поняттям (негативної) недійсності правочину або, більш ширше, поряд із неможливістю виконання зобов'язання. Реституція в ф.с. – це правовий наслідок реституційної в т.с. норми, в т.ч. коли її гіпотезою є недійсність правочину, або правовий наслідок будь-якої юридичної норми, незалежно від змісту її гіпотези, який полягає в поверненні виконаного без належного зустрічного виконання та додаткової іншої репараційної компенсації на відміну від компенсації штрафної.

Іншою репараційною компенсацією запропоновано вважати відшкодування збитків та моральної шкоди в обсязі, який не перевищує обсяг майнового покриття, необхідного для повернення в попередній стан. Штрафною компенсацією можна назвати відшкодування збитків в кратному розмірі (ст.ст. 230, 231 ЦК).

Традиційними складовими єдиної реституційної норми, які не втратили свого значення і в сучасному праві, запропоновано вважати „предмет реституції”, тобто відомі здавна реституційні умови (*iusta causa restitutionis*) та втрату (*laesio*), та „правовий наслідок – повернення в попередній стан” (реституцію в ф.с.). Відомий в історії третій елемент предмету реституції „придатний для реституції випадок” може бути застосованим для характеристики в негативній формі предмету реституційної норми. В негативній формі предмет реституційної норми формулюється як матеріальне заперечення боржника.

Правовий наслідок „недійсність правочину” є відносно новим елементом логічної реституційної норми, який розбиває її на дві частини (первинну і вторинну реституційну норму) за схемою: а) предмет реституції – недійсність правочину, б) предмет реституції як недійсність правочину – повернення в попередній стан. Перша норма є допоміжною до другої основної, зважаючи на те, що основною нормою можна назвати тільки таку норму, яка містить вимогу, яка стає основою для позову про присудження. Предмет основної реституційної норми може бути розширений за рахунок інституту неможливості виконання зобов'язання, приймаючи до уваги однорідність поняття неможливості з поняттям недійсності правочину.

Логічним наслідком запропонованої класифікації, яка пояснює головну проблему дисертації, є твердження, що реституція в ф.с. не обов'язково вимагає своєю передумовою формулювання традиційного предмету реституції.

2. Пропонується кваліфікувати реституцію в т.с. як генеральну реституцію на підставі місця знаходження в загальній частині пандектної системи цивільного права та на основі координації (узгодження) застосування реституції в т.с. (генеральної реституції) та кондикції, віндикації тощо (спеціальних різновидів реституції).

Вперше на противагу генеральній реституції запропоновано кваліфікувати кондикцію, віндикацію та всі інші інститути цивільного права, які характеризуються правовим наслідком повернення виконаного без належного зустрічного виконання (реституцією в ф.с.), як спеціальну реституцію (реституційну норму).

3. Встановлено, що зважаючи на європейський вибір України, проблема модернізації й актуалізації розуміння реституції в Україні має вирішуватися шляхом застосування не тільки існуючих принципів європейського та транснаціонального цивільного права (глава 4:

Дійсність, в т.ч. п. 4:115; пп. 9:307, 9:308, 9:309 чи 15:104 *PECL*; *PEUEL*; чи п. 5:307 та ін. Принципів УНІДРУА), а й паралельно з підготовкою в ЄС *CFR* (глава II; пп. 4, 6 розділу I – Договір, розділ II – Переддоговірні зобов'язання, розділ III – Виконання/Невиконання глави III). Створене на основі порівняльних досліджень гармонізоване європейське поняття реституції застосовується, з одного боку, як нормальний випадок в рамках позадоговірних зобов'язань, а, з іншого боку, ще й в сфері договірних зобов'язань. Це поняття в такому разі ширше за поняття реституції в українському цивільному праві та відрізняється місцем розташування в нормативній системі, оскільки знаходиться не в загальній частині, а в договірному праві чи праві безпідставного збагачення. Реституція, однак, при цьому, є як автономною (п. 4:115, наслідки анулювання), так і контрактно- чи кондикційно-координованою (контрактною або кондикційною), причому остання орієнтація розпадається на дві частини: реституція як правовий наслідок визнання договору недійсним (п. 15:104 *PECL*), що є аналогом ст.ст. 216, 228 ЦК, та правовий наслідок повернення виконаного у разі повної чи часткової відсутності зустрічного виконання при розірванні договору (пп. 9:307, 9:308, 9:309 *PECL*), що відповідає ч. 3 ст. 652 та із застереженням ч. 4 ст. 653 ЦК, які в українському праві реституцією в т.с. не вважаються (квазіреституція). Однак перелік реституційних умов визначених у ст. 15:104 *PECL* (суперечність закону та добрим звичаям) є набагато вужчим, ніж у § 2. Правові наслідки недодержання сторонами при вчиненні правочину вимог закону глави 16. Правочини ЦК.

4. Доведено, що правове регулювання координації реституції і кондикції, запропоноване при підготовці Проекту цивільного уложення Російської імперії, яке було законодавчо реалізоване в ЦК 1922 р., співпадає із запропонованим способом узгодження *PECL* та *PEUEC* на підставі Розділу 7 останнього документу, який полягає в роздільному регулюванні договірних і позадоговірних зобов'язань, та суперечить способу існуючому в ФЦК та НЦК. Чинний в Україні ЦК більш наближений до регулювання згаданого 7 Розділу, ніж ФЦК та НЦК.

**ПРАВОВА ПРИРОДА ТА СФЕРА ЗАСТОСУВАННЯ ДОГОВОРІВ НАЙМУ
(ОРЕНДИ) ТРАНСПОРТНИХ ЗАСОБІВ***Тарасенко Л.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Договір найму майна – це один з класичних договорів, історія якого нараховує багато тисячоліть. Основні риси цього договору формувалися протягом цього часу, адже ще у римському праві виділяли три види найму: найм речей (*locatio-conductio rerum*); найм робіт (*locatio-conductio operatum*); найм послуг (*locatio-conductio operis*).

У Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) приділено належну увагу усім видам найму речей. У назвах договорів доволі важко розпізнати їхнє походження, кожен із них має свої численні різновиди. Наприклад, в окремих параграфах глави 58 ЦК України, яка називається „Найм (оренда)”, визначено особливості прокату, особливості оренди транспортних засобів, особливості оренди земельних ділянок, особливості оренди будівель та капітальних споруд, особливості лізингу. Проте питання юридичної природи, сфери застосування цих договорів як відповідних видів договору найму, так і їхніх підвидів залишається актуальним.

Одним з різновидів договору найму (оренди) майна є договір найму (оренди) транспортних засобів.

За договором найму (оренди) транспортного засобу одна сторона (наймодавець) передає або зобов'язується передати у користування другій стороні (наймачеві) транспортний засіб за плату на певний строк.

Відповідно до ч.1 ст.798 ЦК України предметом договору найму (оренди) транспортного засобу можуть бути повітряні, морські, річкові судна, а також наземні самохідні транспортні засоби тощо. Цей перелік не є вичерпним. Отже, предметом найму (оренди) транспортного засобу можуть бути і інші, не зазначені вище, транспортні засоби.

Подібним до договору найму (оренди) транспортного засобу є договір прокату, який передбачений § 2 глави 58 ЦК України. Досить дискусійним є розмежування сфер застосування договору найму (оренди) транспортних засобів і договору прокату, якщо предметом цього договору виступає транспортний засіб. Радянськими вченими висловлювалась думка про те, що договір прокату автомобілів належить до зобов'язань щодо надання послуг, за яким автомобільне господарство здійснює послуги щодо надання у тимчасове користування за плату транспортний засіб. Проте сьогодні більшість вчених вважає, що обидва договори є різновидами найму (оренди). Вони отримали відповідне правове регулювання в окремих параграфах глави 58 „Найм (оренда)” ЦК України.

До прийняття ЦК України термін „прокат” мав означення „побутовий”. Згідно з ч.1 ст. 273 ЦК УРСР за договором побутового прокату громадянам у тимчасове користування могли передаватися за плату поряд із предметами домашнього вжитку, музичними інструментами, спортивним інвентарем, також легкові автомобілі та інше майно. Творці нового ЦК України утрималися від визначення переліку речей, які передаються за договором прокату, не застосували означення „побутовий”, проте зосередили увагу на специфічних особливостях цього договору. Зокрема, відповідно до ЦК України договір прокату є договором приєднання, публічним договором, наймодавцем є особа, яка здійснює підприємницьку діяльність з передання речей у найм, предметом є рухома річ, яка використовується для задоволення побутових невиробничих потреб, плата за прокат визначається за тарифами наймодавця, наймач має право відмовитися від договору у будь-який час, він немає права на укладення договору піднайму, переважного права на купівлю речі у разі її продажу тощо.

Відповідно до частини 1 статті 788 ЦК України предметом прокату є рухома річ, яка використовується для задоволення побутових невиробничих потреб. Це дає підстави дослідникам проводити розмежування договору прокату транспортних засобів та оренди транспортних засобів за характером використання предмету договору: метою договору прокату є задоволення побутових потреб, а метою договору найму (оренди) – задоволення як побутових, так і не побутових (виробничих) потреб.

Справді, у радянській літературі визначальною особливістю договору побутового прокату легкових автомобілів та оренди автомобілів вважалося те, що між соціалістичними організаціями та громадянами укладався договір прокату, а між організаціями – договір оренди транспортного засобу. Зокрема, відповідно до п.98 Статуту автомобільного транспорту УРСР, затв. Постановою Радою Міністрів УРСР від 27 червня 1969 року № 401, підприємства і організації автомобільного транспорту загального користування надають легкові автомобілі громадянам у тимчасове користування за договором прокату за плату, розмір якої визначається тарифами. Водночас ЦК України не проводить такого розмежування, та не визначає, що наймачем за договором прокату повинна бути фізична особа. Більше того, відповідно до ч.2 ст. 788 ЦК України договором можуть визначатися умови використання предмету договору прокату також для виробничих потреб. Отож річ, яка передається за договором прокату, може використовуватися як у побутових, так і виробничих цілях підприємцями. Проте виникає питання, чи усі транспортні засоби можуть бути предметом договору прокату, оскільки договором прокату передбачена можливість використання речі для задоволення і виробничих потреб.

На нашу думку, вибір виду договору майнового найму повинен перш за все враховувати особливості предмету договору. Так оскільки предметом договору прокату є рухома річ, яка за загальним правилом використовується для задоволення побутових невиробничих потреб, то лише за наявності певних ознак та інших особливостей договору, його можна вважати прокатом. Наприклад, договір прокату не може застосовуватися до таких транспортних засобів як повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, на які законом поширюється режим нерухомої речі (зокрема, відповідно до ч.2 ст.1 Закону України „Про іпотеку” правовий режим нерухомого майна поширюється на повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об’єкти).

Другою невіддільною ознакою предмета договору прокату є побутове призначення рухомої речі. Якщо транспортний засіб не може у силу своїх особливостей використовуватися для задоволення побутових невиробничих потреб, до передання його у тимчасове користування наймодавцем–прокатною організацією навіть тоді, коли договором передбачено можливість використання для виробничих потреб, застосовуються положення параграфу 5 ЦК України про найм транспортного засобу.

Близьким до договору оренди транспортного засобу є договір лізингу, предметом якого також можуть бути транспортні засоби. У правничій літературі висловлюються різноманітні точки зору щодо природи лізингу щодо розгляду його як виду договору найму (оренди), договору про продаж товару в кредит з умовою про розстрочення платежу, кредитного договору, договору про надання фінансових послуг, змішаного договору чи окремого виду договору. Проте більшість науковців схиляється до думки, що він є різновидом договору майнового найму, близьким до оренди.

Відповідно до ст.807 ЦК України предметом договору лізингу є неспоживна річ, визначена індивідуальними ознаками, віднесена законодавством до основних фондів. Відповідно до п. 8.2.1. ст.8 Закону України „Про оподаткування прибутку підприємств” від 28 грудня 1994 року, під поняттям "основні фонди" слід розуміти матеріальні цінності, що призначаються платником податку для використання у господарській діяльності платника податку протягом періоду, який перевищує 365 календарних днів з дати введення в експлуатацію таких матеріальних цінностей, та вартість яких перевищує 1000 гривень і поступово зменшується у зв’язку з фізичним або моральним зносом. Отже, до основних фондів можна віднести і транспортні засоби, якщо вони відповідають ознакам, визначеним Законом України „Про оподаткування прибутку підприємств”.

Основними відмінностями, за якими відмежовують договір лізингу від інших видів орендних договорів, більшість науковців вважають можливість участі у договорі лізингу поряд з лізингоодержувачем та лізингодавцем третьої сторони – постачальника (продавця) предмета лізингу, специфічний предмет договору та перехід ризику випадкового знищення або пошкодження предмета лізингу до лізингоодержувача, якщо інше не встановлено договором.

Лізинг торгівельних суден також регулюється главою 2 розділу 6 Кодексу торгівельного мореплавства України (далі – КТМ України). Згідно з ст.215 КТМ України після закінчення визначеного терміну користування до лізингоодержувача переходить право власності на судно. Таким чином, ЦК України та КТМ України передбачають різні конструкції цього договору. ЦК України вбачає особливість лізингу у тому, що предмет договору може бути спеціально придбаний лізингодавцем для лізингоодержувача у продавця (постачальника), який несе відповідальність перед лізингоодержувачем, якщо останній самостійно обирав продавця майна. Якщо його обирав лізингодавець, то вони з постачальником несуть солідарну відповідальність перед лізингоодержувачем за зобов’язаннями щодо продажу предмета лізингу. Таку особливість договору лізингу як наявність у

лізингодавця зобов'язання набути у власність річ у продавця відповідно до встановлених лізингодержувачем специфікацій та умов і передати її у тимчасове користування останньому визначає також Закон України „Про фінансовий лізинг”.

ЦК України передбачає два види лізингу – прямий та непрямий. Аналіз визначення та положень про прямий лізинг у ЦК України не дає підстав встановити його відмінності від звичайного найму (оренди), за винятком особливого предмета договору лізингу, яким можуть бути лише основні фонди.

Як справедливо зазначають дослідники, світовій практиці не отримав поширення договір прямого лізингу. Проаналізувавши визначення непрямого лізингу у ЦК України, можна стверджувати, що це визначення повністю співпадає із договором найму (оренди). Отож, для розмежування договорів найму (оренди) та лізингу, предметом яких можуть бути також транспортні засоби, слід чітко сформулювати особливості договору лізингу, які на нашу думку, повинні характеризувати лише договір непрямого лізингу. Також потребують приведення у відповідність із положеннями про лізинг, що містяться ЦК України, норми КТМ України про лізинг торговельних суден.

Досить важливо також розмежувати договір найму (оренди) транспортного засобу і договір перевезення.

Договір перевезення та договір оренди транспортного засобу, як правило, служать задоволенню потреб суб'єктів цивільних відносин у переміщенні людей, речей тощо. Найкраще їхня схожість простежується у застосуванні договорів щодо надання у користування транспортних засобів із погодинним та кілометражним розрахунком.

Окремі автори зазначають, що перевезення із погодинним та кілометражним розрахунком є договорами найму транспортного засобу із екіпажем. Інші вважають, що договір про надання у користування транспортного засобу на умовах погодинної оплати слід розглядати як договір перевезення чи підряду.

У цій ситуації слід перш за все виходити із того, що основний обов'язок володільця транспортного засобу у договорі перевезення полягає у доставлянні вантажу у відповідний пункт, а у договорі оренди транспортного засобу – наданні самого транспортного засобу, який є приданий для виконання перевезення. Крім того, Левенсон Д.С. вірно пропонує враховувати зобов'язання перевізника щодо збереження вантажу, яке є відсутнім у оренді транспортного засобу, можливість орендаря здійснювати господарське використання предмету договору.

Отже, встановлення критеріїв та ознак розмежування договору найму (оренди) транспортних засобів та інших договорів має важливе науково-практичне значення. Навіть у п.14 Постанови Пленуму Верховного Суду України „Про судову практику в справах про визнання угод недійсними” наголошується, що суд, встановивши, що договір укладений з метою приховати інший, повинен визначити, який договір дійсно укладено між сторонами, який сторони мали на увазі. Вищий господарський суд України у своєму Роз'ясненні „Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням угод недійсними” від 12 березня 1999 року №02-5/111 також вказує на те, що господарський суд повинен розглянути по суті справу із застосуванням правил, які регулюють договір, що сторони мали на увазі.

ЗАМІНА НЕНАЛЕЖНОГО ВІДПОВІДАЧА В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Угриновська О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Неналежним відповідачем є особа, яка не має відповідати за пред'явленим позовом. Це означає, що відповідач, який дійсно є суб'єктом порушених, оспорюваних чи невизнаних матеріальних правовідносин, визнається належним. Тобто належність відповідача визначається насамперед за нормами матеріального права.

У момент порушення справи не завжди достовірно відомо, чи є відповідач належним. Якщо під час судового розгляду буде встановлено, що особа, до якої пред'явлено позов, не повинна відповідати за ним, оскільки не є учасником спірних правовідносин, то суд має у позові відмовити. У свою чергу, позивач мав би знову звертатися до суду із позовом вже до належного відповідача.

Натомість, з метою процесуальної економії та забезпечення ефективного судового розгляду та швидкого захисту порушених прав у цивільному процесуальному законодавстві існує інститут заміни неналежного відповідача. Його сутність полягає у тому, щоб, не припиняючи провадження у справі, замінити неналежного відповідача належним і саме щодо останнього вирішити заявлений позов.

Для цього суд має право:

- за клопотанням позивача провести заміну неналежного відповідача;
- за клопотанням позивача залучити до участі у справі іншу особу як співвідповідача;
- у разі відсутності згоди позивача залучити до участі у справі іншу особу як співвідповідача.

При заміні неналежного відповідача можливі такі варіанти. Перший – судом встановлено, що первісний відповідач є неналежним, і хто є належним – за згодою позивача суд здійснює заміну чи залучення до участі у справі іншої особи як співвідповідача. Другий випадок – якщо за тих самих обставин позивач не згоден на заміну, то суд з метою процесуальної економії притягує належного відповідача як співвідповідача і задовольняє позов щодо належного, відмовляє – щодо неналежного. Третій варіант – позивач згоден на вибуття неналежного відповідача, а належного немає – суд закриває провадження у справі у зв'язку із відмовою позивача від позову. Четвертий варіант – якщо за таких самих обставин позивач не згоден на вибуття неналежного відповідача – справа розглядається по суті і ухвалюється рішення про відмову у задоволенні позову.

Ініціатива щодо заміни неналежного відповідача має виходити від позивача, який повинен подати клопотання. У цьому клопотанні позивач повинен обґрунтувати необхідність такої заміни, а саме чому первісний відповідач є неналежним, і хто є відповідачем належним. Встановлення неналежності первісного відповідача без з'ясування особи, яка повинна відповідати за позовом, не дає можливості провести заміну.

Подання позивачем такого клопотання означає, що він не лише згодний, але й просить про заміну неналежного відповідача належним.

Певну суперечність закладено в останньому реченні ч.1 ст.33 ЦПК України: "У разі відсутності згоди на це позивача суд залучає до участі в справі іншу особу як співвідповідача". Якщо заміна проводиться за клопотанням позивача, то як він може бути не згодний?

З огляду на це речення, можна припустити, що малося на увазі таке: суд може замінити неналежного відповідача належним з власної ініціативи та за згодою позивача, а у разі відсутності згоди на це позивача суд залучає до участі у справі іншу особу як співвідповідача. На жаль, першої частини попереднього речення в законі немає, а як застосовувати другу – незрозуміло.

На нашу думку, останнє речення ч. 1 коментованої статті є зайвим і його слід було б виключити. Воно суперечить загальному правилу про те, що заміна неналежного відповідача відбувається лише за клопотанням позивача. Якщо суд вважає, що відповідач визначений неправильно, суд може інформувати позивача про можливість заміни, але якщо позивач відповідного клопотання не подає, суд повинен розглядати справу далі і відмовляти у позові.

Якщо б суд мав право проводити заміну неналежного відповідача належним з власної ініціативи, це порушувало б принцип диспозитивності цивільного процесу, адже відповідача до справи притягував би суд, а не позивач. Тому вважаємо, що суд повинен розглянути позов щодо тих відповідачів, яких зазначив позивач. Якщо позивач помилився і подав позов до тих, хто за його власним переконанням відповідати за позовом не повинен, або притягнув не всіх, він може клопотати про притягнення належних або додаткових відповідачів і суд повинен задовольнити це клопотання.

Використання у ст. 33 ЦПК України звороту: "Суд за клопотанням позивача замінює первісного відповідача належним відповідачем або залучає до участі у справі іншу особу як співвідповідача" дає підстави вважати, що суд зобов'язаний вчинити одну з двох процесуальних дій:

- замінити неналежного відповідача;
- залучити до участі у справі як співвідповідача іншу особу.

Яку саме з цих дій слід вчинити, визначає суд з урахуванням думки інших осіб, які беруть участь у справі. Так, наприклад, якщо неналежний відповідач не згодний на заміну його належним відповідачем, суд може притягти належного відповідача другим відповідачем. Суд може дійти висновку, що участь у справі неналежного (але причетного до справи) відповідача буде сприяти повному і всебічному розгляду справи, а тому із його заміною не погодитися.

Необхідно чітко розмежовувати пасивну співучасть від права суду залучити до участі у справі іншу особу як співвідповідача у разі відсутності згоди позивача на заміну неналежного відповідача.

Коментована стаття не передбачає як умову заміни відповідача його згоду. Проте в судах позицію неналежного відповідача враховують, якщо він вимагає розгляду справи по суті і прийняття щодо нього рішення про відмову у задоволенні позову як реабілітуючої підстави. Тобто навіть при згоді позивача на вибуття неналежного відповідача з процесу суди враховують думку останнього і, якщо він наполягає на вирішенні справи щодо заявленого до нього позову, вказують у рішенні про відмову у задоволенні позову щодо нього.

Існує думка, що така практика є необґрунтованою, адже сама заміна неналежного відповідача вже означає, що ця особа жодним чином не посягала на права, свободи чи інтереси позивача. Ця підстава сама по собі має реабілітуючий характер.

Водночас, на нашу думку, первісного неналежного відповідача слід залишати у справі, якщо він не дає згоди на його заміну, оскільки він і після визнання його неналежним залишається заінтересованим у справі. Наприклад, первісний неналежний відповідач може бути зацікавлений у відшкодуванні судових витрат, яких він зазнав у зв'язку із пред'явленням до нього необґрунтованого позову до часу заміни. Якщо він вибуває зі справи внаслідок заміни, то судові витрати йому не відшкодуються.

Його заінтересованість може полягати в тому, щоб унеможливити звернення до нього з тотожним позовом в майбутньому, оскільки після заміни неналежного відповідача це не виключається.

Неналежний відповідач може бути зацікавлений у збереженні свого процесуального статусу, щоб мати можливість брати участь в дослідженні доказів або одержувати копії документів, які долучені до справи. Тому, якщо неналежний відповідач не погоджується із його заміною, з метою захисту його інтересів суду доцільно замість заміни відповідача залучити належного відповідача до справи як другого відповідача.

Пункт 2 постанови Пленуму Верховного Суду України "Про практику застосування судами процесуального законодавства при розгляді цивільних справ по першій інстанції" вказує, що відмова у прийнятті заяви недопустима з мотиву пред'явлення позову до неналежного відповідача. У цьому випадку відповідно до правил коментованої статті питання про заміну неналежного відповідача чи залучення до участі у справі іншої особи як співвідповідача вирішує суд.

Верховний Суд України зауважив, що притягнення судом до участі у справі як відповідачів банку (замість його філії) та місцевої ради (замість її виконавчого органу), до повноважень яких належить вирішення спірних питань, не можна вважати заміною відповідачів, яку необхідно погоджувати з позивачем відповідно до коментованої статті.

Якщо позов про відшкодування шкоди, заподіяної при зіткненні автотранспортних засобів різних володільців (іншій особі, а не володільцю), пред'явлено до одного із володільців цих засобів, суд, з огляду на те, що у таких випадках перед потерпілими володільцями цих засобів несуть солідарну відповідальність, має роз'яснити позивачеві його право заявити зазначені вимоги і до інших володільців джерел підвищеної небезпеки.

Якщо позивач не заявив про притягнення до участі у справі інших володільців як співвідповідачів, суд може з своєї ініціативи притягти їх до участі у справі як третіх осіб на стороні відповідача і з врахуванням вибору позивача покласти обов'язок щодо відшкодування шкоди на обраного позивачем боржника за солідарним обов'язком, який після виконання солідарного зобов'язання має право зворотної вимоги до кожного з решти володільців джерел підвищеної небезпеки.

Якщо при розгляді справи за заявою спеціальних органів по боротьбі з корупцією та організованою злочинністю (їх перелік наведено у ч. 1 ст. 9 та ч. 1 ст. 10 Закону України від 30 червня 1993 р. "Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю") про визнання ордеру, угоди недійсними суд установить, що заяву подано не на підставі матеріалів оперативно-розшукової діяльності чи кримінальної справи, він вирішує питання про заміну неналежної сторони за правилами коментованої статті.

У разі заміни відповідача або притягнення додаткового відповідача справу починають розглядати спочатку лише за їх клопотанням. При цьому, якщо таке клопотання було заявлено, суд зобов'язаний розпочати розгляд справи спочатку. Усі докази у цій ситуації слід досліджувати заново.

Слід зазначити, що на відміну від ЦПК 1963 р., у чинному ЦПК не йдеться про заміну неналежного позивача. Це пов'язано із тим, що заміна позивача суперечила принципу диспозитивності. Позивач може бути змінений лише внаслідок процесуального правонаступництва.

Заміна неналежного відповідача або притягнення другого відповідача допускається лише до ухвалення рішення суду. Це питання вирішується ухвалою суду, яка оформлюється окремим документом і надсилається належному відповідачу (другому відповідачу) і є підставою для його участі у процесі. Заміна може бути проведена також у стадії попереднього судового розгляду. Заміна відповідача є безумовною підставою для відкладення розгляду справи.

Законодавством не передбачено можливості заміни заміненого відповідача. Така ситуація може виникнути, якщо під час вирішення питання про заміну первісного неналежного відповідача належним суд припустився помилки. Ця помилка може полягати у заміні належного відповідача (тоді той відповідач, який вступає в процес на заміну, є неналежним, отже, потребує заміни) або в заміні неналежного відповідача іншим, але теж неналежним відповідачем.

На нашу думку, у цих випадках можна проводити повторну заміну неналежного відповідача.

Інститут заміни неналежного відповідача слід відрізнити від притягнення до участі у справі інших відповідачів. Так, якщо під час розгляду справи буде встановлено, що крім відповідача відповідати за позовом повинні ще й інші особи, ці особи можуть бути притягнуті до участі у справі як співвідповідачі. При цьому, на відміну від заміни неналежного відповідача, попередній відповідач у справі залишається.

На нашу думку, притягнення до справи іншого, додаткового, відповідача має відбуватися лише за заявою позивача з урахуванням вимог ст. 32 ЦПК України. Оскільки відповідача називає саме позивач, то, на нашу думку, суд не може відмовити у прийнятті такої заяви про уточнення складу відповідачів, якщо при цьому є передбачені законом підстави для участі у справі співвідповідачів.

Законом не визначено правові наслідки притягнення до справи додаткового відповідача за заявою позивача. На нашу думку, за аналогією закону слід керуватися ч. 2 коментованої статті, яка передбачає наслідки залучення до справи відповідача з ініціативи суду. Тому, якщо заявою позивача до участі у справі залучено додаткового відповідача, на його вимогу розгляд справи слід розпочинати спочатку.

Заміна неналежного відповідача може призвести до зміни територіальної підсудності справи. В такому випадку суд вправі на підставі п. 2 ч. 1 ст. 116 ЦПК України передати справу на розгляд іншого суду.

**ТИПИ АКЦІЙ ЗА УКРАЇНСЬКИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ:
ПЕРСПЕКТИВИ ВДОСКОНАЛЕННЯ***Хорт Ю.**Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого*

Нещодавно було прийнято у новій редакції Закон України "Про цінні папери і фондовий ринок" від 23 лютого 2006 р. № 3480 – IV, який вносить цілу низку нових положень щодо регулювання акцій. Відповідні нововведення вимагають правового осмислення.

Згідно з ч.5 ст.6 Закону "Про цінні папери і фондовий ринок" акціонерне товариство (*далі – АТ*) розміщує акції двох типів – прості та привілейовані.

Прості акції – це акції, які не надають яких-небудь спеціальних прав. Держатель простих акцій наділяється стандартним комплексом прав, які не вимагають спеціального закріплення (вони витікають із положень закону). Власники простих акцій мають право на отримання частини прибутку АТ у вигляді дивідендів та право на отримання частини майна акціонерного товариства у разі його ліквідації, право на управління акціонерним товариством, а також володіють немайновими правами, передбаченими Цивільним кодексом України.

Привілейовані акції являють собою особливу категорію акцій, власники яких володіють певними привілеями порівняно з власниками простих акцій. Ці привілеї полягають у наявності переважних, стосовно власників простих акцій, прав на отримання частини прибутку акціонерного товариства у вигляді дивідендів та на отримання частини майна акціонерного товариства у разі його ліквідації. Збільшення обсягу майнових прав власників привілейованих акцій тягне за собою зменшення обсягу їх немайнових прав. Це означає, що фінансові переваги власників привілейованих акцій врівноважуються наданням широкого кола прав на управління товариством власникам простих акцій. Як правило, власники привілейованих акцій позбавляються або обмежуються в праві голосувати на загальних зборах АТ. Але згідно з чинним законодавством обсяги «привілеїв» та «обмежень» власників привілейованих акцій фіксуються у статуті. Отже, цілком можлива ситуація, коли власники привілейованих акцій можуть не лише мати фінансові переваги перед власниками простих акцій, але й брати активну участь в управлінні товариством. Як бачимо, наявне певне порушення балансу інтересів власників простих і привілейованих акцій у бік останніх. На нашу думку, слід законодавчо закріпити, що власники привілейованих акцій мають право голосу лише у випадках, прямо передбачених законом. Частка привілейованих акцій у статутному капіталі акціонерного товариства не може перевищувати 25 відсотків.

Більшість АТ, як правило, випускають один тип акцій (прості). Випуск привілейованих акцій характерний для ВАТ. Він проводиться з метою залучення додаткових інвесторів, не зацікавлених в управлінні компанією.

Новелою нової редакції Закону "Про цінні папери і фондовий ринок" є закріплення можливості випуску за АТ привілейованих акцій різних класів. До простих акцій це правило не застосовується. Акціонерне товариство розміщує привілейовані акції різних класів (з різним обсягом прав), якщо така можливість передбачена його статутом. У такому разі умовою їх розміщення є черговість отримання дивідендів і виплат з майна ліквідованого товариства для кожного класу привілейованих акцій, розміщених акціонерним товариством, яка встановлюється статутом товариства.

Але передбачивши можливість випуску різних класів привілейованих акцій, законодавець не встановив належних гарантій захисту прав акціонерів (власників як простих акцій, так і привілейованих).

По-перше, законодавець не вніс відповідні зміни до ст.154 Цивільного кодексу України, ч.3 ст.82 Господарського кодексу України, ст. 37 Закону України "Про господарські товариства" від 19 вересня 1991 р. №1576 – XII, які передбачають вимоги щодо відомостей, що повинні міститися у статуті акціонерного товариства. Зокрема, у ньому повинні зазначатися відомості не лише щодо категорій акцій (прості та привілейовані), а й відомості щодо класів акцій (якщо такі існують). За умови існування декількох класів привілейованих акцій, у статуті повинні окремо вказуватися права акціонерів кожного класу, а також їх обмеження чи наявність привілеїв. Крім того, якщо

привілейовані акції можуть конвертуватися у прості акції, чи інший клас привілейованих акцій, відповідні відомості також повинні бути зазначені у статуті, а саме: порядок проведення такої конвертації, в тому числі кількість, категорія (тип) акцій, в які вони конвертуються та інші умови конвертації

По-друге, згідно з чинним законодавством всі акції незалежно від типу (проста чи привілейована акція) та класу (у рамках привілейованих акцій) продаються за однаковою номінальною вартістю, що на нашу думку, не зовсім є справедливим, оскільки власники різних типів акцій мають різний набір прав, несуть різні ризики, а, отже, і повинні продаватися за різною вартістю. У законодавстві Російської Федерації передбачається, що однакову номінальну вартість мають лише звичайні акції (ст.25 Закону РФ "Про акціонерні товариства" від 26 грудня 1995 р.). Отже, привілейовані акції можуть продаватися за іншою номінальною вартістю, відмінною від номінальної вартості простих акцій. Крім того, різні класи привілейованих акцій залежно від набору привілеїв, обмежень, закладених в них, можуть випускатися також за різною вартістю. Як бачимо, спостерігається поступовий відхід від однакової номінальної вартості всіх акцій. За такого стану справ частково втрачається і значення номінальної вартості. Більш надійний захист різних груп акціонерів забезпечило б запровадження акцій без номінальної вартості, які враховували б всі особливості різних типів акцій.

По-третє, згідно з ч.8 ст.6 Закону "Про цінні папери і фондовий ринок" залежно від умов розміщення привілейовані акції певних класів можуть бути конвертовані у прості акції або у привілейовані акції інших класів. Процес конвертації являє собою обмін одних цінних паперів на інші. Однак особливості, зокрема порядок, умови проведення такої конвертації, кількість привілейованих акцій, які може бути конвертовано, зміна умов конвертації та ряд інших питань чинним законодавством не регламентовано, що відповідно може негативно зумовлюватися на надійності захисту прав акціонерів, власників як простих акцій, так і привілейованих від можливих порушень. В той час, як у Російській Федерації норми, що регулюють конвертацію акцій, виділені в окремий розділ Стандартів емісії цінних паперів і реєстрації проспектів цінних паперів, затвердженої Наказом Федеральної служби за фінансовими ринками від 16 березня 2005 р. № 05-4 та загальні засади проведення конвертації передбачені ст.32 Закону РФ "Про акціонерні товариства" від 26 грудня 1995 р.

Отже, враховуючи позитивні риси Закону "Про цінні папери і фондовий ринок", слід зазначити, що ряд його положень потребують серйозної доробки, зокрема щодо належної регламентації конвертації акцій, а також необхідно привести інші нормативні акти, які регулюють обіг акцій, у відповідність із вказаним законом.

ЗАСТЕРЕЖЕННЯ ПРО ЗМІНУ СПАДКОВОГО ДОГОВОРУ

Шама Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

При укладенні спадкового договору спадкодавець може передбачити застереження про зміну спадкового договору шляхом вчинення іншого розпорядження на випадок смерті.

Така можливість є допустимою, виходячи з принципу свободи договору, згідно якої сторони є вільними, зокрема у визначенні умов договору з урахуванням вимог цивільного законодавства, а тому й можуть передбачити застереження про зміну цих умов. Крім того можливість застосування такого застереження не суперечить сутності спадкового договору, оскільки наслідком його укладення є зв'язаність спадкодавця вчиненням ним розпорядженням на випадок смерті, і включення до договору такого застереження про зміну розглядається не як втрата зробленим ним в спадковому договорі розпорядженням на випадок смерті обов'язкового характеру, а визнається лише пом'якшеною формою такої зв'язаності спадкодавця.

Проте надання спадкодавцеві права застерегтися у спадковому договорі щодо можливості внесення певних змін не слід розглядати як право, яке є абсолютним і нічим необмеженим. Щодо такого застереження повинні бути встановлені певні межі, інакше це може призвести, по-перше, до втрати спадковим договором своєї сутності, а по-друге, до порушення прав договірному спадкоємця.

Вихідною точкою при встановленні меж застереження про зміну повинна бути сутність спадкового договору як інституту спадкового права, який дає можливість спадкодавцю розпорядитися майном на випадок смерті, залишаючи при цьому зв'язаним цим розпорядженням. Тому при встановленні меж застереження про зміну треба враховувати те, що сутність спадкового договору не дозволяє повністю відмінити його обов'язковість, в іншому ж випадку йтиметься вже не про договір, а про одностороннє розпорядження на випадок смерті – заповіт.

З огляду на це, застереження про зміну є допустимим лише тоді, коли спадкодавець до певної міри залишається зв'язаним вчиненням ним розпорядженням, тобто спадковий договір залишається для нього обов'язковим.

Але щоб встановити, чи це дійсно так, необхідно з'ясувати, що взагалі треба розуміти під поняттям "обов'язковість" стосовно спадкового договору.

Обов'язковість спадкового договору проявляється в тому, що спадкодавець більше не може довільно розпоряджатися на випадок смерті. Через договірні розпорядження, які містяться у спадковому договорі, він обмежує свою свободу заповіту. Зі сторони спадкодавця обов'язковість спадкового договору виражається у втраті правоздатності, а зі сторони його контрагента – у набутті відповідного права, яке в подальшому не може бути відмінене. Тому застереження про зміну не може йти далі того, щоб за допомогою нього спадкодавець повністю відновив свою свободу заповіту. Застереження повинно мати певні межі, щоб ще взагалі можна було говорити про право того, на чию користь договором встановлено право спадкування.

В літературі висловлювалася думка про те, що у спадковому договорі можна зробити так зване повне застереження, яке надає право спадкодавцю повністю відмінити договірні розпорядження.

Однак ми не погоджуємося з таким підходом. Враховуючи вищенаведені положення, ми вважаємо, що повне застереження про зміну, тобто таке застереження, що дає право спадкодавцю без жодних обмежень і за будь-яких обставин змінити ті розпорядження у спадковому договорі, які свідчать про наявність між сторонами саме договірних відносин і завдяки яким спадковий договір зберігає свою обов'язковість, не допускається. Застереження про зміну може бути допустимим лише у випадку, якщо воно не дає права спадкодавцю повністю змінити зміст спадкового договору.

В літературі також висловлювалася позиція, згідно якої для того, щоб можна було говорити про наявність спадкового договору, достатньо, щоб у ньому було щонайменше одне розпорядження без застереження про зміну. З цього слідує, що у спадковому договорі повинно бути зроблено не одне обов'язкове для нього розпорядження на випадок смерті – договірне призначення спадкоємця, а два. Це необхідно для того, щоб дотримати умов застосування застереження про зміну: щодо одного розпорядження буде зроблено застереження, інше ж – залишиться не застереженим.

Таке, зокрема може мати місце при укладенні двостороннього спадкового договору між подружжям, бо лише у цьому випадку можливою є наявність одночасно двох договірних розпоряджень на випадок смерті:

1. взаємне призначення подружжям один одного спадкоємцями;
2. призначення кінцевих спадкоємців, які закликалися б до спадкування після того з подружжя, хто помре останнім.

В даному випадку перше розпорядження буде обов'язковим і не може бути застереженим, а щодо другого розпорядження спадкодавець може застерегтися, залишивши за собою право змінити кінцевих спадкоємців.

Проте, на нашу думку, й такий підхід не можна вважати абсолютно вірним з огляду на те, що хоча й є вимога про необхідність наявності у спадковому договорі хоча б одного договірних розпорядження без застереження, що вже не позбавить спадкового договору змісту, але застосування спадкодавцем включеного в договір застереження нічим не обумовлено. А це означає, що спадкодавець в будь-який час і за будь-яких обставин може скористатися правом на зміну, яке він за собою залишив, зсилаючись на застереження.

У зв'язку з цим був запропонований інший підхід до вирішення проблеми меж застереження про зміну, який на даний час є пануючим. Згідно цієї точки зору, застереження про зміну є допустимим, причому воно не суперечить сутності спадкового договору, коли його застосування можливе лише при наявності точно визначених умов. Таке застереження може навіть охоплювати весь спадковий договір, а також при такому застереженні допускається відміна окремого договірних розпорядження без його наступної заміни іншим.

Ми підтримуємо цю позицію і вважаємо її вірною, оскільки саме наявність певних передумов для застосування застереження про зміну слугує для контрагента спадкодавця гарантією, що договірне розпорядження на випадок смерті не буде змінене чи відмінене самовільно спадкодавцем в будь-який час.

Таким чином, допустимим є лише те застереження про зміну, яке може бути застосоване за наявності певних точно визначених умов.

Допустимі застереження про зміну спадкового договору можна поділити на такі групи:

1. Застереження про зміну за певних визначених умов чи з обмеженням строку:

а) при спадковому договорі, укладеному між подружжям, може бути зроблене застереження щодо вільної зміни призначення кінцевих спадкоємців тим з подружжя, хто пережив іншого:

- той з подружжя, хто пережив іншого, залишає за собою право довільно відмінити чи змінити свої розпорядження в односторонньому порядку;
- тому з подружжя, хто пережив іншого, надається право на власний розсуд після смерті того з подружжя, хто помер першим, встановити заповідальний відказ на користь їхніх дітей, які не призначені кінцевими спадкоємцями, за рахунок дітей, які призначені кінцевими спадкоємцями;
- той з подружжя, хто пережив іншого, залишає за собою право змінити чи відмінити ці призначення в односторонньому порядку шляхом вчинення розпорядження як за життя, так і на випадок смерті.

б) при спадковому договорі, укладеному між подружжям, з призначенням кінцевих спадкоємців можливість застосування застереження про зміну пов'язана з певними точно визначеними умовами:

- той з подружжя, хто пережив іншого, залишає за собою право шляхом вчинення одностороннього призначення збільшити частки у спадщині тих нащадків, які з ним гідно поводитися, і позбавити права спадкування тих з них, які негідно з ним поводитися;
- той з подружжя, хто пережив іншого, отримує право у випадку повторного одруження розпорядитися своїм майном у випадку, якщо він повинен розподілити з їхніми спільними нащадками майно, успадковане від того з подружжя, хто помер першим;
- застереження про зміну "у випадку зміни обставин".

2. Обмеження застереження про зміну за колом осіб:

а) призначення кінцевих спадкоємців є таким, що може бути змінене, але в якості спадкоємців не можна призначати інших, ніж спільні нащадки, осіб;

б) надання за заповідальним відказом права на житло та речі домашнього вжитку лише новому чоловікові (дружині) того з подружжя, хто пережив іншого;

в) той з подружжя, хто пережив іншого, залишає за собою право змінити чи відмінити існуюче призначення кінцевих спадкоємців, але не може ні встановити права спадкування, ні заповідального відказу на користь родичів чоловіка (дружини).

3. Обмеження застереження про зміну щодо певних речей:

а) обов'язковість поширюється на призначення кінцевих спадкоємців, але не на майно, яке той з подружжя, хто пережив іншого, отримав в порядку спадкування після смерті того з подружжя, хто помер першим; тому він може вільно розпорядитися шляхом покладення заповідального відказу на кінцевих спадкоємців;

б) той з подружжя, хто пережив іншого, може розпорядитися на випадок смерті збереженим на момент смерті того з подружжя, хто помер першим, будинком та земельною ділянкою лише на користь одного чи кількох їхніх спільних нащадків; на інше майно таке застереження не поширюється.

4. Застереження, що обмежує становище спадкоємців, при збереженні мінімального становища:

а) поряд з особою, яка призначена єдиним спадкоємцем, на підставі застереження інші особи можуть бути призначені співспадкоємцями щодо встановленої частки;

б) допустимим є застереження про встановлення заповідального відказу за рахунок кінцевих спадкоємців та призначення виконавця розпоряджень на випадок смерті.

ПРАВО В СИСТЕМІ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Шевердіна О.

Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого

Важливість теоретичного та практичного значення державного регулювання господарської діяльності зумовлена тим, що розв'язання цієї проблеми дає змогу визначити правову сутність державного регулювання, коло ознак цього явища, відмежувати державне регулювання від таких понять, як державне управління, державне втручання тощо.

Для ефективного регулювання підприємництва воно потребує належного рівня правового забезпечення. Останнім часом прийнята значна кількість нормативно-правових актів, що складають правову основу державного регулювання підприємництва. Центральним у системі цих актів є Господарський кодекс України, глава 2 якого визначає основні напрямки і форми участі держави і органів місцевого самоврядування в сфері господарювання, в тому числі засоби державного регулювання господарської діяльності (ст.12), державний контроль і нагляд за господарською діяльністю (ст.19), особливості управління господарською діяльністю в державному секторі (ст. 22). Найважливішу роль в цьому напрямку було прийняття Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» від 11 вересня 2003 року.

Як вже було відмічено вище, в сучасному суспільстві держава в особі державних органів здійснює важливі повноваження щодо впливу на суб'єктів підприємницької діяльності. Існує досить багато засобів, які використовуються державою безпосередньо або опосередковано щоб впливати на них.

Найважливішу роль в системі таких засобів відіграють юридичні (правові) засоби. Право оцінюється як засіб (інструмент) для вирішення практично вирішальних задач суспільства, для задоволення інтересів людей. Такий підхід в юридичній науці називають інструментальним, в рамках якого і досліджуються правові засоби. Очевидно, що право є засобом, за допомогою якого держава може забезпечити належне регулювання господарської діяльності.

Правове забезпечення державного регулювання в сфері економіки визначається як надання правової форми засобам, за допомогою яких здійснюється державне регулювання економіки.

Так, згідно ч.2 ст.12 ГК України основними засобами регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання є:

- державне замовлення, державне завдання;
- ліцензування, патентування і квотування;
- сертифікація та стандартизація;
- застосування нормативів та лімітів;
- регулювання цін і тарифів;
- надання інвестиційних, податкових та інших пільг;
- надання дотацій, компенсацій, цільових інновацій та субсидій.

Основний же спосіб, за допомогою якого держава здійснює регулювання в сфері підприємництва, – видання нормативно-правових актів, що мають регулювати діяльність підприємств. Зокрема, це здійснюється у формі видачі регулятивних актів, які згідно Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» від 11 вересня 2003 року:

А) прийняті уповноваженим регуляторним органом нормативно-правові акти, які або окремі положення яких спрямовані на правове регулювання господарських відносин, а також адміністративних відносин між регуляторними органами або іншими органами державної влади та суб'єктами господарювання;

Б) прийняті уповноваженим регуляторним органом інші офіційні письмові документи, які встановлюють, змінюють чи скасовують норми права, застосовуються неодноразово та щодо невизначеного кола осіб і які або окремі положення яких спрямовані на правове регулювання

господарських відносин, а також адміністративних відносин між регуляторними органами або іншими органами державної влади та суб'єктами господарювання, незалежно від того, чи вважаються ці документи відповідно до закону, що регулює відносини у певній сфері, нормативно-правовими актами.

Найважливішою формою державного регулювання господарської діяльності є нормотворча діяльність держави, прийняття правових норм з регулювання господарських відносин по горизонталі і вертикалі, визначення загальних правил здійснення і організації господарської діяльності. Закони і інші нормативно-правові акти створюють необхідний юридичний режим забезпечення публічних інтересів в сфері економіки.

Об'єктом охорони можуть бути інтереси національної економіки, державні потреби, економічні інтереси територіальних утворень, вимоги до видів діяльності, якості товарів і послуг, інтереси об'єднань груп власників або власників взагалі, інтереси споживачів.

В сучасних умовах в Україні в цілому розроблений і законодавчо закріплений господарсько-правовий інструментарій державного регулювання господарської діяльності в Господарському кодексі України, який визначає основні положення правового регулювання господарських відносин, що складаються як по горизонталі, так і по вертикалі.

Господарський кодекс являється стержневим кодифікаційним актом в системі господарського законодавства, що забезпечує державне регулювання господарської діяльності.

Практика законотворчої діяльності також пішла по шляху розробки і прийняття законів про державне регулювання окремих сфер підприємницької діяльності, наприклад, Закони України "Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні" від 30.10.1996 р., "Про фінансові послуги і державне регулювання ринку фінансових послуг" від 12.07.2001 р. і ін..

При здійсненні регулюючого впливу на підприємницьку діяльність за допомогою норм господарського права задається певний напрямок розвитку і встановлюються його межі. Зокрема, встановлюються цілі, форми державного регулювання.

Державні господарсько-правові норми представляють не тільки Закони Верховної Ради, а й Укази Президента України, Постанови Уряду. Їх було видано від імені держави для захисту державних або суспільних інтересів. Відомчі господарсько-правові норми означають накази, інструкції та розпорядження міністерства або іншого органу управління із захисту галузевих і корпоративних інтересів. Відомчі господарсько-правові норми республіканського призначення нерідко суперечать господарському законодавству. Галузеві і корпоративні інтереси обмежують державні пріоритети як на внутрішньому, так і на зовнішньому ринку, підривають державну й економічну основу країни, руйнують фінансово-грошову систему держави. Регіональні господарсько-правові норми включають рішення або розпорядження місцевих органів влади і управління. Вони виражають локальні інтереси певних регіонів, територій або адміністративних утворень. Регіональні правові норми нерідко ставлять за мету захистити інтерес конкретної області на шкоду державним інтересам. Нормотворчість підприємств, організацій і установ включає накази, інструкції або інші документи з регулювання локальних проблем, організації управління і діяльності конкретного підприємства. Нібито стабільне і конструктивне господарське право слід відродити на нових професійних засадах. Основу господарських зв'язків і міждержавного спілкування мають становити якісно оновлені закони. Їм слід пройти довгий і складний шлях перш ніж вони стануть професійними і корисними. Цей шлях включає три реформістські стадії розвитку законодавства.

На першій стадії законам потрібно повністю очиститися від побічних шкідливих явищ і наслідків неефективної правової системи. Законодавство цього періоду зобов'язане заборонити апаратів управління змінювати зміст і цілі законів. Коректувати закон має право лише парламент республіки. Реалізація цього правила обмежить активність відомчої нормотворчості, мінімізує обсяг галузевої правової продукції, захистить закони від руйнування апаратом управління. Законодавчий орган зобов'язаний установити ретельний контроль за ефективністю дії прийнятих законів. При їхній недосконалості парламенту необхідно з'ясувати причини законодавчого браку і вжити термінових заходів щодо його усунення.

На другій стадії закони набудуть плідних властивостей ринкового господарсько-правового регулювання. Це – доступність викладення, прозорість змісту і нескладність уживання законодавства; надійний захист прав, свобод і інтересів підприємця та населення; взаємна відповідальність власника і держави.

Третя стадія представить бездоганну досконалість законів розвитку ринкової економіки. Це буде аргументоване, апробоване і кодифіковане господарське законодавство правової держави. Функції законів ринкової економіки – виключити свавілля бюрократії і диктат владних структур в економіці, відділити її від політики, зняти обмеження та заборони на шляху суб'єктів господарювання. При формуванні господарського законодавства слід враховувати практику розвинених країн щодо створення й організації правового забезпечення господарської ринкової інфраструктури. В умовах правової державності і ринкового господарювання законодавство набуває особливого значення. Основою будь-якої державної або господарської ініціативи повинен бути закон. Саме закон має бути мотором, який запустить у дію господарсько-правовий механізм реформи.

Хоча державне регулювання підприємницької діяльності ґрунтується на законодавстві, однак не вичерпується ним, оскільки це складний процес, що охоплює комплекс різноманітних організаційно-правових заходів. Організаційний аспект державного регулювання виявляється в створенні певних державних органів і наділенні їх відповідними повноваженнями для цілеспрямованого впливу на економічні відносини та підприємницьку діяльність.

Самі по собі правові засоби, закріплені у чинному законодавстві, не можуть забезпечити підприємницьку діяльність без відповідного і високоякісного організаційного механізму щодо їх застосування у практиці, що включає наявність певної організаційної структури, повноважень відповідних органів, належної компетенції їх кадрів тощо. Для досягнення організованості правових засобів недостатньо лише нормативної регламентації, а необхідне належне їх застосування, що неможливо без організаційного аспекту, тобто ефективного функціонування державних органів, які застосовують правові засоби. Закон України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» від 11 вересня 2003 року закріпив перелік регуляторних органів в Україні. Туди входять: Верховна Рада України, Президент України, Кабінет Міністрів України, Національний банк України, Національна рада України з питань телебачення і радіомовлення, інший державний орган, центральний орган виконавчої влади, Верховна Рада Автономної Республіки Крим, Рада міністрів Автономної Республіки Крим, місцевий орган виконавчої влади, орган місцевого самоврядування, а також посадова особа будь-якого із зазначених органів, якщо відповідно до законодавства ця особа має повноваження одноособово приймати регуляторні акти. До регуляторних органів також належать територіальні органи центральних органів виконавчої влади, державні спеціалізовані установи та організації, некомерційні самоврядні організації, які здійснюють керівництво та управління окремими видами загальнообов'язкового державного соціального страхування, якщо ці органи, установи та організації відповідно до своїх повноважень приймають регуляторні акти.

Значний масив законодавства про підприємництво, складність управлінських рішень, що закріплюються правом, спричинює неможливість регулювання підприємницької діяльності без організаційного впливу відповідних державних органів. Організаційні заходи становлять правоорганізуючу функцію діяльності, розробка і фактичне здійснення яких спрямовані на забезпечення реалізації правових норм. Результативність правових засобів у досягненні поставленої мети залежить не тільки від їх фіксації в законодавстві, але й значно більшою мірою – від належної організації їх застосування, що включає визначення компетенції відповідних органів, наділених такими повноваженнями, оптимальний вибір правового засобу, додержання вимог процесуального законодавства, забезпечення виконання рішень, що приймаються компетентними органами, тощо.

**ОСОБЛИВОСТІ НАБУТТЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА
НЕРУХОМЕ МАЙНО***Яворська О.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Поділ речей в цивільному обороті на нерухомі і рухомі є традиційним і правове регулювання їх обороту має глибоке історичне коріння. В ЦК України такий поділ закріплено у ст. 181. Цим самим законодавець повернувся до існуючої класифікації на відміну від цивільного законодавства радянського періоду. Адже ще у ЦК УРСР 1922 р. (ст. 21) поділ майна на нерухоме і рухоме був скасований із скасуванням приватної власності на землю. Базовою ознакою поділу речей на нерухомі і рухомі є їх зв'язок із землею. Так, нормою частини 1 ст. 181 ЦК України визначено що до нерухомих речей (нерухоме майно, нерухомість) належать земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення. Аналогічно нерухоме майно (нерухомість) визначено у ст. 1 Закону „Про іпотеку”, ст. 2 Закону „Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень”. Фізичні параметри окремих речей як нерухомості визначені в законодавчих актах. Наприклад, земельна ділянка – ст. 373 ЦК України, ст. 79 ЗК. Земельна ділянка – це частина земної поверхні з установленими межами, певним місцем розташування, з визначеними щодо неї правами. Право власності на земельну ділянку поширюється в її межах на поверхневий (грунтовий) шар, а також на водні об'єкти, ліси і багаторічні насадження, які на ній розташовані. Право власності на земельну ділянку розповсюджується на простір, що знаходиться над та під поверхнею ділянки на висоту і на глибину, необхідні для зведення житлових, виробничих та інших будівель і споруд. Врегульовуючи відносини щодо користування земельною ділянкою (гл. 15 ЗК), законодавець вже не фіксує цих фізичних параметрів.

У ст. 380 ЦК України визначено, що житловим будинком є будівля капітального типу, споруджена з дотриманням вимог, встановлених законом, іншими нормативно-правовими актами і призначена для постійного у ній проживання. Новим об'єктом нерухомості за ст. 381 ЦК України є садиба – земельна ділянка разом з розташованими на ній житловим будинком, господарсько-побутовими будівлями, наземними і підземними комунікаціями, багаторічними насадженнями. Що стосується квартири як об'єкта прав, то її фізичні параметри не настільки чітко окреслені. Квартирою є ізольоване помешкання в житловому будинку, призначене та придатне для постійного у ньому проживання. Фізичні параметри квартири як об'єкта прав не визначені, що породжує практичні проблеми: можливість зміни фасаду, віконних конструкцій, добудови, перебудови балконів, лоджій тощо у приватній квартирі багатоквартирного будинку. В Законі „Про приватизацію державного житлового фонду” йдеться про норму приватизації – 21 кв. м загальної площі без зазначення „глибини” поширення права власності на підлогу, стелю, стіни. Це в свою чергу породжує проблеми співвідношення фізичних параметрів об'єктів у багатоквартирному будинку. На практиці ні в кого не виникає сумнівів, що квартира у багатоквартирному будинку є нерухомим майном, хоча такий об'єкт не має безпосереднього зв'язку із земельною ділянкою і не має чітких фізичних параметрів як об'єкт прав.

У ст. 181 ЦК України зазначено, що режим нерухокої речі може бути поширено законом не повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об'єкти, а також інші речі, права на які підлягають державній реєстрації. Прикладом такого законодавчого поширення режиму нерухокої речі на інші об'єкти є положення частини 1 ст. 1 Закону „Про іпотеку”. Законодавством багатьох зарубіжних країн зазначені об'єкти прямо віднесені до нерухомості.

Поняттями „нерухомість”, „ринок нерухомості”, „суб'єкт ринку нерухомості”, „ріелтерська фірма”, „ріелтерська діяльність” широко оперують як на побутовому рівні так і в економічній і в правовій літературі. Правове регулювання відносин в цій сфері суспільних відносин є досить інтенсивним і характеризується прийняттям в останні роки значної кількості як законів так і підзаконних нормативних актів. Як приклади можемо навести низку законів, що регулюють відносини, пов'язані з іпотекою – „Про іпотеку”, „Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати”, „Про іпотечні облигації” тощо; закони, спрямовані на врегулювання інвестиційної діяльності при будівництві житла, зокрема, Закон „Про

фінансово-кредитні механізми та управління майном при будівництві життям та операціях з нерухомістю”. Проте в жодному законодавчому акті не визначені зазначені вище поняття. Більше того, діяльність професійних посередників на ринку нерухомості – ріелтерських фірм – фактично здійснюється в повному правовому вакуумі. В економічно розвинутих країнах така діяльність ліцензується. Режим ліцензування дозволяє не допустити на ринок випадкових суб’єктів, які не мають належних фахових знань. Як засвідчує практика наших умов при вирішенні проблемних питань між клієнтом та ріелтерською фірмою клієнт залишається сам на сам, інколи стаючи жертвою в прямому розумінні нефаховості, а то й зловживань при здійсненні операцій з нерухомістю. В основі взаємовідносин „клієнт – ріелтер” лежить договір про надання послуг. Правове регулювання зобов’язальних правовідносин сторін, що виникають з таких договорів, здійснюється в рамках ЦК України – гл. 63, хоча окремого різновиду такого договору не виділено. Доцільно провести паралель з правовим регулюванням аудиторської діяльності, правові засади здійснення якої визначені Законом “Про аудиторську діяльність”, цілим рядом підзаконних нормативних актів, звичаями ділового обороту тощо. Індивідуальне регулювання договірних відносин сторін „аудиторська фірма – клієнт” конкретизується в договорі про надання аудиторських послуг. У правозастосувальній діяльності вироблено типові підходи, форми укладення таких договорів. Доречно зазначити, що правове регулювання договірних відносин сторін здійснюється в рамках загальних положень гл. 63 ЦК України. За такою схемою повинні бути врегульовані відносини між ріелтерськими фірмами та особами, що звертаються до їхніх послуг. Окрім того на споживачів таких послуг має поширюватися законодавство про захист прав споживачів.

Правовий режим нерухомості визначається як приватно – правовими так і публічно-правовими методами регулювання. У ст. 182 ЦК України передбачено, що право власності та інші речові права на нерухомі речі, обмеження цих прав, перехід і припинення підлягають державній реєстрації, яка носить публічний характер. Правові засади державної реєстрації визначені Законом „Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обмежень” та Тимчасовим положенням про порядок державної реєстрації прав власності на нерухоме майно. Державна реєстрація прав на нерухоме майно та їх обмежень, за визначенням ст. 2 Закону є офіційним визнанням і підтвердженням державою фактів виникнення, переходу або припинення речових прав на нерухоме майно та їх обмежень, що супроводжується внесенням даних до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно та їх обмежень. Нез’ясованою є правова значимість (природа) державної реєстрації, яка породжується різними законодавчими підходами. Так із наведеного законодавчого визначення випливає певна неясність: з допомогою державної реєстрації визнається чи підтверджується право на нерухомість? Якщо визнається, то факт державної реєстрації слід розцінювати як завершальний в юридичному складі, з якого виникає право власності на нерухомість. Якщо підтверджується то, отже, право власності мало б уже виникнути і з допомогою державної реєстрації воно лише підтверджується з видачею відповідних підтверджуючих документів: свідоцтва про державну реєстрацію (ст. 26 Закону). Аналіз норм ЦК України теж дає підстави для різних висновків. Так із частини 1 ст. 182 ЦК України випливає, що реєструються виникнення, перехід і припинення права власності та інших речових прав. Тобто такі права в часі або виникли або їх перенесено на інших суб’єктів або вони припинилися до моменту самої державної реєстрації. Проте у частині 2 ст. 331 йдеться про те що, якщо право власності на нерухоме майно відповідно до закону підлягає державній реєстрації, право власності виникає з моменту державної реєстрації. За нормами ст. 334 ЦК України право власності на майно за договором, який підлягає нотаріальному посвідченню виникає з моменту такого посвідчення або з моменту набрання законної сили рішенням суду про визнання договору, не посвідченого нотаріально дійсним. Якщо ж договір про відчуження майна підлягає державній реєстрації, право власності у набувача виникає з моменту такої реєстрації. Таким чином право власності на нерухоме майно, яке уже виникло з договору, підлягає державній реєстрації саме по собі. Отже, момент виникнення права власності на новостворене нерухоме майно пов’язується з моментом державної реєстрації (звичайно, якщо права на таке майно підлягають реєстрації), а на майно, набуто за договором – з моменту нотаріального посвідчення або державної реєстрації договору (якщо договір підлягає державній реєстрації). Тому в першому випадку державна реєстрація буде розглядатися як правовстановлюючий факт, у другому – таж сама реєстрація уже має значення правопідтверджуючого факту. Такий нерівнозначний законодавчий підхід не сприяє чіткості та впорядкованості у правозастосувальній діяльності. Більше того, породжує проблеми. Наприклад, чи вправі суб’єкт, який набув право власності, але ще не зареєстрував його, здавати таке майно в оренду, передавати в іпотеку, відчужувати, вчиняти інші акти розпорядження та й в цілому діяти як повноцінний власник? Прямої законодавчої відповіді немає. Аналізуючи чинне законодавство, можемо знайти відповіді на окремі

питання. Наприклад, такий суб'єкт практично не зможе відчужити нерухоме майно за договором, оскільки при нотаріальному посвідченні договору нотаріус буде вимагати документи, що підтверджують право власності – свідоцтво про право власності (пункт 62 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України), а право ще не зареєстроване. Що ж до інших ситуацій, наприклад, передача такого майна в оренду, відносини не визначені. Не завжди орендар поцікавиться наявністю свідоцтва про право власності на майно, що передається в оренду. Такою правовою невизначеністю можуть порушуватися інтереси кредиторів обох сторін: сторони, яка відчужує нерухому річ та сторони, яка набула таку річ за договором, але право власності ще не зареєструвала. У складі чийого майна буде описуватися така річ при зверненні вимог кредиторів?

Факт державної реєстрації речових прав на нерухоме майно не слід фетишизувати. Створення єдиної системи державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обмежень в першу чергу мало на меті впорядкування правового режиму такого майна, захист державою таких прав та забезпечення розвитку ринкових відносин, про що прямо зазначено в преамбулі Закону. Тому факт державної реєстрації мав би розцінюватися все ж таки як правопідтверджуючий. Одночасно в преамбулі Закону не приховуються економічні причини введення державної реєстрації прав – збільшення надходжень до державного та місцевих бюджетів. Економічний чинник державної реєстрації не є першопричиною її введення, але сама процедура вимагає не тільки фінансових затрат сторін, а й затрат часу, емоційних та фізичних зусиль. З другого боку, практики майже однакові в характеристиці державної реєстрації як правостановлюючого факту. І практично всі ситуації, пов'язані з виникненням, переходом чи припиненням речових прав на нерухоме майно завершуються державною реєстрацією таких прав (якщо її необхідність законодавчо визначена). І практикам зручніше розцінювати як власника лише ту особу, яка може пред'явити на відповідне майно свідоцтво про право власності. Закладений самим же законодавцем дуалізм природи державної реєстрації прав на нерухоме майно ним же самим і має бути вирішений.

Цивільне законодавство встановлює спеціальні правила про форму договорів, за якими передається право власності на нерухоме майно. Такі договори укладаються у письмовій формі, підлягають нотаріальному посвідченню та державній реєстрації – ст. ст. 657, 716, 719, 732, 745 ЦК України (договір дарування нерухомого майна не підлягає державній реєстрації). Процедура державної реєстрації правочинів регламентується Тимчасовим порядком державної реєстрації правочинів (затверджений постановою Кабінету Міністрів 26 травня 2004 р.) та Інструкцією проведення державної реєстрації правочинів (затверджена наказом Мініюсту від 18 серпня 2004 р.). Державна реєстрація правочинів – єдина комп'ютерна база даних, яка містить інформацію про правочини, що підлягають державній реєстрації, забезпечує її зберігання, видачу та захист від несанкціонованого доступу. Частиною 1 ст. 210 ЦК України передбачено, що правочин, який підлягає державній реєстрації є вчиненим з моменту його державної реєстрації. Отже, якщо правочин не зареєстровано, то він вважається невчиненим, договір – неукладеним.

При нотаріальному посвідченні договорів, предметом яких є нерухоме майно, нотаріус одночасно вчиняє відповідні дії щодо внесення запису в державний реєстр правочинів. Введення державної реєстрації правочинів переслідувало мету – в першу чергу запобігти зловживанням при здійсненні операцій з нерухомістю. Резонансні процеси про продаж-перепродаж одного й того ж об'єкта нерухомості свідчать, що з допомогою лише державної реєстрації правочинів уникнути зловживань в цій сфері практично неможливо. Разом з тим державна реєстрація правочинів призвела до збільшення (хоча й несуттєвого) витрат сторін при оформленні договору. Тому державна реєстрація правочинів як дублююча ланка в процедурі оформлення договорів, предметом яких є нерухоме майно, є невиправданою. На думку багатьох практиків і науковців державна реєстрація правочинів має бути скасована.

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Якубівський І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В сучасних умовах спостерігається посилення ролі результатів інтелектуальної, творчої діяльності в економічному та культурному розвитку України. Відповідно до ст.50 Угоди про партнерство та співробітництво між Україною та Європейським Співтовариством та їх державами-членами, передбачено подальше удосконалення захисту прав на інтелектуальну власність для того, щоб до кінця п'ятого року після набуття чинності вказаною угодою забезпечити рівень захисту, аналогічний до існуючого в Співтоваристві, включаючи ефективні засоби забезпечення дотримання таких прав. В свою чергу, Законом України "Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу" від 18 березня 2004 р. одним із пріоритетних напрямків є адаптація до стандартів Європейського Союзу законодавства України про інтелектуальну власність. При цьому в ринкових умовах особливої актуальності набувають питання договірної регулювання відносин у даній сфері.

У цьому аспекті варто зазначити, що важливою новелою Цивільного кодексу України, прийнятого 16 січня 2003 р., є виділення окремою Главою 75 положень про договори щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності. Проте питання щодо місця цих договорів у системі цивільного права було та і, зрештою, залишається дискусійним в літературі.

За цивільним законодавством Союзу РСР розглядувані договори окремо не виділялись в системі договірних зобов'язань. Окремі положення, що стосувались авторських договорів, містилися Розділі IV Цивільного кодексу Української РСР 1963 р. "Авторське право" (ст.ст.500-513). Також у Розділі VI "Винахідницьке право" в ст.519 закріплювалось право володільця патенту видати дозвіл (ліцензію) на використання його винаходу або повністю переуступити патент. Тобто цивільне законодавство Союзу РСР регулювало договірні відносини у сфері авторського і винахідницького права не в розділі, присвяченому зобов'язальному праву, а в тих самих розділах, в яких закріплювались абсолютні права на твори та винаходи. Така позиція законодавця призводила до неоднозначного трактування правової природи цих договорів.

Проте у Цивільному кодексі України закріпленій інший варіант розв'язання даної проблеми – врегулювання договірних відносин щодо об'єктів права інтелектуальної власності в рамках положень зобов'язального права. При такому баченні відносини щодо належності прав на об'єкти інтелектуальної власності (абсолютні відносини) регулюються положеннями Книги 4 "Право інтелектуальної власності", а договірні зобов'язання щодо цих об'єктів регулюються положеннями Книги 5 "Зобов'язальне право". При цьому не виникає жодних сумнівів щодо застосування до договірних відносин у сфері інтелектуальної власності загальних положень про зобов'язання і договори.

Закріплення положень про договори щодо об'єктів інтелектуальної власності в структурі зобов'язального права вимагає вирішення питання про місце цих договорів в системі договірних зобов'язань. У цьому відношенні сформувалось два основних підходи:

- договори щодо об'єктів інтелектуальної власності не виділяються в самостійну групу цивільно-правових договорів;
- в системі договірних зобов'язань цим договорам відводиться самостійне місце.

Перший з названих підходів домінував в цивілістичній літературі радянського періоду і зберігає свої позиції в деяких сучасних роботах, передусім, – російських. Дана позиція багато в чому обумовлена законодавством. Як вже було сказано, цивільне законодавство Союзу РСР у розділі зобов'язального права не містило положень про авторські договори. У Цивільному кодексі Російської Федерації серед окремих видів договірних зобов'язань окремо виділено лише договір комерційної концесії.

Згідно з другою позицією, договори у сфері інтелектуальної власності становлять відносно самостійну групу цивільно-правових договорів. Власне, даний підхід було втілено у Цивільному

кодексі України при побудові системи окремих видів зобов'язань. У Розділі III Книги 5 Цивільного кодексу України є дві глави, в яких закріплено положення про договори, які пов'язані із об'єктами права інтелектуальної власності. Йдеться про Главу 75 "Розпорядження майновими правами інтелектуальної власності" та Главу 76 "Комерційна концесія". Таким чином, цивільне законодавство України однозначно визначило самостійне місце договорів у сфері інтелектуальної власності в системі договірних зобов'язань. Даний підхід видається правильним з наступних міркувань.

Насамперед, він враховує специфіку об'єктів права інтелектуальної власності як самостійного виду об'єктів цивільних прав (ст.ст.177, 199 Цивільного кодексу України). Тут варто звернути увагу на те, що Цивільним кодексом України не була прийнята проприетарна (англ. *property* – власність) теорія прав інтелектуальної власності. У ньому виділено два самостійних інститути: право власності, об'єктами якого є речі (матеріальні об'єкти) – Книга 3 та право інтелектуальної власності, яке має своїми об'єктами нематеріальні за своєю природою результати інтелектуальної, творчої діяльності та інші об'єкти права інтелектуальної власності – Книга 4.

Розмежування вказаних двох видів відносин на рівні абсолютних прав повинно одержати подальший розвиток в договірному праві. Іншими словами, якщо право власності і право інтелектуальної власності є самостійними цивільно-правовими інститутами, то для опосередкування відносин щодо розпорядження речами та майновими правами на об'єкти інтелектуальної власності мають бути передбачені окремі договірні форми.

Конструкції договорів купівлі-продажу, найму (оренди) були розроблені ще в римському праві і призначені, передусім, для розпорядження речами. Римському праву був невідомий інститут права інтелектуальної власності, а тому конструкції договорів купівлі-продажу та найму важко пристосувати для розпорядження майновими правами на об'єкти права інтелектуальної власності.

Водночас, варто звернути увагу на те, що у Цивільному кодексі України дещо розширено коло об'єктів купівлі-продажу, дарування та найму (оренди) шляхом віднесення до них також майнових прав. Так, ст.656 Цивільного кодексу України передбачено, що предметом договору купівлі-продажу можуть виступати майнові права. Аналогічні положення містяться у ст.718 та ст. 760 Цивільного кодексу України щодо договорів дарування та найму (оренди). Постає питання про те, чи можуть бути предметом договору купівлі-продажу, дарування чи найму (оренди) майнові права інтелектуальної власності. В літературі з даного питання висловлені різні думки. У цьому відношенні хочеться зазначити наступне.

Цивільний кодекс України, проголосуючи майнові права предметом договорів купівлі-продажу, дарування, найму (оренди), не містить застережень щодо можливості тих чи інших видів майнових прав виступати предметом вказаних договорів. Тобто звідси мало б випливати, що предметом договорів купівлі-продажу, дарування, найму (оренди) можуть бути будь-які майнові права, включаючи майнові права інтелектуальної власності (варто зауважити, що відповідно до змін і доповнень, внесених до ст.190 Цивільного кодексу України законом від 15 грудня 2005 р., майнові права визначено як речові права, з чим автор даної публікації не погоджується).

З іншого боку, як вже було сказано, Цивільний кодекс України закріплює спеціальні договірні конструкції, що стосуються розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Відтак, оскільки у Главі 75 закріплені спеціальні положення, що стосуються договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, то рух вказаного виду майнових прав в рамках цивільного обороту на основі договору повинен бути підпорядкований, в першу чергу, цим спеціальним правилам.

З самої структури Розділу III Книги 5 Цивільного кодексу України впливає самостійність договору про передачу виключних майнових прав інтелектуальної власності по відношенню до договору купівлі-продажу, так само, як і самостійний характер ліцензійного договору щодо договору найму (оренди). Проте, на наш погляд, це не виключає можливості застосування в певних випадках окремих положень про купівлю-продаж чи оренду до відносин за договорами щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Ясна річ, що до відносин щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності не будуть застосовуватися ті положення про купівлю-продаж, дарування, найм (оренду), які суперечать змісту або характеру майнових прав інтелектуальної власності (наприклад, положення про обов'язок продавця зберігати проданий товар (ст.667), тару і упаковку за договором купівлі-продажу (ст.685), ремонт речі, переданої в найм (ст.776) тощо). Водночас, окремі положення, наприклад, про ціну товару (ст.691), попередню оплату товару (ст.693) та ряд інших могли б застосовуватись і до договорів у сфері інтелектуальної власності, оскільки в Главі 75 подібних положень немає.

Постає також питання щодо співвідношення між закріпленими у Главі 75 договорами щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності та врегульованим в рамках Глави 76 договором комерційної концесії. У цьому відношенні варто відзначити, що в літературі по-різному трактується питання про правову природу договору комерційної концесії. Зокрема, висловлена думка про те, що договір комерційної концесії є різновидом ліцензійного договору. На близькість розглядуваних інститутів певною мірою вказує також поняття “комплексна підприємницька ліцензія”, яке закріплювалося у Модельному цивільному кодексі для країн СНД і вживалось при розробці проекту Цивільного кодексу України, хоча в проекті ці договори розглядалися як самостійні. В остаточному варіанті Цивільного кодексу України, який був прийнятий, договір комерційної концесії визначено як самостійний вид договору.

Порівнюючи договір комерційної концесії з ліцензійним договором, видається за можливе вказати, що між ними є суттєві відмінності. Вони стосуються, насамперед, предмета вказаних договорів. Предмет договору комерційної концесії відрізняється від предмету ліцензійного договору як в кількісному, так і в якісному аспекті. Перше виражається в тому, що якщо ліцензійний договір передбачає надання дозволу на використання окремого об'єкта права інтелектуальної власності, то у договорі комерційної концесії йдеться про комплекс прав на декілька об'єктів. Що стосується якісної характеристики предмета договору комерційної концесії, то він не вичерпується лише правами на об'єкти інтелектуальної власності. Крім них в комплекс прав, що надаються за договором комерційної концесії користувачеві, можуть входити також права на використання комерційного досвіду та ділової репутації. Останні не належать до об'єктів права інтелектуальної власності. Друга відмінність проявляється у сфері застосування розглядуваних договорів. Договір комерційної концесії використовується лише у підприємницькій сфері (ст.ст.1115, 1117 Цивільного кодексу України). На протипагу цьому, законодавство не обмежує подібним чином сферу застосування ліцензійного договору. Варто звернути увагу й на те, що коло відносин, що опосередковуються договором комерційної концесії, не вичерпується лише наданням права на використання комплексу прав, що належать праволодільцеві. Так, праволодільцеві зобов'язаний передати користувачеві відповідну технічну та комерційну документацію, надавати користувачеві постійне технічне та консультативне сприяння (навчання, підвищення кваліфікації та ін.), контролювати якість товарів (робіт, послуг) користувача (ст.1120 Цивільного кодексу України).

В цілому, договори, про які йдеться у Главі 75 Цивільного кодексу України, та закріплені у Главі 76 договір комерційної концесії поєднує те, що вказані договори тією чи іншою мірою пов'язані із динамікою відносин у сфері інтелектуальної власності. Тому з точки зору системи договірних зобов'язань, що закладена у Цивільному кодексі України, йдеться про одну групу цивільно-правових договорів, поряд з такими групами, як договори про передання майна у власність, про передання майна в тимчасове користування та ін.

Проте, кожна з груп цивільно-правових договорів, як правило, включає в себе кілька видів договорів, що входять до її складу. Наприклад, група договорів про виконання робіт представлена у Цивільному кодексі України договором підряду (Глава 61) та договором на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських або технологічних робіт (Глава 62). Аналогічно, група договорів у сфері інтелектуальної власності включає в себе види договорів, визначені Главою 75 Цивільного кодексу України, та врегульований в рамках Глави 76 договір комерційної концесії. Як було показано вище, між ліцензійним договором та договором комерційної концесії, незважаючи на те, що обидва ці договори стосуються прав на об'єкти інтелектуальної власності, є суттєві відмінності. А тому їх регулювання окремими главами Цивільного кодексу України є цілком підставним.

СЕКЦІЯ ТРУДОВОГО, АГРАРНОГО ТА ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА

ПРАВА НА ЗЕМЕЛЬНУ ДІЛЯНКУ ЯК САМОСТІЙНИЙ ОБ'ЄКТ ЗЕМЕЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Баран О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Результатом проведення земельної реформи в Україні є формування принципово нової системи прав на землю. Основою її розвитку становлять різні форми та види власності.

Внаслідок включення земельних ділянок у сферу ринкового обігу розширилось коло об'єктів земельних правовідносин. Відповідно до ст.2 Земельного кодексу України (далі ЗК) ними, окрім землі в межах території України та земельних ділянок є права на них, у тому числі на земельні частки (паї).

Залежно від об'єкта усі земельні права громадян можуть бути поділені на матеріальні (речові або обмежені речові права – права невласників земельних ділянок) та нематеріальні (зобов'язальні) права. Нематеріальні права на землі є порівняно новими для земельного права, що вимагає дослідження їх поняття та ознак, уточнення видів тощо.

Ставлення до цих прав в юридичній літературі неоднозначне. Поки що, нажаль, немає чітких критеріїв їх розмежування. Тому вивчення нематеріальних (зобов'язальних) прав проводиться лише у взаємозв'язку з речовими правами у земельному законодавстві.

Співвідношення цих прав можна провести на прикладі права особи на земельну частку (пай), яке також є видом права власності.

Будь-яке право власності у юридичній літературі розглядають як речове. Речові права дають їх володільцю можливість безпосередньо впливати на земельну ділянку шляхом панування над нею. На прикладі дослідження права на земельну частку (пай) можна говорити про певні особливості прав громадян на земельні ділянки. Вони пов'язані з тим, що особа (громадянин – власник права на земельну частку (пай)) може реалізувати своє право лише із зверненням вимоги про виділення в натурі (на місцевості) земельної ділянки.

Суб'єкт цього права не наділений жодною із перелічених у ст. 78 ЗК правомочностей власника. Положення Указу Президента України „Про невідкладні заходи щодо прискорення земельної реформи в сфері сільськогосподарського виробництва” від 10 листопада 1994 р., які наділяли власника земельної частки (паю) правомочностями розпорядження, скасовано. Варто зазначити, що ЗК ввів новий вид земельної частки (паю), що повністю виключена із цивільно-правового обігу (ст. 25 ЗК).

Скасування правомочності розпорядження правом на земельну частку (пай) пов'язано з тим, що практично усі колективні та інші недержавні сільськогосподарські підприємства – суб'єкти права колективної власності на землю, в результаті їх реформування припинили свою діяльність. ЗК не передбачає можливості надання земель у колективну власність, а, отже і паювання земель через механізм їх передачі у колективну власність. Фактично отримані в результаті паювання колективних земель права на земельні частки (паї) є своєрідним залишком ліквідованого інституту права колективної власності на землі. З виділенням у натурі (на місцевості) останньої земельної ділянки із складу земель відповідних сільськогосподарських підприємств у науці земельного права очікується повне „очищення” земельного законодавства України від інституту права колективної власності на землю.

Право користування земельною ділянкою, яка належить сільськогосподарському підприємству на праві власності і розпайована (поділена на умовні частки) між його членами, належить винятково цьому підприємству як юридичній особі. Тому ні володіти земельною часткою (паєм), ні користуватися нею власник не може. Наприклад, він не може самостійно господарювати на землі, або ж передати земельну ділянку в оренду тому, що суб'єкт права не може передати більше прав, ніж має сам.

Оскільки реалізувати право на земельну частку (пай) без звернення вимоги не можливо ні юридично, ні фактично, то це право власності не можна відносити до категорії речового. Тому

загальна характеристика речових прав застосовується до прав на землю із урахуванням умов їх реалізації.

1. Специфіка земельних прав громадян полягає у тому, що не будь-яке право власності є речовим правом. Право на земельну частку (пай) є правом зобов'язального характеру. Однак його не можна відносити до загальної системи зобов'язального права, оскільки воно має самостійний правовий режим і регулюється нормами спеціального земельного та аграрного законодавства.

На жаль, у законодавстві відсутнє визначення зобов'язальних прав. Відповідно до ст. 509 ЦК зобов'язальним правовідношенням визнається таке правовідношення, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити певні гроші тощо) або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку.

У земельно-правовій літературі до зобов'язальних прав найчастіше відносять права на землю, які виникають в результаті укладення договорів та угод. За земельним законодавством України найхарактернішими з них є оренда та застава (іпотека) земельних ділянок. Тому права, що випливають із змісту цих договорів, не можуть бути речовими.

Проте зобов'язання може виникати не лише із приватних правовідносин. Підставами виникнення зобов'язань є, відповідно до ч.2 ст.509 ЦК, загальні підстави виникнення цивільних прав та обов'язків, встановлених ст.11 ЦК.

За своєю правовою природою право вимоги також може бути різним. Наприклад, одні зобов'язальні права вимоги є об'єктами приватних правовідносин, інші – випливають з рішення суду, ще інші – стосуються вимог про відшкодування шкоди тощо.

Тому до зобов'язальних потрібно віднести як права на здійснення певних дій, які виникають у результаті укладення договорів та угод, так і права на звернення до контрагента вимоги про необхідність здійснення ним певних дій, які не випливають із договорів та угод.

2. На відміну від речових прав суб'єктами права приватної власності на землю можуть бути не лише ті особи, які безпосередньо мають у власності земельні ділянки, але й ті, хто, має законне право набути у власність земельну ділянку, але фактично його не реалізує в силу певних обставин.

З огляду на це, можна використовувати поняття „суб'єкт права приватної власності на землю” і „власник земельної ділянки”. Розмежування цих понять в земельно-правовій літературі не є новим – в свій час це було здійснено О.І. Крассовим та О.С. Колбасовим. Узгоджуючи їх термінологію із чинним законодавством України, вважаю, що стосовно громадян, які мають право на земельну частку (пай), можна застосовувати поняття „суб'єкт права приватної власності на землю”, а у випадку виділення земельної частки (паю) в натурі (на місцевості) – „власник земельної ділянки”.

Аналіз позицій тих авторів, які проводили розмежування речових і зобов'язальних прав, та узгоджуючи їх із положеннями сучасного земельного та цивільного законодавства України, можна виділити певні характерні особливості нематеріальних (зобов'язальних) прав громадян на земельні ділянки.

1. Перша ознака зобов'язальних прав – це їх об'єкт. Специфіка суб'єктивних прав, в основу яких покладено об'єкт права, в юридичній літературі досліджена досить детально. Слушною видається позиція Б.С. Шишкіної, яка відносить до речових прав такі суб'єктивні права, об'єктами яких є речі, а до зобов'язальних – права на здійснення певних дій або права на звернення до контрагента вимоги про необхідність здійснення ним певних дій.

Нематеріальні блага не можуть бути об'єктами речових прав. В структурі об'єктів речового права чітко виділяються матеріальні об'єкти – індивідуалізовані земельні ділянки або їх частини з установленими межами, певним місцем розташування, з визначеними щодо них правами (ст.78 ЗК). Цими земельними ділянками або їх частинами можна фізично володіти.

2. На відміну від речових прав в законодавстві не встановлений перелік зобов'язальних прав.

3. Найчастіше зобов'язальні права виникають на підставі договору, звідси й відповідна назва. Це друга ознака, що відокремлює зобов'язальні права від речових, які виникають не на договірній основі, а в силу інших, прямо передбачених законом юридичних фактів.

4. Оскільки особа, яка має зобов'язальне право, може реалізувати свої правомочності щодо володіння і користування лише у разі передачі таких правомочностей за договором, то наступна ознака зобов'язальних земельних прав проявляється у відсутності у його володільця можливості

безпосередньо впливати на земельну ділянку шляхом панування над нею, як це має місце при речовому праві.

5. Зобов'язальні земельні права, на відміну від речових, мають строковий характер, що визначається в момент їх виникнення.

6. Наступною ознакою зобов'язальних земельних прав є особливий правовий зв'язок між об'єктом та сторонами зобов'язального правовідношення. Він проявляється через відсутність можливості у володільця зобов'язального права реалізувати його без звернення вимоги до зобов'язаної особи.

7. Зобов'язальні права, на відміну від речових, мають відносний характер, оскільки уповноважена особа реалізує своє право через поведінку конкретної зобов'язаної особи, якій він вправі пред'явити вимогу. Однак і тут є деяка специфіка земельних правовідносин, яка яскраво виявляється у праві власності на нематеріальні об'єкти. Теоретично право власності на ці об'єкти також повинно мати абсолютний характер.

Обґрунтуванням поширення на нематеріальні права власності на землю абсолютного захисту права власності може стати конструкція „змішаних” правовідносин, які поєднують у собі властивості і відносних і абсолютних прав.

Дослідження зобов'язальних прав на землі дає можливість розглядати ці права як правовий інститут, як суб'єктивне право та як правовідношення, правова природа якого визначена у ст.509 ЦК.

Як правовий інститут права на земельні ділянки включають в себе сукупність правових норм, що визначають підстави виникнення, зміни і припинення прав на землю, права і обов'язки осіб щодо здійснення відповідного зобов'язального права.

Як суб'єктивне право права на землю можна розглядати як забезпечену законом або договором можливість здійснення певних дій, а також як право на звернення до контрагента вимоги про необхідність здійснення ним певних дій.

Оскільки об'єктами зобов'язальних прав на землю є об'єкти, які утворюють категорію нематеріальних (chooses in action, intangible property), то повноваження суб'єкта будуть залежати (через диференціацію правових режимів) від того виду об'єкта, на який це право розповсюджується. Відтак, кожне суб'єктивне зобов'язальне земельне право має свій зміст і межі здійснення.

Отже, як випливає з аналізу правової природи нематеріальних (зобов'язальних) прав громадян на земельні ділянки, та їх співвідношення із речовими, зобов'язальні права на землю – це забезпечена законом або договором можливість здійснення певних дій, а також можливість звернення до контрагента вимоги про необхідність здійснення ним певних дій.

ДО ПИТАННЯ ПРО ПОНЯТТЯ ОБМЕЖЕНЬ ПРАВ ІНВЕТОРІВ НА ЗЕМЛІ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕННЯ

Бусуйок Д.

Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

Сьогодні глобалізаційні процеси відбуваються у всіх сферах суспільного життя в Україні, в тому числі і в економіці. Глобалізація вітчизняної економіки опосередковується вкладенням іноземного капіталу в економіку нашої країни. До об'єктів, привабливих для проведення інвестиційної діяльності відносяться землі сільськогосподарського призначення. У зв'язку з наведеними положеннями перед державою постає завдання досягнути балансу інтересів інвесторів в трьох сферах суспільних відносин.

Перша сфера стосується впливу діяльності іноземних та вітчизняних інвесторів на суспільство. Діяльність інвесторів має бути безпечною для здоров'я людини. Вона не повинна заподіювати шкоди суспільству та завдавати йому збитків. Друга сфера стосується впливу діяльності іноземних інвесторів на діяльність вітчизняних інвесторів. Правове регулювання діяльності іноземних інвесторів не повинно створювати перешкод для діяльності вітчизняних інвесторів. Третя сфера стосується впливу законотворчої та правозастосовчої діяльності держави на діяльність іноземних та вітчизняних інвесторів. Законотворча та правозастосовча діяльність держави повинна створити умови для залучення якомога більшого обсягу інвестицій у вітчизняну економіку.

Одним із засобів досягнення балансу інтересів інвесторів у вищеперелічених сферах суспільних відносин є обмеження прав на землю. Разом з тим дослідження обмежень прав на землю як засобу узгодження інтересів між інвесторами та суспільством, іноземними та вітчизняними інвесторами, державою та інвесторами досі не існує. Це не могло не призвести до настання певних негативних наслідків. Інвестиційне законодавство містить як суперечливі так і застарілі в умовах сьогодення приписи щодо обмежень прав інвесторів на землі сільськогосподарського призначення. Діяльність інвесторів відбувається за умов огульного переведу земель сільськогосподарського призначення в іншу категорію земель, скорочення площ земель сільськогосподарського призначення, суттєвого зносу, нестачі основних (техніки) та оборотних фондів (коштів) в аграрному секторі.

На підставі аналізу чинного законодавства України можна стверджувати що, обмеження прав інвесторів на землі сільськогосподарського призначення є багатоаспектним явищем. У науці земельного права обмеження прав інвесторів на землі сільськогосподарського призначення можуть розглядатися в об'єктивному та суб'єктивному значенні, а також як правовідносини. При подальшому формуванні поняття обмежень прав на землю сільськогосподарського призначення ми будемо виходити з того, що в юридичній літературі традиційно під обмеженням розуміють обов'язок щодо утримання від вчинення певних дій.

Таким чином, обмеження прав інвесторів на землі сільськогосподарського призначення в об'єктивному значенні – це сукупність забороняючих правових норм, які регулюють суспільні відносини утримання інвесторів від вчинення певних дій щодо користування та розпорядження земельними ділянками сільськогосподарського призначення.

Стосовно правовідносин щодо обмеження прав інвесторів на землі сільськогосподарського призначення, то це суспільні відносини врегульовані вищевикладеними правовими нормами.

У свою чергу під обмеженнями прав інвесторів на землі сільськогосподарського призначення в суб'єктивному значенні слід розуміти закріплену у відповідних нормах права необхідність конкретного інвестора (індивіда чи колектива) утримуватися від вчинення певних дій щодо користування та розпорядження земельними ділянками сільськогосподарського призначення.

Окрім цього, інвесторам слід мати на увазі, що відповідно до чинного законодавства України, зокрема Земельного кодексу (ЗК) України, Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» їх права на землі сільськогосподарського призначення можуть бути не лише обмежені, а й обтяжені.

На нашу думку, до основних положень, які формують зміст поняття обтяжень прав інвесторів на землі сільськогосподарського призначення можна віднести наступні.

Обтяженню підлягають речові та зобов'язальні права на землю. Щодо цих прав на земельну ділянку можуть виникати права інших осіб на земельну ділянку, зокрема: а) речові права на чуже майно (земельний сервітут (ст. 98 ЗК України); б) зобов'язальні права (право користування нерухомим майном строком менше одного року (ст. 4 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень»); в) права інших осіб, які виникають у зв'язку з встановленням зон з особливими умовами землекористування (статті 112–115 ЗК України); г) засоби забезпечення позовів (накладення арешту на земельну ділянку, що належить відповідачеві і перебуває у нього або в інших осіб (ст. 152 Цивільно процесуального кодексу (ЦПК) України); ґ) засоби забезпечення виконання судових рішень (накладення арешту на майно (земельну ділянку) боржника (ст. 24 Закону України «Про виконавче провадження»); д) засоби забезпечення виконання зобов'язань (накладення заборони на відчуження земельної ділянки при посвідченні договору довічного утримання (ст. 73 Закону України «Про нотаріат») тощо.

Зазначені права інших осіб на земельну ділянку спричиняють необхідність встановлення для суб'єкта речових і зобов'язальних прав обов'язку щодо утримання від вчинення дій, якими можуть бути порушені права управомочених осіб. Саме за такою загальною схемою в законодавстві встановлюються обтяження речових і зобов'язальних прав на земельні ділянки, щодо яких були встановлені права інших осіб на землю. У результаті застосування цієї законодавчої схеми забезпечується необхідне звуження обсягу речових і зобов'язальних прав на землю, щодо яких були встановлені права інших осіб.

Звуження обсягу прав на землю є характерною ознакою не лише обтяжень прав на землю, а й їх обмежень. Ми вважаємо, що наведенні положення є свідченням того, що обтяження прав інвесторів на землі сільськогосподарського призначення є різновидом обмежень прав інвесторів на землі сільськогосподарського призначення.

Отже, проведене нами дослідження спрямоване на формування поняття обмежень та обтяжень прав інвесторів на землі сільськогосподарського призначення в об'єктивному, суб'єктивному розумінні та як правовідношення дозволить удосконалити розуміння юридичної природи цього різновиду обмежень прав на землю та сприятиме подальшому розвитку інвестиційного законодавства в частині встановлення відповідних обмежень прав на землю з метою досягнення балансу інтересів інвесторів.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЛІЗИНГУ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОЇ ТЕХНІКИ В УКРАЇНІ

Ващишин М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Важливою умовою ефективного сільськогосподарського виробництва є належний рівень забезпечення сільськогосподарських товаровиробників технікою та обладнанням для агропромислового комплексу. Оголосивши про свій політичний вибір про вступ до ЄС, Україна повинна забезпечити конкурентноздатність власної сільськогосподарської продукції. Для цього необхідно зменшити витрати матеріально-технічних та енергетичних ресурсів на одиницю продукції та покращити її якість відповідно до вимог європейських стандартів. Однак, за даними Концепції Державної програми реалізації технічної політики в агропромисловому комплексі на період до 2010 року, схваленої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 15 лютого 2006 р., агропромисловий комплекс нашої держави забезпечений технікою лише на 45-65% потреби, але і наявна техніка за своїми показниками здебільшого не відповідає сучасним вимогам.

Існує чотири основних способи забезпечення сільськогосподарських товаровиробників необхідною технікою:

- прями поставки техніки заводами-виготовлювачами;
- комерційний кредит;
- надання послуг по збиранню врожаю спеціалізованими сільськогосподарськими машинно-технологічними станціями;
- фінансовий лізинг сільськогосподарської техніки.

Підприємства з надання послуг по збиранню врожаю, користуючись монопольним становищем та обмеженими строками збирання сільськогосподарських культур, диктують досить високі ціни на свої послуги, що становить в середньому близько 20% вартості зібраного врожаю. Сільськогосподарські товаровиробники, втрачаючи частину прибутку, вимушені підвищувати собівартість вирощеної продукції через оплату послуг агросервісним структурам.

Лізинг сільськогосподарської техніки має значні економічні переваги в порівнянні з придбанням нових машин і обладнання для сільськогосподарських товаровиробників зі слабкою матеріально-технічною базою. Як зазначає Л. Землякова, лізинг на основі державних інвестицій є одним з найбільш перспективний методів матеріально-технічного забезпечення сільськогосподарського виробництва, бо дозволяє набувати необхідну досить дорогу техніку без одночасної мобілізації власних коштів сільськогосподарського товаровиробника чи кредиту, які не потрібні для її придбання.

Правові та економічні засади лізингу визначені ст.292 Господарського кодексу України, §6 Глави 58 Цивільного кодексу України та спеціальним Законом України "Про фінансовий лізинг" в редакції від 11 грудня 2003 року, відповідно до якого, за договором фінансового лізингу лізингодавець зобов'язується набути у власність річ у продавця (постачальника) відповідно до встановлених лізингодержувачем специфікацій та умов і передати її у користування лізингодержувачу на визначений строк не менше одного року за встановлену плату (лізингові платежі).

Досі немає єдності в науково-теоретичній літературі стосовно юридичної природи договору лізингу. Так, І.Є. Якубівський вважає лізинг видом підприємницької діяльності, М.І. Брагінський – різновидом договору оренди, О.В. Трофімова – самостійним видом господарсько-правових договорів. Варто погодитися з останньою точкою зору, адже у лізингових правовідносинах поєднані різноманітні елементи договорів купівлі-продажу, доручення та оренди, унікальний зв'язок яких створює нову сутність – окремий вид господарського договору, який опосередковує підприємницькі відносини, хоча Закон України "Про фінансовий лізинг" називає лізинг видом цивільно-правових відносин.

У зв'язку з тим, що сільськогосподарське виробництво відрізняється високою капіталоємністю, відносно низькою фондівдачею (низькою нормою прибутку), сповільненим оборотом капіталу, значною залежністю від природно-кліматичних факторів, сезонним характером виробництва, що

зумовлює невідповідність періодів затрат і отримання доходів, високим ризиком неповернення вкладених інвестицій, то виправданим є запровадження лізингу сільськогосподарської техніки як прояву державної підтримки сільськогосподарських товаровиробників.

Спеціальне правове регулювання лізингу сільськогосподарської техніки вперше було запроваджено Постановою КМ України від 15 січня 1998 р. №25 "Про Порядок використання коштів державного лізингового фонду на придбання вітчизняної сільськогосподарської техніки та двигунів до неї", відповідно до якої були визначені обов'язкові учасники лізингових відносин: лізингодавець, лізингоодержувач, заводи-виготовлювачі сільськогосподарської техніки та Дирекція державного лізингового фонду, тому договір лізингу сільськогосподарської техніки був чотиристороннім. Цей договір укладався строком до 5 років і мав обов'язково включати не тільки вимоги, зазначені у законі "Про лізинг", але і умови про порядок організації технічного обслуговування і ремонту сільськогосподарської техніки, наданої у лізинг, у гарантійний та післягарантійний періоди. Обов'язкова участь Дирекції державного лізингового фонду у лізингових відносинах надає цьому господарсько-правовому договору публічно-правового характеру.

Цією урядовою постановою було визначено поетапність укладення внутрішніх лізингових договорів у складній системі лізингових відносин, передбачено порядок перерахування коштів заводам-виготовлювачам за поставлену сільськогосподарську техніку та структуру лізингових платежів. Проте розвиток лізингу сільськогосподарської техніки стримувався через високий ризик лізингових операцій для лізингодавців внаслідок низької платоспроможності більшості сільськогосподарських підприємств і низького рівня їх ділової етики. Лізингодавці визначалися на конкурсній основі Дирекцією державного лізингового фонду з числа суб'єктів підприємницької діяльності незалежно від форм власності. Варто зазначити, що кошти державного лізингового фонду використовувалися виключно на закупівлю вітчизняної сільськогосподарської техніки, в тому числі виготовленої спільними підприємствами – резидентами України.

Серед інших лізингодавців сільськогосподарської техніки домінуючі позиції займала ВАТ "Лізингова компанія" Укragромашінвест". Однак перші кроки по запровадженню фінансового лізингу в аграрному секторі не були достатньо ефективними. Крім того допускалося нецільове використання розпорядниками коштів державного бюджету. Так, за результатами перевірки визнано факт використання ВАТ "Лізингова компанія" Укragромашінвест" коштів на торгівлю нафтопродуктами на території України, тоді як ці кошти мали спрямовуватися на розвиток виробництва та закупівлю сільськогосподарської техніки.

Зміни в правовому регулюванні лізингу сільськогосподарської техніки відбулися з прийняттям Постанови КМ України від 10 грудня 2003 р., №1904 "Про Порядок використання коштів державного бюджету, що спрямовуються на придбання вітчизняної техніки і обладнання для агропромислового комплексу на умовах фінансового лізингу та заходи по операціях фінансового лізингу". Розпорядником коштів державного бюджету по операціях фінансового лізингу сільськогосподарської техніки зараз є НАК "Укragролізинг", яка виконує функції не лише координатора лізингових відносин, але і лізингодавця через свої дочірні підприємства та філії, які діють від імені Компанії. Тобто договір лізингу сільськогосподарської техніки набув тристороннього характеру.

Використання коштів державного бюджету для придбання сільськогосподарської техніки для її передачі у користування на умовах фінансового лізингу та заходи по операціях фінансового лізингу здійснюються шляхом:

- укладення договорів поставки (купівлі-продажу) між лізингодавцем та заводом-виготовлювачем або постачальником техніки;
- укладення договорів фінансового лізингу між лізингодавцем і лізингоодержувачем.

За користування технікою сільськогосподарські товаровиробники вносять лізингові платежі. Ця плата складається із суми на відшкодування частини вартості техніки, та суми, що виплачується як винагорода лізингодавцю за передачу у лізинг техніки (ця сума не може перевищувати 10% її невідшкодованої вартості). Витрати на утримання переданої в лізинг техніки, пов'язані з її експлуатацією, страхуванням, технічним обслуговуванням та ремонтом у післягарантійний період проводяться за рахунок лізингоодержувачів – сільськогосподарських товаровиробників, що відповідає вимогам ст. 14 Закону України "Про фінансовий лізинг".

Договір лізингу сільськогосподарської техніки є спеціалізованим агрогосподарським договором з конкретно визначеним складом учасників лізингових відносин, де обов'язковою стороною договору є не тільки сільськогосподарський товаровиробник (лізингоодержувач), але й лізингодавець – НАК

"Украгролізинг" і заводи-виготовлювачі сільськогосподарської техніки, тому і предмет договору є спеціальним – вітчизняна техніка і обладнання для агропромислового комплексу.

За умови низької платоспроможності сільськогосподарських товаровиробників позитивною є практика закупівлі сільськогосподарської техніки за рахунок коштів державного бюджету з наступною передачею її у фінансовий лізинг. Однак на перспективу доцільно буде відмовитися від цього. О. Ярославський доводить, що бюджетне фінансування закупівлі техніки сприяє штучному підвищенню її собівартості, призводить до зловживань та знижує ступінь маркетингових зусиль, за допомогою яких вітчизняні заводи можуть досягти конкурентної переваги порівняно з іншими постачальниками сільськогосподарської техніки. Тобто, на майбутнє варто буде максимально обмежити вплив держави на операції з лізингу сільськогосподарської техніки і надати цьому договору приватно-правового змісту.

**ПРОБЛЕМИ ДОСУДОВОГО ЗАХИСТУ ПРАВА НА ПРАЦЮ В УМОВАХ
РИНКОВОЇ ЕКОНОМІКИ***Грицишина Л.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Конституція України 1996 р. накреслила якісно новий підхід до визначення змісту основних прав і свобод людини і громадянина. Вирішальне значення тут має перехід України до ринкової економіки і вплив світових та європейських правових стандартів на національну правову систему. Нового конституційного закріплення зазнало і одне з найважливіших соціально-економічних прав людини та громадянина – право на працю.

Ст.43 Конституції України визначила право на працю як можливість заробляти собі на життя працюю, яку особа вільно обирає або на яку вільно погоджується.

Однак, в складних сучасних умовах переходу до ринкової економіки, право на працю зазнає істотних порушень, тому виникає нагальна потреба закріплення в трудовому законодавстві системи засобів та способів його захисту.

Одним із найголовніших засобів захисту порушеного права на працю являється діяльність відповідних державних органів, серед яких основна роль належить судовим органам.

Відповідно до ст.124 Конституції України, юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають в державі. Це означає, що будь-яка особа, яка вважає, що її право на працю порушене може звернутися до суду для його захисту.

Враховуючи, що відповідно до ст.8 Конституції України, Конституція має найвищу юридичну силу, а норми Конституції є нормами прямої дії, необхідність попереднього вирішення трудового конфлікту в досудовому порядку втратила свою обов'язковість.

Дана обставина призвела до применшення, а то й зовсім до нівелювання ролі громадських організацій (маються на увазі профспілки) та інших утворень в самих трудових колективах, таких як комісії по трудових спорах, на яких раніше у відповідності до трудового законодавства покладалося вирішення деяких категорій трудових спорів.

Так, єдиною громадською організацією, яка своєю діяльністю забезпечує реалізацію громадянами свого права на працю, є **професійні спілки**, діяльність яких ґрунтується на Законі України “Про професійні спілки і гарантії їхньої діяльності” від 15.09.1999 р., який визначає професійні спілки як громадські організації, що об'єднують громадян, пов'язаних спільними інтересами за родом їхньої професійної діяльності, вони створюються без попереднього дозволу на основі вільного вибору їхніх членів.

Але, профспілка втратила свій авторитет в умовах ринкової економіки, оскільки за роки Радянського Союзу її діяльність з правозахисної перетворилася на політичну. А в умовах розвитку дрібного і середнього бізнесу, який працевлаштовує більшість населення України, необхідність в її політично-ідеологічній функції відпала.

Основним завданням профспілок є захист соціально-економічних прав та інтересів своїх членів. Повноваження профспілок в Україні є досить широкими. Вони здійснюють представництво і захист трудових, соціально-економічних прав та інтересів членів профспілки в органах державної влади та місцевого самоврядування, у відносинах з роботодавцями, а також з іншими об'єднаннями громадян, також мають право представляти інтереси своїх членів при реалізації конституційного права на звернення за захистом своїх прав до суду. Профспілки і їх об'єднання захищають право громадян на працю шляхом прийняття участі у розробленні та здійсненні державної політики у галузі зайнятості, оплати праці, соціального захисту.

Відповідно до ст.246 КЗпП України, первинні профспілкові організації на підприємствах, в установах, організаціях та їх структурних підрозділах представляють інтереси своїх членів і захищають їх трудові, соціально-економічні права та інтереси.

Ще однією гарантією права на працю, пов'язаної з діяльністю профспілок, є положення КЗпП України, про те, що на звільнення працівника, у випадках передбачених законом потрібна згода

профспілки. Так, ст.43 КЗпП України надає право роботодавцю розірвати трудовий договір, лише після попередньої згоди профспілкового органу (майже в усіх випадках, коли звільнення відбувається за ініціативою роботодавця).

Однак, гарантія захисту права на працю громадян професійними спілками має серйозний недолік – вона не є всезагальною, оскільки вона поширюється лише на працівників – членів профспілки, а це стає можливим лише за умови реалізації особами свого права на працю шляхом вступу в трудові правовідносини з підприємством, на якому діє профспілкова організація і вступу до профспілки.

Залежно від виду правовідносин виділяють дві групи трудових спорів – індивідуальні і колективні, що має значення для встановлення відповідного порядку їх розгляду у певних юрисдикційних органах з огляду на предмет спору.

Порядок вирішення індивідуальних трудових спорів передбачає можливість їх розгляду таким специфічним для сфери трудових правовідносин органом, як *комісія по трудових спорах*.

Згідно з чинним законодавством індивідуальні трудові спори розглядаються комісіями по трудових спорах (КТС) підприємств, установ, організацій та районними судами (ч.1 ст.221 КЗпП). Даний порядок застосовується при розгляді спорів, що виникають між працівником і роботодавцем незалежно від форми власності і галузевої належності чи фізичною особою, з якою працівник знаходиться у трудових правовідносинах. Цей порядок не поширюється на спори про дострокове звільнення від виборної платної посади членів громадських та інших об'єднань громадян за рішенням органів, що їх обрали (ч.3 ст.221 КЗпП).

Ст. 224 КЗпП України зазначає, що комісія по трудових спорах є обов'язковим первинним органом по розгляду трудових спорів, що виникають на підприємствах, в установах, організаціях, за винятком спорів, зазначених у статтях 222, 232 КЗпП України.

З огляду на те, що будь-який трудовий спір може бути вирішений безпосередньо судом, дана норма, на мою думку, є неконституційною, оскільки визначає КТС обов'язковим та первинним органом вирішення трудового конфлікту. Однак, до цього часу, жодних змін до даної статті КЗпП України не внесено, що тягне за собою існування в КЗпП фіктивних, так званих «мертвих» норм. На мою думку, доцільніше було б передбачити в КЗпП норму, в якій зазначити, що при виникненні трудового спору, крім випадків передбачених ст. 232 КЗпП України, працівник сам вирішує, звертатись йому в КТС, чи до суду.

Ст.221 КЗпП України визначає, що розгляд трудових спорів між роботодавцем та найманим працівником КТС застосовується незалежно від форми, укладеного між ними трудового договору.

З огляду на це, логічним є висновок, що до компетенції КТС належать спори, які виникли вже після укладення трудового договору. Тому, знову постає питання універсальності такої гарантії, тобто можливості КТС захистити порушене право особи на працю і чи можливе вирішення таких спорів КТС (крім випадків закріплених в ст. 232 КЗпП України, які розглядаються виключно судом), адже особа, яка звернулася, ще не набула статусу працівника?

Давно вже висловлювались пропозиції про те, що КТС на підприємствах не потрібні, а трудові спори повинні розглядатись тільки судами. Однак об'єктивні обставини свідчать про те, що КТС можуть існувати, в тому числі як одна з форм “виробничого народовладдя”. Порядок створення та діяльності КТС при цьому, може залишатися діючий (статті 223- 230 КЗпП).

Таким чином, проблема правового врегулювання діяльності КТС та профспілок в умовах ринкової економіки набуває гостроти та потребує якісно нового нормативного визначення їх правового статусу та компетенції.

**ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ЗЕМЕЛЬ
СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕННЯ***Жиравецький Т.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Земля є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави. Це положення Основного Закону країни відображено і деталізовано у Земельному кодексі, та інших актах земельного законодавства України.

Подальшого розвитку правовий інститут охорони земель отримав у Законі України "Про охорону земель", який визначає правові, економічні та соціальні основи охорони земель з метою забезпечення їх раціонального використання, відтворення та підвищення родючості ґрунтів, інших корисних властивостей землі, збереження екологічних функцій ґрунтового покриву та охорони довкілля. Аналіз Закону України "Про охорону земель" свідчить, що більшість норм присвячені охороні земель сільськогосподарського призначення, як найбільш цінної і суспільно важливої категорії земель.

Основним завданням охорони землі є забезпечення збереження та відтворення земельних ресурсів, екологічної цінності природних і набутих якостей земель. Охорона земель є надзвичайно важливим чинником забезпечення продовольчої та екологічної безпеки країни.

В умовах сучасного розвитку виробничих сил правова охорона земель сільськогосподарського призначення набуває особливо важливого значення. Це обумовлено наступними причинами: по – перше, сільське господарство потребує для свого розміщення більш значних територій, ніж промисловість. По-друге, земля в сільському господарстві є основним засобом виробництва, тому її властивість незамінності виступає на перше місце і пріоритет сільськогосподарського землекористування стає основним принципом землекористування.

Існують істотні відмінності охорони земель сільськогосподарського призначення від охорони інших категорій земель, що пов'язано з виконанням землями сільськогосподарського призначення ролі головного засобу виробництва. Це проявляється в законодавчому закріпленні вимог встановлення спеціальної охорони саме сільськогосподарських угідь. Правова охорона земель сільськогосподарського призначення має два основні аспекти: кількісний та якісний.

Кількісний критерій правової охорони земель виражається в таких параметрах:

- Економне використання землі, яке зумовлене необхідністю вирішення протиріч між зростаючими потребами в земельних ділянках для розміщення промислових та інших об'єктів, розширення розорюваних площ для задоволення продовольчих потреб і природною обмеженістю земельного фонду держави.
- Економне використання земель сільськогосподарського призначення повинно досягатися не тільки економією земельних площ, але й раціональним суміщенням розташовуваних об'єктів. Наприклад, шляхом встановлення земельних сервітутів.

Якісний критерій правової охорони земель полягає у збереженні, насамперед їх родючості і полягає в наступному:

- Обмеження використання сільськогосподарських угідь для несільськогосподарських потреб.
- Надання для несільськогосподарських потреб земель, не придатних для сільського господарства або земель гіршої якості.
- Встановлення загального обов'язку всіх осіб, які використовують землю, підвищувати рівень родючості земель, незалежно від природних якостей.
- Встановленні загального обов'язку з недопущення ерозії, забруднення та інших негативних наслідків як антропогенної діяльності так і природних процесів (наприклад, змив ґрунту дощовою масою).
- Встановлення обов'язків для всіх землекористувачів, які порушують цілісність ґрунтового покриву по знімати, складувати, зберігати поверхневий шар ґрунту та наносити його на

ділянку, з якої він був знятий або на іншу земельну ділянку для підвищення її продуктивності та інших якостей.

При регламентації господарської діяльності на землях сільськогосподарського призначення визначальними та обмежувальними факторами є: економічні і екологічні закони, і якщо перші, стосуються, в першу, чергу раціонального використання земель, то другі – ставлять вимоги щодо охорони земель, але разом з тим вони тісно взаємопов'язані між собою та взаємодіють. Саме екологічний фактор охорони відіграє визначальне значення для даної категорії земель. Розораність земель є екологічно небезпечною для навколишнього природного середовища, оскільки порушує загальний природний баланс в екологічній мережі. Для нейтралізації негативних наслідків в процесі господарського використання земель сільськогосподарського призначення необхідно чітко визначити правила ландшафтного підходу до експлуатації ріллі.

В.І. Андрейцев, зазначає, що забезпечення екологічної безпеки агроландшафтів тісно пов'язане із здійсненням сільськогосподарського виробництва, соціального благоустрою сільських населених пунктів, здійсненням іншої діяльності, яка безпосередньо впливає на формування структури та системи агроландшафтів та визначення їх безпеки чи небезпеки для стану навколишнього природного середовища. Варто погодитись з В.І. Андрейцевим у тому, що проблема забезпечення екобезпеки агроландшафтів потребує негайного теоретичного осмислення і наступного законодавчого вирішення.

І кількісний і якісний критерії охорони земель мають надзвичайно важливе значення для сфери сільського господарства, бо, якщо дефіцит земель в несільськогосподарській сфері може бути компенсований технічними рішеннями (наприклад, у транспорті чи промисловості – розміщенням підземних споруд), то дефіцит земель сільськогосподарського призначення подолати, як правило, не можна. Слід мати на увазі, що в результаті використання території для несільськогосподарських потреб в багатьох випадках значно змінюється стан сільськогосподарських угідь, які прилягають до несільськогосподарських землекористувачів, в основному до промислових підприємств. Причому кожна галузь промисловості може здійснювати специфічний вплив на якісний стан прилеглих до таких підприємств земель.

Тому в кожному конкретному випадку, вирішуючи питання про місце знаходження промислового об'єкта, який здійснює вплив на якість сусідніх земель, необхідно брати до уваги, які землі і якому об'ємі можуть при цьому постраждати від його негативного впливу. Тут слід перш за все використовувати внутрішні територіальні резерви, наявні в межах існуючих підприємств, населених пунктів, непридатні до сільськогосподарського використання земельні ділянки.

Загальнодержавною програмою формування національної екологічної мережі України на 2000 – 2015 роки передбачені сприятливі умови для збільшення площі земель з природними ландшафтами, що склалися у процесі реформування економічних відносин у землекористуванні, які забезпечуються:

- вилученням земель сільськогосподарського призначення (насамперед деградованих орних земель) внаслідок економічної збитковості їх використання за призначенням;
- збільшенням території лісів, лісосмуг навколо сільськогосподарських угідь.

ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ СИСТЕМАТИЗАЦІЇ ЗАГАЛЬНИХ НОРМ ТРУДОВОГО ПРАВА.

Жолнович О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У теорії трудового права розрізняють різні за обсягом дії норми. Одні визначають найважливіші питання правового регулювання, закріплюють принципи правового впливу на трудові відносини є засадничими для галузі. Інші правові норми здійснюють безпосереднє регулювання трудових відносин та їх елементів (робочого часу, часу відпочинку, охорони праці), а також відносин, тісно пов'язаних з трудовими (відносин соціального партнерства і відносин підвищення кваліфікації на підприємстві). Також існують норми, які регулюють певний вид відносин даного роду. Вони поширюються на чітко визначене коло суб'єктів та закріплюють особливості їх правового статусу. сВідповідно ці норми прийнято називати дефінітивними, загально регулятивними та спеціальними.

Норми права є первинним елементом системи, найбільшою мірою відображають характерні риси галузі, а тому їхні особливості можуть слугувати критеріями для побудови структури трудового права. Враховуючи обсяг правового регулювання норм можна згрупувати їх у відповідні частини галузі. Так, всі засадничі, базові норми формують Основну частину, норми, які здійснюють загальне регулювання трудових відносин, відповідно утворюють Загальну частину, а спеціальні норми – Спеціальну частину трудового права.

Не вдаючись до детального аналізу норм Основної і Спеціальної частин, хочеться зосередити свою увагу на окремих аспектах систематизації загальних норм трудового права.

Оскільки традиційно основним системоутворюючим чинником вважається предмет правового регулювання, то структура Загальної частини (власне як такої, що здійснює безпосереднє правове регулювання трудових відносин) має відображати систему предмета трудового права, а її норми групуватися в інститути з урахуванням місця і відокремленості у структурі предмету тих відносин, які вони регулюють.

Так, відносини працевлаштування і зайнятості вийшли із сфери впливу трудового права, через те, що за останній період часу значно диференціювалися і ускладнилися, потребують інших методів правового регулювання, які не характерні для трудового права. До того ж наявність норм, присвячених зайнятості працівників у Кодексі законів про працю, аж ніяк не свідчить про існування відповідного інституту у системі трудового права. Норми глави III-A КЗпП України є нормами відсильного характеру і розміщення їх у вказаному кодексі зумовлено особливостями юридичної техніки, а тому немає достатніх підстав вважати інститут зайнятості складовою системи трудового права.

Аналогічно можна говорити і про норми, що регулюють нагляд і контроль за дотриманням законодавства про працю. Ці норми є адміністративно-правовими, так само як і відносини, на які вони здійснюють свій правовий вплив. Таким чином, видається, необґрунтованим виділення інституту нагляду і контролю за дотриманням законодавства про працю у структурі трудового права.

Систематизуючи норми Загальної частини згідно із структурою предмета трудового права приходимо до висновку, що об'єктивно існують дві окремі відособлені підсистеми норм, які регулюють – перша – індивідуально-трудова, а друга – колективно-трудова відносини.

Перша група норм визначає правове становище працівника і роботодавця в індивідуальних трудових правовідносинах, регулює процедуру укладання трудового договору, визначає права, обов'язки і гарантії сторін, стандарти охорони праці, мінімальні рівні відпочинку і оплати праці, особливості відповідальності за порушення умов договору, тобто охоплює правовим регулюванням всі відносини, які виникають з факту укладення трудового договору.

Якщо ця група норм в основному репрезентує виробничу функцію трудового права, то друга група норм, що регулює колективно-трудова відносини реалізує здебільшого захисну функцію трудового права.

В рамках колективних відносин на рівні роботодавця (представники роботодавця) – працівники (представники працівників) відбувається узгодження їх інтересів, регулювання трудових

відносин на колективно-договірному рівні. Правове становище сторін у таких відносинах суттєво відрізняється від правового становища працівника і роботодавця у індивідуально-трудових відносинах. У колективно-договірних відносинах сторони перебувають у рівних умовах та ведуть діалог. Відповідно, норми, що визначають правове становище колективних суб'єктів володіють певною специфікою. Про це свідчать дискусії у трудовому праві щодо можливості поділу трудових відносин на індивідуальні і колективні, а також проблеми, які виникали у науковців, при визначенні місця у системі галузі для норм про права профспілок, що представляють інтереси працівників, як колективу. Так, В.С.Андрійв вважав, що інститут прав профспілок належить до Загальної частини (у нашому розумінні до Основної частини), В.І.Смолярчук доводив існування такої підгалузі трудового права як профспілкове право, а О.В.Смірнов включає інститут соціального партнерства у сфері праці до Особливої (у нас Загальної) частини. Натомість Н.Б.Болотіна пропонує створити окрему частину у системі трудового права під назвою Колективне трудове право.

Видається, що індивідуальні і колективні трудові норми мають загальний характер, здійснюють загальне правове регулювання, поширюються на всі трудові відносини і належать до Загальної частини трудового права. Проте всередині цієї частини вони поляризуються, оскільки різняться за підставами виникнення, суб'єктами, методами правового регулювання, а також регулюють різні види суспільних відносин предмета трудового права. Через те доцільно виокремити дві підсистеми у структурі Загальної частини – індивідуально-трудове право та колективно-трудове право. Відразу хочеться наголосити на тому, що виділені групи норм не становлять окремих підгалузей чи галузей права, а є структурними підрозділами у Загальній частині. Назви індивідуально-трудове право і колективно-трудове право вибрані для цих підсистем тому, що вони доволі точно підкреслюють особливості правового впливу цих норм, відображають дві частини предмета трудового права – індивідуально-трудові та колективно-трудові відносини. До того ж ці терміни давно і успішно використовуються науковцями у багатьох країнах світу. Саме таку назву носить книга шоста у проєкті Трудового кодексу України.

Індивідуально-трудове право можна визначити як підсистему Загальної частини, яка безпосередньо регулює індивідуально-трудові відносини. Ці відносини виникають між працівником і роботодавцем на підставі укладеного ними трудового договору. Хоча сторони формально рівні у момент укладення договору, однак працівник є, як правило, економічно слабшою стороною. А враховуючи те, що інтереси працівника і роботодавця не співпадають виникає необхідність у захисті працівника з боку держави. Такий захист забезпечується регламентацією трудових відносин законодавством, шляхом закріплення мінімального рівня гарантій прав працівників і встановлення для сторін свободи при визначенні їх прав і обов'язків. Досягнення оптимального балансу між централізованим та локальним правовим регулюванням і є основним завданням індивідуально-трудового права. У ньому також повною мірою проявляється особлива природа трудового права – поєднання приватно-правових та публічно-правових засад.

Індивідуально-трудове право складається з таких інститутів як, трудовий договір, підготовка і перекваліфікація кадрів, робочий час, час відпочинку, оплата праці, гарантії і компенсації у трудовому праві, охорона праці, трудова дисципліна та юридична відповідальність у трудовому праві.

Другу підсистему у Загальній частині трудового права, як вже зазначалося, утворюють колективно-трудові норми, які визначають правові засади діяльності, співпраці та нормотворчості суб'єктів соціального партнерства. Ці норми об'єднуються у колективно-трудове право і виконують специфічні завдання у процесі правового регулювання трудових відносин. Норми колективно-трудового права застосовуються за правилами, визначеними положеннями Основної частини. Крім того норми, що створюються в процесі реалізації норм цієї підсистеми діють у складі індивідуального трудового права. Разом з тим дана група норм відокремлена у системі, володіє якісною єдністю.

До колективно-трудового права належать норми, що визначають правосуб'єктність учасників соціального партнерства, їх права і обов'язки, форми, принципи та процедури взаємодії, коло питань, які вони можуть вирішувати у процесі такої співпраці. Для прикладу, у ФРГ колективне трудове право утворює значну частину масиву норм трудового права. Ця підсистема базується на праві громадян на свободу об'єднань і охоплює норми, присвячені організації, існуванню та функціонуванню колективів у сфері трудових відносин.

Колективне трудове право, як система також складається з певних елементів. Таких елементів, як видається, є два. Це інститут колективних договорів і угод та інститут вирішення трудових спорів.

У першому інституті містяться норми, що з'ясовують поняття соціального партнерства, закріплюють принципи, визначають правосуб'єктність сторін та інших суб'єктів соціально-

партнерських відносин. Його формують також норми, що визначають порядок ведення колективних переговорів, укладення колективних договорів і угод та окреслюють коло питань, які можуть бути предметом колективно-договірного регулювання.

У другому інституті об'єднуються норми, які присвячені вирішенню трудових спорів. У ньому теж можна виділити дві групи норм – перша регламентує процес вирішення колективних трудових спорів, а друга здійснює правове регулювання примирних досудових процедур при індивідуально-трудоному спорі.

СИСТЕМА ЗЕМЕЛЬНОГО ПРАВА ТА СИСТЕМАТИЗАЦІЯ ЗЕМЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ: СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ СТАНОВЛЕННЯ

Заєць О.

Київський національний університет ім. Тараса Шевченка

Одним із основних критеріїв, який підтверджує і обґрунтовує самостійність певної спільності правових норм як галузі права, сучасна юридична наука визначає наявність відповідної галузі законодавства.

Існування земельного права як комплексної галузі права, що регулює земельні відносини, в сучасній юридичній науці майже не викликає заперечень. Наявність земельного законодавства України – тому підтвердження.

В умовах земельної реформи її правотворчий напрям, тобто діяльність державних органів по законодавчому забезпеченню земельно-правових перетворень, а також регулюванню післяреформаційних земельних відносин, має своїм результатом сучасне земельне законодавство, яке, однак, ще перебуває у стані становлення.

Як зазначено у Рекомендаціях парламентських слухань “Сучасний стан та перспективи розвитку земельних відносин в Україні” від 22 вересня 2005 р., уцілому чинний Земельний кодекс України (далі – ЗК України) створив широку законодавчу основу для вирішення проблем, які виникають у процесі реформування земельних відносин. Водночас Кодексом не були охоплені всі питання, пов’язані з регулюванням земельних відносин (цілий ряд його норм носять бланкетний характер), і для його доповнення і створення необхідної законодавчої бази передбачено розробку та прийняття значної кількості законів та підзаконних актів.

На даний момент прийнято біля двох десятків таких нормативних актів. І сьогодні в юридичній літературі така ситуація із земельним законодавством справедливо названа декодифікацією останнього.

У теорії права запропоновано такі форми систематизації будь-якої галузі законодавства як інкорпорація, кодифікація та створення Зводу Законів.

В умовах декодифікації земельного законодавства України оптимальною формою його оперативної систематизації є інкорпорація, тобто просте об’єднання нормативно-правових актів в певні збірки за обраним системоутворюючим критерієм без внесення змін у зміст цих актів.

Упорядники таких збірок можуть обирати один із критеріїв інкорпорації або поєднувати їх, як-то систему галузі права (тобто систематизація нормативно-правових актів за предметом правового регулювання); постатейний розподіл нормативно-правових актів (мається на увазі статті ЗК України); юридичну силу нормативно-правових актів; хронологію прийняття тощо.

Системі самого земельного права сучасна земельно- та еколого-правова наука, на мою думку, не приділяє належної уваги. З одного боку, це може бути зрозуміло. Адже основна форма об’єктивації земельно-правових норм – земельне законодавство – не зважаючи на більш ніж п’ятнадцятирічну тривалість сучасної земельної реформи перебуває в стані зародження.

В той же час система права є відносно незалежною від системи законодавства і має власні внутрішні закономірності функціонування. Тому наразі поставити питання про систему земельного права України, його логічну структурованість за інститутами в залежності від предмету правового регулювання.

Детальна класифікація та поділ однорідних земельних правовідносин на види та підвиди в сучасній юридичній науці зроблені проф. Андрейцевим В.І. у його праці “Земельне право і законодавство суверенної України: Актуальні проблеми практичної теорії”.

На нашу думку, система сучасного земельного права України уявляється наступною.

Загальна частина включає такі інститути як правове забезпечення земельної реформи (включає чотири підінститути – правове забезпечення відповідно економічного, екологічного, інституційно-функціонального та правотворчого напрямків земельної реформи); право власності на землю; право

землекористування (включає підінститути права загального землекористування, права постійного землекористування, права оренди землі); право земельного сервітуту; обмеження прав на землю; набуття (реалізація) прав на землю (включає підінститути різних правових форм набуття та припинення прав на землю); захист прав на землю (в тому числі підінститути відшкодування збитків землевласникам і землекористувачам; відшкодування втрат сільськогосподарського і лісогосподарського виробництва); вирішення земельних спорів; правова охорона земель; правові засади управління в галузі використання та охорони земель (підінститути: планування використання земель, здійснення землеустрою, ведення державного земельного кадастру, здійснення моніторингу земель, організація стандартизації та нормування у галузі використання та охорони земель, організація оцінки земель, організація державної експертизи землевпорядної документації, контроль за використанням та охороною земель, державно реєстрація прав на землю); економічний механізм у галузі використання та охорони земель; юридична відповідальність за земельним законодавством.

Особлива частина включає правовий режим використання та охорони 1) земель сільськогосподарського призначення; 2) земель населених пунктів (в тому числі житлової та громадської забудови); 3) земель природно-заповідного фонду; 4) земель оздоровчого призначення; 5) земель рекреаційного призначення; 6) земель історико-культурного призначення; 7) земель лісогосподарського призначення; 8) земель водного фонду; 9) земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення; 10) земель запасу.

Спеціальна частина земельного права традиційно повинна включати міжнародно-правові норми. На мою думку, ця частина земельного права інтегрує сьогодні переважно норми міжнародного екологічного права.

Нарешті, говорячи про систему земельного права, не можна не згадати про групу земельно-процесуальних норм, адже реалізація значної кількості матеріальних норм цієї галузі пов'язана з необхідністю владної правозасобовчої діяльності компетентних державних або уповноважених державою органів.

Загально визнано в юридичній науці, що критерієм для розмежування і одночасно співвідношення матеріальних і процесуальних норм є їх відносна самостійність, взаємозалежність, обумовлена службовою роллю процесуальних норм по відношенню до матеріальних та можливістю реалізації останніх через застосування процесуальних норм.

В той же час в сучасних умовах земельно-процесуальні норми за способом вираження в чинному законодавстві поєднані з нормами матеріального земельного права (тобто розподілені по відповідних інститутах та підінститутах цієї галузі). Їх джерелами є Земельний кодекс України, закони та підзаконні акти земельного законодавства. Тому говорити про сформованість самостійної підгалузі земельного права – земельно-процесуального права – є передчасним.

Заслужують на особливу увагу такі інкорпоровані збірки земельного та екологічного законодавства як "Екологія і закон. Екологічне законодавство України" у 2-х книгах, відповідальним редактором якої є проф. Андрейцев В.І., та Земельний кодекс України з постатейними матеріалами, упорядником якого є Мірошниченко А. М. Зазначені видання побудовані відповідно до системи екологічного та земельного права саме з огляду на предмет та сферу правового регулювання. Додатковим критерієм при застосуванні такого виду інкорпорації є юридична сила нормативно-правових актів. Це робить їх зручними у використанні у наукових, практичних та навчальних цілях.

В той же час слід відмітити певну проблематичність інкорпорації земельного законодавства на сучасному етапі земельної реформи. Постійний і досить стрімкий розвиток цієї галузі законодавства України у зв'язку із процесами її декодифікації вимагає періодичного оновлення інкорпорованих збірок. А це відповідно потребує додаткових матеріальних, фінансових, кадрових та інших ресурсів.

Тому особливо актуальною є необхідність застосування більш перспективних форм систематизації земельного законодавства, які забезпечили б відносну стабільність хоча б основних його інститутів. Дана проблема визнана законодавчою гілкою влади в Україні, оскільки в результаті парламентських слухань "Сучасний стан та перспективи розвитку земельних відносин в Україні" від 22 вересня 2005 р. Кабінету Міністрів було рекомендовано підготувати пропозиції щодо кодифікації земельного законодавства шляхом об'єднання норм існуючих законів, що регулюють земельні відносини, в одному нормативно-правовому акті – Земельному кодексі України.

Але передова науково-правова думка переконана досвідом України та інших країн, де набули поширення земельні кодекси, що така форма законодавчого регулювання земельних відносин не має

чіткої завершеності. “Традиційно земельні кодекси обмежуються сотнею чи більше статей, як правило, загального характеру, що призводить до систематичного внесення до них доповнень”.

Обґрунтована критика змісту чинного ЗК України, здійснена проф. Андрейцевим у ряді його праць, спонукає до висновку про необхідність всебічної підтримки і практичної реалізації його пропозицій щодо розробки та прийняття Кодексу законів України про землю, який започаткує єдину законодавчу основу для подальшої нормотворчої та правозастосовчої практики, поєднавши класичні методи регулювання земельних відносин.

Від себе додамо, що цей новий варіант систематизації земельного законодавства міг би стати прецедентом для сучасного законодавства України в частині застосування змішаної форми систематизації останнього, у якій поєднуються кодифікаційні та інкорпораційні засади. Цей акт мав би вигляд зведення законів у земельно-правовій сфері з огляду на напрацьований за час земельної реформи нормативно-правовий матеріал та використовуючи позитивний історичного досвіду нашої держави дорадянської доби.

**АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО
ПРИРОДНО-ЗАПОВІДНИЙ ФОНД****Ковтун О.***Академія адвокатури України*

Заповідну справу в Україні проголошено пріоритетним напрямом державної політики в галузі охорони довкілля і раціонального використання природних ресурсів.

До природно-заповідного фонду (далі – ПЗФ) віднесено 7169 територій і об'єктів загальною площею 2757,4 тис гектарів, що становить 4,57% території України. Частка земель ПЗФ більшості країн Європи становить від 10 до 25 %.

Формування системи законодавства України про ПЗФ дає можливість визначити, що у системі екологічного права України формується підгалузь природно-заповідного права.

Система природно-заповідного законодавства включає наступні основні блоки законодавчого і підзаконного регулювання: конституційне регулювання природно-заповідних правовідносин, спеціальне природно-заповідне регулювання, загальне еколого-правове регулювання, регулювання природно-заповідних відносин нормами інших галузей законодавства та міжнародно-правове регулювання. Розглянемо їх детальніше.

1. Конституційне регулювання природно-заповідних правовідносин, яке закріплює найбільш важливі принципи цих відносин.

Ст. 13 Конституції України проголошує, що земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони є об'єктами права власності Українського народу. Від імені Українського народу права власника здійснюють органи державної влади та органи місцевого самоврядування в межах, визначених цією Конституцією

Кожний громадянин має право користуватися природними об'єктами права власності народу відповідно до закону.

Ст. 66 Конституції України покладає на громадян обов'язок не заподіювати шкоду природі, культурній спадщині, відшкодовувати завдані ними збитки. Зрозуміло, що цей конституційний обов'язок включає в себе обов'язок не заподіювати шкоду територіям та об'єктам ПЗФ України, оскільки вони є частиною природи.

2. *Спеціальне природно-заповідне регулювання*, що базується на нормах Закону України “Про ПЗФ України” від 16 червня 1992 року, який визначає правові основи організації, охорони, ефективного використання ПЗФ, відтворення його природних комплексів та об'єктів.

Питання охорони та збереження ПЗФ знайшли відображення у законах, підзаконних нормативно-правових актах: постановах Верховної Ради України, указах і розпорядженнях Президента України, постановах і розпорядженнях Уряду, відомчих актах, зокрема, в наказах та інструкціях Мінприроди країни.

Так, наприклад, у Рекомендаціях парламентських слухань щодо дотримання вимог природоохоронного законодавства в Україні, схвалених Постановою Верховної Ради України від 20 лютого 2003 р. відзначається, що має місце тенденція до збільшення порушень вимог природоохоронного законодавства як підприємствами, установами й організаціями, так і органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, а також громадянами. Через незавершеність і непослідовність адміністративної реформи призупинилася розробка національної екологічної стратегії та впровадження системи інтегрованого управління природними ресурсами, посилюється відомчий підхід в управлінні, нарощується дублювання функцій державного контролю. Кабінету Міністрів України рекомендується вжити заходів щодо недопущення реалізації господарських проектів за рахунок територій ПЗФ, посилити режим охорони об'єктів ПЗФ.

Указами Президента України створено значну кількість нових територій та об'єктів ПЗФ, розширено межі існуючих і зарезервовано для наступного заповідання цінні природні території.

12 липня 1997 р. прийнято Постанову Кабінету Міністрів України “Про вдосконалення державного управління заповідною справою в Україні”, якою передбачається необхідність створення

методик економічної оцінки біорізноманіття природно-заповідних територій, розроблення наукової моделі організації моніторингу на територіях ПЗФ, створення системи ведення державного кадастру об'єктів і територій ПЗФ. Однак жоден із цих напрямів науково-дослідних робіт, спрямованих на забезпечення розвитку заповідної справи в Україні, не зrealізовано до сьогодні.

Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 8 лютого 2006 р. затверджено Концепцію Загальнодержавної програми розвитку заповідної справи на період до 2020 року.

До спеціального природно-заповідного регулювання відносяться також нормативні акти Мінприроди України та Державної служби заповідної справи.

З метою удосконалення правової охорони комплексів та об'єктів ПЗФ необхідно розробити та прийняти наступні підзаконні нормативно-правові акти: Методичні рекомендації (вказівки) щодо здійснення інвентаризації та обстеження територій та об'єктів ПЗФ України; Порядок здійснення державного моніторингу територій та об'єктів ПЗФ України; Методику кадастрової еколого-економічної оцінки територій та об'єктів ПЗФ; Порядок планування та проведення перевірок з питань здійснення державного контролю у сфері охорони і використання комплексів та об'єктів ПЗФ; Методичні рекомендації щодо розробки Положень про охоронні зони територій та об'єктів ПЗФ; Методичні рекомендації щодо проведення поліфункціонального зонування територій та об'єктів ПЗФ України.

3. *Загальне еколого-правове регулювання*, що базується, насамперед, на нормах Закону України “Про охорону навколишнього природного середовища” від 25 червня 1991 р.

В.В. Петров говорить, що ПЗФ складається із природних об'єктів, значна частина яких (земля, надра, води, ліси) уже входять до відповідних природоресурсових фондів (земельного, водного, лісового, фонду надр). Отже, правовий режим територій та об'єктів ПЗФ регулюється так званими поресурсовими кодексами – Земельним, Лісовим, Про надра та Водним.

До законодавчих актів, що здійснюють природно-заповідне регулювання, відносяться також Закони України “Про затвердження Загальнодержавної програми формування національної екологічної мережі України на 2000 – 2015 роки”, “Про рослинний світ”, “Про екологічну мережу України”, “Про тваринний світ”, “Про Червону книгу України”, “Про охорону земель”, “Про державний контроль за використанням та охороною земель”, “Про землеустрій” та ін.

Загальнодержавна програма формування національної екологічної мережі України на 2000 – 2015 роки, затверджена Законом України від 21 вересня 2000 року, території та об'єкти ПЗФ називає основними природними елементами екологічної мережі. Отже, помітною є зміна пріоритетів правової охорони природи: поступово відбувається перехід від охорони конкретних територій та об'єктів ПЗФ до охорони та збереження біологічного та ландшафтного різноманіття шляхом формування екологічної мережі України як складової Всеєвропейської екологічної мережі.

4. *Регулювання природно-заповідних відносин нормами інших галузей законодавства*, наприклад, цивільного, кримінального, адміністративного, трудового, що визначають підстави та особливості притягнення винних осіб до майнової, кримінальної, адміністративної та дисциплінарної відповідальності за порушення законодавства про охорону територій та об'єктів ПЗФ.

5. *Міжнародно-правове регулювання* за допомогою ратифікованих Верховною Радою України міжнародних конвенцій, дво- та багатосторонніх угод України з іншими державами світу. Найважливішими для охорони та збереження територій та об'єктів ПЗФ України на сьогодні є: Конвенція про водно-болотні угіддя, що мають міжнародне значення переважно як середовище існування водоплавних птахів (Рамсар, 1971, зміни – Париж, 1982, 1987); Конвенція про охорону всесвітньої культурної та природної спадщини (Париж, 1972); Конвенція про міжнародну торгівлю видами дикої фауни і флори, що знаходяться під загрозою зникнення – CITES (Вашингтон, 1973); Конвенція про охорону мігруючих видів дикої фауни (Бонн, 1979); Конвенція про збереження дикої фауни і флори та природних середовищ в Європі (Берн, 1979); Конвенція про біологічне різноманіття (Ріо-де-Жанейро, 1992); Карпатська конвенція, що має регіональний характер (Київ, 2003).

Отже, розвиток природно-заповідного законодавства в Україні доби незалежності свідчить про те, що метою заповідання перестає бути лише збереження унікальних та типових природних комплексів та об'єктів, збереженню та охороні підлягає біорізноманіття; території та об'єкти ПЗФ розглядаються як складова світової системи особливо охоронюваних природних об'єктів, як основні природні елементи екологічної мережі.

Як бачимо, в Україні йде активний процес формування природно-заповідного законодавства. Однак незадовільним є механізм реалізації цього законодавства. Жодна з державних програм не виконана. Зусиль Уряду виявилось замало, щоб забезпечити поступальний розвиток заповідної справи та створити ефективну систему контролю за дотриманням чинного законодавства всіма причетними до ПЗФ структурами.

**ЮРИДИЧНІ ЗАСАДИ КОМПЕНСАЦІЇ ШКОДИ, ЗАПОДІЯНОЇ
ПОРУШЕННЯМ ПРИРОДОРЕСУРСНОГО ЗАКОНОДАВСТВА
СУЧАСНОЇ ДОБИ (1991-2006 РР.)***Краснова М.**Київський національний університет імені Тараса Шевченка*

Період сучасного державотворення характеризується прискореним темпом формування правових засад екологічного права, комплексної галузі права (інтегрованої правової спільності), яка об'єднує сукупність еколого-правових норм, що регулюють відносини з ефективного використання, відтворення, охорони природних ресурсів, забезпечення якості навколишнього природного середовища, гарантування екологічної безпеки, реалізації та захисту екологічних прав громадян. Таке наукове поняття враховує мету, завдання екологічного законодавства, що формує цю галузь, хоч формально воно називається законодавством про охорону навколишнього природного середовища.

У системі еколого-правових норм положення про компенсацію так званої екологічної шкоди можна виявити у всіх блоках правового регулювання: в природоресурсних, природоохоронних (середовищеохоронних) та антропоохоронних (по забезпеченню екологічної безпеки) нормах. Водночас положення про компенсацію екологічної шкоди формуються на загальних (ст.ст. 50, 66 Конституції України) та спеціальних (наприклад, Закон України від 13 грудня 2001 р. "Про цивільну відповідальність за ядерну шкоду та її фінансове забезпечення") засадах.

Загальними засадами компенсації екологічної шкоди по відношенню до системи природоресурсного законодавства можна назвати положення Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища", в якому вони виступають: а) принципами охорони довкілля (пп. "і", "й" ст. 3); б) ознакою еколого-правового статусу людини та громадянина, громадських об'єднань (п. "з" ст. 9 та п. "д" ст. 12, п. "ж" ст. 21); в) гарантією екологічних прав громадян (п. "д" ст. 10); г) повноваженням спеціально уповноваженого органу державної виконавчої влади в цій галузі (п. "з" ст. 20); д) економічним заходом охорони навколишнього природного середовища (п. "е" ст. 41), в тому числі чинником формування спеціальних природоохоронних фондів (п. "б" ст. 47), засобом забезпечення страхового зобов'язання (ст. 49); е) заходом юридичної відповідальності за порушення вимог законодавства (чч. 4, 5 ст. 68 та ст. 69 цього ж Закону). В межах юридичного механізму реалізації такі положення мають застосовуватися безпосередньо з метою забезпечення ефективності екологічного законодавства.

Природоресурсні закони і кодекси, прийняті у відповідності до Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища", питання компенсації шкоди регламентують більш конкретно. При цьому враховується, що шкода, заподіяна природним ресурсам, може бути суто екологічного (техногенного) характеру (внаслідок забруднення природних ресурсів небезпечними речовинами та іншими шкідливими впливами), або ж економічного характеру (внаслідок незаконного їх використання, порушення права власності чи користування шляхом втручання в законне володіння тощо). Така шкода може виникнути внаслідок попередніх, теперішніх чи майбутніх правопорушень (минула, теперішня, майбутня шкода). Такі особливості екологічної шкоди зумовлюють її до відповідних компенсаційних заходів, що можуть здійснюватися не лише в межах охоронних (захисних) правовідносин (у межах відносин юридичної відповідальності), але й у межах превентивно-регуляторних правовідносин (у межах відносин позитивної відповідальності).

Наприклад, Земельним кодексом України, засади компенсації шкоди, заподіяної порушенням земельного законодавства, визначені як: а) принцип забезпечення раціонального використання та охорони земель та гарантія прав на землю (пп. "г", "г" ст. 5); б) обов'язки осіб, що проводять розвідувальні роботи, відшкодувати власникам землі та землекористувачам усі збитки, включаючи неодержані доходи, за свій рахунок приводити займані земельні ділянки у стан, придатний для використання їх за призначенням (п. 4 ст. 97); в) права власників земельних ділянок та землекористувачів на відшкодування збитків, передбачених законом (п. "г" ст. 90, п. "г" ст. 95), їх обов'язки щодо додержання вимог законодавства про охорону довкілля, в тому числі підвищувати родючість ґрунтів та зберігати інші корисні властивості землі (пп. "б" і "г" ст.ст. 91, 96); г) обмеження прав на земельну ділянку у формі умови додержання природоохоронних вимог або виконання

визначених робіт (п. “ж” ст. 111); г) підстава для примусового припинення прав на земельну ділянку у разі неусунення допущених порушень природоохоронного законодавства в терміни, встановлені вказівками спеціально уповноважених органів виконавчої влади (п. “б” ст. 143); д) способи захисту прав на земельні ділянки (відновлення стану земельної ділянки, який існував до порушення прав, і запобігання вчиненню дій, що порушують права або створюють небезпеку порушення прав, визнання недійсними рішень органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування (в тому числі щодо незаконного вилучення (викупу) земельних ділянок для суспільних потреб), заборона втручання у здійснення власником своїх повноважень щодо земельної ділянки, відшкодування заподіяних збитків, визнання угод недійсними (пп. “б”, “в”, “г”, “д” ч. 3 ст. 152, ст.ст. 153-155); е) встановлені засади відшкодування збитків землевласникам та землекористувачам, в тому числі відшкодування втрат сільськогосподарського та лісогосподарського виробництва (Глави 24, 36). Такі положення деталізуються в спеціальних нормативних актах, які водночас врегульовують відповідні способи компенсації збитків і втрач – натуральний, розрахунковий, таксовий.

Сучасне природоресурсне законодавство врегульовує екологічно небезпечні види природокористування шляхом запровадження спеціальних загальнодержавних програм поліпшення екологічного стану, наприклад, гірничодобувних регіонів України, з подальшим упровадженням обов’язкового страхування у цій галузі для забезпечення виконання робіт із відновлення довкілля гірничодобувних регіонів, їх закриття і ліквідації. Аналогічно передбачається вжиття невідкладних заходів щодо запобігання стихійних лих, аварій, наприклад, пов’язаних із шкідливою дією вод, забрудненням вод небезпечними речовинами, а в разі їх настання – негайної ліквідації наслідків відповідно до законодавства України (чч. 2 і 3 ст. 108 Водного кодексу України від 6 червня 1995 р.). На сферу регулювання відносин природокористування при цьому значний вплив здійснюють норми природоохоронного законодавства та законодавства про забезпечення екологічної безпеки, які спрямовані на реалізацію принципів платності за забруднення навколишнього природного середовища, страхування екологічних ризиків, виконання природоохоронних заходів, активізацію заходів юридичної відповідальності.

Компенсація екологічної шкоди в межах юридичної відповідальності може застосовуватися за допомогою натурального способу, визначеного цивільним законодавством, однак перевага в екологічному законодавстві віддається розрахунковому, таксовому та витратному способам. Наведена нижче система нормативно-правових актів, спрямованих на їх регулювання, дозволяє говорити про необхідність кодифікації у цій сфері.

**ГЕНЕЗА НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЕКОЛОГІЧНО
НЕБЕЗПЕЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ НА ТРАНСПОРТІ ДО ПРОГОЛОШЕННЯ
НЕЗАЛЕЖНОСТІ УКРАЇНИ**

Краснова Ю.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

З метою проведення глибокого наукового дослідження правового регулювання екологічно небезпечної діяльності на транспорті, важливе місце посідає вивчення генези його формування.

До періодизації генези законодавчого регулювання у сфері здійснення екологічно небезпечної діяльності на транспорті та її обмеження необхідно, на нашу думку, застосувати історико-правовий підхід та виокремити певні часові проміжки, що визначаються єдністю загальних засад нормативного ладу та правової системи того чи іншого періоду або докорінною зміною правових механізмів обмеження діяльності на транспорті, яка впливає на довкілля. Такими періодами, на наш погляд, можна визнати наступні: 1) дорадянська доба розвитку законодавства в сфері здійснення екологічно небезпечної діяльності на транспорті та 2) радянська доба.

Крім того, історичні засади розвитку нормативно-правового регулювання екологічно небезпечної діяльності на транспорті можна поділити також на два окремі напрями: 1) вплив транспорту через здійснення викидів та скидів небезпечних речовин у навколишнє природне середовище; 2) фізичний вплив транспорту на навколишнє природне середовище.

Період дорадянської доби розвитку законодавства в сфері здійснення екологічно небезпечної діяльності на транспорті в свою чергу характеризується двома етапами розвитку: 1) до XVI століття; 2) до 30-х років XX століття.

Здійснення такого поділу пов'язане з тим, що саме до XVI століття існував немеханічний, так званий гужовий транспорт, вплив якого тим не менш, спричиняв не меншої шкоди ніж сучасний механізований транспорт. Можна впевнено стверджувати, що саме з моменту винаходу колеса, вплив транспорту став носити небезпечний характер. Основними небезпечними чинниками транспорту цієї доби були як фізичний (шумовий) так і хімічний впливи транспорту. Так, першим нормативним актом в даній сфері, який дійшов до наших днів є Указ Юлія Цезаря, яким він встановлював обмеження руху колісниць в нічний час, оскільки у місті неможливо було заснути – скрип та гуркіт колісниць на вузьких вулицях заважали сну, роздратовували. “Значна частина хворих помирили в Римі від безсоння, пов'язаного із шумом за вікнами”.

Хімічний вплив відбувався шляхом забруднення вулиць міст значним шаром фікалій, який утворювався внаслідок фізіологічних потреб коней та інших тварин, що слугували населенню транспортом, а також їх трупами, що ставало причиною зловоння на вулицях та виникнення епідемічних захворювань. Так, наприклад, 9 квітня 1699 року Петро I видав наказ “О соблюдении чистоты в Российской империи и о наказании за выбрасывание сору и всякого помету на улицы и переулки”, який містив положення про те, що “по большим улицам и по переулкам, чтоб помету и мертвечины нигде, ни против чьего двора не было, а было б везде чисто, и о том указал великий Государь сказать всяких чинов людям...”. Але прийняття даного наказу не покращувало санітарного стану вулиць і він залишався настільки низьким, що навіть у Москві, де 25 жовтня 1727 року керівництво Казенного двору, де зберігався старовинний золотий та срібний посуд та всі царські коштовності, зробило наступний запис у Журналі Оружейної палати: “От старого и доимочного приказов всякой пометной и непотребный сор от нужников и от постою лошадей, подвергает царскую казну немалой опасности, ибо от того является смрадный дух, а от того духа Его Императорского Величества золотой и серебряной посуде и иной казне ожидать опасной вреды, отчего б не почернела”. Основним заходом боротьби з таким впливом було запровадження елементів санітарної очистки міст, які: по-перше, зобов'язували власників гужового транспорту вживати всіх необхідних заходів по видаленню фікалій тварин та по-друге, утворювалася спеціальна служба по видаленню таких відходів за межі міста (Париж, Берлін, Лондон).

Крім того, серед основних заходів боротьби з впливом гужового транспорту необхідно виділити і розвиток наукових пошуків заміни гужового транспорту на інший, “менш шкідливий” засіб

пересування, що стало однією з причин виникнення сучасних видів транспорту (автомобільного, залізничного, міського електричного тощо).

Але попри всі сподівання, розвиток механічного транспорту вніс не менше шкоди. Так, накопичена до 30-х років ХХ століття інформація про рівні шуму дозволила визначити в якості основного його джерела транспорт, зокрема автомобільний. Наприклад, в Києві ще у 1905 році були прийняті законодавчі акти щодо охорони навколишнього природного середовища, в яких, зокрема, йшлося про необхідність щорічного проходження технічного огляду автомобілів у міській управі. Автомобіль не повинен був випускати під час руху ні диму, ні пари, а колеса мали бути обладнані запобіжниками від розбризкування бруду.

Період радянської доби в свою чергу також можна поділити на два етапи: 1) до кінця 60-х – початку 70-х років ХХ століття та 2) до 90-х років ХХ століття.

Необхідно зазначити, що етап з 30-х по 70-ті роки ХХ століття, як і попередня доба, характеризувалися розвитком законодавства санітарного спрямування, а не екологічного. Це означає, що при регулюванні охорони атмосферного повітря і вод враховувалися переважно інтереси охорони здоров'я людини, а не навколишнього природного середовища в цілому, яке також страждало від забруднення. Не виключенням була і сфера впливу транспорту. Але у зв'язку з тим, що кількість механічного транспорту залишалася ще відносно незначною, на перший план виходив його шумовий вплив, зокрема, фонічні сигнали (транспортні гудки), проти яких у передвоєнний та післявоєнний періоди була спрямована основна боротьба. Вона велася переважно адміністративними засобами.

В 1935-1936 роках в Ленінграді та Києві були проведені тижні заборони користування сигналами, які показали, що аварій, викликаних відсутністю фонічної сигналізації не сталося. В наслідок цього у великих містах Радянського Союзу місцевими актами було встановлено спеціальні правила користування автосигналами, зокрема, заборонялося користуватися гудками (особливо в нічний час), крім випадків виникнення загрози безпеці руху. Заборонялося також здійснювати значно довгі сигнали, встановлювати на автомобілі гудки високої частоти і т.і.

Заходи по боротьбі з шумовим впливом транспорту на локальному та місцевому рівнях проіснували аж до 50-х років ХХ століття, але спрямовувалися вони вже не лише проти гудків автомобілей. В сферу шумозахистного регулювання поступово потрапляє режим дорожнього руху. Так, наприклад, в Москві у післявоєнні роки актами міського виконавчого комітета було запроваджено визначене шумозахистне зонування території міста: були визначені вулиці або їх частини, де з виробничих або інших поглядів необхідно було дотримуватися режиму тиші (відносно слабкого шуму). Необхідний акустичний режим тут досягався адміністративними заходами: на таких вулицях встановлювалися міліцейські пости відділу регулювання дорожнього руху, знижувалася дозволена швидкість (із звичайної в той час в Радянському Союзі швидкості 30 км на годину до 10-15 км на годину), заборонялося користуватися звуковими сигналами. Цікаво, що у випадку виявлення (під час переодичних технічних оглядів) транспортних засобів, які спричиняють шум значно вище дозволеного для даного виду, на них накладалися обмеження проїзду по найбільш тихим вулицям міста. А для того, щоб інспектори відділу регулювання дорожнього руху могли розпізнати такі транспортні засоби, останні забезпечувалися спеціальними номерними знаками особливого кольору.

В довоєнний та післявоєнний період, контроль за впливом на населення шуму від транспортних засобів, в межах своєї компетенції здійснювали органи міліції, двірники, а також громадськість. Відповідний обов'язок двірників був встановлений ще у 1928 році постановою Наркомпраці УРСР від 24 травня 1928 року, якою затверджено Інструкцію про права та обов'язки двірників. Зокрема, в п.4 Інструкції зазначалося, що двірники зобов'язані здійснювати допомогу місцевим органам міліції у справі нагляду за дотриманням тиші і спокою в межах свого домоволодіння.

Із зростанням кількості транспортних засобів на дорогах, підвищується і увага до питання запобігання та зниження шумового та хімічного впливу транспортних засобів. Так, Радою Міністрів СРСР 3 жовтня 1973 року була прийнята постанова "Про заходи щодо зниження шуму на промислових підприємствах, в містах та інших населених пунктах". Відповідний нормативний акт в нашій державі був прийнятий значно раніше – 28 березня 1969 року і мав іншу назву – "Про заходи щодо попередження виробничих і побутових шумів та боротьбу з ними". Ці нормативні акти вперше носили комплексний характер до вирішення питання боротьби з шумом. Так, одним із основних заходів його подолання було забезпечення утримання дорожнього покриття, трамвайних шляхів, а також транспортних засобів та іншої техніки у стані, який не викликає підвищеного шуму під час їх експлуатації.

Постановою Ради Міністрів СРСР від 3 жовтня 1973 року був покладений обов'язок на Міністерство внутрішніх справ СРСР забезпечити нагляд за технічним станом транспортних засобів в частині відповідності рівня шуму, який утворюється ними під час руху. Міністерство цивільної авіації, відповідно до постанови, було зобов'язане враховувати при розробці генеральних схем розвитку і розміщення аеродромів необхідність захисту населення від шкідливого впливу шуму. Йому разом з іншими організаціями доручено розробити стандарт, який би регламентував допустимі рівні шуму в районах жилих забудов, розміщених поряд аеродромів і аеропортів. З січня 1978 року такий стандарт – “Шум авіаційний. Допустимі рівні шуму на території жилої забудови і методи його вимірювання” введений в дію. Рівень шуму за стандартом не повинен перевищувати з 7 до 23 годин 85 децибел – в інший час 75 децибел. Отже, до переліку об'єктів транспортної інфраструктури, що впливає на довкілля тепер входить і повітряний транспорт.

Положенням про державний санітарний нагляд в СРСР, затвердженим постановою Ради Міністрів СРСР від 31 травня 1973 року, встановлено, що нагляд за проведенням заходів щодо попередження, зниження інтенсивності і ліквідації шуму здійснюється санітарно-епідеміологічною службою в тісному зв'язку з організаціями і установами міністерств і відомств, які здійснюють контроль за охороною природи.

Поряд із заходами подолання шумових впливів транспорту на довкілля, майже одночасно починає розвиватися і законодавство про боротьбу із хімічними забрудненнями на транспорті.

Так, зокрема, 10 грудня 1970 року був прийнятий Закон “Основи водного законодавства Союзу РСР”, в якому був регламентований порядок експлуатації водосховищ, охорони вод від забруднення, відповідальність за порушення водного законодавства. В ст. 38 Закону, власникам засобів водного транспорту, трубопроводів, плавучих та інших споруд на водних об'єктах було заборонено забруднювати і засмічувати води мастилами, деревиною, хімічними, нафтовими та іншими продуктами.

Закон, введений в дію з 1 січня 1981 року “Про охорону атмосферного повітря” регулював, зокрема, порядок здійснення викидів забруднюючих речовин в атмосферу як стаціонарними джерелами, так і рухомими засобами і установками, враховуючи автомобілі, літаки і судна (ст. 11 Закону).

Контроль за виконанням законів та постанов, розробку пропозицій на майбутнє та багато інших повноважень було покладено на створений у 1978 році Державний комітет СРСР по гідрометеорології і контролю за природним середовищем. Крім того, постановою ЦК КПРС і Ради Міністрів СРСР від 1 грудня 1978 року “Про додаткові заходи щодо посилення використання природних ресурсів” була створена Державна інспекція по охороні атмосферного повітря від забруднення тощо.

17 лютого 1990 року, Верховною Радою Української РСР було прийнято постанову “Про екологічну обстановку в республіці та заходи по її докорінному поліпшенню” № 8813, якою зобов'язано міністерства і відомства УРСР, виконкоми обласних, Київської і Севастопольської міських Рад народних депутатів здійснити комплекс заходів щодо значного зменшення негативного впливу викидів автотранспорту у навколишнє природне середовище, перш за все у великих містах і курортних зонах. Добитися розширення мережі електротранспорту, переведення автотранспорту на неетильовані бензини, газоподібне та малосірчисте дизельне паливо, виведення великих вантажопотоків за межі житлових масивів, створення на всіх автопідприємствах контрольно-регульовальних пунктів для контролю та токсичністю й димністю відпрацьованих газів автомобілів (п. 10 Постанови).

Таким чином, дослідивши генезу нормативно-правового регулювання екологічно небезпечної діяльності на транспорті, можна з впевненістю говорити про її вплив на формування сучасного законодавства в даній сфері.

ПРАВОВІ ОЗНАКИ СІМ'Ї ЯК СУБ'ЄКТА ПРАВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Кульчицька О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У галузевій науковій літературі тривалий час велася дискусія з приводу того, хто є суб'єктом права соціального забезпечення: сім'я як єдине ціле чи члени сім'ї. Щоб визначити, хто є суб'єктом права, важливо з'ясувати, кому належать відповідні права та обов'язки. Для цього необхідно визначити, чи наділена сім'я правами у сфері соціального забезпечення. З цією метою потрібно звернутися до законодавчих положень, які закріплюють, кому – сім'ї чи окремим її членам – належить право на відповідний вид соціального забезпечення. Однак законодавство повинно визначати, хто є суб'єктом права на відповідний вид соціального забезпечення, беручи до уваги також мету надання такого забезпечення. Зокрема, якщо метою надання певної соціальної допомоги є матеріальна підтримка сім'ї в цілому, то суб'єктом права на цей вид допомоги повинна визнаватися сім'я.

Відповідно до Закону України “Про державну соціальну допомогу малозабезпеченим сім'ям” від 1 червня 2000 року № 1768-III право на державну соціальну допомогу мають малозабезпечені сім'ї, які постійно проживають на території України. Наведене законодавче положення відповідає меті надання цієї соціальної допомоги – матеріальна підтримка сім'ї.

Сім'я є суб'єктом права на відповідні виплати також відповідно до інших нормативних актів України (див., наприклад, ч. 7 ст. 34 Закону України “Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності” від 23 вересня 1999 року № 1105-XIV). Тут сім'ю розглядають не як сукупність окремих громадян, кожен з яких наділений правовим статусом у сфері соціального забезпечення, а як єдине ціле, об'єднання осіб, що має власний галузевий правовий статус. Отже, сім'я є суб'єктом права на відповідний вид соціального забезпечення у тих випадках, коли це передбачено законодавством.

У галузевому законодавстві немає єдиного визначення поняття “сім'я”, яке б стосувалося усіх правовідносин у сфері соціального забезпечення. Натомість такі визначення містяться у законах, які регулюють окремі групи суспільних відносин у цій сфері. Очевидно, такі визначення законодавець формулює, маючи на меті пояснити, який термін та з яким змістовним навантаженням вжито у конкретному нормативно-правовому акті. Зокрема, Закон України “Про державну соціальну допомогу малозабезпеченим сім'ям” містить таке визначення сім'ї: “Сім'я – це особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом, мають взаємні права та обов'язки. Права члена сім'ї має одинока особа”. Крім того, цей Закон визначає поняття малозабезпеченої сім'ї. Малозабезпечена сім'я – це сім'я, яка з поважних або незалежних від неї причин має середньомісячний сукупний дохід нижчий від прожиткового мінімуму для сім'ї. Закон України “Про державну допомогу сім'ям з дітьми” визначає поняття “сім'я з дітьми”. Відповідно до ст. 2 цього Закону сім'єю з дітьми визнається поєднане родинними зв'язками та зобов'язаннями щодо утримання коло осіб, у якому виховуються рідні, усиновлені діти, а також діти, над якими встановлено опіку чи піклування.

Загальне визначення поняття “сім'я”, сформульоване у Законі України “Про державну соціальну допомогу малозабезпеченим сім'ям”, охоплює основні ознаки сім'ї за правом соціального забезпечення, а саме: 1) сім'єю є кілька осіб. Однак права члена сім'ї має також одинока особа; 2) особи, які складають сім'ю, повинні проживати разом і вести спільний побут; 3) вони об'єднані правами та обов'язками щодо взаємного утримання.

Постає запитання, чи для визнання кількох осіб сім'єю необхідна наявність усіх зазначених ознак чи достатньо лише однієї? З одного боку, кілька осіб, які проживають разом і ведуть спільний побут, не завжди є сім'єю (наприклад, особи, які проживають разом у кімнаті в гуртожитку, сім'єю можуть і не бути). З огляду на це необхідно брати до уваги наявність у цих осіб прав і обов'язків щодо взаємного утримання. Такі права та обов'язки виникають на підставах, які в Сімейному кодексі визначені як підстави виникнення сім'ї. Зокрема, ст. 3 кодексу визнає такими підставами шлюб, кровне чи інше споріднення, усиновлення, а також інші підстави, не заборонені законом.

З іншого боку, осіб, які об'єднані взаємними правами та обов'язками, визнають сім'єю і тоді, коли вони внаслідок визначених законодавством поважних причин не проживають спільно. Підтвердженням цього є положення ст. 3 Сімейного кодексу України, відповідно якого подружжя вважають сім'єю і тоді, коли дружина та чоловік, у зв'язку з навчанням, роботою, лікуванням, необхідністю догляду за батьками, дітьми та з інших поважних причин не проживають спільно. Дитина належить до сім'ї своїх батьків і тоді, коли спільно з ними не проживає.

У праві соціального забезпечення підставою для такого висновку є положення Порядку призначення і виплати державної соціальної допомоги малозабезпеченим сім'ям, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 24 лютого 2003 р. № 250. Зазначене положення визначає, що до сім'ї, що звертається за призначенням соціальної допомоги, належать, зокрема, діти, які навчаються у вищих навчальних закладах I–IV рівнів акредитації та професійно-технічних навчальних закладах з денною формою навчання до досягнення 23 років і не мають власних сімей незалежно від місця проживання або реєстрації.

Крім того, галузеве законодавство відмежовує поняття “сім'я” і “члени сім'ї”. Ознаки члена сім'ї сформульовані у рішенні Конституційного Суду України від 3 червня 1999 року N 5-рп/99 у справі про офіційне тлумачення терміна “член сім'ї”. Відповідно до цього рішення членами сім'ї вважають осіб, котрі перебувають між собою у правовідносинах, природа яких визначається кривними (родинними) зв'язками або шлюбними відносинами; постійним спільним проживанням; веденням спільного господарства. Такі ознаки застосовуються диференційовано при конкретному визначенні членів сім'ї.

Отже, формулюючи визначення сім'ї за правом соціального забезпечення, доцільно зважати на те, що такі ознаки, як спільне проживання, ведення спільного побуту і наявність права та обов'язків щодо взаємного утримання можуть бути наявні у сукупності або окремо. Визначальною ознакою сім'ї, на нашу думку, є взаємні права та обов'язки її членів. Саме цю ознаку вважає однією з головних юридичних ознак сім'ї І. В. Жилінкова.

З огляду на це можна запропонувати таке визначення сім'ї як суб'єкта права соціального забезпечення: сім'я за правом соціального забезпечення – це декілька осіб (чи одинока особа), які об'єднані правами та обов'язками щодо взаємного утримання і (або) спільним проживанням чи побутом на підставах, не заборонених законом, та у визначених законодавством випадках мають право на соціальне забезпечення. Це визначення, як нам видається, може бути універсальним для всіх видів соціального забезпечення, на які має право сім'я відповідно до законодавства. Для того, щоб мати право на деякі види соціального забезпечення, сім'я повинна відповідати ще додатковим ознакам: бути малозабезпеченою чи мати дітей. У відповідному нормативному акті, який регулює ці відносини, можна закріпити визначення сім'ї, яке застосовуватимуть лише у правовідносинах, урегульованих цим актом.

ЗНАЧЕННЯ МІНІМАЛЬНОГО СТРАХОВОГО ВНЕСКУ ПРИ ОБЧИСЛЕННІ СТРАХОВОГО СТАЖУ

Кучма О.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Страховим стажем відповідно до чинного законодавства є період (строк), протягом якого особа підлягає загальнообов'язковому державному пенсійному страхуванню та за який щомісяця сплачені страхові внески в сумі не меншій, ніж мінімальний страховий внесок.

Тобто, однією з визначальних умов зарахування періоду трудової діяльності до страхового стажу є сплата страхового внеску не менше мінімального. Розглянемо детальніше значення мінімального страхового внеску при обчисленні страхового стажу.

Відповідно до ст.1 Закону України “Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування” мінімальний страховий внесок – це сума коштів, що визначається розрахунково як добуток мінімального розміру заробітної плати на розмір страхового внеску, встановлених законом на день отримання заробітної плати (доходу).

Законом України “Про Державний бюджет України на 2006 рік” з 01 грудня 2006 року встановлено мінімальну заробітну плату у розмірі 400 гривень на місяць. Відповідно до Закону України “Про збір на обов'язкове державне пенсійне страхування” страховий внесок, який має сплачуватися за найману особу до Пенсійного фонду становить 33,8 відсотки від заробітку особи. Таким чином, мінімальний страховий внесок за місяць, починаючи з січня 2006 року, складатиме: $400 \times 33,8\% = 135,2$ (грн.).

Ще однією з умов зарахування періоду трудової діяльності до страхового стажу, яка впливає з визначення терміну “мінімальний страховий внесок”, є те, що розмір внеску, сплаченого за особу, враховується за кожен місяць окремо, незалежно від того у якому розмірі був сплачений страховий внесок у попередньому чи наступному місяці. Тому, якщо, наприклад, особа йде на 29 днів (протягом одного місяця) у відпустку, “відпускні” їй нараховують і виплачують за відпускний період у попередньому місяці, відповідно, страховий внесок до Пенсійного фонду за цю особу теж буде сплачено у попередньому місяці з заробітку, у який врахують і “відпускні”. У наступному місяці у особи є 1-2 робочих дні, і заробіток, нарахований за ці дні, у переважній більшості працівників буде меншим від мінімальної заробітної плати, відповідно, внесок за цей місяць буде меншим від мінімального страхового внеску. У даному випадку або особі обчислюють неповний місяць страхового стажу з розрахунку фактично сплаченого страхового внеску по формулі $ТП = Кст \times (Св:В)$, де ТП – тривалість періоду, що зараховується до страхового стажу та визначається для кожного місяця (не більше кількості календарних днів у місяці), Кст – кількість календарних днів у місяці, В – мінімальний страховий внесок за відповідний місяць, Св – сума фактично сплачених страхових внесків за відповідний місяць, або особа здійснює доплату до мінімального страхового внеску і їй враховують повний місяць до страхового стажу.

Для зарахування неповного місяця роботи до страхового стажу як повного місяця особи, які підлягають загальнообов'язковому державному пенсійному страхуванню та особи, які беруть добровільну участь у загальнообов'язковому державному пенсійному страхуванні подають до органів Пенсійного фонду за місцем призначення пенсії заяву, у якій зазначається бажання доплатити за місяці, де страховий внесок є меншим за мінімальний розмір страхового внеску. Працівник відділу надходження доходів на підставі даних персоналізованого обліку складає повідомлення-розрахунок із визначенням сум доплати по періодам, за які застрахована особа бажає здійснити доплату, надсилає до заявника, який повинен у десятиденний термін від дня одержання повідомлення здійснити доплату.

На наш погляд, доцільно передбачити у законодавстві обов'язок роботодавця повідомляти найманого працівника про наявність у нього неповних місяців страхового стажу.

Варто зазначити, що для окремих категорій застрахованих осіб застосовується різний розмір мінімального страхового внеску. Так, для найманих працівників платників фіксованого сільськогосподарського податку, розмір мінімального страхового внеску становить 33,8 відсотка від суми фіксованого сільськогосподарського податку; для фізичних осіб – СПД платників фіксованого, єдиного податку, на загальних підставах, членів сім'ї фізичної особи – СПД, осіб, які беруть

добровільну участь у системі загальнообов'язкового державного пенсійного страхування, осіб, які забезпечують себе роботою самостійно, займаються адвокатською, нотаріальною та творчою діяльністю розмір мінімального страхового внеску становить 31,8 відсотка від одержаного доходу за місяць; для осіб, які отримують допомогу у період догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку розмір мінімального страхового внеску становить 33,8 відсотка від розміру допомоги, яка виплачується по догляду; для найманих працівників-інвалідів, крім працівників платників фіксованого сільськогосподарського податку, розмір мінімального страхового внеску становить 6 відсотків від заробітку особи.

Законом України "Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування" ст.18 п. 6 зазначено, що законодавством не можуть встановлюватися пільги з нарахування та сплати страхових внесків або звільнення від їх сплати.

Законодавча колізія склалася із платниками єдиного та фіксованого податків.

З 01.01.2004 року вони мали сплачувати за своїх найманих працівників внески на загальних підставах відповідно до Закону України "Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування", але в той же час не внесені зміни до Указу Президента "Про спрощену систему оподаткування, обліку та звітності суб'єктів малого підприємництва" щодо вилучення положень, які стосуються спрямування частини коштів податку до Пенсійного фонду України.

Таким чином, платники, що перебували на спрощеній системі оподаткування з січня 2004 року і у наступних місяцях (до внесення змін до Указу Президента) підлягатимуть подвійному оподаткуванню.

Пенсійний фонд України і Державний комітет з питань регуляторної політики та підприємництва свої позиції щодо законодавчої колізії виразили у листах 373/14 від 16.01.2004 р. та №51 від 10.01.2004 р. відповідно.

Так, Пенсійний фонд у своїх роз'ясненнях зазначає, що суб'єкти підприємницької діяльності, які обрали спрощену систему оподаткування, до законодавчого врегулювання ситуації, за умови, якщо з єдиного (фіксованого) податку частка, яка перераховується до Пенсійного фонду, буде меншою, ніж мінімальний страховий внесок на працівників цього суб'єкта (приватного підприємця), повинні доплачувати до мінімального страхового внеску. Наприклад, фірма – платник єдиного податку сплачує до ДПА єдиний податок у сумі 1000 грн., відповідно до Указу Президента №727 до Пенсійного фонду перераховується 42% від суми єдиного податку, що складає 420 грн. На фірмі працює 10 осіб, мінімальний страховий внесок за кожного працюючого складе $400 \times 33,8\% = 135,20$ грн., за всіх працюючих відрахування мають скласти 1352 грн. ($135,20 \times 10 = 1352$). В даному випадку фірмі необхідно здійснити доплату у розмірі 763 грн. ($1183 - 420 = 763$). Але слід звернути увагу на те, що, навіть при доплаті до мінімального страхового внеску, працюючому буде зараховано страховий стаж у повному розмірі, але заробітну плату для обрахунку пенсії особа зможе взяти за звітний місяць тільки 400 грн., оскільки внесок сплачено саме з цієї суми.

Державний комітет з питань регуляторної політики та підприємництва в своєму листі зазначає, що основним документом, який регулює діяльність суб'єктів господарювання, що знаходяться на спрощеній системі оподаткування є Указ Президента, який звільняє їх від сплати податків і зборів, в тому числі і до Пенсійного фонду.

На нашу думку, необхідно терміново внести зміни до згаданого Указу Президента, що буде гарантувати найманим працівникам платників єдиного та фіксованого податків сплату за них внесків у розмірі, не меншому мінімального, та зарахуванню, відповідно, повних місяців роботи до страхового стажу.

Вважаємо, що на час до законодавчого врегулювання ситуації приватні підприємці, що перебувають на спрощеній системі оподаткування, а також і юридичні особи – платники єдиного та фіксованого податків можуть або сплачувати податок, з якого йде певний відсоток до Пенсійного фонду та відраховувати до Пенсійного фонду внески на загальних підставах, відповідно до Закону України "Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування" або здійснювати відрахування за найманих працівників згідно роз'яснень Пенсійного фонду. Крім того, відповідно до роз'яснень Пенсійного фонду України з метою уникнення подвійного оподаткування при сплаті страхових внесків фізичними особами – суб'єктами підприємницької діяльності та юридичними особами, які обрали спрощену систему оподаткування, за найманих працівників, сума коштів, що спрямовується до Пенсійного фонду у вигляді частини ставки єдиного або фіксованого податків за цих працівників, буде зарахована в рахунок сплати страхових внесків.

СОЦІАЛЬНИЙ ЗАХИСТ ДЕРЖАВНИХ СЛУЖБОВЦІВ У СФЕРІ ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИН

Луцький Р.

Юридичний інститут Прикарпатського національного університету ім. В. Стефаника

В юридичній літературі відсутня однозначність у вирішенні питання правової природи відносин державної служби. З огляду на це, розкриття змісту соціального захисту у сфері трудових правовідносин набуває наукового сенсу тільки у взаємному зв'язку з дослідженням існуючих в юридичній літературі позицій стосовно галузевої приналежності відносин, що виникають у зв'язку із застосуванням праці державних службовців.

У радянській правовій науці питання професійної діяльності службовців в державній сфері традиційно зосереджувалося в рамках адміністративного права, а державна служба розглядалася як один із найважливіших інститутів цієї галузі.

Публічність трудової функції державних службовців, за словами В.Воловика, зумовлює регламентацію їх праці численними спеціальними нормами, чинними тільки для даної категорії працівників. Вказані обставини, як зазначає автор, сприймаються як достатня підстава для постановки питання про переміщення нормативної регламентації праці державних службовців зі сфери трудового права у сферу адміністративного.

Розмежування і взаємозв'язок трудового та адміністративного права в частині регулювання відносин державної служби досліджували в свої працях вчені-правники радянського періоду, зокрема, представник науки адміністративного права С.С. Студенкін і представник науки трудового права А.Є. Пашерстник.

С.С. Студенкін вказував на те, що особи, які поступають на державну службу, наділяються не тільки службовими, а й особистими правами як і будь-які особи, що працюють за наймом, зокрема, правом на заробітну плату, на відпустку, соціальне страхування та соціальне забезпечення та ін. Автор робить висновок про те, що державний службовець, як носій службових прав для реалізації державних функцій, вступає в державно-службові відносини, а як носій особистих прав являється учасником трудових відносин. Такі державно-службові відносини регулюються адміністративним, а трудові – трудовим правом. Поряд з тим, на думку автора, специфічність трудових відносин державних службовців зумовлюється підставою їх виникнення, якою є односторонній адміністративний акт, який може бути виданий як у результаті задоволення бажання особи, так і проти її волі. В такій позиції втілюється специфіка державної служби тоталітарної держави. Її неприйнятність в сучасний період впливає з положень Конституції України, відповідно до яких утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ч.2 ст.3) та використання примусової праці забороняється (ч.3 ст.43).

Підхід до цієї проблеми А.Є. Пашерстника ґрунтується на розумінні державної служби як двох видів відносин. Перші – це відносини між службовцем та роботодавцем, а другі – відносини між державним службовцем і населенням, установами, організаціями, тобто зовнішнім середовищем. Відносини першого виду, за словами дослідника, збігаються з трудовими відносинами працівників. Відносини другого виду визначаються характером тих чи інших завдань держави. Вони знаходяться поза межами трудових відносин службовця і роботодавця та не регулюються нормами трудового права. Лінія розмежування між трудовим та адміністративним правом, на думку А.Є. Пашерстника, пролягає в площині розмежування становища державного службовця в трудовому процесі і його становищем у „зовнішньому середовищі”. Останнє, в свою чергу, становить сферу адміністративного права.

Позиція А.Є. Пашерстника знайшла підтримку серед сучасних вітчизняних науковців. Так, І.П. Лаврінчук вважає, що правовідносинами державної служби є, перш за все, двосторонні правовідносини державного службовця з державним органом по виконанню трудових функцій за посадою, що передбачена штатним розписом державної структури – трудові правовідносини, особливість яких зумовлюється змістом праці державних службовців, що полягає в реалізації організаційно-владних повноважень або здійсненні відповідної діяльності в межах компетенції

державних органів, установ, організацій. Такі правовідносини, на думку автора, передбачають встановлення інших правовідносин – здебільшого адміністративно-правових (односторонніх правовідносин, заснованих на зв'язках суворой субординації, розмежування суб'єктів „влади” та „підпорядкування”).

Досліджуючи юридичну природу трудових відносин державних службовців П.Д. Пилипенко робить висновок, що в своїй основі це відносини, які підпадають під сферу трудового права. Для них притаманні всі основні ознаки трудових відносин найманої праці. Тому, за своєю природою норми, що регламентують працю державних службовців, є нормами трудового права і відображають при цьому диференціацію у правовому регулюванні.

Вітчизняна дослідниця Н.М. Неумивайченко, підтримуючи позицію про те, що у відносинах державної служби вбачається як внутрішній, так і зовнішній аспект, зауважує, що в рамках зовнішнього аспекту такі відносини не перестають бути трудовими, не втрачають своєї якості, а навпаки, забагачуються новим змістом, обумовленим тим, що тут державний службовець виступає, з однієї сторони, – працівником, який виконує трудові обов'язки, а з іншої – представником держави, від імені якої вступає в „зовнішні” відносини з фізичними та юридичними особами.

А.В. Андрушко, досліджуючи особливості виникнення трудових правовідносин з державними службовцями, приходять до висновку, що державна служба є комплексним правовим інститутом, який інтегрує у собі адміністративно-правові та трудові норми. Поряд з цим, автор акцентує увагу на терміні „службово-трудова правовідносина”, який виражає особливість та своєрідність правовідносин, які складають невід'ємну частину трудового права та взаємодіють із управлінськими правовідносинами, що належать до сфери адміністративного права. Підтримуючи таку точку зору, І.П. Греков пропонує внести термінологічну чіткість щодо вживання вказаного терміна. На думку дослідника, до зовнішньої сфери працівників державних органів слід застосовувати термін „державно-службові відносини”, а до внутрішньої сфери функціонування означеної категорії працівників суспільного виробництва – „службово-трудова відносина”.

На думку Н.М. Неумивайченко, сенс вивчення державної служби як різновиду трудової діяльності з позиції науки трудового права полягає у тому, щоб розглядати відносини державної служби як окремий різновид трудових відносин, які потрапляють під регулюючий вплив законодавства про працю, але з певною специфікою.

Така специфіка відображена в Законі України „Про державну службу”, зумовлюється змістом праці державних службовців, яка полягає у реалізації ними організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій у межах компетенції того чи іншого державного органу.

Враховуючи вищенаведені обставини, в юридичній літературі неодноразово висловлювалися міркування про необхідність доповнення законодавства про державну службу та Кодексу законів про працю України нормами про поширення трудового законодавства на державних службовців з особливостями, передбаченими законодавством про державну службу. Зазначені пропозиції враховані Проектом Трудового кодексу України, ст. 7 якого містить норму про поширення трудового законодавства на державних службовців.

Специфіка трудових відносин державних службовців позначається і на такому інституті трудового права як оплата праці, який знайшов своє нормативне закріплення, відповідно, у Законі України „Про державну службу”. Умови оплати праці державних службовців, розміри їх посадових окладів, надбавок, доплат і матеріальної допомоги, визначаються Кабінетом Міністрів України.

Відповідно до ст. 33 Закону України „Про державну службу”, заробітна плата державних службовців складається з посадових окладів, премій, доплати за ранг, надбавки за вислугу років на державній службі та інших надбавок. Закон України „Про оплату праці”, в свою чергу, в структурі заробітної плати виділяє основну та додаткову заробітну плату, інші заохочувальні та компенсаційні виплати. Єдиним нормативним документом, що визначає складові фонду оплати праці, розробленим відповідно до цього Закону, є Інструкція зі статистики заробітної плати, затверджена Наказом Державного комітету статистики України від 13 січня 2004 року № 5

Ст. 2 Закону України „Про оплату праці” визначає основну заробітну плату як винагороду за виконану роботу відповідно до встановлених норм праці (норми часу, виробітку, обслуговування, посадові обов'язки). Для службовців вона встановлюється у вигляді посадових окладів. Таким чином, основною складовою заробітної плати державних службовців та посадових осіб місцевого самоврядування є посадовий оклад, який встановлюється залежно від складності та рівня відповідальності виконуваних службових обов'язків.

Розміри посадових окладів державних службовців та посадових осіб місцевого самоврядування передбачені Постановою Кабінету Міністрів України від 13 грудня 1999 року № 2288 (ост. зміни згідно з Постановою КМ №1544 від 17.11.2004) „Про впорядкування умов оплати праці працівників апарату органів виконавчої влади, місцевого самоврядування та їх виконавчих органів, органів прокуратури, судів та інших органів”.

Аналізуючи структуру заробітної плати державних службовців за основними складовими, г. Чернецька приходить до висновку, що частка посадового окладу як основної характеристики посади, яку обіймає державний службовець, дуже незначна (35%-45%). Дослідниця наводить приклад із законодавства Франції про державну службу, відповідно до якого посадовий оклад визнається основною гарантією, що має безособовий характер, а його мінімальний розмір становить 120 відсотків прожиткового мінімуму.

Додаткова заробітна плата визначаються Законом України „Про оплату праці” як винагорода за працю понад встановлені норми. Така винагорода включає доплати, надбавки, гарантійні і компенсаційні виплати, передбачені чинним законодавством, премії, пов’язані з виконанням виробничих завдань і функцій.

З огляду на вищенаведене, додаткова заробітна плата державних службовців включає доплати за ранги, премії, надбавки за вислугу років та інші надбавки.

Доплата за ранг провадиться відповідно до рангу, присвоєного державному службовцю чи посадовій особі місцевого самоврядування з урахуванням займаної посади, рівня професійної кваліфікації та результатів роботи. Надбавки до посадових окладів за ранги державних службовців встановлюються у твердій сумі, розмір якої передбачений Додатком № 46 до Постанови Кабінету Міністрів України від 13 грудня 1999 року № 2288 (ост. зміни згідно з Постановою КМ №1544 від 17.11.2004) „Про впорядкування умов оплати праці працівників апарату органів виконавчої влади, місцевого самоврядування та їх виконавчих органів, органів прокуратури, судів та інших органів”.

Надбавка за ранг виплачується з дня його присвоєння. Державному службовцю, який працює неповний робочий день (тиждень), така надбавка виплачується пропорційно відпрацьованому часу. Особам, які призначені на посаду державного службовця з терміном випробовування і мають ранги, присвоєні за попереднім місцем роботи, надбавка за ранг у період випробовування провадиться відповідно до цього рангу.

Надбавка за вислугу років виплачується державним службовцям щомісячно у відсотках до посадового окладу з урахуванням доплати за ранг і залежно від стажу державної служби. До інших надбавок законодавець відносить надбавки за високі досягнення у праці чи виконання особливо важливої роботи та доплати за виконання обов’язків тимчасово відсутніх працівників. Розмір таких надбавок передбачений Постановою Кабінету Міністрів від 13 грудня 1999 року № 2288.

Окрім цього, вказаною Постановою передбачені надбавки за особливі умови проходження державної служби і напруженість у роботі, надбавка керівникам і спеціалістам центрального апарату Міністерства юстиції, що займаються законопроектною роботою, надбавка за знання та використання в роботі в роботі іноземної мови, доплата за науковий ступінь кандидата або доктора наук з відповідної спеціальності та надбавка за почесне звання „заслужений”, які виплачуються працівникам, якщо їх діяльність збігається за профілем з науковим ступенем або почесним званням.

В структуру заробітної плати державних службовців законодавець включає і матеріальну допомогу для вирішення соціально-побутових питань. Така допомога, відповідно до п. 2 Постанови Кабінету Міністрів України від 13 грудня 1999 р. № 2288, виплачується в розмірі середньомісячної заробітної плати.

Додатковою гарантією соціального захисту державних службовців у сфері трудових правовідносин є грошова винагорода, яка видається за сумлінну працю у відповідних органах, зразкове виконання трудових обов’язків.

Законом України „Про державну службу” така винагорода не віднесена до інших надбавок і, відповідно, не включається в структуру заробітної плати державних службовців. Поряд з цим п. 4 Порядку видачі грошової винагороди державним службовцям за сумлінну, безперервну працю в органах державної влади, зразкове виконання трудових обов’язків, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 24 лютого 2003 року №212, передбачено, що сума грошової винагороди включається до фонду оплати праці та відповідно до законодавства враховується під час визначення бази (об’єкта) для оподаткування, для нарахування страхових внесків до фондів загальнообов’язкового державного соціального страхування та збору до Пенсійного фонду.

Інструкцією зі статистики заробітної плати така винагорода віднесена до інших заохочувальних та компенсаційних виплат в структурі заробітної плати.

Відповідно до Закону України „Про державну службу”, оплата праці державних службовців повинна забезпечувати достатні матеріальні умови для незалежного виконання службових обов’язків, сприяти укомплектуванню апарату державних органів компетентними і досвідченими кадрами, стимулювати їх сумлінну та ініціативну працю. В даному випадку, визначаючи функції оплати праці, законодавець робить акцент на задоволення інтересів держави як роботодавця, на відміну від заробітної плати посадових осіб місцевого самоврядування, яка має забезпечувати достатній життєвий рівень цієї категорії працівників.

Поряд з цим, економічні дослідження доводять, що мотивація трудової діяльності не може бути дієвою без задоволення матеріальних потреб, задіяння матеріального інтересу працівників. За словами А. Колода, тільки політика високої заробітної плати (порівняно з середньоринковою) сприяє зниженню плинності кадрів, дає змогу відібрати на ринку праці найбільш підготовлених, досвідчених, ініціативних, орієнтованих на успіх працівників, продуктивність праці яких є потенційно вищою від середнього рівня, виступає чинником підвищення старанності, відповідальності та інтенсивності праці.

Досліджуючи фактичний стан матеріального забезпечення державних службовців, А.П. Рачинський приходиться до висновку, що система оплати праці цієї категорії працівників містить ряд недоліків, зокрема, рівень заробітної плати не сприяє залученню та утриманню потрібного кваліфікованого персоналу, створює можливості для корупції; розбіжності в оплаті праці державних службовців одного посадового рівня та кваліфікації в різних державних органах створюють штучне перетікання кадрів з одних відомств до інших, що негативно впливає на функціонування державного управління; рівень заробітної плати визначається не чинниками об’єктивного характеру – складністю, відповідальністю роботи та кваліфікацією працівників, а другорядними елементами (доплатами, надбавками, преміями та ін.), які мають більш суб’єктивний характер.

Правовідносини, що виникають у зв’язку з наданням відпусток державним службовцям регулюються, відповідно, Законами України „Про державну службу” та рядом інших підзаконних нормативних актів, прийнятих на їх основі.

Серед усіх видів відпусток, передбачених ст. 4 Закону України „Про відпустки”, визначальна роль у сфері часу відпочинку належить щорічним відпусткам, які є основною гарантією реалізації конституційного права кожного працюючого на відпочинок. Їх надання має на меті створення працівнику якнайсприятливіших умов для відпочинку, збереження власного здоров’я та відновлення трудових сил. Державним службовцям надається щорічна основна відпустка тривалістю 30 календарних днів з виплатою допомоги на оздоровлення в розмірі посадового окладу.

Враховуючи ту обставину, що тривалість щорічної основної відпустки, передбаченої Кодексом законів про працю України та Законом України „Про відпустки” становить 24 календарних дні за відпрацьований робочий рік, встановлення такої відпустки подовженої тривалості для державних службовців та посадових осіб місцевого самоврядування може розглядатися як додаткова гарантія у сфері трудових правовідносин для цієї категорії працівників.

Крім того, відповідно до ст. 35 Закону України „Про державну службу” державним службовцям надається додаткова оплачувана відпустка тривалістю до 15 календарних днів. Виникнення права на таку відпустку та її тривалість знаходяться у прямій залежності від стажу державної служби чи служби в органах місцевого самоврядування.

Порядок і умови надання додаткової оплачуваної відпустки передбачені Постановою Кабінету Міністрів України від 27 квітня 1994 року „Про порядок і умови надання державним службовцям, посадовим особам місцевого самоврядування додаткових оплачуваних відпусток”. Відповідно до цього нормативного акту, державним службовцям, які мають стаж державної служби понад 10 років, посадовим особам місцевого самоврядування, які мають стаж роботи в цих органах понад 10 років, надається додаткова оплачувана відпустка тривалістю 5 календарних днів, а починаючи з 11-го року ця відпустка збільшується на 2 календарних дні за кожний наступний рік. При цьому тривалість такої відпустки не може перевищувати 15 календарних днів.

Додаткові оплачувані відпустки державним службовцям надаються одночасно із основною відпусткою згідно з установленим графіком відпусток або за згодою сторін окремо від неї. Міністерством праці та соціальної політики України надано роз’яснення, що така додаткова оплачувана відпустка належить до щорічних відпусток, передбачених ст. 4 Закону України „Про

відпустки”, тому право на неї у перший рік роботи настає за наявності права на основну відпустку повної тривалості.

Відповідно до ст. 2 Закону України „Про відпустки”, право на відпустку забезпечується наданням відпустки визначеної тривалості із збереженням за її період місця роботи (посади) та заробітної плати, у випадках, передбачених Законом. Обчислення середньої заробітної плати для оплати часу щорічної відпустки державним службовцям проводиться відповідно до норм Порядку обчислення середньої заробітної плати, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 8 лютого 1995 року. Оплата таких відпусток проводиться із бюджетних асигнувань на утримання відповідних органів.

Підсумовуючи вищенаведене, можна зробити висновок про те, що соціальний захист державних службовців у сфері трудових правовідносин охоплює заходи як матеріального, та і нематеріального характеру, реалізація яких спрямована на задоволення основних життєвих потреб цієї категорії працівників.

Змістовною основою такого соціального захисту є заробітна плата, яка, будучи запорукою матеріального благополуччя державних службовців, є визначальним показником рівня їх соціальної захищеності під час виконання завдань та реалізації функцій відповідних органів. Дослідження фактичного стану матеріального забезпечення свідчать про існування суттєвих недоліків в платі праці цієї категорії працівників, що, безумовно, відображається на ефективності виконання службових обов'язків та перешкоджає закріпленню на державній службі компетентних і досвідчених кадрів. З огляду на це, удосконалення системи оплати праці та підвищення рівня заробітної плати визначено як один із основних напрямків у реформуванні системи державної служби.

До заходів нематеріального характеру можна віднести створення якнайсприятливіших умов для відпочинку з метою збереження здоров'я та відновлення трудових сил, що реалізуються шляхом надання державним службовцям щорічної основної відпустки продовженої тривалості з виплатою допомоги на оздоровлення та додаткових оплачуваних відпусток.

**ПРОБЛЕМИ ЗАЛУЧЕННЯ ПРАЦІВНИКІВ ДО РОБОТИ У РАЗІ
ВИРОБНИЧОЇ ПОТРЕБИ***Парпан Т.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

1. Внаслідок внесених у 1999 р. змін до ст. 33 Кодексу законів про працю України (далі – КЗпП України) з трудового законодавства зникло поняття виробнича потреба. Чи є виправданою відмова законодавця від цього поняття?

До 1999 року виробнича потреба розглядалася як підстава для тимчасового переведення працівників без їхньої згоди. Визначення цього поняття законодавство не містило. Одні науковці-правники розглядали його як: необхідність заповнити недоліки в робочій силі на дільницях, які на даний момент вирішують виконання плану підприємством в цілому. Інші, не погоджуючись з таким визначенням наголошували, що поняття “виробнича потреба” не повинно трактуватися як “виробнича доцільність”.

Не зважаючи на існуючі розбіжності у поглядах деяких авторів, загалом у науковій літературі накреслився єдиний підхід щодо характеристики виробничої потреби, а саме зверталась увага на те, що виробнича потреба завжди зумовлена збігом екстраординарних обставин, які не можна передбачити та попередити їх настання і які порушують нормальну виробничу діяльність.

Такими винятковими, не передбачуваними випадками за законодавством визнавались: надзвичайні ситуації (відвернення стихійного лиха, виробничої аварії або негайного усунення їхніх наслідків; відвернення нещасних випадків, загибелі або псування державного або громадського майна та інших виняткових випадках); причини виробничого характеру (простій; заміна відсутнього працівника).

2. Перелік надзвичайних ситуацій, які містила попередня редакція ст. 33 КЗпП України, відображено і в її теперішньому змісті. Проте цей перелік розглядається не як випадок виробничої потреби, а як виняток з примусової праці. До того ж він більш конкретизований, зокрема, такими обставинами, як епідемії, епізоотії. Перелік не є вичерпним на що вказують слова “а також інших обставин, які ставлять або можуть поставити під загрозу життя чи нормальні життєві умови людей”. Вони підкреслюють важливу загальну ознаку таких обставин і є їх узагальненням, яке сприятиме уникненню складнощів у застосуванні такої правової норми.

Оскільки переведення викликане обставинами, які неможливо передбачити, однак які повинні бути ліквідовані, то у цьому випадку може не враховуватись трудова функція працівника, а доручатися без згоди працівника робота, виконання якої є необхідністю за даних обставин.

3. Переведення у разі простою визнавалось єдиним засобом запобігання втрат робочого часу та невиробничих витрат на його оплату. Простій на підприємстві свідчив про безлад у виробничому процесі, тому законом не тільки було надано право, а й покладено на адміністрацію обов’язок у випадку простою негайно переводити працівників, що вивільнились, на іншу роботу на тому ж підприємстві на весь час простою.

Водночас деякі автори звертали увагу на те, що сам по собі простій устаткування не така вже і виняткова обставина у практиці підприємства, і може траплятися щоденно, що може зумовити необґрунтовану широку перестановку кадрів з ініціативи роботодавця.

Лише після внесених у 1999 р. змін до КЗпП поняття простою дістало своє законодавче закріплення, а переведення у зв’язку із простоєм стало допускатися лише за згодою працівника. Проте, у науці трудового права однозначного підходу до цього питання так і не намітилося. Так, В. Андрушко та Р. Кондратьєв вважають, що на переведення внаслідок простою згода працівника не потрібна. Обґрунтовуючи це, вони зазначили, що в основі цієї норми лежать економічні інтереси роботодавця і вимагати згоду працівника на таке переведення є незрозумілим і нерозумним передусім в економічному плані. Пропонувалося зберегти у трудовому законодавстві норму, яка б давала роботодавцю можливість переводити працівників без їхньої згоди у разі простою, проте за умови, що простій буде викликаний надзвичайними обставинами.

Не погоджуючись із В. Жернаков та О. Процевський, відзначали, що інтереси виробництва не можуть бути пріоритетними перед інтересами, правами і свободами людини-трудівника. До того ж у законодавстві чітко сформульовано правило, згідно з яким підприємництво є самостійна ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку (ст.42 Господарського Кодексу України). А вже для здійснення цієї діяльності підприємець має право укладати договори про використання праці.

Звернемо увагу на те, що відповідно до визначення простою, що закріплене у статті 34 КЗпП України, причини, які зумовлюють простій, можуть бути як виробничого характеру (відсутність організаційних або технічних умов), так і виняткового (невідворотна сила). Разом з цим законодавець вказує на те, що простій може бути викликаний, також, "іншими обставинами", хоч і не визначає їхнього характеру. А проте незалежно від того, які причини зумовили простій, необхідність в їх усуненні очевидна. Йдеться не тільки про інтереси роботодавця. Під час простою працівник позбавляється можливості виконувати на своєму робочому місці свої трудові обов'язки, а це своєю чергою може негативно вплинути на розмір його заробітку.

Не можемо погодитись із тими авторами, які стверджують, що переведення у разі простою не тягне за собою зміни умов трудового договору, оскільки виконання роботи, яка входить в обов'язки працівника у визначених законом випадках є обов'язковою умовою триваючих трудових правовідносин. По-перше, при тимчасовому переведенні в результаті простою, може змінитися не тільки робоче місце працівника, але і саме місце роботи, що впливає із змісту частини другої ст.34 КЗпП. Як відомо, умова про місце роботи є істотною і на її зміну потрібна згода працівника. До того ж, саме робоче місце може виступати істотною умовою трудового договору, якщо воно у ньому визначено. Такі випадки за формою нагадують уже не переміщення, а переведення, навіть при тому, що трудова функція залишається незмінною.

По-друге, в результаті такого переведення можуть змінитися й інші умови праці, наприклад розмір оплати праці, пільги та компенсації, тобто знову матимемо переведення.

Отже, можна констатувати, що для уникнення втрат робочого часу та невиробничих витрат на оплату працівникам, у зв'язку із простоєм застосовуються і переміщення (якщо змінюється лише робоче місце працівника), і тимчасове переведення працівників.

Відтак незрозуміло, якщо у випадку простою працівника переміщують на інше робоче місце, то чому на це потрібна його згода. Аналогічне запитання постає і щодо тимчасового переведення працівника у разі простою, викликаного надзвичайними обставинами. Адже відповідно до частини другої ст. 33 КЗпП, за таких обставин, переведення здійснюється без згоди працівника.

Тому пропонуємо відмовитись від такого виду переведення, як тимчасове переведення в результаті простою. Що, на нашу думку, в жодному разі не утворює прогалину у законодавстві, а, навпаки, робить його простішим у застосуванні. Питання ж переведення у разі простою вирішуватимуться відповідно до загальних вимог, які ставляться до порядку переміщення та тимчасового переведення працівників. Оскільки ж таке явище, як простій існує і, відповідно, потребує правової регламентації, то варто зберегти гарантії щодо оплати часу простою.

4. До 24 грудня 1999 р. ще однією підставою тимчасового переведення працівника у разі виробничої потреби була заміна відсутнього працівника. Згодом, як і інші випадки виробничої потреби, вона була визнана примусовою працею.

На сьогодні у трудовому законодавстві України це явище чітко не врегульовано. В Україні продовжує діяти, у тій частині, що не суперечить її законодавству, роз'яснення Держкомпраці СРСР та Секретаріату ВЦРПС "Про порядок тимчасового замісництва" від 1987 р. Відповідно до цього роз'яснення, тимчасовим замісництвом вважається виконання службових обов'язків за посадою тимчасово відсутнього працівника, коли це викликано виробничою необхідністю чи пов'язано з розпорядчими функціями.

Відсутність працівника науковцями-правниками тлумачиться як виробнича ситуація, в якій працівник з певних причин не виконує свої трудові обов'язки на постійному робочому місці, проте за законом за ним зберігається місце роботи (відпустка, хвороба, відрядження, перебування на курсах підвищення кваліфікації тощо).

Зауважимо, що обставини, які зумовлюють необхідність заміни відсутнього працівника, не є ні надзвичайні, ні виняткові. Хоча деякі автори відзначаються, що винятковість обставин, яка характерна для інших випадків виробничої потреби, у випадку тимчасового заміснення відсутнього працівника, не

є обов'язкова. Достатньо самого факту тимчасової відсутності працівника. Якщо за радянських часів таке обґрунтування і брали до уваги, то в сучасних умовах, на шляху до правової держави, зважати на нього було б не тільки неправомірним, але й нелогічним.

Тому, вважаємо, що будь-яке тимчасове переведення в разі відсутності виняткових обставин повинно бути визнано незаконним, якщо воно проводиться без згоди працівника.

Поряд з цим відзначимо, що Конвенцією № 105 про скасування примусової праці, ратифікованою 5 жовтня 2000 року Верховною Радою України, встановлено, що як метод мобілізації та використання робочої сили для потреб економічного розвитку примусова праця не може бути застосована.

Безсумнівно, що метою тимчасового переведення для заміни відсутнього працівника є задоволення не тільки економічних інтересів роботодавця, але й потреб економічного розвитку суспільства. Отже, таке переведення не може бути проведено без попередньої згоди працівника, оскільки в іншому випадку вважатиметься примусовою працею.

УДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПЕРЕВЕДЕНЬ НА ІНШУ РОБОТУ У РАЗІ ПРОСТОЮ

Повзун С.

Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

В сучасних умовах переведення на іншу роботу як спосіб тимчасового вирішення економічних проблем підприємства, установи, організації, що простоює, набуло нового практичного значення. Враховуючи, що кількість випадків, коли працівники позбавлені можливості працювати протягом певного періоду часу у зв'язку з простоєм, в останні роки зростає, виникла потреба у розробці якісно нових підходів до розуміння даного виду переведень. Вважаємо за необхідне змінити закріплені в нормативних актах порядок здійснення переведень у разі простою з метою посилення юридичного захисту трудових прав працівників.

Одним із основних завдань в процесі реформування трудового законодавства має стати розширення кола гарантій трудових прав працівників. Оскільки переведення на іншу роботу, що здійснюється на підставі ст.34 КЗпП України, являються гарантією забезпечення роботою та заробітною платою працівника на час простою не з його вини, то виникла потреба в удосконаленні правового регулювання даного виду переведень.

Проблеми теорії та практики здійснення переведень на іншу роботу у разі простою стали об'єктом дослідження у працях таких науковців: Александрова М.Г., Базарбаєва Б., Бугрова Л.Ю., Кардінського С.С., Колбасіна Д.П., Парпан Т.В., Пашкова О.С., Смірнова О.В., Ставцевої О.Г., Юшко А.Є. та ін.

Метою дослідження є внесення пропозицій спрямованих на удосконалення проекту Трудового кодексу України, на основі аналізу чинного законодавства про працю щодо нормативного забезпечення здійснення переведень на іншу роботу працівників у зв'язку з простоєм.

Щоб не допустити втрат робочого часу у зв'язку з неможливістю продовжувати виконання роботи працівниками на попередньому робочому місці у разі простою, вони тимчасово переводяться на іншу роботу. На думку Бугрова Л.Ю., переведення у зв'язку з простоєм на іншу роботу – це один із юридичних способів боротьби за економію робочого часу. Фактично таке переведення означає зміну трудового договору, укладеного при прийнятті на роботу. Оскільки ст.31 КЗпП України забороняє вимагати від працівника виконання роботи не обумовленої трудовим договором, а ч.3 ст.43 Конституції України забороняє застосування примусової праці, то переведення на іншу роботу у разі простою вимагають згоди працівника.

На весь час простою працівники переводяться на іншу роботу з дотриманням вимог ст.34 КЗпП України, частина друга якої передбачає, що у разі простою працівники можуть бути переведені за їх згодою з врахуванням спеціальності і кваліфікації на іншу роботу на тому ж підприємстві, в установі, організації на весь час простою, або інше підприємство в установу, організацію, але в тій самій місцевості на строк до одного місяця.

Виникає запитання, чи можна перевести працівника у разі простою на роботу іншої спеціальності, кваліфікації, а також на некваліфіковані роботи. В літературі висловлювались різні думки з цього приводу. На думку Колбасіна Д.П., якщо буквально тлумачити дану норму, то формулювання „з врахуванням спеціальності, кваліфікації” не означає, що працівники обов'язково повинні бути переведені на роботу, що відповідає їх спеціальності. Александров М.Г. вважає, що збереження трудової функції, обумовленої в трудовому договорі, є обов'язковим. Астрахан Е.І., Карінський С.С., Ставцева О.І, навпаки, наполягають на тому, що збереження правової норми про здійснення таких переведень з врахуванням спеціальності, кваліфікації працівника, є недоцільним. Базарбаєв Б. стверджує, що врахування спеціальності і кваліфікації працівника при здійсненні переведень на іншу роботу (в тому числі у разі простою) відповідає інтересам як виробництва, так і працівника. Оскільки праця за спеціальністю і кваліфікацією більш продуктивна, ніж за незнайомою чи малознайомою спеціальністю.

На нашу думку, переведення на іншу роботу у зв'язку з простоєм з врахування спеціальності, кваліфікації працівника не завжди відповідає інтересам роботодавця. По-перше, інколи здійснити такі

переведення неможливо у зв'язку з відсутністю на підприємстві, в установі, організації іншої роботи, що відповідає спеціальності і кваліфікації працівника, а забезпечити його тимчасово роботою шляхом переведення на інше підприємство, в установу, організацію неможливо у зв'язку з тим, що в даній місцевості не функціонують підприємства аналогічного виду діяльності (характеру виробництва) і тому потреби у працівниках саме такої спеціальності (кваліфікації) немає. В обох випадках, згідно з ч.1 ст.113 КЗпП України, час простою не з вини працівника оплачується з розрахунку не нижче двох третин тарифної ставки встановленого працівникові розряду (окладу). Таким чином, роботодавець несе певні витрати на оплату праці працівника, що в цей час не бере участі у трудовій діяльності.

У будь-якому випадку, переведення на іншу роботу працівників у разі простою здійснюється тільки за їх згодою, тому нормативне закріплення правила про переведення працівників на будь-яку іншу роботу у зв'язку з неможливістю переведення їх на роботу з врахуванням спеціальності і кваліфікації, не суперечитиме інтересам працівників: якщо запропонована робота їх не влаштовуватиме, то вони матимуть змогу відмовитися.

Заслуговує на увагу думка Пашкова О.С. та Смирнова О.В. про те, що працівники у разі простою повинні бути негайно переведені на іншу роботу. На жаль, законодавець не встановив конкретного терміну, протягом якого мають здійснюватись такі переведення з моменту виникнення простою на підприємстві. Тому доцільно в майбутньому Трудовому кодексі України передбачити відповідну норму про необхідність переведення працівника у разі простою на іншу роботу на тому ж підприємстві не пізніше наступного дня, а на інше підприємство – не пізніше 3 днів з моменту виникнення простою.

Деякі труднощі на практиці виникають при вирішенні таких питань: 1) зобов'язані чи ні працівники щоденно бути присутніми на своєму робочому місці, хоча у роботодавця немає можливості перевести працівника на іншу роботу; 2) чи мають право працівники в період простою на підприємстві за основним місцем роботи працювати за сумісництвом на іншому підприємстві на умовах повного робочого часу, якщо надати працівникові іншу роботу на тому ж підприємстві роботодавець не має можливості у зв'язку з відсутністю такої.

Слід зазначити, що час простою не з вини працівника оплачується з розрахунку не нижче двох третин ставки встановленого працівникові розряду (окладу). Тому можна було припустити, що виникнення простою на підприємстві не дає права працівникові не з'являтися на роботу. Проте такий рівень оплати праці не завжди задовольняє потреби працівника та членів його сім'ї. Крім того, час простою з вини працівника взагалі не оплачується. В таких умовах працівники змушені десь працювати, але їх трудові відносини, як правило, не оформлені відповідно до закону. Тим самим створюються передумови існування тіньового ринку праці.

У зв'язку з вищезазначеним, вважаємо, що необхідно законодавчо закріпити право сторін трудових відносин за взаємною домовленістю встановлювати в період простою інші, не передбачені законодавством, правила щодо присутності працівника на робочому місці в період простою та можливості працювати за сумісництвом на іншому підприємстві, в установі, організації на умовах повного робочого часу.

Що стосується строку переведень у разі простою, то працівники можуть бути переведені на іншу роботу на тому ж підприємстві, в установі, організації на весь час простою або на інше підприємство, в установу, організацію, але в тій самій місцевості на строк до одного місяця. Законодавцем не встановлені обмеження кількості таких переведень протягом календарного року або їх загальної тривалості протягом року. Оскільки простій як тимчасове призупинення роботи, може бути викликаний будь-якими причинами об'єктивного або суб'єктивного характеру, а щоразу передбачати можливість їх виникнення та тривалість конкретного періоду, необхідного для усунення таких чинників, не видається можливим, то позиція законодавця цілком зрозуміла.

Проте, викликає заперечення норма про обмеження тривалості переведення у разі простою на інше підприємство, в установу, організацію лише місячним терміном. На практиці часто виникають ситуації, коли простій на підприємстві триває понад один місяць, перевести працівника на іншу роботу на тому ж підприємстві і надалі неможливо у зв'язку з відсутністю роботи. Тому потрібно надати сторонам право пролонгувати цей місячний строк за взаємною домовленістю. Оскільки останнім часом наголошується на необхідності розширення договірних засад в сфері регулювання праці, то таке правило не суперечитиме загальноприйнятим принципам трудового права. До того ж законодавче закріплення такого положення не порушуватиме й прав найманих працівників:

переведення їх на інше підприємство, в установу, організацію на більш тривалий термін, ніж один місяць, буде можливий тільки за їх згодою.

Отже, в процесі аналізу чинного трудового законодавства щодо переведень працівників у разі простою, виявлено, що нормативне забезпечення прав та інтересів найманих працівників у вищезазначених випадках являється недостатнім і в сучасних умовах потребує нагальних змін, а тому, запропоновані нами рекомендації, спрямовані на удосконалення трудового законодавства в частині здійснення переведень на іншу роботу у разі простою, можуть мати не лише теоретичне, але й практичне значення.

**ПРОЦЕДУРНІ ПРАВОВІДНОСИНИ У СФЕРІ СОЦІАЛЬНОГО
ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ***Синчук С.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

У вітчизняній науковій літературі із правових проблем соціального забезпечення сутність процедурних правовідносин недостатньо розкрито. Їх основний зміст стисло розкривається лише у навчальній літературі. З ґрунтовних наукових досліджень можна назвати кандидатську дисертацію Н.М. Стаховської „Відносини в праві соціального забезпечення” (Київ, 2000 р.), де процедурно-процесуальним правовідносинам присвячений третій розділ та працю Б.І. Сташківа «Процедурні правовідносини у сфері соціального забезпечення: поняття, структура, види.».

Сутність правовідносин в сфері соціального забезпечення взагалі та процедурних зокрема, в свій час, досліджувалася радянськими вченими. Серед ґрунтовних наукових праць того періоду можна назвати роботи В.К. Субботенко, А.Д. Зайкіна, Р.І. Іванової, Я.М. Фогель.

Досліджуючи питання процедурних правовідносин, варто зазначити неоднозначність у ставленні авторів до термінів „процедура” і „процес”. В зв’язку з цим спробуємо звернутися до розуміння цих термінів в енциклопедіях та тлумачних словниках.

У Великому тлумачному словнику української мови за ред. В.Т. Бусел процедура визначається як офіційно встановлений чи узвичаєний порядок здійснення, виконання або оформлення чого-небудь. Поняття процесу дається в декількох значеннях. По-перше, процес розглядають як послідовну зміну станів або явищ, яка відбувається закономірним порядком, хід розвитку чого-небудь. По-друге, – як сукупність послідовності дій, засобів, спрямованих на досягнення певного наслідку. По-третє, процес – розгляд судової справи, сама судова справа.

Подібне визначення дається і в Юридичній енциклопедії (5 т., 2003 р.). Процедура (франц. *procédure*, від латинського *procedere* – просуватися) – порядок, наступність, послідовність у вчиненні відповідних дій для досягнення певного результату. Процедура у правовому розумінні – врегульований законом, іншими нормативно-правовими актами порядок, який складається з послідовних дій і спрямований на досягнення правового результату. Сутність правової процедури зумовлена характером матеріального правовідношення, реалізації якого вона служить. Процес у праві (лат. *processus* – просування вперед) – визначена законом процедура застосування матеріально-правових норм.

На відміну від двох перших джерел у відомому тлумачному словнику Даля поняття „процес” і „процедура” ототожнюються.

Така термінологічна неоднозначність призвела до різних висновків вчених щодо визначення правової природи процедурних правовідносин в сфері соціального забезпечення.

Спробуємо навести основні думки з цього приводу і висловити своє бачення вирішення даної проблеми.

На думку В.К. Субботенко. процедура як офіційно встановлений порядок будь-якої діяльності, вчинення дій різними колективними утвореннями, державними органами, посадовими особами виступає більш ширшим поняттям ніж процес. Юридичну процедуру можна поділити на правотворчу, матеріальну, процесуальну.

Процедура в соціальному забезпеченні, на думку вченої, означає сукупність встановлених процедурних правил, у відповідності з якими компетентні державні органи чи суспільні організації здійснюють свою діяльність з приводу встановлення юридичних фактів, які мають юридичне значення та призначення пенсій, допомог і т. д.

В широкому розумінні процедурні правовідносини в сфері соціального забезпечення можуть бути регулятивними, тобто виникати в результаті правомірних дій учасників правовідносин і охоронними, покликаними захищати матеріальні та інші правові зв’язки суб’єктів

З цього випливає, що розглядаючи процедуру в широкому і вузькому значенні, до процедурних правовідносин в сфері соціального забезпечення, у вузькому розумінні, необхідно відносити лише ті,

які опосередковуються матеріальною процедурою (процедурою у вузькому розумінні), а до процедурних правовідносин у сфері соціального забезпечення у широкому значенні належать як процедурні, так і процесуальні правовідносини у сучасному розумінні цього слова.

В.С. Андреев правовідносини у сфері реалізації норм матеріального права називає процесуальними і поділяє їх на три види. Одні з них пов'язані із встановленням окремих фактів, які мають юридичне значення для виникнення та існування основних правовідносин. Другі пов'язані із встановленням юридичного складу, який породжує основні (матеріальні) правовідносини. Треті – процесуальні правовідносини з розгляду спорів між громадянами і органами соціального захисту населення, органом фонду соціального страхування та ін. В.Тарасова вважає ці правовідносини процедурними.

Серед сучасних вчених також існують різні точки зору. М.Д.Бойко всі види правовідносин із соціального забезпечення поділяє на дві групи: основні чи матеріальні та процедурно-процесуальні правовідносини. На думку вченого, процесуальні відносини виникають, коли вирішується питання про встановлення юридичних фактів, необхідних для надання того чи іншого виду соціального забезпечення, а також при здійсненні самого права на соціальне забезпечення, в тому числі з приводу захисту та поновлення цього права.

Проте, домінуючою все ж таки залишається точка зору, згідно якої правовідносини, які забезпечують реалізацію норм матеріального права поділяються на процедурні та процесуальні.

На наш погляд, така позиція вчених видається найбільш обґрунтованою з наступних причин.

Звернемося знову ж таки до напрацювань теоретиків. В теорії права серед критеріїв поділу правовідносин на види важливе місце займає поділ правовідносин відповідно до основних юридичних функцій права в залежності від виду правових норм, якими регулюється відповідна група суспільних відносин. Юридичні норми в основному поділяються на регулятивні та охоронні.

До регулятивних належать приписи, які безпосередньо спрямовані на регулювання суспільних відносин шляхом надання учасникам прав і покладення на них обов'язків. Цей вид юридичних норм є правостановлюючим тому, що їх роль в регулюванні суспільних відносин зводиться головним чином до встановлення суб'єктивних юридичних прав і обов'язків. Охоронні приписи спрямовані на регламентацію мір юридичної відповідальності, а також специфіку державно-примусових заходів захисту суб'єктивних прав.

Отже, правовідносини з приводу встановлення юридичних фактів та реалізації права на той чи інший вид забезпечення виникають на підставі регулятивних норм. Правовідносини з приводу вирішення спору про соціальне забезпечення виникають на підставі охоронних норм. Це можна вважати першим аргументом на користь необхідності виділення в правовідносинах в сфері соціального забезпечення крім власне соціально-забезпечувальних правовідносин ще двох самостійних видів правовідносин.

Як відомо, відносини з приводу встановлення юридичних фактів, необхідних для надання того чи іншого виду соціального забезпечення, а також при здійсненні самого права на соціальне забезпечення регулюються нормами права соціального забезпечення. Відносини з приводу захисту та поновлення права на соціальне забезпечення регулюються нормами цивільного процесуального права. До такого висновку дозволяє прийти аналіз позицій різних науковців.

Так, на думку В.Толкунової, процесуальними правовідносинами із соціального забезпечення називають урегульовані нормами цивільно-процесуального або адміністративно-процесуального права відносини громадянина (сім'ї) з юрисдикційним органом про розгляд його спору з органом соціального забезпечення з питань соціального забезпечення. М. Захаров та Е. Тучкова підкреслюють, що специфіка даних відносин полягає у тому, що вони регулюються, як правило, не нормами права соціального забезпечення, а нормами цивільного процесуального і адміністративного права.

Якщо всі ці види об'єднати в так звані процедурно-процесуальні, закономірно виникне питання: до предмета правового регулювання якої галузі права тоді потрібно віднести відповідний комплекс суспільних відносин? Оскільки право соціального забезпечення як матеріальна галузь права не включає в свій предмет правового регулювання суспільні відносини, врегульовані процесуальними нормами, то правова природа останніх потребує, характеризуючись наявністю специфічних особливостей, самостійного дослідження. Проте, ця група правовідносин не може досліджуватись абсолютно безвідносно до правовідносин, які належать до предмета права соціального забезпечення, оскільки процесуальні правовідносини виникають у сфері соціального забезпечення і відіграють важливу роль у реалізації права на соціальне забезпечення.

На необхідність виділення процедурних та процесуальних правовідносин чітко вказує в своїй дисертації Н. Стаховська. На її думку, головне призначення процедурних та процесуальних правовідносин в соціальному забезпеченні полягає в тому, щоб сприяти виникненню, забезпечувати реалізацію та охороняти відповідні матеріальні правовідносини, тобто виконувати обслуговуючу роль по відношенню до останніх. Не зважаючи на те, що українське законодавство не розмежовує правові норми, які урегульовують матеріальні, процедурні і процесуальні відносини в соціальному забезпеченні між окремими нормативно-правовими актами (що, безперечно, є суттєвим його недоліком), це не позбавляє відносної самостійності існування процедурних та процесуальних правовідносин, а також специфіки їх характеру, структури, змісту і конкретного призначення.

Специфіка процедурних правовідносин, їх відмінність від процесуальних правовідносин та необхідність виділення як окремого виду найбільш яскраво проявляється через виділення їх основних ознак, які і визначають їх правову природу.

Керуючись здобутками науковців та на підставі власних висновків спробуємо виділити основні ознаки процедурних правовідносин: 1) є наслідком правозастосовчої діяльності і поза нею не існують; 2) існують, як правило, у правовій формі завдяки наявності регулятивних норм процедурного права; 3) мають двохсторонній взаємозв'язок з власне соціально-забезпечувальними правовідносинами: юридичний зміст процедурних правовідносин формується під впливом норм матеріального права. В той же час від результату дій суб'єктів процедурних правовідносин залежить зміст основних матеріальних правовідносин; 4) виконують допоміжну і водночас необхідну роль щодо основних матеріальних правовідносин, опосередковуючи реалізацію права особи на соціальне забезпечення. Прийняттям позитивного чи негативного рішення по справі констатується повнота чи відсутність умов, необхідних для реалізації права на соціальне забезпечення, підтверджуючи тим самим право суб'єкта на отримання визначеного виду соціального забезпечення чи відмовляють в цьому; 5) мають владний характер, оскільки одним із обов'язкових суб'єктів цих правовідносин є орган, наділений владними повноваженнями щодо фізичної особи, яка претендує на певний вид соціального забезпечення. Без його рішення особа не зможе реалізувати свого матеріального права; 6) виникають, як правило, на підставі юридичних фактів-дій. Події (досягнення пенсійного віку, втрата працездатності, смерть годувальника тощо) є лише підставою для звернення до органу соціального забезпечення (вчинення певної дії); 6) мають нематеріальний, немайновий характер: вони лише сприяють його виникненню речового об'єкту; 7) складаються заради „чужого інтересу”, закладеного у матеріальному правовідношенні. Для суб'єкта, наділеного владними повноваженнями у процедурному правовідношенні (органи соціального забезпечення), застосування норми матеріального права не тягне ніяких наслідків, що випливають безпосередньо із цієї норми; 8) мають „подвійну” юридичну природу. Вони опосередковують процес реалізації норм матеріального права і є результатом реалізації норм процедурного права;

В результаті проведеного дослідження доходимо висновку про необхідність виділення процедурних правовідносин в окремий вид.

Щодо доцільності визначати даний вид правовідносин саме як „процедурні”, то, в даному випадку можна цілком погодитися з Б.І. Сташківим, який зазначає, що терміни „процедура”, „процедурні норми”, „процедурні правовідносини” більш точно вказують на їх правову суть. Крім того, такий висновок впливає і з аналізу даних понять на основі визначень в юридичній енциклопедії, тлумачення яких подано на початку дослідження проблеми.

Юридичними передумовами виникнення, зміни і припинення процедурних правовідносин, як і будь-яких інших, є процедурні норми, процедурна правосуб'єктність учасників цих відносин, процедурні юридичні факти та волевиявлення особи.

Без норми права не можуть виникати процедурні правовідносини. Такі процедурні норми регламентують права і обов'язки осіб, містять гарантії реального здійснення суб'єктивного права на певний вид соціального забезпечення, визначають форму вчинення зобов'язаними органами необхідних дій і форму основних документів, які є результатом цих дій тощо. Оскільки процедурними нормами регулюються відносини, які входять до предмету права соціального забезпечення, то їх особливість обумовлюється також специфікою норм матеріального права.

Однією з передумов участі у правовідносинах є також наявність процедурної правосуб'єктності, яка виникає з того ж віку, за тих умов і в тому ж об'ємі, що і правосуб'єктність в основному (матеріальному) правовідношенні з приводу відповідного виду забезпечення.

На виникнення процедурних правовідносин впливає не один юридичний факт, а їх сукупність. Юридичним фактам процедурних правовідносин передують юридичні факти-події, що породжують матеріальні правовідносини і виступають приводом до вчинення відповідних дій.

Для з'ясування характерних особливостей процедурних правовідносин їх прийнято поділяти на окремі види. Зокрема, з огляду на матеріальні правовідносини, які вони обслуговують розрізняють: процедурні правовідносини у пенсійному забезпеченні; процедурні правовідносини у сфері соціальних допомог і т.д.

За цільовим призначенням (об'єктом) процедурні правовідносини соціального забезпечення можна класифікувати на правовідносини, що пов'язані із встановленням юридичних фактів та правовідносини, що спрямовані на констатацію юридичного фактичного складу та призначення конкретного виду соціального забезпечення. До першої групи належать правовідносини, що постають між особою та відповідними органами медичних лікувальних закладів з приводу встановлення факту тимчасової непрацездатності, або ж причини і ступеня стійкої втрати працездатності із встановленням групи інвалідності; органами РАГСу з приводу встановлення факту смерті, народження; органами праці та соціального захисту з приводу підтвердження факту малозабезпеченості тощо. Другу групу складають наприклад правовідносини, що виникають між громадянином та пенсійними фондами з приводу призначення відповідної пенсійної виплати, або правовідносини у яких беруть участь органи праці та соціального захисту щодо призначення різних видів допомог.

Крім того, науковцями пропонується поділяти процедурні правовідносини і за такими критеріями як: форма соціального забезпечення; з урахуванням стадій застосування компетентним органом норм права соціального забезпечення тощо.

В юридичній літературі процедурні правовідносини визначають як „відносини, які виникають з приводу встановлення юридичних фактів чи реалізації права на той чи інший вид соціального забезпечення на основі волевиявлення громадянина, який вправі вимагати, а компетентний орган юридично зобов'язаний на основі оцінки фактичних обставин прийняти рішення в установлені законом строки про застосування норми права.”

В результаті проведеного дослідження пропонуємо наступне визначення даної дефініції.

Процедурними правовідносинами, що є складовим елементом правових відносин соціального забезпечення можна вважати врегульовані галузевими нормами відносини, які виникають в результаті встановлення юридичних фактів, що є необхідними для функціонування соціально забезпечувальних правовідносин.

Процедурні правовідносини вважаються допоміжними правовими відносинами. Їх основним призначенням є сприяння у виникненні і створенні умов для реалізації матеріальних правовідносин. За своїм характером вони належать до так званих правозастосовчих правових відносин. Об'єктом цих правовідносин є – юридично значиме рішення компетентного органу про встановлення відповідних юридичних фактів.

Процедурні правовідносини виникають в результаті добровільного волевиявлення особи, що претендує на той чи інший вид соціального забезпечення. Зазвичай воно виражається у формі, заяви самої особи або її законних представників до відповідного уповноваженого органу про встановлення юридично значимого факту для призначення конкретного виду соціального забезпечення. Слід мати на увазі, що для виникнення процедурних правовідносин на момент подачі такої заяви особа повинна володіти суб'єктивним правом на отримання певного виду соціального забезпечення. Тому законодавець зобов'язує громадянина разом із заявою подавати необхідні документи, що підтверджують це його право. Без них заява сама по собі не матиме юридичного значення для вирішення питання по суті.

Суб'єктами процедурних правовідносин соціального забезпечення виступають: з одного боку – фізична особа, що звертається до компетентного органу за встановленням відповідного юридично значимого факту; а з другого – уповноважені державою органи, покликані встановлювати юридичні факти та приймати рішення про призначення соціального забезпечення.

Основу змісту процедурних правовідносин становлять взаємні права і обов'язки учасників цих правових відносин. На уповноважений орган покладається обов'язок встановити юридичний факт та призначити за наявності всіх необхідних об'єктивних підстав і документів, що їх підтверджують той чи інший вид забезпечення, на який претендує і має право громадянин. Особа ж має право звернутися із заявою до компетентного органу про встановлення відповідних юридичних фактів та призначення належного їй виду соціального забезпечення. При цьому на неї покладається обов'язок подати

необхідні документи і докази, що підтверджують її право на соціальне забезпечення. Додатковими елементами змісту процедурних правовідносин можуть бути інші взаємні права й обов'язки сторін: право вимагати від зобов'язаного суб'єкта сприяти у встановленні доказів, яких не вистачає; право вимагати своєчасного виконання зобов'язань іншою стороною; за наявності права на декілька видів соціального забезпечення що виключають один одного обирати на власний розсуд один із них тощо.

Визначальним для змісту цих правовідносин є безперечно конституційне право особи, якому відповідає кореспондуючий обов'язок компетентного правозастосовчого органу розглянути заяву із доданими до неї документами та прийняти відповідне рішення – встановити юридичний факт або ж зафіксувати наявність повного юридичного складу з призначенням конкретного виду соціального забезпечення.

Саме результат діяльності компетентних органів, що фіксується у відповідному рішенні, і який в подальшому стає юридично значимим фактом, необхідним для виникнення матеріальних соціально-забезпечувальних правовідносин є об'єктом процедурних правовідносин.

ПРО ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ІНЖЕНЕРНО-ТЕХНІЧНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ АПК УКРАЇНИ

Статівка А.

Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого

Протягом останніх років побудови національної правової системи відбувається накопичення правового матеріалу в галузі правового регулювання аграрних суспільних відносин. Велика питома вага прийнятих нормативно-правових актів стосується питань державної підтримки сільськогосподарського виробництва, визначення напрямів та перспектив державної аграрної політики України. В цій сфері можна назвати, наприклад, такі Закони України як: „Про державну підтримку сільського господарства України” (2004 р.), „Про основні засади державної аграрної політики на період до 2015 року” (2005 р.), „Про систему інженерно-технічного забезпечення агропромислового комплексу України” (2006 р.) та значну кількість підзаконних актів Уряду України, Міністерства аграрної політики України тощо.

У цьому виступі ми зупинимося на основних положеннях Закону України „Про систему інженерно-технічного забезпечення агропромислового комплексу України” від 05.10.2006 р. № 229-V (далі – Закон). По-перше відзначимо, що вказаний Закон, що набере чинності з 01.01.2008 р., встановлює правові, економічні та організаційні засади формування і функціонування системи інженерно-технічного забезпечення агропромислового комплексу, регулює відносини у сфері технічного і технологічного обслуговування агропромислового комплексу, сприяє розвитку економічних умов для створення, випробування, виробництва, реалізації, використання і обслуговування технічних засобів для галузей агропромислового виробництва.

Важливим є визначення у ст. 1 Закону нових для аграрного права термінів та розкриття їх змісту. Так, Законом окреслюються такі поняття як „система інженерно-технічного забезпечення агропромислового комплексу”, „технічні засоби для агропромислового комплексу”, „технічний сервіс”, „технологічний сервіс”, „вторинний ринок технічних засобів для агропромислового комплексу”, „державна технічна політика в агропромисловому комплексі”. При цьому вивчення змісту вказаних дефініцій дозволяє стверджувати про їх універсальний характер, про можливість їх використання не лише для тлумачення положень Закону, а й в інших випадках правозастосування. За будовою Закон носить системний характер, нормативний матеріал у ньому подано логічно та послідовно (Закон вміщує у себе 12 розділів, в які включені за змістовною ознакою 25 статей).

Особливий інтерес виявляють окремі положення Закону, на яких ми зупинимося. Зокрема, ст. 5 Закону перелічує суб'єктів системи інженерно-технічного забезпечення агропромислового комплексу, до яких віднесено технічні та технологічні науково-дослідні, дослідно-конструкторські організації та машиновипробувальні установи, заводи тракторного, сільськогосподарського і продовольчого машинобудування, агротехсервісні підприємства, спеціалізовані підприємства з торгівлі, лізингові компанії, інженерно-технічні підрозділи сільськогосподарських товаровиробників, інформаційно-консультативні служби, навчальні заклади з підготовки, підвищення кваліфікації і атестації інженерно-технічних працівників та операторів технічних засобів тощо. Як вбачається, лише перелічені суб'єкти мають відповідну правосуб'єктність щодо вступу у правовідносини в системі інженерно-технічного забезпечення агропромислового комплексу. Статті 10 та 11 Закону присвячені врегулюванню відносин на ринках (у тому числі вторинному) технічних засобів, технічного й технологічного сервісу. Особливе значення, з урахуванням сьогоденного стану матеріально-технічного забезпечення сільськогосподарських товаровиробників та їх фінансових можливостей, має створення системи вторинного ринку технічних засобів, вузлів, агрегатів і запасних частин, що були в користуванні. При цьому гарантувати права покупців названого специфічного майна має встановлене Законом правило, що відновлені технічні засоби та ті, що були в користуванні, реалізуються лише за наявності документа, що засвідчує їх технічний стан, виданого інспекцією державного технічного нагляду. Окремі приписи містить Закон щодо організації ринку пально-мастильних матеріалів (ст. 12).

Розділ VI Закону присвячений державній підтримці системи інженерно-технічного забезпечення агропромислового комплексу. Тут особливу увагу присвячено державній підтримці інженерно-технічного забезпечення агропромислового комплексу, кредитування суб'єктів системи

інженерно-технічного забезпечення агропромислового комплексу, лізинговим відносин в АПК та митній політиці стосовно системи інженерно-технічного забезпечення агропромислового комплексу. Важливими є приписи Закону щодо державного управління системою інженерно-технічного забезпечення агропромислового комплексу, метрологічного контролю, державних випробування і сертифікація в системі інженерно-технічного забезпечення АПК тощо.

Викладене щодо Закону України „Про систему інженерно-технічного забезпечення агропромислового комплексу України” дозволяє підсумувати, що названий Закон є комплексним нормативно-правовим актом, що закладає підвалини сталого розвитку системи агропромислового комплексу та забезпечення сільськогосподарського виробництва на подальші роки. Прийняття Закону вказує на визнання на рівні держави важливості відновлення та розвитку системи інженерно-технічного забезпечення агропромислового комплексу України. Звичайно, приписи Закону потребують дієвих механізмів їх реалізації, що мають бути створенні відповідним приписами підзаконних нормативно-правових актів.

ДО ПИТАННЯ ПРО ДИФЕРЕНЦІАЦІЮ ВНУТРІШНІХ АГРАРНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Уркевич В.

Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого

Складовою вчення про внутрішні аграрні правовідносини є питання їх класифікації, розподілу на певні види та підвиди. Класифікація дозволяє, зокрема, відповісти на питання, що виникають при застосуванні правових норм, їх тлумаченні, виявити пробіли законодавства, відшукати правову норму, що слід застосувати до конкретних суспільних відносин. Проте у випадку із внутрішніми аграрними правовідносинами окремими дослідниками взагалі заперечується можливість їх поділу, а вказується на їх єдність та неподільність.

Щоб підійти до вирішення порушеного питання, використаємо доробки теорії колгоспного права. З позиції питання, що розглядається, цікавим є той факт, що починаючи з середини 50-х років ХХ ст. в теорії колгоспного права склалися два підходи з питання єдності та диференціації, подільності внутрішньоклгоспних відносин.

Так, перша група вчених вказувала на єдність комплексу внутрішньоклгоспних правовідносин, їх невіддільність одне від одного, взаємне переплетення й прояв у вигляді відносин з членства в колгоспі. Започаткував такий підхід М.Г. Александров, який зазначав, що колгоспне відношення є об'єктивно й органічно єдиним суспільним відношенням, що існує в реальній дійсності й охоплює саме в нерозривній єдності різні взаємно обумовлені сторони взаємин члена колгоспу з колгоспом.

Надалі найбільш яскраво виразився з цього приводу О.А. Рускол, який писав: «Окремі сторони внутрішньоклгоспних відносин не являють собою самостійного предмету правового регулювання. Вони є складовими частинами складного суспільного відношення. Не можна регулювати трудові відносини у колгоспах у відриві від майнових, майнові відносини – у відриві від організаційних». Підкресливали цю особливість й інші дослідники.

Інші ж науковці, противники викладеного, не розглядали колгоспні правовідносини як єдине відношення. Так, наприклад, О.М. Турубінер вказував, що «навіть якщо узяти лише внутрішньоклгоспні відносини, то слід визнати, що колгоспник вступає із колгоспом не в яесь єдине колгоспне правовідношення, а у різноманітні конкретні правовідносини, що пов'язані із вступом до членів артілі, з роботою, оплатою його праці, участю в управліннях справами й майном колгоспів».

За диференціацію внутрішніх відносин в колгоспі виступав й А.М. Каландадзе, який зазначав, що якщо уявити існування єдиного внутрішнього колгоспного правовідношення, то можна було б сказати, що «... достатньо володіти правом членства в колгоспі як особа автоматично стає суб'єктом різних майнових й немайнових внутрішньоклгоспних правовідносин», чого немає в дійсності.

Власні аргументи наводив І.Ф. Казьмін, на думку якого колгоспно-правові відносини не можна розглядати як єдине відношення, оскільки вони складаються з декількох різновидів відносин (членські, майнові, трудові, управлінські), що різняться між собою за суб'єктами, об'єктами й змістом. З часом за диференціацію та відносну самостійність різних видів внутрішньоклгоспних правовідносин виступала переважна більшість дослідників.

Щодо нашої позиції з наведеного питання, то ми підтримуємо думку щодо можливості (й необхідності) розподілу внутрішніх аграрних правовідносин на певні види. Адже звісно, незважаючи на об'єднання таких правовідносин у певну систему правовідносин, кожний з її елементів (різновиди внутрішніх аграрних правовідносин) виступають як самостійні правові явища, що мають свою структуру, специфічних суб'єктів й об'єкти, відмінний один від одного фактичний зміст. Різновиди внутрішніх аграрних правовідносин можуть існувати як одночасно, паралельно, так й виникати у різні часи, що вказує на їх віддільність від членського правовідношення й відносно самостійне існування. Велику кількість суб'єктивних прав й обов'язків просто неможливо включити в одно-єдине правовідношення, а відмова від концепції єдиного складного правовідношення дозволить більш глибоко й різнобічно дослідити окремі види внутрішніх аграрних правовідносин. Окрім цього зауважимо, що про єдине аграрне правовідношення доцільно говорити лише як про поняття, що створене наукою виключно в пізнавальних цілях й таке, що надає лише схематичне уявлення про правовідносини даного виду, що засноване на зовнішніх реквізитах й структурних рисах.

Звідси можна підсумувати, що висловлені аргументи вказують на те, що існують достатні підстави для відстоювання ідеї диференціації внутрішніх аграрних правовідносин.

ЗЕМЛЯ ЯК ОБ'ЄКТ ЗЕМЕЛЬНИХ ВІДНОСИН

Федорович В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Проведення земельної реформи в Україні привело до істотних змін змісту суспільних відносин з приводу землі. У зв'язку з цим постала проблема істотного переосмислення основних категорій та понять земельного права, його місця в системі права України. Найбільш кардинальні зміни стосуються предмету правового регулювання земельного права.

Земельні відносини, що регулюються нормами права, мають свою специфіку. Але якщо раніше в умовах виключної власності держави на землі і повного вилучення їх із сфери цивільно-правового обігу, ця специфіка визначалася переважно суб'єктивним складом права власності на землю, то сьогодні вона в основному обумовлена особливостями об'єкту земельних відносин – землі.

Незважаючи на різноманітність підходів у наукових дослідженнях до визначення основних ознак землі як об'єкта земельних відносин, усіх їх переважно об'єднує спільний висновок про те, що земля є специфічним об'єктом правового регулювання, і відносини з її використання та охорони повинні регулюватися нормами окремої галузі – земельним правом.

Проте сьогодні, коли земельне законодавство все більше розглядає землі не як об'єкт адміністрування, а як господарську цінність, змінюється предмет і завдання земельного права, відчувається деяка недостатність наукових досліджень у цій сфері. Динамічність земельного законодавства України надає проблемі об'єкта правового регулювання земельного права особливої актуальності.

Відсутність в українському законодавстві понять "земля", "землі" істотно ускладнює визначення предмету земельного права, і, відповідно, основних напрямів розвитку земельного законодавства. Даючи у ст.2 перелік об'єктів земельних відносин, до яких віднесено землі в межах території України, земельні ділянки та права на них, в тому числі на земельні частки (паї), Земельний кодекс України (надалі – ЗК), разом з тим, на відміну від інших поресурсових законів (Лісовий та Водний кодекси України, Кодекс України про надра, Закон України "Про рослинний світ", "Про тваринний світ"), не містить визначення основного загального об'єкту – землі. Поняття "земля" як поверхня суші з ґрунтами, корисними копалинами та іншими природними елементами, що органічно поєднані та функціонують разом з нею, наведене у Законі України "Про охорону земель", характеризує землю тільки з боку її природних властивостей, як об'єкта одного з видів земельних відносин – у сфері охорони земель.

Термін "земля" – багатозначний. Різні форми зв'язку людини із землею обумовлюють і різноманітність функцій які виконує земля: екологічну (як природний об'єкт), соціальну (як місце і умова життя і діяльності людини), політичну (як просторові межі поширення державної влади), економічну (як об'єкт господарювання), просторову (як базис для розташування будівель, споруд, об'єктів транспорту) і т.і. Тому відносини з приводу використання земель можуть регулюватися нормами різних галузей права: екологічним, конституційним, цивільним, земельним.

Особливе значення землі для держави та суспільства отримало своє закріплення передусім в Конституції України (ст. 14), в якій сказано, що земля, є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави. Це положення відтворено у ст. 1 Земельного кодексу України. Встановлення для землі правового режиму національного багатства полягає у її багатозначності для людей і суспільства в цілому.

Відомо, що Цивільний кодекс України відносить землю до нерухомих речей. Разом з ним, поширюючи сферу цивільно-правового регулювання і на земельні відносини, Цивільний кодекс абсолютно не враховує їх істотної специфіки як природного об'єкту, на створенню працею людини.

Детальний аналіз особливостей земель як об'єкту правового регулювання проведений проф. Н.І. Титовою, яка цілком справедливо зауважує, що "землі існують об'єктивно, вони не створюються працею людини. Тобто, це природний об'єкт, який існує без впливу людини на його виникнення та існування, на відміну від майна в широкому цивілістичному розумінні. З цієї ж причини їх не можна "відтворити", створити штучно, вони не можуть бути "новоствореною" річчю.

У земельному законодавстві, особливо у Земельному кодексі інколи не зовсім правильно використовується поняття "земля", суть якого в деяких випадках має самостійне значення, а в інших зводиться до поняття земельної ділянки. І хоч ч.3 ст.2 ЗК України називає серед об'єктів земельних відносин землю, треба мати на увазі, що не земля в цілому як об'єкт природи чи господарський ресурс є об'єктом відносин, а земельна ділянка – певна індивідуалізована у встановлену порядку частина поверхні землі.

Ст. 79 ЗК України визначає земельну ділянку як частину земної поверхні з установленими межами, певним місцем розташування, з визначеними щодо неї правами. Таким чином, індивідуалізація земельної ділянки здійснюється за трьома основними ознаками:

- визначення меж;
- певне місце розташування;
- встановлення прав щодо земельної ділянки.

Межі земельної ділянки визначають територіальну і просторову сферу здійснення прав і виконання обов'язків їх власниками чи іншими особами, які використовують земельні ділянки на законних підставах (наприклад на умовах договору оренди). Встановлення меж земельної ділянки є одним із правових засобів її індивідуалізації як об'єкта права власності чи інших прав.

Інколи об'єктом земельних відносин може бути частина земельної ділянки, хоч ЗК України і не згадує її у переліку об'єктів земельних відносин.

Законодавство допускає поділ земельної ділянки, оскільки потреба в цьому нерідко виникає на практиці, особливо у відносинах спільної власності на земельну ділянку. Так, п.4 ст.88 ЗК України говорить, що учасник спільної часткової власності на земельну має право на отримання в його володіння, користування частини спільної власності земельної ділянки, що відповідає розміру належної йому частки.

Характеристика поняття "земельна ділянка" буде неповною без визначення понять "сусідня земельна ділянка" і "суміжна земельна ділянка", які часто кореспондують одне одному. Це обумовлено тим, що з допомогою вказаних понять земельна ділянка індивідуалізується. Поняття "сусідня земельна ділянка" і "суміжна земельна ділянка" слід розрізняти, хоч у ЗК України вони застосовуються практично як тотожні. Так, ст. ст. 91, 96 ЗК закріплено обов'язок власників земельних ділянок та землекористувачів не порушувати прав власників суміжних земельних ділянок та землекористувачів. Ст.100 ЗК встановлює, що земельний сервітут встановлюється між власниками сусідніх земельних ділянок на підставі договору або за рішенням суду. Терміни "сусідня земельна ділянка" та "суміжна земельна ділянка" широко використовуються при закріпленні правил добросусідства (Глава 17 ЗК).

Розмежування вказаних понять має не тільки теоретичне а й практичне значення. У земельно-правовій літературі поняття "сусідня земельна ділянка" трактується як не тільки прилегла (суміжна) земельна ділянка, а й інші земельні ділянки, власникам або користувачам яких можуть бути заподіяні незручності власником або користувачем даної земельної ділянки. Разом з тим у законодавстві вказані терміни інколи використовуються без врахування цієї відмінності. Прикладом цього може бути ст. 108 ЗК України, відповідно до якої у випадках, коли сусідні земельні ділянки відокремлені рослинною смугою, стежкою, рівчаком, каналом, стіною, парканом або іншою спорудою, то власники цих ділянок мають право на їх спільне використання. Замість терміну "сусідня земельна ділянка" тут необхідно було б використати термін "суміжна земельна ділянка".

У земельному законодавстві широко використовується термін "землі". Нерідко однозначне визначення земельних відносин тільки як земельна ділянка буває недостатньо точним. Часто йдеться про землі окремих категорій, які займають значні площі, про землі, що зайняті лінійними спорудами великої протяжності.

Прикладом можуть бути землі лісового фонду, які займають великі площі і перебувають у власності держави (за незначними винятками). Поняття "земельна ділянка" до цих земель не зовсім підходить, хоч вони теж мають певні межі.

Проф. Н.І. Титова підкреслює, що ЗК України не є послідовним стосовно юридичної чистоти застосування термінів "земля" і "землі". На її думку, термін "земля" в силу своєї багатозначності не зовсім правильно відображає суть об'єкту земельних відносин як предмету земельного права, оскільки має переважно майновий, цивільно-правовий характер.

Виходячи із вищеведеного, основними поняттями, які найбільш повно і змістовно відображають суть об'єкта земельних відносин є "землі" та "земельна ділянка". Вказаним об'єктам

характерні як загальні риси правового режиму всіх земель, так і ознаки диференційованого правового режиму. Крім того, диференціація правового режиму найбільш характерна для земель різних категорій.

У зв'язку з цим правильно підкреслює професор В.І. Андрейцев, що "земля може розглядатися як інтегрований та диференційований об'єкт, що обумовлює необхідність її правової регламентації". Ним же виокремлені окремі узагальнені ознаки поняття земля, які характеризують землю і як частину довкілля, базу для формування, розвитку і поширення рослинності, водних об'єктів та інших природних компонентів, так і як матеріальну основу територіальної цілісності, суверенітету і національної безпеки держави, місцевого самоврядування, засіб виробництва і т.і.

Ст. 168 ЗК України об'єктом особливої охорони визнає ґрунти, визначення яких дається у Законі України "Про охорону земель" як "природно-історичне органо-мінеральне тіло, що утворилося на поверхні земної кори і є осередком найбільшої концентрації поживних речовин, основою життя та розвитку людства завдяки найціннішій своїй властивості – родючості". Тим самим, ґрунти визнані самостійним об'єктом правовідносин, зокрема охоронних.

Все вищенаведене дозволяє зробити наступні висновки:

5. Земельне право має свою специфіку, яка обумовлена тим, що об'єктом земельних відносин є земля.
6. Земля є особливим об'єктом земельних відносин в силу свого природного походження та її значення в житті людини і суспільства.
7. Земля є інтегрованим та диференційованим об'єктом земельних відносин.
8. Найбільш поширеними видами об'єктів земельних відносин необхідно визнати землі як загальний та земельну ділянку як безпосередній об'єкт земельних відносин.
9. У законодавстві необхідно визначити поняття "земля" з врахуванням усіх її істотних ознак як специфічного об'єкта правового регулювання.

ЗАГАЛЬНО – СОЦІАЛЬНІ ФУНКЦІЇ ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА.**Чопко Х.***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Урбанізація суспільного розвитку поставила перед людством цілий ряд проблем, найбільш складною і актуальною з яких на сучасному етапі є охорона навколишнього природного середовища. У зв'язку з цим першочерговим завданням для нашого суспільства є радикальне поліпшення екологічної обстановки.

У реалізації природоохоронної політики важко переоцінити роль екологічного права, як одного із соціальних регуляторів відносин по використанню, відтворенню, охорони природних ресурсів, забезпеченню якості навколишнього природного середовища, гарантуванню екологічної безпеки, реалізації захисту прав громадян.

Поряд із самостійним предметом правового регулювання, методом впливу, власною системою галузі і принципами, екологічному праву притаманні особливі функції.

У перекладі з лат. мови „функція” – *functio* означає виконання, здійснення, звершення, тобто діяльність. Водночас в енциклопедичній літературі простежується тенденція до поширеного тлумачення цього терміна, зокрема поняття «функції» містить значення роботи (діяльності) чогось або когось, а також явища, яке залежить від іншого явища та змінюється під його впливом.

Що ж стосується поняття функції екологічного права, то це питання не лише теоретичне, але й практичне, оскільки в функціях права проявляється сутність і соціальне призначення екологічного права. Вони відображають його ефективність, тобто основні напрямки впливу права на суспільні відносини з метою їх урегулювання.

У теорії держави і права виділяють наступні функції права:

- загально-соціальні – це напрями впливу на суспільні відносини, які виконуються за допомогою не тільки права, але й тією чи іншою мірою – майже всіма соціальними явищами, зокрема іншими соціальними нормами, суспільною свідомістю, політикою, релігією ;
- спеціально-юридичні функції – це напрями, які здатне виконувати лише або найбільш ефективно саме право.

Загалом проблема функцій права першочергово виникла як проблема соціальних функцій права.

У літературі сформульовані наступні визначення соціальних функцій права, зокрема С.Л. Лисенков вважає, що «загально-соціальні функції – це неформальний вплив права як явища культури на весь комплекс суспільних відносин».

Однак виникає питання: чому «неформальний вплив»? Адже так, право впливає на суспільні відносини поряд з іншими соціальними інститутами, проте своїми специфічними засобами.

Що ж стосується характеристики права «як явища культури», то це твердження впливає із сутності культури.

Культура – це все, що створено людиною, і характеризує її життя в певних історичних умовах. Тобто, культура охоплює і право як результат розумової діяльності людини.

На думку В.В. Копейчикова «загально-соціальні функції права – це напрями взаємодії права та інших соціальних явищ як єдності форми і змісту».

Професор Т.Н. Радько поділяє загально-соціальні функції права за сферою впливу: економічна, виховна, політична. Однак, в даному випадку мова йде не стільки про вплив права на суспільні відносини, скільки окремі сфери його спрямованості, дії. Звісно, що є якісь особливості правового регулювання даних сфер (спеціальні методи, способи регулювання), однак такі особливості не стосуються самого змісту функцій права, тому ми в своїх дослідженнях будемо використовувати інші критерії класифікації загально-соціальних функцій права.

Окрім цього, даний поділ не можна застосувати до загально-соціальних функцій екологічного права і з огляду на те, що сфера впливу екологічного права є дуже вузька – це є виключно екологічні відносини, що становлять предмет екологічного права.

Професор П.М. Рабінович зазначає, що до загально-соціальних функцій належать: гуманістична, організаторська, управлінська, комунікативна, орієнтаційна, оцінна, ідеологічна, виховна, пізнавальна або гносеологічна.

Запропоновані загально-соціальні функції так однозначно застосувати до екологічного права не можна, оскільки вони стосуються загально – соціальних функцій права загалом і не враховано специфіки екологічних відносин. А саме:

1. Екологічні відносини є частиною суспільних відносин проте мають значні відмінності, зокрема об'єктом виступають природні ресурси без відриву від навколишнього природного середовища;
2. Об'єкти екологічних відносин, а саме природні ресурси розвиваються за законами природи, тому вплив права є досить обмеженим;
3. Екологічні відносини розвиваються повільніше ніж інші суспільні відносини, що зумовлено специфікою розвитку законів природи.

Складність екологічних відносин обумовлює функціонування поряд з правом наступних соціальних явищ, а саме політики, норм моралі, корпоративних норм.

Розглянемо детальніше вищезгадані соціальні явища:

1. Норми моралі – це правила, які регулюють поведінку людей шляхом її оцінки з точки зору протилежних моральних категорій: «добро», «зло» тощо.

Що ж до їх функціонування поряд з екологічним правом, то воно проявляється зокрема в наступному: вимога, що сформульована в нормі моралі і вимога екологічного права співпадають, тобто містять аналогічні положення або доповнюють одна одну. Дотримання вимог моралі забезпечується внутрішнім переконанням, громадською думкою, а вимоги права – державними заходами заохочення, примусу.

2. Корпоративні норми – це правила поведінки, які встановлюються і забезпечуються об'єднаннями громадян (в даному випадку мисливські, рибальські об'єднання та інші об'єднання екологічного спрямування) і є обов'язковими тільки для членів даних об'єднань.

Дана група соціальних норм може знаходити свій вираз і закріплення в актах, що приймаються об'єднаннями громадян і не повинна суперечити Конституції, законам та іншим нормативним актам в частині регулювання екологічних відносин.

3. Політика – особлива діяльність по управлінню державою, суспільством, організаційна і регулятивно-контролююча сфера суспільства, що здійснює управління економічною, правовою, соціальною, культурною, релігійною сферами.

Засобом здійснення політики є влада – як право і можливість розпоряджатись чимось і кимсь, підкоряючи своїй волі. Ресурси ж влади дуже великі – це або важливі для об'єкта цінності або засоби здатні вплинути на внутрішній світ, мотиви людини, або знаряддя, інструменти, механізми підкорення і владарювання та інші, з допомогою яких можна здійснювати регулювання екологічних відносин.

Співіснування екологічного права та соціальних явищ сприяє більш повному і швидкому досягненню мети, яка стоїть перед екологічним правом.

Підсумовуючи вище наведене і враховуючи, що загально-соціальне призначення екологічного права полягає у наданні суспільним відносинам, а саме відносинам по використанню природних ресурсів, охорони навколишнього природного середовища і забезпечення екологічної безпеки стабільності, системності, організованості зробимо наступні висновки:

1. Загально-соціальні функції екологічного права – це взаємопов'язаний вплив екологічного права з іншими соціальними регуляторами на суспільні відносини з приводу використання, відтворення природних ресурсів, гарантування екологічної безпеки та охорони довкілля, реалізації захисту прав громадян, задоволення екологічних та інших інтересів держави і суспільства.
2. Специфіка відносин, що складають предмет екологічного права зумовлює функціонування поряд з правом політики, норм моралі та інших соціальних регуляторів.

3. Напрями впливу екологічного права поряд з напрямками впливу інших соціальних норм на відносини з приводу використання, відтворення природних об'єктів, забезпечення екологічної безпеки та охорони навколишнього природного середовища повинні оптимально відповідати цим відносинам.
4. До загально-соціальних функцій екологічного права належать:
 - виховна (формування, прищеплення у людей через введення окремих дисциплін, курсів правових поглядів щодо охорони навколишнього природного середовища);
 - інформаційна (поширення через засоби масової інформації відомостей про події, явища, предмети факти, процеси у сфері використання, відтворення природних ресурсів, природних комплексів, охорони довкілля, забезпечення екологічної безпеки);
 - управлінська (діяльність державних органів загальної і спеціальної компетенції, органів місцевого самоврядування та громадських організацій по забезпеченню організації раціонального використання природних ресурсів);
 - гуманістична (охорона життя і здоров'я людини від негативного впливу довкілля).

**ОКРЕМІ ПИТАННЯ НАДАННЯ ДЕРЖАВНИХ ДОПОМОГ
СІМ'ЯМ З ДІТЬМИ****Чудик-Білоусова Н.***Хмельницький університет управління та права*

Сьогодні в Україні створена розгалужена система державної підтримки сімей з дітьми, яка включає в себе у випадках, визначених законом, грошові виплати, різноманітні пільги та гарантії. Державною допомогою фактично може скористатися будь-яка сім'я за наявності в її складі дітей, хоча реально існуючий розмір більшості виплат є явно недостатнім та не відповідає сучасному рівню життя. Українська держава на законодавчому рівні виокремила соціально вразливу категорію із числа непрацездатного населення – неповнолітніх дітей, а з ними – і сім'ю, в якій вони утримуються й виховуються, хоча ситуація щодо системи державних допомог сім'ям з дітьми в правовому аспекті залишається досить складною. Правом на їх отримання наділена велика кількість громадян, через нестабільність економіки, відсутність роботи, неможливість працевлаштуватися, часто реалізувати право на її отримання досить важко, в силу відсутності правової інформації. Не сприяє цьому і велика кількість нормативно-правових актів, що поєднанні з низьким рівнем правової культури громадян робить неможливим реалізацію права на отримання державної допомоги. Суми, які призначаються уповноваженими органами та виплачуються як державні допомоги в більшості випадків є незначними та не можуть істотно покращити матеріальне становище особи.

На отримання таких допомог претендують визначені законодавством категорій громадян, за умови, що вони перебувають у такій життєвій ситуації, яка вимагає від особи або підвищених матеріальних витрат чи додаткових фізичних, психічних, моральних зусиль порівняно з іншими членами суспільства. Таку ситуацію можуть створювати матеріальні труднощі, пов'язані із утриманням та вихованням дітей. Тому надання сім'ї відповідної підтримки є одним із найбільш важливих завдань соціальної держави. Вона може здійснюватись у вигляді грошових виплат, послуг, пільги. Найбільш поширеним видом соціального забезпечення сімей з дітьми є державна допомога яка має вирівнювати доходи сімей. Кардинальні зміни щодо видів допомоги та суб'єктів її отримання відбулися з 1 січня 2002 року, зазнав певних змін і розмір одноразової допомоги сім'ям з дітьми. Очевидно причиною внесення змін до видів та розмірів деяких видів допомоги стали: економічна нестабільність, інфляція, посилення розшарування населення, зростання кількості безробітних, осіб без певного місця проживання, в тому числі малолітніх. Такі позитивні тенденції намітилися лише у 2004 році. Відповідно до змін і доповнень, які були внесені до державного бюджету України на 2005 рік, допомога при народженні дитини зросла майже у 12 разів до 8500 гривень, допомога одиноким матерям збільшилася в 4,1 рази, допомога дітям-інвалідам від 6 до 18 років в 4,5 рази в порівнянні з 2004 роком. Однак чисельні нормативно-правові акти, які визначають підстави, порядок та умови призначення і виплати допомог потребує перегляду та вдосконалення, що означатиме певні поступки у реалізації соціальної політики.

Чинне законом передбачає надання кількох таких видів державної допомоги сім'ям з дітьми: допомога у зв'язку з вагітністю та пологами; одноразова допомога при народженні дитини; допомога по догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку; допомога на дітей, які перебувають під опікою чи піклуванням; допомога на дітей одиноким матерям; допомога малозабезпеченим сім'ям; допомога дітям інфікованим вірусом імунодефіциту людини або хворим на СНІД; компенсаційні виплати для дітей, які потерпіли внаслідок Чорнобильської катастрофи. Тому їх різноманітність зумовлює необхідність класифікації. Зокрема, І. М. Сирота визначальним критерієм класифікації допомог вважає соціально-правові підстави надання допомоги та виділяє шість груп підстав надання допомоги: тимчасову непрацездатність; безробіття; дітонародження; неповноліття дітей; проживання непрацездатних громадян; підтримання бюджету сім'ї при неординарних обставинах. Н. Стаховська основними видами допомог є: допомоги на випадок безробіття; допомога по тимчасовій непрацездатності; допомоги сім'ям з дітьми (або сімейні допомоги); допомога на поховання; допомоги малозабезпеченим категоріям громадян. Найбільш досконале поняття та класифікацію державних допомог на даний час пропонує Л.г. Кулачок. Так, під державною допомогою сім'ям з дітьми слід розуміти грошові виплати сім'ям з дітьми у визначених державою випадках, що виплачуються щомісяця, одноразово або періодично з фонду соціального страхування з тимчасової втрати

працевдатності, з державного бюджету та інших бюджетів визначених законом, з метою поліпшення матеріального становища сімей з дітьми та створення найсприятливіших умов для розвитку підростаючого покоління. Державні допомоги сім'ям з дітьми вона пропонує класифікувати за наступними підставами: за колом осіб, на яких вони поширюються; за джерелом фінансування; за тривалістю виплат; за суб'єктами отримання допомоги; за юридичною силою правового акту.

Тому на даний час державну допомогу сім'ям з дітьми можна визначити як вид соціального забезпечення, який надається сім'ї чи її члену на умовах та в порядку передбачених чинним законодавством. Класифікувати даний вид допомог можливо за такими критеріями як: підстава надання, правовий статус одержувача, джерела фінансування виплат. Потребують перегляду розміри таких державних допомог, як допомога по догляду за дитиною, допомога для дітей, які хворі на СНІД. Необхідним є внесення змін до законодавства щодо заміни поняття «одноразова допомога у зв'язку з народженням дитини» на «допомогу у зв'язку з народженням дитини», що більше відповідатиме суті її виплат.

**ПРАВО ЗАГАЛЬНОГО РЕКРЕАЦІЙНОГО ПРИРОДОКОРИСТУВАННЯ:
ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ***Шмигова О.**Київський національний університет імені Тараса Шевченка*

Присвячено порівняльно-правовому дослідженню права загального рекреаційного природокористування за законодавством України та зарубіжних країн. Запропоновано погляд автора на шляхи удосконалення українського законодавства у цій сфері.

The article is devoted to the comparative law research of right on outdoor recreation in Ukrainian and foreign legislation. Author's recommendations to improvement of Ukrainian legislation in this sphere have been proposed.

Останнім часом в Україні у зв'язку із запровадженням приватної власності на природні ресурси дедалі більшої актуальності набувають питання врегулювання права загального рекреаційного природокористування за межами рекреаційних зон. Об'єктивні передумови, що викликають необхідність нормативно-правового врегулювання такого права можна пояснити з тієї позиції, що інтерес у здійсненні користування природою в рекреаційних цілях тривалий час існує у якості неусвідомленої природної потреби людства і тільки по мірі входження суспільства у період існування приватної власності на природні ресурси набуває характеру усвідомленої, вольової, соціальної потреби, яка й утворює юридично значимий інтерес у зв'язку з виникненням неможливості безперешкодно задовольнити свої екологічні потреби або порушення такого інтересу.

Саме цим пояснюється і стан розвитку правового регулювання рекреаційного природокористування у різних країнах. Адже у більшості країн Західної Європи та Північної Америки, де приватна власність на природні ресурси має тривалу історію свого існування, відповідне законодавство достатньо розвинене, що не є характерним для країн колишнього соціалістичного табору, зокрема й України, де до початку 90-х років ХХ століття існувала виключно державна власність на природні ресурси. Сьогодні ж в Україні практика доводить, що залишення за межами правового регулювання у процесі приватизації питань, пов'язаних із рекреаційним природокористуванням, породжує численні випадки протистояння публічних і приватних інтересів відносно природних ресурсів, що можуть використовуватися у рекреаційних цілях, і, як правило, обмеження відповідних публічних інтересів, на чому неодноразово наголошували вчені у галузі екологічного права.

З огляду на це видається актуальним проведення порівняльно-правового дослідження права загального рекреаційного природокористування за законодавством зарубіжних країн та України з метою вироблення пропозицій щодо удосконалення останнього.

При дослідженні права загального рекреаційного природокористування за законодавством України, дотримуючись позиції М. Васильєвої, будемо виходити з того, що воно є найбільш розповсюдженою складовою права загального природокористування.

Системний аналіз ч. 2 ст. 38 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища", Земельного кодексу України, ст. 66 Лісового кодексу України, ст. 47 Водного кодексу України, якими визначено право загального користування природними ресурсами, вказує на існування наступних прогалів у врегулюванні права загального рекреаційного природокористування, що виявляються у невизначеності: – умов реалізації цього права стосовно природних об'єктів, що перебувають у приватній власності; – переліку можливих обмежень реалізації цього права як природного права людини; – заборон щодо стягнення плати за реалізацію цього права; – права загального рекреаційного землекористування.

Для визначення можливості удосконалення такої ситуації звернемося до відповідного досвіду зарубіжних країн у цій сфері, порівняльно-правовий аналіз якого дозволяє виокремити дві моделі законодавчого врегулювання права загального рекреаційного природокористування за межами рекреаційних зон. У першій моделі це право не розповсюджується на визначені природні об'єкти (зокрема, культивовані землі), а у другій – гарантовано лише на визначених природних об'єктах (лісі, прибережна смуга тощо).

Перша модель, характерна для правових систем скандинавських країн (Норвегії, Фінляндії, Швеції), а також Ісландії, ґрунтується на звичаєвому праві кожного відпочивати на природі – Allemansrätt. Тривала традиція існування цього права у цих країнах створила своєрідну презумпцію – люди вільно використовують його там, де воно не заборонено або не обмежено. Аналогічна модель правового регулювання була запроваджена і в інших європейських країнах, зокрема, у Чехії, Словаччині та Шотландії. Як зазначають науковці з Шотландії, така модель правового врегулювання права загального рекреаційного природокористування дозволяє уникнути дорогого процесу нанесення на карти і інформування громадян про категорії земель, на які розповсюджується це право.

Право загального рекреаційного природокористування детально регламентовано у Законі Норвегії „Про рекреацію на природі” № 16 від 28 червня 1957 р. та у розділі III Закону Ісландії „Про збереження природи” № 44 від 22 березня 1999 р. У обох нормативно-правових актах правове врегулювання здійснення цього права відрізняється в залежності від того реалізується воно на культивованих або некультивованих землях: як правило, на культивованих землях, на відміну від некультивованих, це право певним чином обмежується.

У відповідності з цими нормативно-правовими актами право рекреаційного природокористування включає в себе:

1. Право доступу та проходу по землі, зокрема, подорожування пішки, на велосипеді, на коні, на лижах, немоторизованих санях, а також зупинки на відпочинок. При цьому на землях, що віднесені до категорії культивованих, здійснення цього права певним чином обмежується: у Норвегії це право може бути реалізовано лише коли земля вкрита льодом або снігом, і не може бути реалізовано на земельних ділянках фермерських господарств, земельних ділянках біля будинків, огорожених садах або інших територіях, огорожених для спеціальних цілей; у Ісландії це право може бути реалізовано лише за умови отримання дозволу власника землі або інших осіб, які мають спеціальні права на землю.
2. Право купатися і право плавати на човнах, умови реалізації яких визначені у водному законодавстві.
3. Право влаштувати пікнік або встановлювати намети. На землях, що віднесені до категорії некультивованих, здійснення цього права, як правило, не обмежується, проте вимагає отримання дозволу, якщо: у Норвегії – намети встановлюються на термін більший ніж 2 доби (це правило не розповсюджується на гірські території); у Ісландії – намети встановлюються на термін більший ніж 1 доба або якщо встановлюється більше ніж 3 намети. Що стосується культивованих земель, то це право як у Норвегії, так і в Ісландії може бути реалізовано лише за умови отримання дозволу власника землі або інших осіб, які мають спеціальні права на землю. При цьому особи, які встановили намети, повинні дотримуватися гігієнічних вимог і вимог безпеки в межах їх наметового табору.
4. Право проводити масові і спортивні заходи на природі, що включає в себе можливість проведення лижних змагань, змагань з орієнтації на місцевості, бігу по пересіченій місцевості та подібних заходів. У Норвегії для здійснення цього права необхідним є отримання згоди власника або користувача відповідної земельної ділянки.
5. Право збирати ягоди, гриби, трави тощо. У Ісландії для реалізації цього права необхідним є отримання дозволу власника землі, крім випадків негайного споживання.

Друга модель законодавчого врегулювання права загального рекреаційного природокористування за межами рекреаційних зон характерна для Англії і Уельсу. Так, Законом Великобританії „Про права доступу у сільській місцевості” 2000 р. було законодавчо закріплено право кожного на піший доступ і рекреаційне природокористування в межах земель, що позначені на відповідній карті як „доступні землі” і включають три категорії земель: 1) землі, позначені на карті як відкрита сільська місцевість, що складається повністю або частково з гір, пагорбів, болотистої місцевості, степу (відповідні органи можуть віднести до категорії відкритої сільської місцевості також землі в межах прибережної смуги); 2) зареєстровані землі загального користування; 3) землі приватної власності, стосовно яких власники надали громадянам право загального користування.

Як можна побачити, вище проаналізовані законодавчі акти регулюють фактично лише право загального рекреаційного землекористування, інші ж складові права загального рекреаційного природокористування (лісо- та водокористування), як і в Україні, у переважній більшості країн світу регулюються у спеціальних природоресурних законах.

Так, лісові закони більшості країн Європи гарантують вільний доступ громадян до лісів для задоволення своїх рекреаційних потреб, проте, це право зазвичай супроводжується деякими обмеженнями або заборонами, а також обов'язком не завдавати шкоди природі. У таких країнах як Австрія, Великобританія, Естонія, Польща, Словенія, Турція, Угорщина, Франція і Чехія, як і в Україні, такий доступ гарантований лише до лісів публічної власності, в той час як доступ до лісів приватної власності вимагає отримання дозволу власника. При цьому для прогулянок, верхової їзди, пікніків, як правило, не вимагається отримання такого дозволу, він є необхідним, зокрема, для встановлення наметів, проведення організованих масових і спортивних заходів.

Право на загальне рекреаційне водокористування у законодавстві зарубіжних країн закріплюється двома способами: стосовно внутрішніх водних об'єктів таких як річки, озера – у водних кодексах або законах, стосовно морських вод – у спеціальних законодавчих актах про комплексне управління прибережними зонами. При цьому загальне рекреаційне водокористування пов'язане із доступом до узбережжя, який за загальним правилом є вільним, проте у багатьох країнах для цього не існує правового підґрунтя, а у деяких країнах фактичний доступ до узбережжя є неможливим у зв'язку з безперервною мережею об'єктів приватної власності, таких як готелі, що де-факто призводить до приватизації узбережжя. У зв'язку з цим гармонізувати підходи до законодавчого врегулювання права загального рекреаційного водокористування на міжнародному рівні покликаний Модельний закон про стале управління прибережними зонами, згідно з статтями 23 і 45 якого з метою реалізації принципу необмеженого доступу громадян до пляжів і узбережжя, такий доступ має бути забезпечений, якщо це необхідно за допомогою покладення на власників прибережної смуги зобов'язання надавати право проходу до узбережжя, або, у разі необхідності, відчуження землі необхідної для доступу до узбережжя.

Таким чином, врегулювання права загального рекреаційного природокористування за межами рекреаційних зон має за мету законодавче закріплення і гарантування такого права кожній людині в умовах існування приватної власності на природні ресурси і необхідності у зв'язку з цим узгодження відповідних публічних і приватних інтересів шляхом визначення обмежень щодо здійснення такого права, а також заборон щодо встановлення власником не передбачених законодавством обмежень щодо здійснення такого права.

Проведене порівняльно-правове дослідження дозволяє також виробити наступні пропозиції щодо удосконалення законодавчого врегулювання права загального рекреаційного природокористування в Україні з метою узгодження відповідних публічних і приватних інтересів шляхом визначення у відповідних природоресурсних кодексах:

- права загального рекреаційного землекористування; з урахуванням об'єктивних передумов, що виявляються у існуванні в Україні звичаю вільної реалізації цього права там, де воно не заборонено або не обмежено, найбільш прийнятною для імплементації в українське законодавство є перша модель законодавчого врегулювання цього права, тобто його розповсюдження на будь-яку територію, відносно якої відсутня заборона такого використання з одночасним визначенням територій, на які воно не розповсюджується;
- можливих підстав обмеження власником права загального рекреаційного природокористування, а також форми реалізації такого права, які вимагають отримання відповідного дозволу власника;
- заборон встановлення власником не передбачених законодавством обмежень щодо здійснення права загального рекреаційного природокористування.

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО, КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА ТА КРИМІНОЛОГІЇ

КОНСТРУКЦІЯ САНКЦІЇ НОРМИ ПРО УМИСНЕ ВБИВСТВО, ВЧИНЕНЕ В СТАНІ СИЛЬНОГО ДУШЕВНОГО ХВИЛЮВАННЯ

Авраменко О.

Львівський державний університет внутрішніх справ

Відповідно до положень загальної теорії права, будь-яка правова норма, в тому числі і кримінально-правова, складається з трьох елементів: гіпотези, диспозиції та санкції. Санкція – це той елемент правової норми, який, на перший погляд, при його дослідженні не повинен викликати особливих труднощів. Адже санкція – це та частина правової норми, в якій зазначаються заходи державного примусу в разі невиконання, порушення її диспозиції. О.Лейст санкцією правової норми називає нормативне визначення примусових заходів, які застосовуються у разі правопорушення і містять його підсумкову правову оцінку.

В енциклопедичній літературі під санкцією розуміють умову, яка забезпечує виконання закону; державний запобіжний захід, який застосовується до правопорушника; міра відповідальності за порушення диспозиції; заходи впливу, покарання за порушення закону.

В спеціальній юридичній літературі з кримінально-правової проблематики щодо поняття санкції також наводяться різні точки зору. Так, А. Пінаєв визначає санкцію як частину статті кримінального закону, яка містить вказівки на вид і розмір покарання. І. Козаченко під санкцією розуміє закріплену кримінальним законом форму відповідальності, яка виражає міру кримінального покарання, передбаченого за вчинення злочину. А. Козлов дає більш ширше визначення кримінально-правової санкції, під якою, на його думку, слід розуміти частину кримінально-правової норми, яка має державно-примусовий якісно-кількісний характер і становить собою формально визначену об'єктивно – суб'єктивну модель заходів кримінально-правового впливу, які застосовуються до осіб, що вчинили злочин. Ю. Філей вказує, що санкція є необхідною складовою частиною кримінально-правової норми, яка містить у собі модель виду і розміру покарання, адекватного суспільній небезпечності злочинного діяння.

Оцінюючи вищенаведені міркування з приводу визначення поняття санкції у кримінальному праві, як видається, слід насамперед визначити, про що йдеться: про санкцію кримінально-правової норми чи про санкцію статті (частини статті) кримінального закону? Видається, що правильно вести мову про санкцію кримінально-правової норми, бо саме вона закріплюється у відповідній статті (частині статті) КК України. Окрім цього, слід зробити уточнення, що, виходячи з найбільш поширеної у літературі позиції, такий елемент як санкція, містить лише забороняюча кримінально-правова норма Особливої частини. У роз'яснюючих, уповноважуючих та заохочувальних кримінально-правових нормах санкція відсутня.

Перш ніж перейти до аналізу видів санкцій, які передбачені КК України слід відзначити, що у статтях Особливої частини КК України встановлюючи відповідальність за певний злочин законодавець встановлює модель виду і розміру покарання, яке може бути застосоване до особи у випадку вчинення цього злочину. Проте, у санкції конкретної кримінально-правової норми, як видається, передбачено лише межі найбільш суворого покарання, яке може бути застосоване до особи, яка вчинила цей злочин, у разі реалізації щодо неї кримінальної відповідальності у формі осуду з призначенням та виконанням (відбуванням) покарання. Можливість призначення більш м'якого покарання ніж передбачено законом, а також підстави та умови застосування кримінальної відповідальності у інших формах (осуду без призначення покарання, осуду з безумовним невиконанням (звільненням від відбування) призначеного покарання, осуду з умовним невиконанням (звільненням від відбування) призначеного покарання) врегульовані не санкцією, а положеннями Загальної частини КК України.

В юридичній літературі найчастіше висловлюється думка, що в чинному КК України передбачено санкції двох видів: відносно визначена та альтернативна. Така позиція видається

дискусійною, з таких міркувань. Видається, що виділення таких видів санкцій суперечить правилам проведення будь-якої класифікації. Йдеться про те, що виділення відносно визначеної санкції здійснено за критерієм наскільки чітко визначено розмір покарання, яке може бути застосовано до особи, яка вчинила цей злочин (абсолютно чи встановлено певні межі), виділення альтернативної санкції – скільки основних видів покарання передбачено санкцією (лише один чи декілька). Відтак видається, що виходячи з вищезазначених критеріїв, теоретично можливими видами санкцій є: а) за критерієм наскільки чітко визначено розмір покарання, яке може бути застосовано до особи, яка вчинила злочин: абсолютно визначені та відносно визначені; б) за критерієм кількості основних видів покарання передбачених санкцією: безальтернативні та альтернативні. Аналіз положень КК України дозволяє стверджувати, що за критерієм наскільки чітко визначено розмір покарання, яке може бути застосовано до особи, яка вчинила злочин, у ньому передбачено відносно визначені санкції, а за критерієм кількості основних видів покарання передбачених санкцією – альтернативні.

Чинний КК України передбачає два види санкцій, які враховані законодавцем – це безальтернативна відносно визначена та альтернативна відносно визначена санкція. Під безальтернативною відносно визначеною санкцією слід розуміти ту, що передбачає покарання певного (лише одного) виду у певних межах, вказуючи або не вказуючи текстуально його нижчу межу, але обов'язково вказуючи його вищу межу. Альтернативна відносно визначена санкція передбачає не один, а два і більше видів основних покарань, із яких суд може призначити тільки одне. У формулюванні такої санкції присутній сполучник «або», який стоїть між назвами основних видів покарань.

Найбільш поширеною думкою є, що санкції створюються на основі видів злочинів і системи покарань. Загальновідомо, що санкція повинна відображати суспільну небезпечність злочинного діяння, тобто бути адекватною, а її величина перебувати у прямій залежності від реальної суспільної небезпечності того діяння, яке описується в диспозиції, й узгоджуватися з іншими санкціями.

Предметом нашого дослідження буде санкція за умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання.

Так, санкція за умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання, на перший погляд, є альтернативною. І дійсно, вказаний злочин передбачає два основних покарання у виді обмеження волі на строк до п'яти років або позбавлення волі на той самий строк. Однак, якщо детальніше проаналізувати ці два основні покарання, то, на наш погляд, такий висновок є не зовсім вірним. Так, відповідно до положень ст. 61 КК України покарання у виді обмеження волі полягає у триманні особи в кримінально-виконавчих установах відкритого типу без ізоляції від суспільства в умовах здійснення за нею нагляду з обов'язковим залученням засудженого до праці. Встановлюється такий вид покарання на строк від одного до п'яти років. Обмеження волі не застосовується до неповнолітніх, вагітних жінок і жінок, що мають дітей віком до чотирнадцяти років, до осіб, що досягли пенсійного віку, військовослужбовців строкової служби та до інвалідів першої і другої групи. Якщо нижча межа покарання у санкції законодавцем не вказана, то необхідно звернутися до норми закону у Загальній частині, де передбачена нижча й вища межі покарання. Зміст положень вищевказаної статті дає підстави стверджувати, що покарання за умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання у виді обмеження волі встановлено на строк від одного до п'яти років. Аналогічно й покарання у виді позбавлення волі за аналізований нами злочин. Відповідно до ст. 63 КК України, воно полягає в ізоляції засудженого та поміщення його на певний строк до кримінально-виконавчої установи. Такий вид покарання встановлюється на строк від одного до п'ятнадцяти років. Отже, покарання у виді позбавлення волі на певний строк, за умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання законодавцем встановлено на строк від одного до п'яти років.

Щоб стверджувати, що санкція кримінально-правової норми є альтернативною відносно визначеною, то необхідно, щоб кожна санкція була побудована так, щоб вона у всіх без винятку випадках повною мірою забезпечувала можливість призначення засудженому покарання, необхідного й достатнього для його виправлення та запобігання новим злочинам. З цього, зокрема, випливає, що заборона застосування того чи іншого виду покарання до певної категорії осіб завжди повинна бути компенсована (урівноважена) встановленням у відповідних санкціях такого альтернативного рівнозначного йому або близького за суворістю покарання, яке може призначатися цим суб'єктам. Інакше суд опинятиметься у ситуації, коли він вимушений буде призначити таким особам необґрунтовано суворий чи невиправдано м'який вид покарання, або залишити їх взагалі непокараними.

Так, обмеження волі за умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання встановлене в альтернативі з позбавленням волі на певний строк. Практично це означає, що у випадку вчинення переліченими у ч.3 ст.61 КК України особами відповідного злочину, їм, на відміну від інших суб'єктів, може бути призначене більш суворе покарання – позбавлення волі на певний строк. Щодо переходу до іншого, більш м'якого виду покарання, не зазначеного у відповідній санкції, слід вказати на п.8 постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 року №7 «Про практику призначення судами кримінального покарання», де вказано, що суд не вправі перейти до більш м'якого виду покарання у випадках, коли санкцією злочину, за яким засуджується особа, передбачено лише такі покарання, які з огляду на її вік чи стан не можуть бути до неї застосовані. В таких випадках суд, за наявності до того підстав, відповідно до ст.7 КПК повинен закрити справу і звільнити особу від кримінальної відповідальності або постановити обвинувальний вирок і звільнити засудженого від покарання.

З проведеного нами аналізу санкції за умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання випливає, що вона такій вимозі не відповідає. Це дає підстави стверджувати, що санкція за умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання є безальтернативною відносно визначеною щодо певних суб'єктів, оскільки покарання у виді обмеження волі не може бути застосоване до всіх суб'єктів злочину без виключень.

Наведене вище, як видається, переконливо вказує на необхідність внесення необхідних змін і доповнень у санкції за умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання, з тим, щоб її конструкція дозволяла в усіх без винятку випадках піддати засудженого покаранню і максимально його індивідуалізувати.

Враховуючи наведене, санкцію ст.116 КК України доцільно доповнити ще одним покаранням у виді арешту, який може бути досить ефективним засобом впливу на засудженого.

**РОДОВИЙ ОБ'ЄКТ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ВЛАСНОСТІ: ДИСКУСІЙНІ
ПИТАННЯ****Антонюк Н.***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Питання кримінально-правової характеристики родового об'єкта злочинів проти власності відноситься до одного з найбільш досліджуваних у науці кримінального права. Однак, злочини проти власності в цілому, а зокрема, і положення, що стосуються родового об'єкта цих злочинів, викликають чимало дискусійних і спірних запитань. Причиною, яка породжує різні підходи до визначення родового об'єкта злочинів проти власності є неоднакове розуміння поняття власності, яке використовується науковцями. Визначення поняття власності має не лише теоретичне, а в першу чергу практичне значення, оскільки від нього залежить розуміння кола благ, які охороняються нормами про злочини проти власності, і, як наслідок, ефективний захист власності в цілому. Невіднесення певних відносин до відносин власності виключає їх кримінально-правову охорону.

В юридичній літературі, традиційно, науковці вказують, що об'єктом злочинів проти власності є власність як благо, однак саме визначення власності дають через поняття "відносини". Не слід забувати, що власність виступає як категорія природного права. Філософське розуміння власності дозволяє констатувати, що власність є благом, а наявність власності робить особу автономним індивідом із незалежним статусом у суспільстві. Позитивне право поняття "власність" подає через певні відносини, що складаються з приводу цього блага у суспільстві. Однак, спрощення розуміння власності шляхом пояснення її існування через застосування терміну "відносини" не впливає на визнання власності як певного природного блага, що і є родовим об'єктом злочинів проти власності.

У сучасній правовій доктрині є два підходи до розуміння власності: економічний та юридичний. О.І.Бойцов зазначив, що одні науковці тяжіють до юридичного розуміння власності, тобто як права власності, оскільки правовий підхід їм близький і зрозумілий; інші ж „впадають у іншу крайність”, визначаючи власність як економічну категорію.

Економічне і юридичне розуміння власності є різними за обсягом, тобто ці явища не співпадають, а співвідносяться як ціле і частина. Виходячи з теорії цивільного права, положень економічної теорії, розуміння цих понять і співвідношення між ними, висловимо деякі міркування щодо питання об'єкта злочинів проти власності.

З економічної точки зору категорія власності становить відносини з приводу матеріальних благ, які полягають у присвоєності або приналежності цих благ одним особам і відповідно відчуженості цих же благ від всіх інших осіб. Економічне розуміння власності охоплює власність на все, що є товаром, предметом ринкових відносин (речі, послуги, неуречевлене майно тощо).

Юридичне розуміння власності викликає багато неузгодженостей та запитань. Так, вчені – цивілісти вказують, що об'єктом права власності є майно в розумінні речі. Відповідно до законодавчого розуміння права власності в Україні (ст. 316 ЦК України), правом власності є право особи на річ (майно). Законодавець безпосередньо пов'язує існування права власності лише щодо речей і, як наслідок, можна вести мову лише про право власності на речі. Якщо піти шляхом визнання права власності лише на речово-матеріальні об'єкти, виникає запитання щодо захисту інших об'єктів цивільних правовідносин, які не є речами.

Однак, підходи до розуміння права власності у науці цивільного права змінюються. Поняття права власності у цивільно – правовому розумінні рухається у напрямку зближення з економічним розумінням цього терміну. Так, вчені – цивілісти вважають, що юридичне поняття власності повинно орієнтуватися на суть регульованих суспільних відносин і відображати ті особливості, які існують в економічному обігу, іншими словами економічний зміст власності повинен бути базисом для юридичного розуміння права власності. Причиною „революційних” тенденцій у цивільному праві слугувало ускладнення соціальних зв'язків, а зокрема, економічного обігу, які призвели до появи у XIX столітті нових об'єктів цивільних прав: різноманітних майнових прав, енергії, інтелектуальної власності, цінних паперів, безготівкових грошей тощо. В одних державах ці об'єкти ставали об'єктами права власності, утворюючи неуречевлені об'єкти власності (наприклад, у Великобританії), у інших,

вони отримували самостійні правові режими або включалися у систему зобов'язального права (наприклад, Німеччина). Однак куди б не відносилися нові об'єкти цивільних правовідносин національними правовими системами, їм забезпечувалася належна кримінально-правова охорона в межах охорони власності.

Процес дематеріалізації власності і потреби теоретичного обґрунтування, позитивного закріплення нових неуречевлених об'єктів власності, викликали чимало наукових дискусій з цього приводу. Фактично з моменту появи неуречевлених об'єктів, які стали предметом економічного обігу, розпочався процес еволюції права власності, що засвідчило тісний зв'язок юридичного розуміння власності з його економічним змістом.

Юридичне розуміння права власності в першу чергу залежить від того, що слід розуміти під поняттям об'єкта права власності. Відповідно до класичної точки зору, яка знаходить відображення у цивільному законодавстві, об'єктами права власності можуть бути лише "тілесні" речі. Поширення режиму права власності на неуречевлені об'єкти цивільних правовідносин неможливе, оскільки ці об'єкти за своєю природою не можуть підпадати під ті ж правила, які встановлено для речей. Класичний підхід залишає поза рамками правового захисту цілий ряд об'єктів цивільних прав, які мають ознаки товару.

Однак більшість вчених – цивілістів притримуються іншої позиції, за якою об'єктами права власності можуть виступати як предмети оточуючого світу (речі), так і неуречевлене майно. М.М.Агарков, Л.Г.Єфімова, О.І.Йоффе, Л.А.Новоселова, Ю.К.Толстой визнають, що класична концепція права власності є звуженою і потребує розширення, оскільки речево-правове розуміння права власності призведе до залишення за межами правового захисту цілого ряду об'єктів цивільних правовідносин, які володіють ознаками товару (енергії, послуг, інформації).

Негативні наслідки від невідповідності обсягу економічного і юридичного розуміння власності в теорії цивільного права пропонується усунути шляхом поширення фундаментальних гарантій права власності на неуречевлені об'єкти цивільних правовідносин. Звичайно, що слід враховувати, що в одному правовому інституті будуть об'єднані різні за своєю природою об'єкти (речі і неуречевлені об'єкти). Тому правовий режим для цих об'єктів не може бути однаковим. Така концепція юридичного розуміння права власності дозволить забезпечити належним правовим, у тому числі і кримінально-правовим захистом, всі об'єкти цивільних правовідносин, а не лише речі.

На сьогодні, коли Цивільний кодекс України йде шляхом визнання можливості існування права власності на речі, вважаємо, що на рівні кримінально-правової охорони слід забезпечити належний захист власності на всі об'єкти цивільних відносин, тобто в рівній мірі захистити уречевлене і неуречевлене майно, яке є об'єктом економічного обігу і володіє ознаками товару.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що розуміння власності як економічних відносин є надто широким і, як наслідок, значно розширює сферу кримінально-правової охорони. Слід зауважити, що коло економічних відносин власності містить економічні відносини власності, які регулюються нормами права та економічні відносини власності, які не регулюються нормами права. Кримінальне право ставить під охорону не будь-які економічні відносини (в т. ч. і відносини власності), а лише ті, які врегульовані нормами права.

Одночасно слід звернути увагу, що розуміння власності лише як права власності, навпаки, значно звужує сферу відносин, які повинні охоронятися кримінальним законом. Власність в економічному розумінні опосередковуються не лише інститутом права власності. Право відображає власність не лише в інституті права власності, але й в інших правових інститутах.

Поза межами кримінально-правової охорони за умови розуміння власності у виключно юридичному змісті як права власності, опиняються відносини з приводу благ, які не є речами, як-от різного роду послуги, інформація, енергія, тощо. Не охоплює цивільно-правове поняття власності відносин, які складаються між учасниками речових відносин, які не є власниками (орендодавець і орендар, заставодавець і заставодержатель, і т.д.). Якщо поняття власності обмежити лише юридичним розумінням власності, складеться ситуація, за якої кримінальне законодавство забезпечуватиме охорону лише відносинам, які складаються з приводу належності речей суб'єктам права власності.

Змістом змішаного підходу до розуміння власності є підхід до визначення поняття власності з врахуванням економічних і юридичних начал у комплексі. На нашу думку, саме змішаний підхід до визначення права власності дозволяє правильно визначити родовий об'єкт злочинів проти власності.

Такий комплексний підхід до розуміння власності із розуміння об'єкта кримінально-правової охорони виключить економічні відносини власності, які не врегульовані нормами права, з однієї сторони, і забезпечить уникнення вузького підходу до розуміння власності як права власності, з іншої сторони. Економічні відносини власності, які повинні охоронятися кримінальним правом, отримують юридичну регламентацію за допомогою не лише інституту права власності, а й інших речових, зобов'язальних прав. Вбачається, що таке розуміння власності є найбільш правильним, оскільки дозволить охопити кримінально-правовим захистом залучені в економічний обіг нові об'єкти власності (енергію, інформацію), які не є речами.

Виходячи із вказаного, вважаємо, що родовий об'єкт злочинів проти власності можна визначити як власність, тобто відносини з приводу належності майна, товарного обігу речей та неуречевленого майна. Цей підхід до розуміння родового об'єкта злочинів проти власності на кримінально-правовому рівні врахує зміни в економіці у зв'язку з переходом до ринкової системи: забезпечить належний правовий захист власності на неуречевлені цінності.

**«РОЗГОЛОШЕННЯ КОМЕРЦІЙНОЇ АБО БАНКІВСЬКОЇ ТАЄМНИЦІ»
(СТ. 232 КК УКРАЇНИ): ХАРАКТЕРИСТИКА ОБ'ЄКТИВНИХ ОЗНАК
СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ**

Боднарчук Р.

Львівський національний Університет імені Івана Франка

Стаття 232 Кримінального кодексу України (мається на увазі Кримінальний кодекс України 2001 року, далі по тексту – КК України) передбачає відповідальність за *розголошення комерційної або банківської таємниці*, а саме за: «Умисне розголошення комерційної або банківської таємниці без згоди її власника особою, якій ця таємниця відома у зв'язку з професійною або службовою діяльністю, якщо воно вчинене з корисливих чи інших особистих мотивів і завдало істотної шкоди суб'єкту господарської діяльності.» (Останні зміни до статті внесені Законом №2252-IV від 16.12.2004 року).

Об'єктом злочину «Розголошення комерційної або банківської таємниці» (далі по тексту – «злочин») виступає встановлений *порядок здійснення господарської діяльності* в частині забезпечення *чесної конкуренції* у сфері господарювання, необхідною умовою якої є *режим комерційної чи банківської таємниці*, тобто встановлений згідно з вимогами відповідних актів *порядок забезпечення охорони комерційної чи банківської таємниці*. Господарський кодекс України у статті 25 подає *конкуренцію* як змагання між суб'єктами господарювання, що забезпечує завдяки їх власним досягненням здобуття ними певних економічних переваг, внаслідок чого споживачі та суб'єкти господарювання отримують можливість вибору необхідного товару і при цьому окремі суб'єкти господарювання не визначають умов реалізації товару на ринку.

В основному за предметом розглядуваний злочин відрізняється від злочинів, передбачених статтями 132 (Розголошення відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби), 145 (Незаконне розголошення лікарської таємниці), 168 (Розголошення таємниці усиновлення (удочеріння), 328 (Розголошення державної таємниці) Кримінального кодексу України, оскільки його **предметом** виступають *відомості, що становлять комерційну або банківську таємницю*.

Відомості становлять комерційну таємницю у випадку, коли вони мають дійсну або потенційну комерційну цінність внаслідок невідомості її третім особам, до неї немає вільного доступу на законних підставах і власник інформації вживає заходів до охорони її конфіденційності. Відповідно до ст. 30 Закону України «Про підприємства в Україні» під **комерційною таємницею** підприємства розуміють відомості, пов'язані з виробництвом, технологічною інформацією, управлінням, фінансами та іншою діяльністю підприємства, які не є державною таємницею, але розголошення (передача, витік) яких може спричинити шкоду його інтересам. Склад і обсяг відомостей, що становлять комерційну таємницю, порядок її захисту визначаються самим керівником підприємства (підприємцем).

Цивільний кодекс України у ст. 505 під **комерційною таємницею** розуміє інформацію, яка є секретною в тому розумінні, що вона в цілому чи в певній формі та сукупності її складових є невідомою та не є легкодоступною для осіб, які звичайно мають справу з видом інформації, до якого вона належить, у зв'язку з цим має комерційну цінність та була предметом адекватних існуючим обставинам заходів щодо збереження її секретності, вжитих особою, яка законно контролює цю інформацію. Комерційною таємницею можуть бути відомості технічного, організаційного, комерційного, виробничого та іншого характеру, за винятком тих, які відповідно до закону не можуть бути віднесені до комерційної таємниці.

Інформація, яка у законодавстві має назву таємниці змісту біржової угоди, підлягає охороні за ст. 232 КК України у випадках, коли учасники біржової угоди віднесли її зміст до відомостей, які є їх комерційною таємницею.

Передусім комерційна таємниця охороняється в галузі впровадження досягнень науково-технічного прогресу. Комерційною таємницею можуть бути й інші «секрети» суб'єктів, що господарюють, як от: відомості про виробництво, плани розвитку підприємства, фінанси, стан ринку, партнерів, переговори, контракти тощо.

Поряд з цим визначено коло відомостей, що не підлягають віднесенню до комерційної таємниці. На даний час згідно із постановою Кабінету Міністрів України «Перелік відомостей, що не становлять комерційної таємниці» **не можуть бути визнані комерційною таємницею**: установчі документи, документи, що дозволяють займатися підприємницькою чи господарською діяльністю та її окремими видами; інформація за всіма встановленими формами державної звітності; дані, необхідні для перевірки обчислення і сплати податків та інших обов'язкових платежів; відомості про чисельність і склад працюючих, їхню заробітну плату, про наявність вільних робочих місць; документи про сплату податків і обов'язкових платежів; інформація про забруднення навколишнього природного середовища, недотримання безпечних умов праці, реалізацію продукції, що завдає шкоди здоров'ю, а також інші порушення законодавства України та розміри завданих при цьому збитків; документи про платоспроможність; відомості про участь посадових осіб підприємства в кооперативах, малих підприємствах, спілках, об'єднаннях та інших організаціях, які займаються підприємницькою діяльністю; інші відомості, які підлягають оголошенню відповідно до чинного законодавства.

Збирання, поширення чи використання неправомірно одержаної комерційної таємниці є порушенням як кримінального, так і цивільного, господарського та антимонопольного законодавства. В той же час правомірним є використання господарюючим суб'єктом самостійно створеної чи правомірно отриманої ним виробничої, технологічної, наукової чи іншої подібної інформації навіть у випадку, коли іншим суб'єктом господарювання така інформація віднесена до відомостей, які становлять його комерційну таємницю.

Специфічним видом комерційної таємниці є банківська таємниця. **Банківську таємницю** становлять, по-перше, таємниця самого банку як самостійного суб'єкта господарських відносин. По-друге, банк гарантує таємницю банківського рахунка, операцій за рахунком і відомостей про клієнта (ст. 1076 Цивільного кодексу України). Згідно із статтею 60 Закону України «Про банки і банківську діяльність» інформація щодо діяльності та фінансового стану клієнта, яка стала відомою банку у процесі обслуговування клієнта та взаємовідносин з ним чи третім особам при наданні послуг банку і розголошення якої може завдати матеріальної чи моральної шкоди клієнту, є **банківською таємницею**. Зокрема до банківської таємниці Закон України «Про банки і банківську діяльність» відносить: 1) відомості про стан рахунків клієнтів, у тому числі стан кореспондентських рахунків банків у Національному банку України; 2) операції, які були проведені на користь чи за дорученням клієнта, здійснені ним угоди; 3) фінансово-економічний стан клієнтів; 4) системи охорони банку та клієнтів; 5) інформація про організаційно-правову структуру юридичної особи – клієнта, її керівників, напрями діяльності; 6) відомості стосовно комерційної діяльності клієнтів чи комерційної таємниці, будь-якого проекту, винаходів, зразків продукції та інша комерційна інформація; 7) інформація щодо звітності по окремому банку, за винятком тієї, що підлягає опублікуванню; 8) коди, що використовуються банками для захисту інформації. Інформація про банки чи клієнтів, що збирається під час проведення банківського нагляду, становить банківську таємницю. Не відноситься до банківської таємниці узагальнена по банках інформація, яка підлягає опублікуванню. Законом встановлено жорсткі вимоги щодо охорони відомостей, які є банківською таємницею, зокрема, визначено вичерпний перелік умов, за яких вони можуть бути розкриті.

З об'єктивної сторони злочин виражається у формі **розголошення** комерційної або банківської таємниці, тобто доведенні її до відома сторонніх осіб (хоча б однієї особи), які не мають законних підстав і можливостей для ознайомлення з відповідними відомостями (тобто не є працівником відповідної юридичної особи, слідчим, прокурором, суддею тощо). **Розголошення** комерційної або банківської таємниці передбачає протиправне розкриття особою, яка зобов'язана зберігати відповідну інформацію в таємниці, такої таємниці і поширення відомостей, що її становлять, серед осіб (хоча б однієї особи), яким про це не було відомо і які не повинні були про це знати або створення своєю поведінкою умов, які надають цим стороннім особам (хоча б одній особі) можливість ознайомитись з відповідними відомостями. Таке розголошення може полягати у повідомленні таємниці якійсь конкретній особі або невизначеному колу осіб.

У відповідності до ст. 17 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» під **розголошенням** комерційної таємниці слід розуміти ознайомлення іншої особи без згоди особи, уповноваженої на те, з відомостями, що відповідно до чинного законодавства України становлять комерційну таємницю, особою, якій ці відомості були довірені у встановленому порядку або стали відомі у зв'язку з виконанням службових обов'язків, якщо це завдало чи могло завдати шкоди господарюючому суб'єкту (підприємцю).

Способи розголошення відомостей, що становлять комерційну чи банківську таємницю, можуть бути різними: усно, письмово, повідомлення у розмовах, наукових статтях, виступах, лекціях, засобах масової інформації, демонстрування чи надання сторонній особі таємних документів, що містять відповідні відомості, фотографування чи кінозйомка, відеозапис, звукозапис з наступним розповсюдженням фотознімків, кіно-, відео- чи звукових стрічок та інше віддання гласності.

А як же співвідносяться поняття «використання» і «розголошення» відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю? **Використанням** відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю, є пряме застосування відповідної інформації у виробничій, комерційній чи іншій господарській діяльності для отримання додаткової матеріальної вигоди чи переваги над конкурентом. Використанням слід вважати й інші дії, які особа, котра незаконно отримала відомості, що є комерційною або банківською таємницею, вчиняє за допомогою відповідної інформації або користуючись фактом наявності у неї такої інформації. Зокрема, використанням є висунення тим, хто здобув відповідну інформацію, майнових чи інших вимог до власника комерційної таємниці за повернення або нерозголошення відповідних відомостей. Одним із способів використання відомостей, що становлять відповідну таємницю, є **розголошення**. Тому усі випадки незаконного умисного розголошення комерційної або банківської таємниці, крім тих, що передбачені ст. 232 КК України, слід вважати її використанням.

Кримінальна відповідальність за розголошення комерційної або банківської таємниці настає лише за певних **обставин** – у разі, якщо розголошення таємниці відбувалося **без чітко вираженої згоди** на це громадянина-підприємця, керівника (іншої уповноваженої особи) чи керівного органу юридичної особи – **власника таємниці**. Ця ознака матиме місце як тоді, коли власник таємниці знав про намір винної особи розголосити таємницю і заперечував проти цього, так і тоді, коли йому не було відомо про намір винного, а винний, у свою чергу, не був поінформований про позицію власника таємниці. Згідно із ч. 2 ст. 506 Цивільного кодексу України *майнові права інтелектуальної власності на комерційну таємницю* належать особі, яка правомірно визначила інформацію комерційною, якщо інше не встановлено договором.

Не визнається розголошенням передача службовою особою органу державної влади (слідчим, прокурором, суддею тощо) іншим особам відомостей чи ознайомлення інших осіб з відомостями, що є комерційною або банківською таємницею, якщо така передача (ознайомлення) є наслідком виконання вимог закону (наприклад, направлення слідчим кримінальної справи, в якій містяться отримані ним відомості, що є комерційною таємницею, прокурору). Водночас повідомлення такою особою комерційної таємниці іншим особам, що не обумовлювалось виконанням нею своїх службових обов'язків, кваліфікується за ст. 232 КК України.

Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони зазначеного складу злочину є **наслідки** у вигляді спричинення істотної шкоди суб'єкту господарської діяльності (юридичній особі або підприємцеві – власникові комерційної або банківської таємниці). Заподіяна шкода може бути як матеріальною (як правило), так і нематеріальною. При визначенні розміру заподіяної шкоди, яка носить матеріальний характер, треба враховувати прямі матеріальні збитки, витрати на відвернення шкідливих наслідків використання відомостей іншими суб'єктами господарської діяльності, збитки від зниження реалізації продукції і товарів чи зниження попиту на послуги, затрати на перепрофілювання напрямів діяльності, збитки від зниження цін на товари і послуги тощо. У ст. 232 КК України не визначається, яка за розміром матеріальна шкода може бути визнана істотною, а тому це питання має вирішуватись у кожному конкретному випадку з урахуванням, зокрема, грошового розміру заподіяної шкоди та майнового стану власника відповідних відомостей. Визнання істотною заподіяної моральної шкоди суб'єкту господарської діяльності внаслідок розголошення відомостей, що містять комерційну або банківську таємницю (наприклад, підрив ділової репутації), має вирішуватись у кожному конкретному випадку з урахуванням всіх обставин справи.

Завершуючи викладене, потрібно сказати, що автор не претендує на повноту дослідження поставлених вище питань, однак є свідченням початку нового дослідження.

**ОСОБЛИВОСТІ ТРАНСФОРМАЦІЇ ЕКОНОМІКИ УКРАЇНИ ЗА
РИНКОВИМ ТИПОМ ТА ЇХ КРИМІНОЛОГІЧНЕ ЗНАЧЕННЯ*****Бойко А.****Львівський національний університет імені Івана Франка*

Соціально-економічна трансформація є результатом складної взаємодії висхідних передумов, умов, що супроводжують реформи та ефективності економічної політики держави. При цьому, фактори об'єктивного походження визначають масштаби трансформаційних можливостей з тим, що фактори суб'єктивного походження визначають, які з них і в якій мірі втіляться у життя.

Аналіз трансформації економіки України від командно-адміністративної до економіки за ринковим типом можна здійснити за наступною схемою:

1. стартові, чи успадковані умови (передумови трансформації);
2. умови об'єктивного характеру, що супроводжують трансформаційні процеси і здійснюють на них вплив;
3. заходи, які вживаються владою у процесі трансформації;
4. результати трансформації.

В Україні трансформація економіки за ринковим типом має свої істотні особливості. Українська економіка була підсистемою єдиного народногосподарського комплексу колишнього СРСР. Сім десятиліть економіка України була однією з основних складових радянського господарського комплексу. Ступінь інтегрованості був настільки високий, що питома вага кінцевої продукції промисловості в Україні становила тільки 15-20%, тоді як у Казахстані – понад 30%, а у Росії – понад 70%.

То ж криза радянської економіки кінця 80-х початку 90-х років стала стартовим майданчиком для ринкової трансформації української економіки. І Україна опинилася перед необхідністю вирішувати одночасно проблеми зі стабілізацією, перетворенням та формуванням національної економіки. Наша країна отримала у спадок величезне і малоефективне соціалістичне господарство, яке характеризувалося високим рівнем бюджетних видатків та високим рівнем інтегрованості в економічній системі, котра фактично розвалювалась.

Другою особливістю є гостро конфліктний характер процесів трансформації на її початковому етапі. Встановлення ринкових відносин проводилось на фоні успадкованої структури виробництва та усталених соціальних цінностей (колективізму, справедливості й соціальної захищеності населення). Конфліктний характер обумовлений як факторами об'єктивного характеру, так і суб'єктивного. До об'єктивних факторів можна віднести наступні:

- висока монополізація економіки;
- визначально неефективна “мобілізаційна” структура виробництва і підприємств, що обумовило їх низьку адаптованість до ринку;
- “прив’язана” до підприємств і позбавлена власних індикаторів якості система житлово-побутових та соціально-культурних закладів;
- відсутність необхідних організаційно-правових навиків для організації власного бізнесу;
- невідповідність рівня економічної і правової науки вимогам забезпечення, розробки та прийняття оптимальних рішень у період трансформації, особливо у ситуаціях трансформаційної кризи;
- низький рівень економічної та правової культури,

так і суб'єктивного:

- економічні перетворення випереджали правові;
- тимчасовий характер ряду правових норм, що закріплювались у Декретах Кабінету Міністрів України, породжував нестійкість економічного середовища;

- диспропорції у системі розподілу влади на фоні достатньо гострої боротьби різноманітних політичних команд стосовно питань суті, методів і форм перетворень;
- штучний дуалізм у виконавчій владі (Адміністрація Президента України та Кабінет Міністрів України);
- суперництво виконавчої та законодавчої влади у визначенні стратегії і тактики реалізації економічних реформ;
- протистояння між фінансово-корпоративними групами економічно важливих регіонів країни (Київ, Дніпропетровський регіон та Донецький регіон);
- половинчатий, компромісний характер економічної політики на макро рівні і в частині інституційних перетворень: недостатньо ефективна система приватизації;
- відсутність необхідної реформи соціального сектору і трудових відносин;
- тотальна лібералізація зовнішньоекономічних зв'язків;
- лібералізація цін і внутрішнього ринку.

Третьою особливістю трансформації економіки України за ринковим типом є те, що її головною соціальною базою стала стара апаратна номенклатура – колишні партпрацівники і працівники державного апарату всіх рівнів. Ці групи до початку реформ були найближче не тільки до влади, але і до власності. У межах цих груп сформувались стійкі службові, а також неформальні (у тому числі і корупційні) як горизонтальні, так і вертикальні зв'язки, що становили своєрідне доповнення до неефективних інституцій планово-директивного централізованого управління економікою.

Четвертою особливістю є значний вплив на процеси трансформації корпоративно-бюрократичних та злочинних угруповань. Вплив злочинних угруповань на характер реформ та використання злочинних і тіньових схем у сфері господарської діяльності виявився значно вагомим, ніж це можна було собі уявити до початку реформ. Саме ці угруповання внесли у процес державного управління апробовані методи терору, грабінництва, підкупу, фізичного знищення і тиску. Ця передумова посилювалась відсутністю сформованих складових громадського суспільства, ослабленням зусиль правоохоронних органів у боротьбі зі злочинністю, зрощенням правоохоронних органів з приватним бізнесом, надмірним податковим тягарем, низькою соціальною захищеністю основних верств населення, що штовхало на пошуки протиправних шляхів для виживання не тільки звичайних громадян, але і працівників правоохоронних органів.

П'ята особливість – дуже висока соціальна ціна ринкових перетворень. Соціальний тягар ринкових перетворень виявився більш тяжким, ніж очікувало суспільство. Соціально відчутними наслідками реформ є високий рівень безробіття та крайнє зубожіння населення.

На сьогодні суб'єкти влади так і не змогли опанувати контроль за докорінними перетвореннями в економічній та соціальній сферах, що не сприяє побудові соціально-орієнтованої ринкової економіки, а навпаки – призводить до подальшого панування тіньової економіки і збагачення небагатьох осіб. У процесі реформ так і не вдалось встановити оптимальні пропорції у структурі ВВП, здійснити ефективну податкову реформу і відповідно зменшити навантаження на виробництво з тим, щоб відновити обґрунтовані пропорції між продуктом та заощадженнями, надавши імпульсу інвестиційно-відтворювальній діяльності українських товаровиробників. І надалі гострою залишається проблема відродження реального сектору економіки, продуктивної діяльності галузей, що виробляють товари та послуги.

Безумовно, що вся сукупність наведених вище факторів, як об'єктивного, так і суб'єктивного характеру впливають на стан та характер економічної злочинності у період переходу до ринкової економіки і вихід з цієї системної кризи є можливим у разі поглиблення ринкових реформ з метою подолання корпоративно-монополістичного характеру перетворень та якісної зміни змісту трансформаційного процесу для переходу до соціально орієнтованої економіки.

РОЗМЕЖУВАННЯ СУМІЖНИХ СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ ЗА ОБ'ЄКТОМ**Брич Л.***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Ознаки складу злочину можуть виконувати в розмежуванні складів злочинів різні функції. Якщо йдеться про розмежування суміжних складів злочинів, то це можуть бути функції спільних ознак, розмежувальних ознак, чи нейтральна функція – коли та чи інша ознака не відіграє ніякої ролі в процесі розмежування. Якщо ж необхідно встановити співвідношення конкуруючих кримінально-правових норм, то ознаки складу злочину в цьому випадку можуть виступати як спільні, а також, залежно від виду конкуренції, як додаткові (за конкуренції частини і цілого), як специфічні (за конкуренції загальної і спеціальної норм, чи кількох спеціальних норм).

Обсяг цієї роботи не дає можливості проаналізувати, чи можуть види об'єкта складу злочину, предмет і потерпілий виконувати відповідні функції у розмежуванні складів злочинів, передбачених конкуруючими нормами, тому дослідження буде проведене лише в межах розмежування суміжних складів злочинів.

Аналізуючи придатність видів та ознак об'єкта складу злочину виконувати функцію спільних ознак, можна констатувати, що загальний об'єкт злочину не виконує такої функції. Ця ознака в незмінному значенні властива для всіх, без винятку, складів злочинів. А значить, її наявність і зміст не викликає необхідності розмежовувати ці склади злочинів і не визначає їх суміжності.

Родовий об'єкт, як відомо, є об'єднуючим критерієм для злочинів, що посягають на однорідну групу суспільних відносин. Якщо він є єдиною ознакою, зміст якої тотожний у відповідній групі складів злочинів, то необхідності в розмежуванні також не виникає. Відповідно, і цей вид об'єкта не виконує функції спільних ознак. В основу аргументації сказаного можна покласти такі міркування, що ґрунтуються на законах діалектики і співвідношенні філософських категорій. Суміжні склади злочинів це певний відокремлений клас понять. Конкретна група суміжних складів злочинів формується в процесі класифікації, яка, в цьому випадку, відбувається на видовому рівні. На цьому рівні визначаючи поняття, виділене у відповідний клас, потрібно виходити із спеціальних істотних ознак, властивих цьому класу. Оскільки загальні істотні ознаки були використані у виділенні родового поняття, яке охоплює видове, то помилково їх використовувати для визначення видового поняття. Родовий об'єкт належить до числа родових ознак конкретних складів злочинів. Конкретні склади злочинів, що мають однаковий родовий об'єкт, є певними видами одного роду. Родові ж ознаки не індивідуалізують жоден склад злочину. Вони мають однаковий зміст у досить великій групі складів злочинів. А тому не можуть слугувати критерієм, за яким можна виділити пару чи групу суміжних складів злочинів, якщо родовий об'єкт є єдиною ознакою, зміст якої збігається у певній групі складів злочинів. Але, якщо у складах злочинів збігаються за змістом ще й інші ознаки складу, то родові ознаки переходять у категорію спільних, бо тоді їхня тотожність ще більше зближує склади злочинів.

Безпосередній об'єкт складу злочину, якщо зміст цієї ознаки збігається у кількох складах злочинів, на перший погляд, може бути спільною ознакою складів злочинів. Але безпосередній об'єкт, хоч і вважається самостійною, але не є очевидною ознакою складу злочину. В більшості випадків він не названий у диспозиції статті (частини статті) Особливої частини КК серед ознак складу злочину. Висновок про зміст цієї ознаки робиться на підставі аналізу інших ознак складу злочину. Як відомо, на суспільні відносини, яким заподіюється шкода вчиненням того чи іншого злочину, вказує предмет складу злочину, потерпілий, суспільно небезпечні наслідки. У реально вчиненому злочині також не можливо встановити, яким суспільним відносинам заподіяна шкода, не вдавшись до аналізу інших фактичних ознак, що характеризують цей злочин. Об'єкт злочину, як писав Б.А.Курінов, не доступний для безпосереднього сприйняття. Тому повна чи часткова тотожність безпосередніх об'єктів кількох складів злочинів, якщо це єдина ознака, зміст якої збігається у певній групі складів злочинів, не означає, що виникла потреба у розмежуванні цих складів злочинів. Відповідно, безпосередній об'єкт як спільна ознака складів злочинів самостійного значення не має. Інша справа, що збіг безпосередніх об'єктів завжди має місце разом із збігом змісту інших ознак складу злочину. Спільність безпосередніх об'єктів кількох злочинів обумовлена спільністю ознак, які вказують на об'єкт.

Предмет складу злочину, збігаючись за змістом у кількох складах злочинів, виконує функцію спільної ознаки. Наприклад, предмет – чуже майно – є однією із спільних ознак таких суміжних складів злочинів, як: „Крадіжка” (ст.185 Кримінального кодексу України – далі КК), „Грабiж” (ст.186 КК), „Розбiй” (ст.187 КК), „Шахрайство” (ст.190 КК)... У такій парі суміжних складів злочинів як: „Державна зрада”, що вчиняється шляхом шпигунства (ст.111 КК) і „Розголошення державної таємниці” (ст.328 КК), предмет – відомості, що становлять державну таємницю – також є спільною ознакою.

Предмет одного складу злочину може бути спільною ознакою складів злочинів не лише у парі (групі) з предметом іншого складу злочину, як у наведених вище прикладах. Предмет може утворювати пару (групу) спільних ознак також із ознаками, що характеризують інші об’єктивні ознаки складу злочину. Так, предмет одного складу злочину може бути тотожним за змістом із такими ознаками інших складів злочинів, як місце вчинення злочину, знаряддя, засоби вчинення злочину. Спільність змісту названих ознак викликає потребу в розмежуванні складів злочинів.

Така ознака, як потерпілий також має властивість бути спільною ознакою складів злочинів. Так, потерпілий, який у складі злочину „Посягання на життя державного чи громадського діяча” (ст.112 КК) названий як Голова, чи суддя Верховного Суду України, або вищих спеціалізованих судів України, а у складі „Посягання на життя судді, народного засідателя чи присяжного у зв’язку з їх діяльністю, пов’язаною із здійсненням правосуддя” (ст.379 КК) – як суддя, є спільною ознакою названих суміжних складів злочинів.

Таким чином, жоден з видів об’єкта, виділених по вертикалі, самостійного і безпосереднього значення як спільна ознака, за якою виокремлюється коло складів злочинів, що підлягають розмежуванню, не має. Їхнє значення в цьому процесі є абстрактним і непрямим. Воно проявляється через безпосередню роль ознак, які вказують на об’єкт складу злочину: предмет, потерпілий, а також ознаки, що належать до інших елементів складу злочину: суспільно небезпечні наслідки та ін.

З’ясувавши, як розподілене значення видів об’єкта складу злочину та його приналежностей: предмета і потерпілого, у виконанні ними функцій спільних ознак, потрібно перейти до встановлення співвідношення їхньої ролі у виконанні розмежувальної функції у суміжних складах злочинів.

Само собою зрозуміло, що загальний об’єкт складу злочину не може виконувати розмежувальну функцію.

Непридатність родового та безпосереднього об’єктів складу злочину виконувати розмежувальну функцію обумовлена тими самими причинами, з яких вони не можуть виконувати функцію спільних ознак. Мається на увазі їхня недоступність для безпосереднього сприйняття, залежність від інших ознак складу злочину.

Проілюструвати неможливість розмежування складів злочинів, які відрізняються лише за родовим та безпосереднім об’єктами, можна на прикладі „Блокування транспортних комунікацій, а також захоплення транспортного підприємства” (ст.279 КК) та „Групового порушення громадського порядку” (ст.293 КК). На відміну від тих прикладів, які наводилися В.Н.Кудрявцевим, С.А.Тарарухініним, коли неможливість розмежувати певні складі злочинів за об’єктом пояснювали тим, що у цих складах злочинів об’єкти співпадали, як от в умисному знищенні або пошкодженні майна (ст.194 КК) та у необережному знищенні чи пошкодженні майна (ст.196 КК), у наведеному прикладі об’єкти являються різними. Діяння, що виразилося у блокуванні транспортних комунікацій шляхом влаштування перешкод, наприклад, виходу значної маси людей на проїзні шляхи, яке порушило нормальну роботу транспорту, по-суті одне й те саме, що й групові дії, що призвели до суттєвого порушення роботи транспорту. Суть проблеми зводиться до питання, як кваліфікувати вчинене, за ч.1 ст.279 КК чи за ст.293 КК. Порівняльний аналіз основних складів цих злочинів показує, що неможливо виявити критерії розмежування для цього випадку. Групові дії, організація яких або активна участь у яких становить суспільно-небезпечне діяння у складі злочину, передбаченому ст.293 КК може полягати і у блокуванні транспортних комунікацій. Тому суспільно небезпечне діяння виступає спільною ознакою у обох складах злочинів. Одні з альтернативних суспільно небезпечних наслідків у порівнюваних складах злочинів також збігаються за змістом: порушення нормальної роботи транспорту, передбачене у ч.1 ст.279 КК, і суттєве порушення роботи транспорту, передбачене ст.293 КК. Та обставина, що у ч.1 ст.279 КК названі способи вчинення цього злочину, а у ст.293 КК України вони не вказані, не робить спосіб вчинення злочину розмежувальною ознакою. Відсутність вказівки на спосіб вчинення злочину у диспозиції ст.293 КК означає, що групове порушення громадського порядку може бути вчинене будь-яким способом. Таким чином, всі конститутивні ознаки порівнюваних складів злочинів є спільними. Відповідні статті розташовані у різних розділах

Особливої частини КК України. Злочин, передбачений ст.279 КК є злочином проти безпеки руху та експлуатації транспорту. Злочин, відповідальність за який встановлена у ст.293 КК є посяганням проти громадського порядку. Але у диспозиціях названих статей не вказано ознак, за якими можна було б встановити, яким суспільним відносинам в конкретному випадку заподіяло шкоду реально вчинене посягання. Усунути проблему можна лише шляхом внесення змін до КК. На мою думку, із диспозиції ст.293 КК потрібно виключити вказівку на суспільно небезпечні наслідки у вигляді „суттєвого порушення роботи транспорту”. Такі зміни призведуть до того, що між нормами, передбаченими ст.293 КК та ч.1 ст.279 КК встановиться співвідношення відповідно: загальної і спеціальної норм. Кваліфікувати вчинене у разі виникнення конкуренції потрібно буде керуючись правилами подолання цього виду конкуренції кримінально-правових норм.

Таким чином, на теоретичному рівні можна говорити про розмежування складів злочинів за родовим чи безпосереднім об'єктом, але коли потрібно на практиці розмежувати злочини, то роздуми про розмежувальні властивості цих видів об'єкта для практики нічого не дають.

На відміну від видів об'єкта, предмет складу злочину, за умови його однозначного формулювання у законі, є дуже чіткою розмежувальною ознакою. Очевидно, це обумовлено об'єктивними властивостями цієї ознаки. Предмет – це те, що існує в матеріальному світі. Явища, які відносяться до предмета складу злочину через свою матеріальність легко сприймаються і оцінюються. Предмет, на відміну від об'єкта, – це очевидна ознака, доступна для безпосереднього сприйняття й оцінювання. Розмежувальні властивості цієї ознаки можна продемонструвати на прикладі розмежування державної зради (ст.111 КК) та передачі або збирання відомостей, що становлять конфіденційну інформацію, яка є власністю держави (ст.330 КК). Предметом злочину, передбаченого ст.111 КК є відомості, що становлять державну таємницю, предметом складу злочину, що міститься у ст.330 КК України є відомості, що становлять конфіденційну інформацію, яка є власністю держави. Критерії, за якими можна визначити приналежність певних відомостей до предмета одного чи другого з названих злочинів, встановлені у законодавстві. Спеціальні ознаки суб'єктів цих складів злочинів не є розмежувальними. Адже стосовно державної зради (ст.111 КК) – це громадянство суб'єкта, а стосовно передачі або збирання відомостей, що становлять конфіденційну інформацію, яка є власністю держави (ст.330 КК) – статус особи щодо відомостей, які є предметом злочину. Але немає підстав вважати недоліком неможливість розмежування названих суміжних складів злочинів за ознаками спеціального суб'єкта. В цьому випадку чіткою розмежувальною ознакою є предмет складу злочину, чого цілком достатньо для того, щоб відбулося правильне розмежування цих складів злочинів.

Якщо ж розмежувальні властивості предмета в законі вписані не чітко і у диспозиціях відповідних статей Особливої частини не названі інші ознаки, які б виконували розмежувальну функцію, то це викликає серйозні проблеми у розмежуванні відповідних складів злочинів. Так, предметом „Пошкодження релігійних споруд чи культових будинків” (ст.178 КК) в законі названо релігійну споруду чи культовий будинок. Предметом же „Незаконного утримування, осквернення або знищення релігійних святинь” виступає релігійна святиня. На перший погляд, предмет складу злочину мав би бути у цій ситуації (у разі знищення, пошкодження, зруйнування) розмежувальною ознакою. Але певні конкретні релігійні споруди одночасно є релігійними святинями. І у таких випадках предмет виконує роль спільної ознаки названих складів злочинів. За таких обставин невідомим є співвідношення складів злочинів, про які йдеться. Адже визначити тип їхнього співвідношення за запропонованими у кримінально-правовій літературі критеріями неможливо. Все сказане дає підстави для висновку про необхідність внесення змін у законодавче формулювання предмета складів злочинів, передбачених статтями 178 та 179 КК.

За предметом розмежовуються такі суміжні склади злочинів як „Порушення авторського права і суміжних прав” (ст.176 КК) та „Порушення прав на винахід, корисну модель, промисловий зразок, топографію інтегральної мікросхеми, сорт рослин, раціоналізаторську пропозицію” (ст.177 КК). Розмежування в цьому випадку здійснюється за об'єктами порушених прав. Предмет є ознакою, за якою розмежовуються окремі злочини проти довілля з відповідними злочинами проти власності. Критерії такого розмежування ґрунтовно висвітлені у кримінально-правовій літературі, зокрема В.А.Владіміровим та Ю.А.Ляпуновим. У розмежуванні деяких пар (груп) суміжних один з одним складів злочинів проти довілля предмет також відіграє розмежувальну роль. Є.В.Фесенко називає предмет „критерієм розмежування контрабанди як злочину, передбаченого статтями 201 та 305, злочинів проти власності й розкрадання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, обладнання, призначеного для їх виготовлення, а також прекурсорів тощо. Практично, предмет є

найбільш специфічною ознакою злочинних діянь, що порушують законодавство по боротьбі з наркотизмом, – далі пише цей вчений”.

Потерпілий також є досить чіткою розмежувальною ознакою. На розмежувальні властивості цієї ознаки об'єкта складу злочину звертав увагу Є.В.Фесенко. Проте, розмежувальну функцію може виконувати не потерпілий в цілому, а специфічні його ознаки. Вони так само як ознаки спеціального суб'єкта повинні по-різному характеризувати одну й ту саму якість особи (чи то стан здоров'я, чи професійний статус, чи соціальний статус або інше). Наприклад, *стан здоров'я* потерпілого є розмежувальною ознакою у парі таких суміжних складів злочинів як „Ненадання допомоги хворому медичним працівником” (ч.2 ст.139 КК) і „Неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником” (ст.140 КК). З аналізу сукупності ознак складу злочину, передбаченого ч.2 ст.139 КК, можна зробити висновок про те, що потерпілий у цьому складі злочину – хворий, який знаходиться у небезпечному для життя стані. Сукупність же ознак складу злочину, передбаченого ч.1 ст.140 КК вказує на таку ознаку потерпілого у цьому складі, як: особа (не обов'язково хворий), яка не знаходиться у небезпечному для життя стані. Лише за ознаками потерпілого можливо розмежувати такі суміжні складі злочинів, як „Злісне невиконання обов'язків по догляду за дитиною або за особою, щодо якої встановлена опіка чи піклування” (ст.166 КК) „Залишення в небезпеці” (ст.135 КК). У цій парі суміжних складів злочинів співпадає така ознака спеціального суб'єкта, як зміст обов'язку, що покладений на цю особу. Збігаються й деякі ознаки потерпілого. Потерпілий у першому з названих складів злочинів в законі названий (сформульований) як дитина, або особа щодо якої встановлена опіка чи піклування. Потерпілим у другому з названих складів злочинів є особа, яка перебуває в небезпечному для життя стані і позбавлена можливості вжити заходів до самозбереження через малолітство... Названі складі злочинів розмежувати неможливо, якщо не додумати для потерпілого у складі злочину, передбаченого ст.166 КК ще одну ознаку. Це те, що потерпілий не перебуває в небезпечному для життя стані.

Соціальний статус потерпілого (соціальний зв'язок із суб'єктом злочину) є розмежувальною ознакою у суміжних складах злочинів: „Ухилення від сплати аліментів на утримання дітей” (ст.164 КК) та „Ухилення від сплати коштів на утримання непрацездатних батьків” (ст.165 КК).

Таким чином, значення видів об'єкта злочину як розмежувальних ознак суміжних складів злочинів та розмежувальних ознак злочинів на практиці не є безпосереднім (прямим). Воно опосередковане і визначається (конкретизується) роллю таких ознак, як предмет, потерпілий, суспільно-небезпечні наслідки...

Види об'єкта складу злочину, виділені чи то по вертикалі, чи по горизонталі, самостійного значення у розмежуванні суміжних складів злочинів не мають. З тих ознак, що характеризують об'єкт складу злочину, лише предмет і потерпілий є тими ознаками, які об'єктивно придатні виконувати функції спільних ознак складів злочинів, розмежувальних ознак суміжних складів злочинів. Тому законодавець повинен особливо уважно ставитися до формулювання цих ознак складу злочину. Адже саме вони, за умови їхнього чіткого і точного формулювання у законі, забезпечують правильне розмежування складів злочинів. Особлива роль як розмежувальної ознаки належить предмету складу злочину через його матеріальність. В процесі законотворчої діяльності, визначаючи функції тих чи інших ознак складів злочинів у подальшому розмежуванні, пріоритет як розмежувальній ознаці має надаватися саме предмету, тобто складі злочинів потрібно формулювати так, щоб саме на предмет, а не, наприклад, на вид чи форму вини була покладена розмежувальна функція. Не можна покладати цю функцію лише на якийсь із видів об'єкта, виділених по вертикалі чи по горизонталі, якщо у статті (частині статті) Особливої частини КК не міститься вказівки на ознаки, за якими у правозастосувальній діяльності можна встановити об'єкт злочину.

ДО ПИТАННЯ ПРО ЕМОЦІЙНУ ОЗНАКУ ОСУДНОСТІ**Бурдін В.***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Проблемам осудності та неосудності в науці кримінального права було приділено чимало уваги. Цим питанням були присвячені праці Б.С. Богомяккова, А.А. Васильєва, В.В. Леня, Р.І. Міхеєва, О.Д. Сітковської та інших науковців. Проте не зважаючи на це в науці кримінального права й досі немає спільної думки про ознаки цих понять. В нашому повідомленні ми приділимо увагу лише проблемним питанням поняття осудності, а саме питанню про так звану емоційну ознаку цього поняття. Не зважаючи на те, що законодавець в ч. 1 ст. 19 КК України дає визначення осудності, в науковій літературі це поняття все ж таки визначається науковцями по-різному. При цьому досить часто зустрічаються досить громіздкі визначення. Окремі науковці намагаються включити до поняття осудності якомога більше ознак. Так, на думку Р.І. Міхеєва, у визначенні осудності повинні знайти відображення такі ознаки: по-перше, повинно бути вказано, що осудність – це не психічний стан особи, не її психофізіологічна властивість, а правова категорія, яка характеризує здатність особи визнаватися злочинцем; по-друге, необхідно вказати на нерозривний зв'язок осудності з діянням в цілому та часом його вчинення; по-третє, потрібно вказати на зв'язок осудності з виною та кримінальною відповідальністю; по-четверте, у визначенні мають бути названі суттєві ознаки осудності; по-п'яте, в науковому визначенні осудності повинна бути відображена її соціально-політична сутність – здатність особи проявляти своє негативне ставлення (у формі умислу чи необережності) до інтересів суспільства та держави. Вказаний підхід науковців очевидно обумовлюється бажанням нічого не упустити і запропонувати максимально повне та розгорнуте поняття. Нам видається, що вказаний підхід до визначення змісту правових понять методологічно є не зовсім правильним.

Важливу роль в уточненні наукових в тому числі і правових понять відіграють правила формальної логіки, вироблені нею прийоми та способи аналізу понять. Треба відзначити, що логіка не бере на себе обов'язку вирішити питання про те, які саме ознаки повинні включатися до змісту того чи іншого кримінально-правового поняття. Це питання відноситься до виключної компетенції науки кримінального права. Логіка формулює лише загальні закономірності процесу формування та вироблення наукових понять, розробляє загальне вчення про зміст поняття і тільки в такий спосіб “підказує” правовій науці, яким повинен бути зміст того чи іншого поняття, процес його створення. (В.С. Жеребкін) Отже, при вирішенні питання про ознаки, які входять до змісту будь-якого правового поняття, обов'язково до уваги потрібно брати правила виведення понять, вироблені формальною логікою. Ігнорування цих правил призводить до розпливчастих, нечітких та суперечливих визначень, що тільки породжує зайві наукові дискусії, яких можна було уникнути при дотриманні вказаних правил.

Перш за все, треба вказати на те, що будь-які предмети та явища не зважаючи на те, що вони в своєму реальному бутті можуть мати дуже багато різних форм проявів та зв'язків, для того, щоб бути предметом мислення повинні знайти своє відображення у поняттях. Все це стосується і правових явищ, до яких можна віднести осудність, неосудність та обмежену осудність. Поняттям називається форма мислення, яка відтворює предмети і явища в їхніх істотних ознаках. В зміст поняття відповідно до правил формальної логіки повинні входити лише істотні ознаки певного явища, але не всі (В.С. Жеребкін). Виходячи із принципу достатності та необхідності ознак, можна зробити висновок про те, що в основний зміст поняття не повинні включатися “зайві” ознаки, оскільки функція узагальнення та виділення (відмежування) предметів та явищ здійснюється і без цих ознак. Останні тільки загромождають основний зміст поняття і тоді тяжко розібратися в тому, які з них необхідні, а які не є обов'язковими (В.С. Жеребкін). Проте це аж ніяк не означає, що при аналізі певного явища, його зв'язків з іншими явищами, потрібно обмежуватися тільки істотними ознаками. При детальному дослідженні певного предмета чи явища можна, а в окремих випадках необхідно буде звернути увагу і на інші ознаки. Таким чином, висновок про те, що у визначенні поняття про певне явище мають знайти відображення тільки його істотні ознаки, ніяким чином не заперечує необхідності дослідження всіх ознак цього явища, які не відображені в понятті про нього, але які проявляють себе у взаємодії з

іншими явищами. З огляду на вказане методологічне положення ми спробуємо проаналізувати так звану емоційну ознаку осудності.

На думку окремих науковців психологічна характеристика антисоціальної поведінки буде неповною, якщо не враховувати емоційного стану особи під час її вчинення, адже кожний свідомий акт взаємодії людини з зовнішнім світом становить собою одночасно інтелектуальний, емоційний та вольовий процес (Б.С. Волков, Ф.Г. Гілязев). З огляду на це деякі вчені в змісті поняття осудності окремо виділяють емоційну ознаку (Б.С. Богомякков, А.А. Васильєв, О.Д. Сітковська). Як правило, виділяючи таку ознаку, науковці вказують на те, що вона означає відсутність під час вчинення злочину таких паталогічних змін в емоційній сфері психічної діяльності людини, які можуть призвести до неконтрольованої поведінки (Б.С. Богомякков). Незрозумілу позицію, на наш погляд, в цьому відношенні займає Р.І. Михеев, який хоч і не включає емоційну ознаку до загального, формалізованого, поняття осудності, проте окремо розглядає її, вказуючи, що вона таки повинна враховуватися при встановленні осудності, оскільки в окремих випадках емоційне перезбудження (наприклад, при паталогічному афекті) або емоційна тупість можуть виключати осудність особи. З приводу виділення в змісті поняття осудності так званої емоційної ознаки, на наш погляд, необхідно вказати наступне. Супроводжуючи практично всі процеси життєдіяльності людини, емоції відображають у формі безпосереднього переживання важливість різних явищ та ситуацій для людини, а також виступають одним із головних механізмів у процесі внутрішньої регуляції психічної діяльності та поведінки (Г.В. Вартанян). Відомо, що в основі емоцій, які супроводжують усе життя людини, лежить яскрава суб'єктивна оцінка наслідків її діяльності і навколишніх подій. У той же час у формуванні емоційної реакції беруть участь об'єктивні фізіологічні компоненти (Ф.П. Ведяев). Так чи інакше емоції впливають на протікання інших психічних процесів, прискорюють чи, навпаки, загальмовують інтелектуальну діяльність, впливають на волю людини (В.Т. Бахур). З огляду на це важко переоцінити важливість емоцій для повноцінної психологічної характеристики поведінки людини.

Разом з тим незважаючи на те важливе значення, яке відіграють емоції у поведінці кожної людини, окремо виділяти емоційну ознаку в змісті поняття осудності, на наш погляд, неправильно. Справа в тому, що в змісті поняття, як це вже було вказано, необхідно виділяти тільки істотні ознаки, а розглядувана ознака не може вважатися істотною з наступних причин. Емоції можуть мати кримінально-правове значення тільки в тих випадках, коли вони суттєво впливають на здатність людини до свідомо-вольового контролю за своєю поведінкою під час вчинення суспільно небезпечного діяння. Але в цих випадках вказаний вплив емоцій в повній мірі враховується в межах традиційних ознак осудності та неосудності. Так, наприклад, якщо внаслідок будь-якої сильної емоції особа втратила під час вчинення суспільно небезпечного діяння можливість усвідомлювати його значення, є всі підстави говорити про відсутність інтелектуальної ознаки осудності. Якщо внаслідок такої емоції особа втратила можливість керувати своєю поведінкою, можна констатувати відсутність вольової ознаки осудності. Таким чином, емоційна ознака ніби розчиняється в інших ознаках осудності та неосудності. Отже самостійного кримінально-правового значення емоційна ознака немає. Вплив емоцій на можливість людини до свідомо-вольового контролю за своєю поведінкою під час вчинення суспільно небезпечного діяння повною мірою може бути врахований в межах традиційних ознак осудності та неосудності. З огляду на викладене, на наш погляд, немає потреби окремо виділяти так звану емоційну ознаку в змісті поняття осудності.

ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ ЗА ЗЛОЧИН, ВЧИНЕНИЙ У СПІВУЧАСТІ**Васи́лаш В.***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Відповідно до ч.2 ст. 68 КК України суд, призначаючи покарання співучасникам злочину, керуючись положеннями статей 65-67 КК, враховує характер та ступінь участі кожного з них у вчиненні злочину. Із зазначеного законодавчого положення випливає, що суд, призначаючи покарання кожному із співучасників злочину, зобов'язаний враховувати не тільки вимоги загальних засад, але й характер та ступінь участі кожного з них у вчиненні злочину.

Вказівка на необхідність урахування при призначенні покарання за злочин, вчинений у співучасті, статей 65-67 КК вказує на те, що законодавець не робить будь-яких винятків щодо призначення покарання особам, які вчинили злочин у співучасті. Як і за злочин, вчинений однією особою, покарання за злочин, вчинений у співучасті, призначається судом у межах санкції статті Особливої частини КК, відповідно до положень Загальної частини КК і з врахуванням тяжкості вчиненого злочину, особи винного та обставин, які пом'якшують та обтяжують покарання.

Разом з тим, законодавець, як бачимо, встановлює і додаткові вимоги які повинен суд врахувати при призначенні покарання за злочин, вчинений у співучасті : характер та ступінь участі кожного співучасника у вчиненні злочину.

Необхідність виділення зазначених додаткових вимог обумовлюється тим, що за характером участі у спільній злочинній діяльності, тобто функціональною роллю, яку виконує конкретний суб'єкт при здійсненні спільної злочинної діяльності, співучасники злочину, відповідно до ст. 27 КК України, можуть виступати у якості виконавця (співвиконавця), організатора, підбурювача та пособника. Згідно з ч.1 ст. 29 КК України, дії виконавця (співвиконавців) кваліфікуються за кримінально-правовою нормою Особливої частини КК, яка передбачає відповідальність за дане діяння. Дії організатора, підбурювача та пособника кваліфікуються за тією ж кримінально-правовою нормою Особливої частини КК, що й дії виконавця з посиланням на відповідну частину ст.27 КК.

Отже, не залежно від виду співучасника, суд призначає покарання кожному співучаснику вчинення злочину у межах санкції статті Особливої частини КК, за якою кваліфікуються дії виконавця. Однак, з урахування того, що кожен із співучасників виконує певну роль у вчиненні злочину, суд, призначаючи покарання повинен розмежувати ступінь і характер суспільної небезпеки вчиненого кожним із них, визначити значення їх дій для досягнення злочинного результату, щоб призначене покарання не тільки відповідало меті покарання, але й принципу індивідуалізації покарання.

Найбільш небезпечна фігура серед співучасників – організатор злочину. Він, як правило, є ініціатором вчинення злочину, прикладає максимум зусиль для того, щоб об'єднати співучасників, забезпечити узгодженість, скоординованість їх дій для реалізації злочинного наміру. В більшості випадках він безпосередньо бере участь у вчиненні злочинів. Тому, як свідчить судова практика, дії організатора злочину завжди мають підвищену ступінь суспільної небезпеки, а отже, на думку С.Захаряна, і призначене йому покарання повинно бути більш суворим ніж іншим співучасникам злочину. Діяльність організатора злочину в більшості випадках, згідно ч.3 ст.27 КК, проявляється в таких формах як організація та керівництво злочину, які за своїм фактичним змістом різняться між собою, а отже також повинні братися судом до уваги при призначенні покарання. Адже, організація злочину вимагає застосування набагато більше зусиль, вмінь, здібностей, ніж керівництво вже організованим злочинном. Тому, у випадку, коли організаторами вчинення злочину були декілька осіб, одна з яких здійснювала організаторську функцію, а інша здійснювала керівництво вчиненням цього злочину, суд, призначаючи покарання, повинен взяти це до уваги і призначити більш суворе покарання особі, яка здійснювала організаторську функцію.

Відповідно до ч.3 ст.27 КК організатором злочину також є особа, яка утворила організовану групу чи злочинну організацію або керувала нею, або особа, яка забезпечувала фінансування чи організувала приховування злочинної діяльності організованої групи або злочинної організації. Безсумніву, що за ступенем суспільної небезпеки дії організатора вчинення злочину, які проявилися в

створенні організованої групи чи злочинної організації є більш суспільно небезпечними, ніж дії по керівництву організованою групою чи злочинною організацією та дій по організації приховування злочинної діяльності організованої групи або злочинної організації. Тому, призначаючи покарання винним особам, за вчинення таких дій, суд повинен брати до уваги не тільки роль, яку виконувала особа під час вчинення злочину, але й враховувати ступінь суспільної небезпеки вчинюваних нею дій.

Слід відмітити, що на практиці мають місце випадки, коли слідчі і судові органи не встановлюють організаторів, які часто переховуються під виглядом інших співучасників. Внаслідок цього, їм, як правило, призначається покарання рівне як виконавцям або менше за них. Крім цього, в ряді випадках організатор безпосередньо бере участь у вчиненні злочину, а тому їх дії кваліфікуються відповідно до ст. 29 КК без посилання на ч.3 ст.27 КК і та обставина, що особа одночасно є і організатором злочину, і виконавцем, часто залишається поза увагою суду при призначенні покарання. Однак, дана обставина вказує на особливу активність такої особи у вчиненні злочину, на підвищену ступінь суспільної небезпеки вчиненого та особи винного, а тому в будь-якому випадку повинна братися до уваги суду при призначенні покарання. Щоб вказана обставина була обов'язковою для суду при призначенні покарання, пропоную ст. 67 КК. "Обставини, які обтяжують покарання" доповнити новою обставиною, а саме: особливо активна роль у вчиненні злочину.

Важливу функціональну роль у вчиненні злочину виконує виконавець злочину. Адже саме завдяки його активній ролі і виконується об'єктивна сторона складу злочину. Однак слід мати на увазі, що в судовій практиці часто мають місце випадки, коли об'єктивна сторона складу злочину виконується одразу декількома суб'єктами, які за характером участі у злочині є виконавцями. Таке спільне виконання об'єктивної сторони складу злочину в теорії кримінального права прийнято називати співвиконавством. Вводячи в ч.2 ст.27 КК термін "співвиконавець злочину", законодавець цим самим вказав на можливість виконання об'єктивної сторони злочину у співучасті не лише однією особою, але й спільними зусиллями декількох суб'єктів злочину. Таке виконання об'єктивної сторони складу злочину декількома суб'єктами злочину може здійснюватися різним чином: 1) об'єктивну сторону складу злочину виконують всі співучасники; 2) кожен співучасник виконує лише частину об'єктивної сторони складу злочину; 3) частина співучасників виконує об'єктивну сторону злочину повністю, а частина – лише частково. Як бачимо, у зазначених випадках за характером виконуваної ролі всі учасники виконують одну і ту ж функцію, тобто виконують об'єктивну сторону складу злочину, є виконавцями злочину. Однак за ступенем участі у злочині, обсягом виконуваної функції, їх дії є різними. Тому, призначаючи покарання кожному співвиконавцю злочину у різних випадках, суд і повинен врахувати обсяг тих дій, що були фактично виконані кожним із них. Покарання, призначене судом співвиконавцю, який виконав лише частину об'єктивної сторони складу злочину, за розміром повинно бути меншим, ніж покарання, призначене співвиконавцю, що виконав всю об'єктивну сторону злочину.

Роль підбурювача і пособника, у порівнянні з виконавцем та організатором злочину, в судовій практиці, визначається як менш суспільно небезпечна. Своїми діями підбурювач викликає рішучість і бажання вчинити злочин у інших співучасників. Навідміну від пособника, підбурювач породжує у інших співучасників умисел на вчинення конкретного злочину. Тому ступінь суспільної небезпеки дій, вчинюваних підбурювачем злочину, значно вища, ніж дій пособника. Призначаючи покарання вказаним співучасникам злочину, суд повинен взяти дану обставину до уваги і відобразити її в призначеній кожному з них мірі покарання. Однак, якщо у вчиненні злочину беруть участь два пособники, один з яких, наприклад, лише дає пораду як найкраще вчинити злочин, а інший надає знаряддя вчинення злочину, відключає сигналізацію, обіцяє переховати як надані ним знаряддя, так і предмети, здобуті злочинним шляхом, то, безсумніву, що ступінь тяжкості вчинених ними діянь є різною, а отже і призначене судом покарання має бути різним.

Оскільки, як бачимо, встановлення ролі кожного із співучасників у злочині, який вони спільно вчиняють, та оцінка значення їх дій для досягнення злочинного результату дозволяють суду призначити не тільки законне, але й справедливе покарання, то законодавець, закріплюючи в ст. 68 КК спеціальні правила призначення покарання за злочин, вчинений у співучасті саме і вказав на необхідність врахування судом характеру та ступеня участі кожного із них у вчиненні злочину. Однак, додаткові вимоги, які суд повинен враховувати при призначенні покарання за злочини, що вчинені у співучасті, по суті, конкретизують загальні засади призначення покарання, а тому навряд чи можна їх вважати спеціальними правилами призначення покарання за злочини, вчинені у співучасті. Крім цього правила призначення покарання за злочин, вчинений у співучасті, що закріплені у ст. 68 КК, не містять будь-яких чітких визначених меж призначення покарання різним видам співучасників.

Питання про міру покарання різних видів співучасників на сьогоднішній день по суті віддано на розсуд судовим органам, а сам кримінальний закон не гарантує призначення більш суворого покарання співучасникам злочину, ступінь суспільної небезпеки яких значно вищий від інших. Тому пропоную в КК виділити окрему статтю “Призначення покарання за злочин, вчинений у співучасті” і додати її новим положенням: “При призначенні покарання організатору злочину, строк і розмір покарання не може бути меншим половини строку найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті Особливої частини КК, що передбачає відповідальність за вчинений злочин.

При призначенні покарання виконавцеві злочину, вчиненого у співучасті, строк і розмір покарання не може бути меншим однієї третини максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті Особливої частини КК, що передбачає відповідальність за вчинений злочин.”

Характер співучасті у злочині визначається видом і формою співучасті, тобто безпосередньою участю у виконанні об’єктивної сторони злочину, попередньою згодою на вчинення злочину або її відсутністю, різновидністю співучасті за попередньою згодою, якщо вона мала місце. Як найбільш небезпечний вид співучасті необхідно розглядати співучасть з розподілом ролей у порівнянні з співвиконавством. Однак дане правило може мати виняток, що обумовлено характером самого злочину. Тому, призначаючи покарання співучасникам вчинення злочину, суд повинен врахувати, що співучасть за попередньою змовою більш суспільно небезпечна, ніж без попередньої змови. Необхідно врахувати і різновидності співучасті за попередньою змовою, в ієрархії яких перше місце займає злочинна організація, далі організована група і група за попередньою змовою.

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ЗАМІНИ ПОКАРАННЯ НА ПІДСТАВІ АКТА ПРО АМНІСТІЮ АБО ПРО ПОМИЛУВАННЯ

Герасименко В.

Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого

1. КК України 2001 р. вперше присвятив самостійні статті регламентації інститутів амністії і помилування. У той же час правове регулювання застосування цих інститутів, на наш погляд, необхідно розглядати як комплексне. З точки зору сутності (правової природи) амністії і помилування являють собою сукупність норм, що становлять інститут кримінального права; з точки зору компетенції органів державної влади в частині порядку ухвалення відповідного рішення і закріплення цього в законодавстві – до сфери конституційного права. Таким чином, інститути амністії і помилування носять міжгалузевий (комплексний) характер, бо поєднують у собі елементи конституційного, кримінального і кримінально-виконавчого права.

Зазначений підхід знайшов відображення й у законодавстві. Так, основні норми, що передбачають застосування амністії і помилування, містяться в Конституції України (ст. 74, ч. 3 ст. 98, п. 27 ст. 106). Загальні приписи про амністію і помилування закріплені в КК (ст. 86–87), а положення, що регламентують окремі питання застосування цих інститутів, передбачені в кримінально-виконавчому законодавстві (ч. 1, 2 ст. 154 КВК). Власне умови і порядок здійснення амністії і помилування знайшли законодавчу регламентацію в спеціальних нормативно-правових актах: 1) Закон України «Про застосування амністії в Україні» від 1 жовтня 1996 р. і 2) Положення про здійснення помилування, затверджене Указом Президента України від 19 липня 2005 р. № 1118/2005.

2. Таке комплексне регулювання застосування амністії і помилування призвело до того, що в регламентації зазначених правових інститутів, і зокрема здійснення заміни покарання на підставі акта про амністію або акта про помилування є істотною розбіжністю та недоліком. Так, згідно з ч. 3 ст. 86 КК законом про амністію *може бути передбачено заміну засудженому покарання або його невідбутої частини більш м'яким покаранням*. Відповідно ж до ч. 2 ст. 2 Закону України «Про застосування амністії в Україні» закон про амністію *не може передбачати заміну одного покарання іншим*.

Протиріччя в регулюванні застосування амністії є й у самому КК. Згідно ч. 1 ст. 74 КК звільнення засудженого від покарання або подальшого його відбування, *заміна більш м'яким, а також пом'якшення призначеного покарання*, крім звільнення від покарання або пом'якшення покарання на підставі закону України про амністію чи акта про помилування, може застосовуватися тільки судом, у випадках передбачених КК. Як бачимо з наведеного положення закону, законодавець абсолютно справедливо, на наш погляд, відмежовує заміну покарання від його пом'якшення і встановлює можливість як заміни покарання, так і його пом'якшення. Проте, коли мова йде про застосування амністії і помилування, в ч. 1 ст. 74 КК зазначається лише на можливість *пом'якшення покарання і не передбачається його заміна*. Це не відповідає положенням статей 85, 86, і 87 КК, у яких закріплюється можливість заміни покарання або невідбутої його частини більш м'яким.

Така ситуація ускладнює (якщо навіть не виключає) застосування положень законодавства про заміну покарання або невідбутої його частини більш м'яким на підставі акта про амністію. Аналіз законів України про амністію за останнє десятиліття свідчить про те, що заміна покарання або невідбутої його частини фактично не застосовується. Із шести законів про амністію, що були прийняті протягом зазначеного періоду, лише в двох з них йдеться про заміну покарання. Так, згідно зі ст. 6 Закону України «Про амністію» від 11 травня 2000 р. заміні підлягає невідбута частина покарання у виді позбавлення волі на умовне засудження з іспитовим строком до трьох років особам, вперше засудженим до позбавлення волі, невідбута частина покарання в яких на день набрання цим Законом чинності становить менше трьох років, крім осіб, які відбули менше половини призначеного вироком суду основного покарання. Також, відповідно до ст. 6 Закону України «Про амністію» від 5 липня 2001 р. необхідно *замінити невідбуту частину покарання у виді позбавлення волі на умовне засудження з іспитовим строком до трьох років*.

Однак, слід зазначити, що в наведених випадках йдеться по суті не про заміну покарання або невідбутої його частини більш м'яким видом, а про звільнення від відбування покарання з випробуванням – *умовне засудження з іспитовим строком*. На відміну від заміни покарання, в цих

випадках особа припиняє відбувати покарання. Тому застосування терміну «заміна покарання» в таких ситуаціях не виправдано, бо раніше призначене вироком суду покарання не замінюється іншим (більш м'яким) його видом, а засуджений взагалі звільняється від подальшого відбування такого покарання.

3. Недоліки містяться й у регламентації заміни покарання на підставі акта про помилування. Згідно з ч. 2 ст. 87 КК актом про помилування може бути здійснена *заміна засудженому призначеного судом покарання у виді довічного позбавлення волі на позбавлення волі на строк не менше двадцяти п'яти років*. Відповідно до п. 2 Положення про здійснення помилування, останнє здійснюється у виді: 1) *заміни довічного позбавлення волі на позбавлення волі на певний строк*; 2) повного або часткового звільнення від відбування як основного, так і додаткового покарання; 3) *заміни покарання або невідбутої його частини більш м'яким покаранням*. Як видно з наведених законодавчих положень норми КК, що передбачають застосування помилування не відповідають Положенню про здійснення помилування, бо в КК закріплено лише один вид заміни покарання на підставі акта про помилування – довічного позбавлення волі на позбавлення волі на строк не менше двадцяти п'яти років. Заміна ж покарання або невідбутої його частини більш м'яким видом на підставі акта про помилування в КК взагалі не передбачена.

4. Безумовно, що регламентація застосування амністії і помилування, яка існує на сьогоднішній день, є неприпустимою. Тому для усунення наведених юридичних колізій необхідно внести відповідні зміни до законодавства з метою закріплення єдиного підходу у застосуванні заміни покарання або його невідбутої частини на підставі акта про амністію і про помилування. У зв'язку з цим, в першу чергу, необхідно вирішити принципове питання – чи є взагалі виправданим (доцільним) застосування заміни покарання або його невідбутої частини в порядку амністії та помилування? З цією метою слід визначити правову природу цих інститутів.

Вивчення різних позицій правознавців про юридичну природу амністії і помилування (О.Я. Гришко, М.Д. Дурманов, О.С. Зельдова, М.М. Ісаєв, П.І. Люблинський, І.Л. Марогулова, О.С. Міхлін, М.С. Таганцев, І.Я. Фойницький, М.Д. Шаргородський, Л.В. Яковлева й ін.), дає підстави вважати, що і амністія, і помилування є актами прощення, милосердя держави щодо певних категорій осіб, які вчинили злочин. Тому, якщо на підставі акта прощення (милосердя) до засудженого застосовуються заохочувальні міри у вигляді повного або часткового звільнення від відбування покарання, то, на наш погляд, тим більше доцільно застосовувати до таких засуджених і можливість заміни одного (більш суворого) покарання іншим (більш м'яким) його видом.

5. У разі заміни покарання або невідбутої його частини на підставі амністії або помилування, на наш погляд, може бути обране будь-яке покарання, передбачене ст. 51 КК, за умови, що воно є більш м'яким і належить до основних і строкових видів покарання. Останнє пояснюється тим, що сутністю заміни є необхідність продовження карально-виправного впливу на засудженого, тому і при помилуванні, і при амністії покарання, що застосовується в порядку заміни (заміняюче покарання), має бути строковим, бо інакше сама заміна покарання позбавляється сенсу. Крім того, як замінює може застосовуватися не лише загальне, а й спеціальне покарання, коли заміна здійснюється щодо засудженого до якого можливе застосування такого виду покарання. Таким чином, покарання, що застосовується при *заміні на підставі амністії або помилування має бути більш м'яким, основним, строковим і, як правило, загальним видом покарання*.

Як покарання, що підлягає заміні, може використовуватися покарання, яке є загальним або спеціальним покаранням, за умови, якщо заміна застосовується до засудженого, якому раніше вироком суду було призначено таке спеціальне покарання. Заміні покарання або невідбутої його частини можуть підлягати лише основні види покарань як строкові, так і таке безстрокове покарання, як довічне позбавлення волі. При регламентації заміни цього покарання законодавець чітко зазначив як вид, так і строк заміняючого покарання – позбавлення волі на строк не менше двадцяти п'яти років (ч. 2 ст. 87 КК). При цьому, якщо особу засуджено до довічного позбавлення волі, клопотання про її помилування може бути подано після відбуття нею не менше двадцяти років призначеного покарання (а. 2 п. 6 Положення). Оскільки довічне позбавлення волі належить до безстрокових покарань, то виділити відбуту або невідбуту його частину (строк) з метою заміни неможливо, а, отже, цей вид заміни є заміною всього покарання, а не невідбутої його частини. Таким чином, після відбуття засудженим не менше двадцяти років покарання, довічне позбавлення волі (у цілому) може бути замінено позбавленням волі на строк не менше двадцяти п'яти років. Отже, як покарання, що підлягає заміні *на підставі амністії або помилування можуть виступати тільки основні; загальні і спеціальні; строкові й таке безстрокове покарання як довічне позбавлення волі*.

6. Слід також зазначити, що у теперішній час застосування помилування регламентується Положенням про здійснення помилування, затвердженого указом Президента України. Водночас відповідно до п. 27 ст. 106 Конституції України, ч. 1 ст. 87 КК і саме помилування здійснює Президент України своїм указом. У зв'язку з цим склалася парадоксальна ситуація, коли глава держави спочатку указом встановив підстави і порядок застосування помилування, а потім своїм же указом і здійснює помилування засуджених. Уявляється, що *підстави і порядок помилування засуджених повинні бути регламентовані законом України*, а вже на його основі Президент своїм указом може здійснювати помилування.

Виходячи з викладеного, з метою підвищення ефективності застосування заміни покарання або невідбутої його частини більш м'яким видом на підставі акта про амністію або акта про помилування необхідно:

1) усунути колізію між положеннями КК і Законом України «Про застосування амністії в Україні» шляхом внесення змін в останній, закріпивши можливість застосування заміни покарання або невідбутої його частини в порядку амністії;

2) усунути колізію між нормами КК і Положення про здійснення помилування шляхом скасування дії (виключення) ч. 2 ст. 87 КК;

3) змінити редакцію ч. 1 ст. 74 КК із метою уточнення положення щодо можливості застосування заміни покарання або невідбутої його частини на підставі закону України про амністію або акта про помилування;

4) удосконалити законодавчу регламентацію застосування заміни покарання або його невідбутої частини на підставі акта про амністію або акта про помилування, вказавши, що заміні підлягають лише строкові й основні види покарання.

**СЛУЖБОВА ОСОБА СУБ'ЄКТА ГОСПОДАРЮВАННЯ ЯК
СПЕЦІАЛЬНИЙ СУБ'ЄКТ ЗЛОЧИНІВ ПЕРЕДБАЧЕНИХ СТ.СТ. 218-221
КК УКРАЇНИ.**

Гордієнко В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У відповідності до чинного Кримінального кодексу України спеціальними суб'єктів злочинів, пов'язаних з банкрутством суб'єктів господарської діяльності, виступають: а) службові особи суб'єкта господарської діяльності; б) громадяни – суб'єкти підприємницької діяльності; в) громадяни – засновники або власники суб'єкта господарської діяльності.

При конструюванні складів злочинів пов'язаних з банкрутством суб'єктів господарської діяльності законодавець встановлює, що вони можуть бути вчинені службовими особами суб'єкта господарської діяльності. Поняття господарської діяльності дається у ст.3 Господарського кодексу України, що набрав чинності з 1 січня 2004 року. Під господарською діяльністю у цьому Кодексі розуміється діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність.

Господарська діяльність, що здійснюється для досягнення економічних і соціальних результатів та з метою одержання прибутку, є підприємництвом, а суб'єкти підприємництва – підприємцями. Господарська діяльність може здійснюватись і без мети одержання прибутку (некомерційна господарська діяльність).

На жаль окремі юридичні особи, які можуть отримувати кредити або пільги щодо податків тобто виступати суб'єктами банкрутства, не підпадають під ознаки суб'єкта господарювання. Це юридичні особи, які діють на підставі законів України «Про благодійництво та благодійні організації» № 531/97-ВР від 16 вересня 1997 р., «Про об'єднання громадян» № 2460-ХН від 16 червня 1992 р.

Із цього випливає, що службові особи цих юридичних осіб не підлягають відповідальності за злочини, пов'язані з банкрутством суб'єктів господарської діяльності, що навряд чи можна визнати обгрунтованим.

Оскільки на відміну від господарських відносин, стороною відносин відновлення платоспроможності або визнання боржника банкрутом виступають не лише суб'єкти господарювання, а й юридичні та фізичні особи, не наділені таким правовим статусом, визначення суб'єктів злочинів, передбачених статтями 218, 219, 220 і 221 КК як службових осіб суб'єктів господарської діяльності призводить до невідповідності положень Кримінального кодексу України Господарському кодексу України і Закону України “Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом”. Визначення суб'єктом банкрутських злочинів службових осіб суб'єктів господарської діяльності призводить до неприйняттого звуження ознак суб'єкту цього злочину, оскільки ці особи притягаються до кримінальної відповідальності за вчинення банкрутських злочинів, інші ж за такі самі діяння кримінальної відповідальності не несуть.

Тому ми вважаємо, що конкретизація у чинному кримінальному законодавстві службових осіб, які можуть бути суб'єктами злочинів пов'язаних з банкрутством суб'єктів господарської діяльності є недоцільна і не відповідає положенням законодавства, яке воно покликано охороняти. Причиною тому, на нашу думку є прийняття в Україні нового Кримінального кодексу раніше за Цивільний та Господарський кодекси.

Все вищеведене дає підстави для твердження, що у диспозиціях статей КК, які передбачають відповідальність службових осіб за злочини пов'язаних з банкрутством суб'єктів господарської діяльності, визначення ознак спеціального суб'єкта злочинів необхідно провадити в неконкретизованій формі – “вчинене службовою особою”. Питання ж про те, які саме службові особи підлягатимуть кримінальній відповідальності, повинно вирішуватися на підставі норм господарського та цивільного права України, а саме статтю 23 Закону України “Про господарські товариства” № 1576 від 19 вересня 1991 року, яке надає визначення посадових осіб товариств. Посадовими особами органів управління товариства визнаються голова та члени виконавчого органу, голова

ревізійної комісії, а у товариствах, де створена рада товариства (спостережна рада), – голова та члени ради товариства (спостережної ради).

Хочеться зауважити, що наведеним законом України до посадових осіб товариств не віднесено головного бухгалтера товариства. Пункт 8 ст. 8 Закону України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні» передбачає, що відповідальність за бухгалтерський облік господарських операцій, пов'язаних із ліквідацією підприємства, включаючи оцінку майна і зобов'язань підприємства та складання ліквідаційного балансу і фінансової звітності, покладається не на керівника й головного бухгалтера (бухгалтера), а на ліквідаційну комісію, яка утворюється відповідно до законодавства. Стаття 9 цього ж Закону встановлює, що підставою для бухгалтерського обліку господарських операцій є первинні документи, які фіксують факти здійснення господарських операцій. Такі документи обов'язково повинні містити, у тому числі, й посади осіб, відповідальних за здійснення господарської операції і правильність її оформлення; особистий підпис або інші дані, що дають змогу ідентифікувати особу, яка брала участь у здійсненні господарської операції. Відповідальність же за несвоєчасне складання первинних документів і реєстрів бухгалтерського обліку та недостовірність відображених у них даних несуть не головний бухгалтер (бухгалтер) а особи, які склали і підписали ці документи.

Тому на нашу думку суб'єктом злочинів, пов'язаних з банкрутством суб'єктів господарської діяльності – службової особи може виступати лише виконавчий орган в особі голови (Генерального директора, директора) або членів дирекції (фінансовий директор, заступник генерального директора і т.д.).

Питання нанесення головним бухгалтером суб'єкта господарювання великої матеріальної шкоди кредиторам в рамках процедури відновлення платоспроможності або визнання банкрутом є спірним і, на нашу думку, виконавцями фіктивного банкрутства, доведення до банкрутства, приховування стійкої фінансової неспроможності та незаконних дій у разі банкрутства можуть бути лише виконавчі органи в особі їх керівників.

Інші службові особи підприємств, у тому числі голова ревізійної комісії, голова ради товариства, головний бухгалтер, члени ліквідаційної комісії підприємства можуть бути притягнуті до відповідальності лише як співучасники цих злочинів – організатори, підбурювачі або пособники.

Також на нашу думку відповідальність за вчинення службовою особою злочинів пов'язаних з банкрутством суб'єктів господарської діяльності не повинна обмежуватися тільки відповідальністю керівників, або їх заступників, а повинна поширюватися й на інших службових осіб, зокрема, Голови ліквідаційної комісії, арбітражного керуючого та осіб, які виконують функції органу управління за спеціальними повноваженнями (представник за довіреністю), а також кредиторів боржника. Прикладом виконання адміністративно-господарських функцій на підприємствах, установах чи організаціях особою, яка не обіймає на них будь-якої посади, є призначений господарським судом у межах процедури банкрутства розпорядник майна, керуючий санацією боржника або ліквідатор. Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», зокрема, передбачає, що розпорядником майна може бути призначено фізичну особу – суб'єкта підприємницької діяльності, яка має вищу юридичну чи економічну освіту або володіє спеціальними знаннями, не є заінтересованою особою стосовно боржника та кредиторів і має видану в установленому законодавством порядку ліцензію арбітражного керуючого.

Вартує відзначити, що в сучасній вітчизняній кримінально-правовій літературі триває дискусія з проблем належності арбітражного керуючого до службових осіб суб'єктів підприємницької діяльності. А.Ришелюк, Я.Рябцева вважають, що арбітражний керуючий є суб'єктом незаконних дій у разі банкрутства і відноситься до службових осіб суб'єктів підприємницької діяльності.

Н.Гуторова зазначає, що вказівка на службову особу суб'єкта господарської діяльності у ст. 221 КК необґрунтовано звужує коло службових осіб, які можуть бути суб'єктами даного злочину. Стаття 364 КК доповнює ст. 221 КК і визнає службовими також осіб, які виконують організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські обов'язки за спеціальним повноваженням. Таким чином, поняття службової особи, що наводиться у ст. 364 КК, дає можливість у передбачених законодавством випадках визнати службовою особою також і ту особу, яка не обіймає постійно або тимчасово на підприємстві, в установі або організації будь-якої посади. Прикладом такої особи Н. Гуторова наводить саме призначення господарським судом у межах процедури банкрутства розпорядника майна, керуючого санацією або ліквідатора. П. Андрушко та А. Стрижевська вважають, що арбітражний керуючий є суб'єктом незаконних дій у разі банкрутства і відноситься до службових осіб суб'єктів підприємницької діяльності, бо виконують організаційно-розпорядчі чи адміністративно-

господарські обов'язки за спеціальним повноваженням. У відповідь на твердження цих вчених О.Дудоров, Ю.Чабан та О.Шупинська апелюють, що визнавати арбітражного керуючого службовою особою у кримінально-правовому розумінні взагалі не можна, оскільки він є фізичною особою-суб'єктом підприємницької діяльності, яка діє на підставі ліцензії. На думку цих вчених, здійснюючи покладені на нього обов'язки він стає учасником не адміністративно-правових відносин, які характерні для службових або посадових осіб, а входить у господарсько-правові відносини.

Проте вартує зазначити, що господарським законодавством України на арбітражного керуючого на різних стадіях провадження у справі про банкрутство покладено виконання широкого кола обов'язків, які з точки зору кримінально-правового поняття службової особи слід визнати організаційно-розпорядчими чи адміністративно-господарськими. Ці обов'язки, наприклад, закріплені у ч.9 ст.13, ч.6 ст. 17, ст.25 Закону України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом". У той же час правовий статус арбітражного керуючого є доволі складним, оскільки він є суб'єктом різноманітних відносин: цивільних, господарських, господарсько-процесуальних, трудових, адміністративних, що і викликає жваву дискусію науковців-кримінологів щодо статусу арбітражного керуючого. Також вартує відзначити, що арбітражний керуючий не є найманим працівником боржника, бо не перебуває з підприємством-боржником ні в трудових, ні в цивільних відносинах. Але це не виключає, з кримінально-правової точки зору, належності арбітражного керуючого до службових осіб суб'єктів господарювання. Аргументом на користь цього є те, що в п.1 примітки до ст. 364 КК України та п.1 постанови Пленуму Верховного Суду України "Про судову практику у справах про хабарництво" від 26.04.2002 р. №5 вказано, що особа є службовою, коли виконує обов'язки за спеціальним повноваженням, за умови, що зазначені функції покладено правомочним органом – господарським судом або правомочною службовою особою. Цю думку підтримує Л. Можайська, вважаючи що неправомірні дії у разі банкрутства, крім керівника та власника організації боржника, можуть скоїти арбітражні керуючі та бухгалтера (головні бухгалтера).

Таким чином, аналіз службової особи суб'єкта господарювання як спеціального суб'єкта злочинів, пов'язаних з банкрутством суб'єктів господарської діяльності, дає підстави для таких висновків:

1. У бланкетних диспозиціях статей КК, що передбачають відповідальність службових осіб за злочини пов'язаних з банкрутством суб'єктів господарської діяльності, визначення суб'єкта слід провадити в неконкретизованій формі – „вчинене службовою особою”, що потребує відповідних змін у статтях 218 та 221 КК. Питання ж про те, які саме службові особи підлягатимуть кримінальній відповідальності, повинно вирішуватися на підставі норм чинного законодавства України.
2. Аналіз законодавства, інших законів, що регулюють відносини відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом, свідчить про те, що у ст. 221 КК „Незаконні дії у разі банкрутства” необхідно ввести до кола спеціальних суб'єктів цього злочину арбітражного керуючого.
3. Оскільки арбітражний керуючий, який виконує функції органу управління за спеціальними повноваженнями, може нанести своїми діями в процедурі банкрутства шкоду більшу ніж орган управління, повноваження якого під час цієї процедури є обмеженими, ми вважаємо за необхідне передбачити окремо в кваліфікуючих ознаках цього злочину (ст. 221 КК України) вчинення його саме цією особою ч.2. Ті самі дії, вчинені арбітражним керуючим або головою ліквідаційної комісії з використанням свого службового становища...

ПРОБЛЕМА СПІВВИКОНАВСТВА У ЗЛОЧИНАХ ЗІ СПЕЦІАЛЬНИМ СУБ'ЄКТОМ

Гриниха І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Проблеми співучасті у злочині, незважаючи на велику кількість наукових досліджень з цих питань, завжди викликали і викликають значні труднощі у їх вирішенні як в теорії кримінального права, так і в провостаносовній практиці. Складність феномену спільної злочинної діяльності має своїм наслідком відсутність єдиних узгоджених підходів до їх розв'язання серед науковців, що, у свою чергу, зумовлює недосконалість законодавчих положень інституту співучасті. А це створює проблеми у застосуванні кримінально-правових норм. Не становить винятку і проблема співвиконавства у злочинах зі спеціальним суб'єктом, а саме питання про те, чи може бути співвиконавцем у них загальний суб'єкт.

Ряд науковців відповідають на це питання негативно, часто не наводячи достатньо аргументів на користь такої позиції. Так, наприклад, Ф.Г. Бурчак, В.Н. Комісаров, Н.Ф. Кузнєцова, Ю.І. Ляпунов, П.Ф. Тельнов зазначають, що у злочинах, де законодавець як обов'язкову ознаку складу вводить спеціального суб'єкта, інші особи бути співвиконавцями не можуть, оскільки не наділені додатковими ознаками, визначеними законодавцем. Через це загальний суб'єкт, навіть якщо він поряд із спеціальним суб'єктом фактично вчиняє дії, що входять в об'єктивну сторону складу злочину, виконавцем (співвиконавцем) злочину визнаний бути не може. Він підлягатиме кримінальній відповідальності як співучасник іншого виду – організатор, підбурювач чи пособник.

Але поряд з тим Ф.Г. Бурчак, аналізуючи поняття виконавця злочину, зазначив, що співвиконавцем згвалтування буде особа, яка застосовувала насильство чи погрожувала його застосуванням, але у статевий зв'язок не вступала. При цьому жодних застережень щодо статі такої особи він не робить. Думаємо, звідси можна зробити безспірний висновок про те, що співвиконавцем згвалтування може виступати і суб'єкт однієї статі із потерпілою особою. Таким же шляхом пішов свого часу Верховний Суд СРСР, а потім і Верховний Суд України, який у постанові Пленуму від 27.03.1992 р. "Про судову практику у справах про згвалтування та інші статеві злочини" визнав жінку співвиконавцем згвалтування. Проте в теорії кримінального права така позиція сприймається неоднозначно. Так, Л.А. Андрєєва, В.І. Ткаченко, А.М. Царгородцев загальному суб'єкту, який брав безпосередню участь у виконанні об'єктивної сторони злочину, відводять роль пособника у згвалтуванні.

Думаємо, що для з'ясування питання про можливість співвиконавства загального суб'єкта у злочинах зі спеціальним суб'єктом слід виходити не лише із вказівки на спеціального виконавця, а й з конструкції об'єктивної сторони складу злочину та суті тих суспільних відносин, що поставлені під охорону відповідної норми кримінального закону. Повертаючись до питання співвиконавства у згвалтуванні, слід звернути увагу на те, що об'єктивну сторону цього складу злочину утворюють дії, частина з яких (статеві зносини) може бути виконана тільки особою, що відрізняється від потерпілого за ознакою статі, а інші дії (застосувати насильство, погрозу насильством) – будь-ким, незалежно від статевої приналежності. Тому, якщо у статеві зносини вступає чоловік, то дії, спрямовані на подолання опору потерпілої, може вчинити і жінка. Вони нічим не відрізняються від аналогічних дій чоловіка. Спеціальні ознаки суб'єкта цього злочину обумовлені лише характером злочинної дії, характер суспільних відносин, що є об'єктом згвалтування, на це не впливає. Шкода може бути їм заподіяна будь-якою особою, незважаючи на статева приналежність. Тому немає підстав не визнавати жінку співвиконавцем згвалтування.

Поряд з тим, вважаємо необґрунтованим і категоричне твердження, що особа однієї статі із жертвою виконавцем згвалтування бути не може. Тут науковці забувають про створену ними ж юридичну фікцію – опосередковане виконання злочину, коли для виконання об'єктивної сторони використовується особа, яка не є його суб'єктом через визнання її неосудною чи недосягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність. Категоричне заперечення можливості визнання жінки суб'єктом злочину призведе в такому випадку до безкарності її дій.

Проте набагато більше дискусій викликає проблема співучасті у злочинах, де спеціальним є не тільки суб'єкт, але й інші елементи складу злочину мають особливості, і, перш за все, об'єкт злочину (злочини у сфері службової діяльності, військові злочини, злочини проти правосуддя тощо). С.С. Аветисян називає такі злочини злочинами зі спеціальним складом. У них спеціальні ознаки суб'єкта злочину детерміновані особливостями тих відносин, учасником яких він є. Питання про те, чи може бути співвиконавцем таких злочинів загальний суб'єкт, в теорії не знайшло свого єдиного вирішення. Так, М.І. Блум стверджує, що питання про таке співвиконавство має вирішуватися залежно від того, чи може особа, не наділена ознаками спеціального суб'єкта, посягнути на охоронювані кримінальним законом суспільні відносини. Фактично її позиція зводиться до наступного: якщо загальний суб'єкт може виконати частину дій, що становлять об'єктивну сторону складу злочину, суб'єкт якого спеціальний, тобто безпосередньо взяти участь у злочині, то він є співвиконавцем. У зв'язку з цим автор визнає осіб, не наділених спеціальними ознаками, співвиконавцями перевищення влади або службових повноважень, поєднаних із застосуванням насильства, примушування давати покази, поєднаного із застосуванням насильства, службового підроблення, цілого ряду військових злочинів тощо.

Протилежну точку зору відстоює більшість науковців. Ф.Г. Бурчак, Б.В. Волженкін, О.Ф. Ковітіді, М. Лисов, В.В. Сергєєв, А.В. Ушаков та ін. стверджують, що співвиконавцями таких злочинів можуть бути тільки особи, які наділені ознаками спеціального суб'єкта. Особа, яка наділена ознаками загального суб'єкта, в таких випадках визнається ними пособником. Цікаво, що даючи визначення співвиконавця злочину як особи, яка виконує хоча б частину об'єктивної сторони, бере безпосередню участь у її виконанні, на співвиконавця злочину із спеціальним суб'єктом його не поширюють. Так В.В. Сергєєв, як і багато інших теоретиків, просто стверджує, що особа, не наділена необхідними ознаками чи повноваженнями, не може розглядатися як співвиконавець відповідного злочину, навіть якщо вона виконує більшу, ніж безпосередній виконавець, його частину. Якихось аргументів на підтвердження правильності такого підходу автори, як правило, не наводять.

Загалом, вважаємо другу позицію більш прийнятною. Як вже зазначалося, спеціальні ознаки суб'єкта тут обумовлені специфікою тих охоронюваних кримінальним законом суспільних відносин, учасником яких він є, їх змістом (правами і обов'язками такого учасника). Лише він може безпосередньо заподіяти шкоду цим відносинам шляхом реалізації своїх повноважень чи вчинення певних дій всупереч установленому законом порядку. Тому в диспозиції статті описані ті дії, вчиненням яких заподіюється шкода об'єкту. Загальний суб'єкт, вчиняючи їх, шкоду об'єкту безпосередньо заподіяти не може. Але, діючи спільно зі спеціальним суб'єктом, він фактично полегшує останньому вчинення злочину. Тому загального суб'єкта пропонуємо в таких випадках визнавати пособником. Саме як поведінку пособника розглядають дії особи, яка не відповідає ознакам спеціального суб'єкта, науковці та практики при тлумаченні положення ч. 3 ст. 401 КК України.

Проте в ч.5 ст. 27 КК України законодавець дав вичерпний перелік видів пособництва, під жоден з яких зазначена вище поведінка загального суб'єкта не підпадає. Притягати його до кримінальної відповідальності за спільно вчинене злочинне діяння за іншою статтею КК України вважаємо неправильно, оскільки при фактичному вчиненні одного злочину така кваліфікація нівелюватиме факт співучасті, буде створюватися враження вчинення особами різних злочинів. Це, в свою чергу, призведе до порушення загальних засад призначення покарання, бо суд не зможе керуватися положеннями ст. 68 КК України. Тому вважаємо за необхідне уточнити законодавче визначення поняття пособника злочину. Воно повинне бути універсальним – поширюватися на всі випадки співучасті у вчиненні злочину, включаючи і проаналізовані вище. Проте станом на сьогоднішній день, думаємо, притягати особу до кримінальної відповідальності як пособника не можна. Це суперечить положенням ч. 5 ст. 27 КК України. Для того, щоб формально не порушувати закон, вона повинна відповідати як співвиконавець злочину – із посиланням у формулі кримінально-правової кваліфікації на ч. 2 ст. 27 КК України.

Поряд з тим, практично всі прихильники другої позиції вказують, що у випадку, якщо кваліфікуючою ознакою складу злочину із спеціальним суб'єктом є вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою, організованою групою, то загальний суб'єкт тут трансформується із пособника у співвиконавця злочину. Погодитися з таким твердженням не можна, оскільки: по-перше, характер участі загального суб'єкта у вчиненні злочину від цього не змінюється; по-друге, те, що на перший план виходить ступінь зорганізованості співучасників, впливає на кваліфікацію, тобто загальний та спеціальний суб'єкт повинні притягуватися до кримінальної відповідальності за однією і тією ж частиною статті Особливої частини КК України, яка містить таку кваліфікуючу ознаку, без посилання

на ст. 27 КК України. Але повністю характер виконуваних співучасниками ролей не нівелюється, бо відповідно до ч. 2 ст. 68 КК України характер участі у спільному вчиненні злочину враховується при призначенні покарання. Тобто, тільки в плані кваліфікації загальний суб'єкт злочину в таких випадках прирівнюється до виконавця злочину. Форма співучасті не може здійснити вищезазначеного перетворення.

Отже, з урахуванням вищенаведеного, вважаємо, що особа, не наділена ознаками спеціального суб'єкта злочину, може виступати співвиконавцем злочину зі спеціальним суб'єктом, але лише у випадках, коли додаткові ознаки виконавця обумовлені особливостями інших елементів складу злочину. Інакше вона повинна притягуватися до кримінальної відповідальності за спільно вчинене злочинне діяння як пособник.

СУБ'ЄКТ КРИМІНАЛЬНО-КАРАНОГО ПОРУШЕННЯ АВТОРСЬКОГО ПРАВА І СУМІЖНИХ ПРАВ*Гулкевич В.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Вірне визначення суб'єкта злочину має важливе значення для кваліфікації дій особи, яка скоїла кримінально-каране порушення авторського права і суміжних прав.

Відповідно до ч. 1 ст. 18 Кримінального кодексу України (далі – КК України) суб'єктом злочину є фізична осудна особа, яка вчинила злочин у віці, з якого відповідно до КК України може наставати кримінальна відповідальність. Отже, у цій нормі визначено загальні обов'язкові ознаки суб'єкта злочину, такі як фізична особа, осудність і вік.

Основними критеріями осудності фізичної особи, відповідно до ч.1 ст. 19 КК України, є здатність цієї особи усвідомлювати свої дії (бездіяльність) і керувати ними. У ч. 1 ст. 22 КК України визначено що, кримінальній відповідальності підлягають особи, яким до вчинення злочину виповнилося шістнадцять років.

Оскільки у диспозиції ч. 1 та 2 ст. 176 КК України відсутня вказівка на будь-який спеціальний суб'єкт, напрашується доволі простий висновок, що суб'єктом порушення авторського права і суміжних прав може бути фізична осудна особа, яка досягла до вчинення злочину шістнадцяти років.

Водночас, виникає питання про можливість визнання суб'єктом злочину, передбаченого ст. 176 КК України, особи, якій належить авторське право і суміжні права. В.Б.Харченко, аналізуючи склад злочину, передбачений ст. 136 КК України 1960 року, вважав, що суб'єктом порушення авторського права може бути і сам автор твору, якщо виключні майнові права передані ним іншим особам або твір створювався ним у співавторстві.

Цієї ж думки дотримується і А.М.Коваль, який також стверджує, що суб'єктом злочину, передбаченого ст. 176 КК України, може бути і відповідний суб'єкт суміжних прав (виконавець, виробник фонограми, відеограми, програми мовлення), у випадку, якщо виключні майнові права на відповідні об'єкти суміжних прав аналогічно було передано ними іншим особам на підставі договору.

Наведені міркування потребують деякого уточнення. Парадоксальна, на перший погляд, постановка цієї проблеми пояснюється подвійною природою авторського права, яке є сукупністю особистих немайнових та майнових прав автора.

Відповідно до ч. 2 ст. 14 Закону України „Про авторське право і суміжні права” (далі – ЗАПСП) особисті немайнові права автора є невідчужуваними. І, навпаки, згідно з ч. 1 ст. 15, ст. 31 ЗАПСП майнові права автора можуть бути передані (відчужені) на підставі договору іншій особі, після чого вона стає суб'єктом авторського права.

Вказане положення ЗАПСП дозволяє припустити настання такої ситуації, коли автор твору, комп'ютерної програми або бази даних, назавжди чи на деякий час, передав (відчужив) іншій особі певне майнове право на свій продукт творчості, виключивши, таким чином, можливість використання собою цього продукту творчості. За таких умов, використання автором, всупереч умовам договору, переданого (відчуженого) ним майнового права на твір, комп'ютерну програму чи базу даних може заподіяти матеріальну шкоду у значному, великому чи особливо великому розмірі іншому (новому) власнику цього майнового права.

У цьому випадку, автор продукту творчості, якщо він є фізичною особою, може бути притягнутий до кримінальної відповідальності за порушення майнового права іншого суб'єкта авторського права.

Не може підлягати кримінальній відповідальності за ст. 176 КК України, автор твору, комп'ютерної програми або бази даних, який, передавши (відчуживши) іншій особі певне майнове право, зберіг за собою право на використання інших майнових прав і цілком правомірно використав ці права.

Наведені міркування повною мірою стосуються і суб'єктів суміжних прав, насамперед, виконавця, а також виробника фонограми або відеограми, якщо вони є фізичними особами, у разі

використання ними майнових прав на об'єкти суміжних прав після їх відчуження іншим особам. Зі змісту ст. 1 ЗАПСП випливає, що організація мовлення обов'язково має бути юридичною особою, а тому не може бути визнана суб'єктом злочину, передбаченого ст. 176 КК України.

Отже, автор твору, комп'ютерної програми, бази даних, виконавець, виробник фонограми або відеограми, якщо вони є фізичними особами, можуть бути суб'єктами злочину, передбаченого ст. 176 КК України, у випадку порушення майнових прав на вказані продукти творчості за умови попередньої передачі (відчуження) цих прав іншим особам.

Можуть виникнути певні труднощі під час визначення суб'єкта особливо кваліфікованого складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 176 КК України. У першій редакції ця норма передбачала пом'якшену відповідальність за порушення авторського права і суміжних прав, вчинені службовою особою з використанням службового становища щодо підлеглої особи. Тому, П.П.Андрушко та А.М.Коваль цілком слушно вважали, що для наявності цього складу злочину необхідно встановити, що службова особа була наділена, щодо підлеглої їй особи – суб'єкта авторського права чи суміжних прав, владними повноваженнями, тобто ці особи знаходились у відносинах підпорядкування, і використання нею свого службового становища всупереч інтересам служби було пов'язане з виконанням нею організаційно-розпорядчих обов'язків.

На той час, існування цього привілейованого складу злочину піддавалось обґрунтованій критиці, адже службова особа, яка вчиняла порушення авторського права і суміжних прав з використанням службового становища щодо підлеглої особи, з незрозумілих підстав притягувалась до менш суворої відповідальності ніж інша службова особа, дії якої за вчинення того ж делікту кваліфікувались за сукупністю злочинів, передбачених ст. 176 та 364 КК України.

Після внесення 9 лютого 2006 року змін до ст. 176 КК України порушення авторського права і суміжних прав, вчинене службовою особою з використанням свого службового становища, визнано особливо кваліфікованим складом злочину проти зазначеного різновиду права інтелектуальної власності.

З диспозиції останньої редакції ч. 3 ст. 176 КК України виключено вказівку на скоєння порушення авторського права і суміжних прав щодо підлеглої особи. Тому, можна зробити висновок, що спеціальним суб'єктом цього злочину є будь-яка службова особа, визначення якої надано у примітці до ст. 364 КК України.

Врахування викладених міркувань сприятиме вірній кваліфікації дій особи, яка порушила майнові права суб'єктів авторського права і суміжних прав.

ПОГЛЯД У МИНУЛЕ ДЛЯ КРОКУ У МАЙБУТНЄ

Денисова Т.

Гуманітарний університет «ЗІДМУ»

Будь-яка держава, що знаходиться на перехідному етапі свого розвитку здійснює пошук шляхів самовдосконалення, в першу чергу, політичної, економічної та соціальної сфери. Водночас починається реформування законодавства: його зміна, внесення доповнень, уточнень, розробка нових концепцій та моделей тощо. На такому етапі вже друге десятиліття знаходиться й Україна, а тому дуже важливо, щоби ці реформи набули вірного напрямку, були враховані найсучасніші наукові дослідження та набутий практичний досвід, особливості, притаманні нашій державі та міжнародні розробки, багатомісячний досвід минулого та прогнози майбутнього.

1. Деяко про терміни та поняття. В останні роки непоодинокі публікації науковців та практичних працівників кримінально-виконавчої служби (далі – КВС), в яких для підкреслення реформаторського духу вживаються терміни та поняття, що стають досить популярними, спрямованими на здобуття високого іміджу науковця, підкреслення його прогресивних ідей і поглядів. Досить часто спостерігаються сполучення термінів, що використовуються як синоніми, а саме: «кримінально-правова», «каральна», «пенітенціарна» політика держави та «політика держави у сфері виконання покарань». Час від часу зустрічаються висловлювання: «Для вдосконалення законодавства необхідна доктринальна реформа...», «Наша пенітенціарна система України потребує оновлення...», «Концепція системи та положення реформування кримінально-виконавчого законодавства не в повній мірі відображають...» і т.ін. На жаль, не завжди автори перш ніж віддати рукопис, переглядають словники та аналізують публікації більш досвідчених вчених, що дозволило б їм уникнути помилок при написанні статей та доповідей.

Якщо звернутися до філософських, юридичних енциклопедій, словників української філології та іноземних слів, мудрості латинських афоризмів, ми знайдемо не тільки розкриття змісту тих чи інших слів, а й правила їх написання і застосування. Ось лише декілька прикладів. Доктрина [від лат. doktrina] – вчення, наукова або філософська теорія, керівний теоретичний чи політичний принцип. Концепція [від лат. conceptio] – сукупність, система поглядів, те чи інше розуміння процесів, явищ або єдиний, визначний замисел наукової праці. Модель [від лат. modius] – зразок, схема, описання певного явища чи процесу в природі і суспільстві. Реформа [від лат. reformare] – зміна, перебудова, перетворення. Система [від гр. systema] – ціле, складене з частин; закономірно взаємопов'язані один з одним елементи (предмети, явища, погляди тощо), що представляє собою певне цілісне об'єднання. Цей перелік можливо, але не варто продовжувати, оскільки мислителі минулого через рукописи подбали про наявність у нас певних знань.

Таким чином, для проведення реформи кримінально-виконавчої системи, в широкому її розумінні, слід спочатку створити Доктрину, на її основі розробляються концепції (наприклад, Концепція розвитку кримінально-виконавчого законодавства, Концепція реформування кримінально-виконавчої системи), потім конкретні програми та правовий механізм їх реалізації. На сьогодні в Україні ці закономірності певним чином порушені, оскільки спочатку прийнято 11.07.2003 р. Кримінально-виконавчий кодекс, потім Закон України від 23.06.2005 р. «Про державну кримінальну службу України», зараз на розгляді Міністерства юстиції України знаходиться проект Концепції державної політики у сфері виконання кримінальних покарань і чи буде ця Концепція прийнята, невідомо. Відсутність національної Доктрини може свідчити лише про одне: держава не має чіткої позиції по даному питанню, а тому проведення реформ навряд чи спроможне досягти позитивного результату – контролювати і призупинити зростання злочинності.

2. Нові старі ідеї, як ними користуватись? Теорії покарання засновують право держави карати і людство не може не підкорятися цьому, незалежно від яких би то не було міркувань про інтереси або користь людського співжиття. Останнім часом науковці постійно піднімають питання про використання власного ресурсу кримінального права: висвітлюють спірні питання подальшого розвитку кримінального закону, дискутують щодо його позитивних та негативних наслідків, вивчають ресурсні можливості та проблеми правотворчості тощо. Вже нікого не дивують заклики не драматизувати ситуацію, що склалася в Україні, а проявляти терпіння, милосердя та справедливість до

осіб, які вчинили злочин та відбувають покарання. Час від часу ми повертаємось до ідей Л. Багрія-Шахматова, М. Бажанова, Я. Брайніна, І. Бентама, Ч. Беккарія, М. Гернета, О. Герцензона, О. Кістяківського, О. Лейста, М. Мелентьєва, С. Познишева, Г. Радова, М. Стручкова, М. Таганцева, В. Трубнікова, І. Фойніцького, М. Шаргородського та ін., які є, в своїй більшості, актуальними до цього часу. Саме до таких належить пенітенціарна ідея, що на думку Радова стала б принципово новою основою розбудови оптимальної системи виконання покарань, що відповідає інтересам цивілізації, загально визнаним людським цінностям, громадській безпеці і нормам християнської моралі. Ця ідея набула широкого розповсюдження у XVIII ст. з початком епохи проголошення прав людини і громадянина, як основних цінностей державного та суспільного життя. Не випадково, що відновлення громадського руху на підтримку пенітенціарних реформ і зміни відношення суспільства до засуджених відбуваються саме зараз. Пенітенціарна система [від лат. *penitentia* – каяття] – система місць позбавлення волі, що включає тюрми, реформаторії, центри затримання, виправні школи тощо. Взятя за основу ідея каяття може розглядатися зараз як ідея виправлення, розкаяння за вчинені суспільно небезпечні дії, духовне відродження, можливість заслужити прощення у Бога, у сім'ї, у близьких та загалом у суспільства.

Нинішня система – одна з самих жорстких та неефективних у світі. Це сукупність державних органів та установ, які здійснюють діяльність з виконання кримінальних покарань, наділені спеціальним статусом та перебувають у взаємовідносинах між собою. До складу КВС входять: Державний департамент України з питань виконання покарань (далі – ДДУПВП), його територіальні органи, управління, кримінально-виконавча інспекція. До установ, які безпосередньо виконують покарання належать арештні доми, кримінально-виконавчі установи (виправні колонії) та спеціальні виховні установи (виховні колонії). Крім того, до КВС входять слідчі ізолятори, лікувальні частини, навчальні заклади, дитячі будинки, підприємства, інші організації забезпечення.

Як би не називали установи виконання покарань (тюрмою, пенітенціаріями, виправно-трудовами колоніями, виправними домами, або інакше), вони повинні після відбуття покарання ставати кращими, більш прилаштованими до правослужняного життя у суспільстві. Проте, нам відомо, що свого часу державі були потрібні саме такі табори, які знищували людину як особистість. В них гаслом було перевиховання та перековка особи, що зводилась до використання рабської праці. ГУЛАГ загубив мільйони українців, а головне, змінив моральний клімат в державі. Це відбилося на звичках, поведінці людей, причому не тільки тих, хто побував у таборах, а й на їх родичах та близьких. Злочинна поведінка, тюремна субкультура, протиправний спосіб життя, для значної кількості населення стали нормою. Той, хто хоча б одного разу відбував покарання в місцях позбавлення волі, не відчуває страху перед майбутнім засудженням, бо йому знайоме і оточуюче середовище, і традиції, і загальна система відбування покарання. Переміщення в специфічне антисуспільне середовище, негативно впливає на формування особистості та її поведінку. Специфічна субкультура, тісне спілкування в мікрогрупах сприяє розвитку агресії, культу насильства та жорстокості як до собі подібних, так і по відношенню до влади, до суспільства, підвищує злочинний професіоналізм та інтенсивність криміналізації. Це істотно впливає на живучість тюремних традицій, згуртованість злочинного середовища, розповсюдженість відповідних негативних відносин через осіб, звільнених з місць позбавлення волі. Крім того, негативні наслідки покарання (особливо у виді позбавлення волі на певний строк) характеризуються значними соціальними, матеріальними і духовними витратами суспільства, нераціональним використанням трудових ресурсів, негативним впливом на демографічні процеси, ускладненням кримінологічної ситуації, а також соціальною, психологічною, моральною та фізичною деформацією засуджених, що постійно збільшує їх дистанцію із суспільством.

Нещодавно, в Україні за підтримки неурядових організацій Швейцарії відкрито показову установу виконання покарань (Київська область). Незважаючи на зовнішній лоск і прийнятні умови існування, «тюремні» традиції залишилися колишніми: засуджені, персонал і суспільство в цілому знаходяться по різні сторони «барикад». В чому тут річ? Може в тому, що ніякі побутові забезпечення не спроможні змінити душу людини, повернути його у суспільство відновленим з позитивними змінами і установками не продовжувати злочинну діяльність. Можливо саме утримання в одиночних кімнатах-камерах, прагнення до каяття та бажання допомогти своїй жертві змінять особистість засудженого і зроблять невідповідним вчинення у подальшому злочинів.

3. Немає більш складної справи як із злодія зробити чесну людину. Коли наука має певне загальне уявлення про предмет свого дослідження, моделювання дозволяє спрогнозувати певні процеси. Логічно припуститися, що ніхто не бажає жити в суспільстві, де панує криміналітет. Одночасно, через засоби масової комунікації постійно поширюються думки про зростання кількості

злочинів, особливо тяжких, зухвалих, жорстоких, а це звісно викликає страх перед злочинністю, спонукає приймати більш жорсткі заходи реагування. Покарання вважається тим краще, чим більш воно вміщує обмежень та страждань.

Проте, історія знає заходи зменшення злочинності не тільки і не стільки шляхом застосування жорстких покарань (позбавлення волі на певний строк, довічне позбавлення волі). В першу чергу це заходи з економії репресії, використання альтернативних видів покарань, декриміналізація діянь, що не потребують обов'язкової ізоляції засуджених.

Якщо проаналізувати статистичні дані за останні 20 років ми не побачимо «обвалу» злочинності. По деяких категоріях злочинів відбулося навіть скорочення їх кількості. Зростання відбувається, як правило, за рахунок введення нових видів злочинів. А значить не злочинність зростає, а ми відтворюємо злочинців? Тоді чи варто поширювати лави злочинців, а потім виховувати з них чесних людей.

Політика нульової терпимості стає все більш популярною в західних країнах. У більшості західноєвропейських країн з середини 90-х років XX століття поступово скорочується значна кількість засуджених до позбавлення волі за рахунок декриміналізації окремих діянь та застосування альтернативних видів покарань. Так, наприклад Фінляндія цілеспрямовано скоротила кількість ув'язнених за п'ятдесят років на 70% (із 180 до 60 осіб на 100 тис. населення), Данія, Швеція і Норвегія зберегли постійну кількість тюремного населення в межах 60-70 осіб на 100 тис. населення. Цілком очевидно, що скорочення злочинності можливо добитися без збільшення застосування кримінальних репресій. Як правильно зазначає Н.Крісті, не дивлячись на сучасне ускладнення кримінологічної ситуації у суспільстві, необхідно переборювати репресивну свідомість населення, розвінчувати міфи про всесильність тюремного ув'язнення. Якщо це потрібно, необхідно ще раз переглянути перелік діянь, що визнаються злочинами і, по можливості, перенести їх в площину адміністративних чи цивільно-правових відносин.

Слід також змінювати традиції суспільства, вчитися проявляти терпимість, визнавати, що засуджені – такі ж люди, як і ми, піднімати правову культуру і моральність. Тоді заходи держави по скороченню та лібералізації кримінально-правового примусу будуть сприйняті суспільством як такі, що мають відбуватися.

Політика держави повинна розвивати і такий напрямок, як ефективна організація системи соціальної адаптації у постпунітивний період. Термін «постпунітивний» (буквально – «після застосування покарання») замість терміну «постпенітенціарний» вживається навмисне, оскільки, як неодноразово зазначалося, в Україні немає пенітенціарної системи, а відтак, вести мову про постпенітенціарний вплив не доводиться. Особи, які відбули кримінальне покарання повинні отримувати матеріальну, правову, житлову допомогу з боку компетентних органів, мати можливості працевлаштування за місцем проживання, проведення медичного лікування. Також повинна надаватися психологічна допомога, задля відтворення у колишнього злочинця соціально-корисних навичок і пристосування його до життя у суспільстві.

Автор дає короткий аналіз витоків та процесів реформування кримінально-виконавчої системи, пояснює використання деяких термінів, що застосовуються науковцями та практичними працівниками при внесенні змін до законодавства та діяльності установ, що виконують покарання. Висловлює власну позицію на шляхи змін загальної системи виконання покарань в Україні.

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПОТЕРПІЛОГО ВІД ВТРУЧАННЯ В ДІЯЛЬНІСТЬ СУДОВИХ ОРГАНІВ

Довгань Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Чинний Кримінальний кодекс України в ст. 376 передбачає відповідальність за втручання в діяльність *судових органів*. В диспозиції ж цієї статті вказується на втручання в діяльність *судді*. Окрім розбіжностей між назвою і змістом статті, існує проблема визначення змісту поняття «суддя», яке використовується у вказаній статті. Тому для з'ясування цих питань виникає потреба з'ясувати, хто ж може бути потерпілим від злочину «Втручання в діяльність судових органів».

За загальним правилом, потерпілим визнається фізична особа, якій злочином безпосередньо заподіяно моральну фізичну або майнову шкоду. Потерпілими вважаються тільки окремі індивіди (учасники суспільних відносин), а, отже, юридичні особи, за чинним законодавством не можуть виступати потерпілими. Таким чином, хоча ст. 376 КК називається «Втручання в діяльність судових органів», потерпілим від цього злочину судовий орган бути не може. В диспозиції даної статті вже вказується на втручання в діяльність судді, а не судового органу. Тому, робимо висновок, що потерпілим від цього злочину є суддя. Проте, кого потрібно розуміти під поняттям «суддя», яке використовується в диспозиції ст. 376 КК України. При тлумаченні цього поняття виникають запитання чи охоплюється цим поняттям:

1. народний засідатель та присяжний;
2. суддя Конституційного Суду України;
3. суддя третейського суду;
4. суддя Європейського суду з прав людини та інших міжнародних судових органів.

Статтями 124, 127 Конституції України та Законом України "Про статус суддів" передбачено, що носіями судової влади є професійні судді й залучені у визначених законом випадках до здійснення правосуддя народні засідателі та присяжні. Проте, законодавцем в ст. 376 КК не передбачено відповідальності за втручання в діяльність народного засідателя чи присяжного, так як це зроблено, наприклад, в ст.ст.377, 378, 379 КК, де прямо вказано, що посягання, передбачені цими статтями стосуються судді, народного засідателя і присяжного. Така позиція законодавця видається непослідовною. Відповідно до чинного законодавства (наприклад, ст. 17 КПК України) народні засідателі при здійсненні правосуддя користуються всіма правами судді, в тому числі і правом на незалежність у своїй діяльності. Таким чином, можна припустити, що кримінально-правова норма про заборону втручатися в діяльність суддів, стосується і діяльності народних засідателів та присяжних. Проте, вважаю, таке твердження буде поширювальним тлумаченням поняття «суддя», тому для захисту народних засідателів і присяжних від втручання в їхню діяльність необхідно прямо на це вказати в диспозиції ст. 376 КК.

Що стосується судді Конституційного Суду України, то для того, щоб з'ясувати чи може він бути потерпілим від злочину, передбаченого ст. 376 КК, необхідно пригадати, що є родовим об'єктом злочинів, передбачених розділом XVIII КК України. В юридичній літературі родовим об'єктом злочинів проти правосуддя називають *відносини, які пов'язані з регламентованим законодавством здійсненням правосуддя судами*, забезпечення цієї діяльності органами дізнання, досудового слідства, прокуратури, захисниками і представниками особи, а також установами, які виконують судові рішення. Під відправленням правосуддя в науці розуміють вид державної діяльності, що полягає в розгляді та вирішенні різних соціальних конфліктів, пов'язаних з дійсним або удаваним порушенням норм права, та здійснюється, по-перше, спеціальними державними органами – судами від імені держави; по-друге, методом розгляду в судових засіданнях цивільних, кримінальних та інших справ; по-третє, в установленій законом процесуальній формі; по-четверте, завершується винесенням загальнообов'язкових рішень.

Якщо ми проаналізуємо повноваження Конституційного Суду, передбачені ст. 13 Закону України «Про Конституційний Суд України», то ми побачимо, що цей орган приймає рішення та дає висновки у справах щодо:

1. конституційності законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим;
2. відповідності Конституції України, чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість;
3. додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпичменту в межах, визначених статтями 111 та 151 Конституції України;
4. офіційного тлумачення Конституції та законів України.

Таким чином, ми бачимо, що Конституційний Суд України правосуддя не здійснює. Тому, можна зробити висновок, що судді Конституційного суду України не можуть бути потерпілими від злочину, передбаченого ст. 376 КК України.

Чи можуть бути потерпілими від злочину судді третейських судів?

В юридичній літературі існує точка зору, що до судової системи України входять і Міжнародний комерційний арбітражний суд, Морська арбітражна комісія і третейські суди, які не належать до системи державних органів, але можуть функціонувати відповідно до чинного ЦПК. Відповідно до ст.2 Закону України «Про третейські суди», третейський суд – це недержавний незалежний орган, що утворюється за угодою або відповідним рішенням заінтересованих фізичних та/або юридичних осіб у порядку, встановленому цим Законом, для вирішення спорів, що виникають із цивільних та господарських правовідносин. Як бачимо, третейський суд не є державним судовим органом, а створюється за угодою заінтересованих осіб. Крім того, відповідно до ч. 5 ст. 124 Конституції України судові рішення є обов'язковими для виконання на всій території України. Щодо рішення третейського суду, то воно є обов'язковими лише для сторін, які передали на його вирішення свій спір, а виконання рішення третейського суду, якщо воно потребує вчинення дій органами державної влади, органами місцевого самоврядування та їх службовими особами, здійснюється за умови видачі компетентним судом виконавчого документа.

Таким чином, видається, що поняття «суддя», передбачене ст. 376 КК не включає в себе суддів третейських судів.

Судді Європейського суду з прав людини та міжнародних судових органів. Чи можуть вони бути потерпілими від злочину, передбаченого ст. 376 КК України? Відповідно до ч.3 ст. 55 Конституції України, кожен має право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна. Таким чином, міжнародні судові установи, учасником яких є Україна, не входячи до національної судової системи, здійснюють правосуддя і їх рішення, що стосуються України і її громадян є обов'язковими для виконання на території нашої держави. Крім того КК України в розділі «Злочини проти правосуддя» передбачає досить сувору відповідальність за умисне невиконання службовою особою рішення Європейського суду з прав людини (ч.3 ст. 382). Таким чином, видається, що особа, яка втручається в діяльність судді Європейського суду з прав людини та інших міжнародних судових установ, по справі, стороною в якій є Україна, може бути притягнута до відповідальності за ст. 376 КК України. Тобто, суддя міжнародної судової установи, учасником якої є Україна може бути потерпілим від злочину, передбаченого ст. 376 КК.

ОСНОВЫ МЕТОДОЛОГИИ ИССЛЕДОВАНИЯ КРИМИНОГЕННОСТИ ПРАВОВЫХ НОРМ

Калинин С.

Белорусский государственный университет

Криминогенность норм и отношений можно изучать в рамках ряда парадигм, относящихся к различным социальным системам: *правовой, культурной, экономической, социальной, этической* и т.д. Каждая из парадигм формулирует собственное понятие правонарушения (деликта), что определяет направление, сущность и методологию дальнейшего анализа системы норм и институтов, их связей и функций на предмет их соответствия законодательно закреплённому идеалу поведения. Методология оценки криминогенности норм права включает методику по установлению и ликвидации норм, порождающих коррупцию и криминогенность социальных отношений.

Обычно криминогенность норм рассматривается как разновидность *эффективности правовых норм*, то есть соответствия целей достигнутым результатам и использованным при этом ресурсам (кадровое, материальное, институциональное и иное обеспечение). Методология исследования криминогенности нормы в таком случае основывается на анализе корректности нормативного целеполагания, адекватности создаваемых механизмов воздействия на социальную реальность, на изучении полноты правового регулирования, наличия (отсутствия) коллизий и т.д. Однако такое исследование эффективности нормы само находится в рамках позитивистской парадигмы правопонимания, что исключает адекватный анализ социальной обусловленности и социального действия права. Это требует выхода за пределы данной парадигмы и применения методологии изучения действия права в рамках иных парадигм, среди которых в *праве* выделяют *философскую, социологическую, коммуникативную, интегративную* и т.д.

В рамках *философской правовой* парадигмы (в принципе близкой к этической) рассматриваются образы права и правонарушения, сложившиеся в конкретном социальном мировоззрении и опосредованные иными социальными регуляторами. В данном случае возникает конфликт «образа» (ожидания) права и действующего законодательства, которое воспринимается в качестве внешнего инструмента насилия над традиционными ценностями. То есть криминогенность нормы с позиции законодательства не признается таковой с позиции социума (отдельных социальных страт) либо определенных ценностей. Необходимость соответствия традиционного стереотипа поведения с законодательно сформулированной моделью поведения вынуждает население идти на нарушение законодательства, искать возможность его обхода для достижения результата, требуемого либо ожидаемого традиционной системой отношений и ценностей. Основой методологии исследования, в таком случае, является выявление степени соответствия иерархий ценностей: традиционной и законодательной, установление причин их противопоставления (конфликта ценностей); определение готовности населения избирать традиционный либо законодательно установленный образ поведения; изучения системы санкций за нарушение традиционного и правового поведения. В таком случае само право порождает криминогенность норм, криминализируя традиционные отношения (борьба с пережитками патриархально-феодальных отношений в Средней Азии и Закавказье в Советский период). В этом случае необходимо сделать ряд замечаний:

1. любое законодательство (правовая система) базируется на некоей иерархии ценностей, однако современное законодательство (особенно постреволюционных государств, под которыми мы понимаем государства, в которых традиционные общества были разрушены революцией, навязывающей свои ценности насильем (Революция во Франции, России и т.д.) обычно борется с традиционными ценностями, навязывая либеральные;
2. в идеале законодательство не должно противоречить национальным ценностям, оно должно защищать их, что осложнено формальностью («образностью») правового регулирования и конкретностью любой морально-религиозной ценности;
3. конфликт может возникнуть между национальными ценностями (их правовым образом) и новыми, конкурирующими с ними ценностями национальных, религиозных меньшинств, отдельных идеологий и концепций, традиционно отсутствовавших в конкретном обществе (волнения во Франции и т.д.).

В последнем случае мы имеем дело с культуртрегерским проектом, когда ценности отдельных сообществ признаются антиценностями либо переводятся на иной иерархический ранг, а такие группы принуждаются к интеграции в традиционную для доминирующего государствообразующего социума систему отношений и ценностей.

В рамках *социологической правовой* парадигмы рассматриваются модели социального поведения, складывающиеся в процессе социального взаимодействия, а также системы социального разрешения конфликтов. Право в этом случае выступает лишь одной из регулятивных систем, взаимодействующих с иными правилами поведения. Так, действия, определяемые как коррупция, могут рассматриваться как нормальные, допустимые и желательные с позиции ряда социальных групп. Таким образом, действие юридического права вступает в противодействие с такими системами. В рамках социологического подхода право рассматривается не как самоценность, позитивная сама по себе, но как результат взаимодействия социальных интересов различных акторов, результат навязывания воли одного либо нескольких акторов всем остальным. Таким образом, методология зависит от полноты выявления акторов, их интересов, притязаний и ожиданий, способности отстаивать собственные интересы, используя государственные и правовые механизмы и ресурсы. В рамках данной методологии выстраивается и прогнозируется совокупность социальных последствий, разнесенных по времени (долгосрочные, краткосрочные), по субъектам (государство, его отдельные институты, отдельные социальные страты и т.д.), по сферам (социальные, политические, экономические и т.д.). В результате формируется сложно связанная модель социальных взаимодействий и последствий, порождаемых новой нормой. Это требует применения методики моделирования социального отношения, выявления точек конфликта интересов акторов, осложненных дополнительными переменными (ожидание актора, ресурсы, которые актор готов затратить для достижения собственных целей).

В рамках *коммуникативной правовой* парадигмы право рассматривается как средство, опосредующее коммуникации между субъектами. Следовательно, право (норма) выступает вторичным явлением по отношению к сложившейся либо складывающейся коммуникации, опосредованной иными социальными регуляторами, при этом право создает новую модель коммуникации, именуемую правомерной. Таким образом, методология зависит от выявления субъектов, объектов и содержания коммуникации, а также норм ее регламентирующих. Для противодействия коммуникации, опосредованной общеобязательной нормой, субъекты будут предлагать собственные модели (коммуникации), более близкие для них либо ресурсно-оправданные. В этом случае методология исследования будет базироваться на выявлении сложившихся коммуникаций с правовой сфере, их значимости для акторов, а также возможности для акторов достигнуть желанных для них результатов иными способами. Таким образом, предметом анализа будут выступать способы и методы государственно-правового воздействия на сложившиеся коммуникации, а также ответные действия акторов по минимизации потерь, вызванных нарушением сложившихся коммуникаций со стороны государства.

В рамках *интегративной* парадигмы правопонимания право рассматривается через органическую связь с национальными ценностями и стереотипами поведения, рассматриваемыми через призму исторической перспективы конкретного социума. Фактически данный подход синтезирует достижения вышеназванных парадигм в рамках единой ценностной системы и исторической государственной традиции. Это снижает ценность данной парадигмы при проведении исследований криминогенности норм и отношений как частных случаев социального действия права.

На наш взгляд, исследование криминогенности норм и отношений также должно учитывать категории *интерес* и *справедливость*. Интерес представляет собой стремление субъекта к достижению некоторого положения, обладанию ресурсом, снятию социальной обязанности и т.д. Любой интерес стремится к объективации в праве и защите себя как законного. Однако интерес не существует сам по себе, он всегда принадлежит субъекту – актору, моделирующему социальную реальность на основе собственных интересов для достижения собственных целей. Таким образом, следует констатировать, что целью любого актора является формирование такой Реальности (логической последовательности событий), в которой интересы актора оценивались бы и признавались бы *законными*. Однако множественность акторов порождает борьбу между ними, в том числе и за «захват» государства.

Справедливость как оценочная категория характеризует право на предмет соответствия либо несоответствия ожиданиям общества и сложившимся мировоззренческим ценностям. Справедливость в праве отличается формальностью и политизацией. При этом собственные интересы акторами всегда признаются справедливыми. Таким образом, методология может быть построена на выявлении

интересов максимального количества акторов, установлении точек конфликта интересов, возможностей их незаконной реализации, установления иных способов достижения интереса. При этом проект нормативного правового акта может оцениваться с позиции социальной справедливости в целом и справедливости отдельных социальных слоев. Несправедливое регулирование нельзя рассматривать как исключительно криминогенное. Однако, если несправедливость нормы (регулирования) является следствием неэффективности принимаемых мер, необоснованным доступом к государственным ресурсам, то такие нормы и отношения должны анализироваться на предмет криминогенности.

Для целей анализа криминогенности право нужно понимать двояко: как средство управления обществом и как способ согласования различных социальных интересов. В первом случае криминогенность нормы – это возможность обойти норму, создать альтернативную модель социального поведения, снижающую эффективность законодательной. Во втором случае – это возможность навязать собственные интересы без учета иных интересов. Вышеизложенное позволяет сделать вывод, что методология криминологической экспертизы в рамках только *правовой* парадигмы недостаточна в силу формальности права как системы норм, оцениваемой вне зависимости от социальной практики. Определенная вторичность права по отношению к социальным отношениям и стремление акторов к получению ресурсов позволяют предложить экономический подход в рамках *институциональной экономической* парадигмы. Так любая деятельность всегда направлена на достижение максимально возможного результата (интереса) при минимизации собственных затрат, что позволяет воспользоваться теорией рентаориентированного поведения. Методика оценки криминогенности нормы в этом случае заключается в процедурах: выявления акторов, получающих выгоду и/или несущих издержки; установления схем субъектно-объектных коммуникаций; определения точек преломления интересов; оценки величин выгод и издержек для каждого из акторов в результате принятия соответствующего нормативного решения.

Вышеизложенное позволяет сделать вывод о том, что важным этапом в создании методологии проведения криминологической экспертизы является установление парадигмы оценки социальной реальности. В рамках каждой парадигмы создается определенная аналитическая система, характеризующая как реальные отношения между субъектами, так и их законодательный образ. Использование нескольких парадигм позволяет расширить сферу криминологического анализа.

**ДО ПИТАННЯ ПРО СУБ'ЄКТ ЗЛОЧИНІВ У СФЕРІ ОХОРОНИ
ДЕРЖАВНОЇ ТАЄМНИЦІ.***Косінов В.**Львівський державний університет внутрішніх справ*

Межі дії кримінального закону за колом осіб визначаються з урахуванням суспільних відносин, які ставляться під кримінально-правову охорону. Лише аналізуючи суспільні відносини, що охороняються ст. 328, 329 КК України можна вирішити питання про межі дії даної норми на коло осіб. Об'єктом розглядуваних злочинів є суспільні відносини, у відповідності до яких, уповноважена особа повинна зберігати відомості, які становлять державну таємницю, від їх розголошення стороннім особам. Інакше кажучи, під кримінально-правову охорону поставлені відносини у сфері охорони державної таємниці. Учасниками цих відносин виступають: 1) держава (органи державної влади, місцевого самоврядування); 2) підприємства, установи, організації; 3) фізичні особи, діяльність яких пов'язана з відомостями, що становлять державну таємницю. Так у відповідності до диспозиції ст.ст. 328, 329 КК України суб'єктом злочинів у сфері охорони державної таємниці виступають особи, яким відомості, що становлять державну таємницю, були довірені або стали відомі у зв'язку із виконанням службових обов'язків. Як бачимо, мова йде про суб'єкта, який окрім загальних ознак (осудність і вік кримінальної відповідальності), має ще й додаткові ознаки. В науці кримінального права таких суб'єктів прийнято називати спеціальними. Осудність і вік – обов'язкові ознаки загального і спеціального суб'єкту, вони в рівній мірі їм притаманні, характеризують їх. Відсутність однієї з цих ознак виключає наявність суб'єкту злочину взагалі – як загального так і спеціального. Ознаки ж спеціального суб'єкту для загального суб'єкту злочину не мають ніякого значення, а відносяться лише до характеристики певного кола осіб. Тому в літературі їх правомірно називають факультативними, додатковими, спеціальними. Таким чином, спеціальний суб'єкт злочину – це особа, яка поряд з осудністю і віком кримінальної відповідальності має інші додаткові юридичні ознаки, передбачені законом чи такі, які прямо витікають з нього, що обмежують коло осіб, які можуть нести відповідальність за даним законом.

Так у державі функціонують органи, підприємства, установи, організації, діяльність яких в повному обсязі чи частково пов'язана з виконанням державних завдань, функцій у відповідних сферах (оборони, економіки, охорони правопорядку, зовнішніх відносин, державної безпеки). Відповідно до цього у них циркулює інформація, що становить державну таємницю. На підприємствах, установах організаціях за трудовим договором (контрактом) працюють (проходять службу) особи, які у зв'язку з виконанням роботи, службових повноважень тощо ознайомлюються чи мають змогу ознайомитися з відомостями, які становлять державну таємницю. Доступ зазначених осіб до відомостей, що становлять державну таємницю передбачає обов'язкову наявність допуску до державної таємниці. Відповідно до ст. 22 Закону України „Про державну таємницю” (далі Закон), допуск до державної таємниці надається дієздатним громадянам України віком від 18 років, які потребують його за умовами своєї службової, виробничої, наукової чи науково-дослідної діяльності або навчання, наказом або письмовим розпорядженням керівника підприємства, установи, організації, де працюють, перебувають на службі чи навчаються громадяни. В окремих випадках передбачених Законом допуск може надаватися громадянам України, що досягли 16 років. Надання допуску передбачає: визначення необхідності роботи громадянина із секретною інформацією; перевірку громадянина у зв'язку з допуском до державної таємниці; взяття громадянином на себе письмового зобов'язання щодо збереження державної таємниці, яка була йому довірена; одержання у письмовій формі згоди громадянина на передбачені законом обмеження прав у зв'язку з його допуском до державної таємниці; ознайомлення з мірою відповідальності за порушення законодавства про державну таємницю. Громадянин вважається таким, якому надано допуск до державної таємниці, з часу видання наказу або письмового розпорядження про його надання.

Від допуску до державної таємниці слід відрізнити поняття доступу до державної таємниці. Так, доступ до державної таємниці надається дієздатним громадянам України, яким надано допуск до державної таємниці та які потребують його за умовами своєї службової, виробничої чи науково-дослідної діяльності або навчання (ст. 27 Закону). Рішення про надання доступу до конкретної секретної інформації та її матеріальних носіїв приймаються у формі наказу або письмового

розпорядження керівники органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, в яких виконуються роботи, пов'язані з державною таємницею, або зберігаються матеріальні носії секретної інформації.

Наявність в особи допуску (доступу) до державної таємниці накладає на нього обов'язок зберігати довірені йому відомості у таємниці від сторонніх осіб й інші обмеження, передбачені Законом. Якщо особа, відомості, якій були довірені чи стали відомі у зв'язку з виконанням службових обов'язків, повідомляє їх сторонній особі (чи втрачає матеріальний носій секретної інформації), то відповідно вона, будучи учасником суспільних відносин у сфері охорони державної таємниці, порушує своє зобов'язання (неналежно виконує обумовлені охоронюваним соціальним зв'язком і покладені на неї обов'язки щодо збереження державної таємниці), в результаті чого відомості, що становлять державну таємницю стають відомі стороннім особам.

Таким чином суб'єктом злочину, передбаченого ст. ст. 328, 329 КК України може бути тільки особа, яка має належно оформлений допуск та доступ до державної таємниці. У зв'язку з цим ми не погоджуємося з думкою деяких авторів, які визнають суб'єктами розголошення державної таємниці осіб, спеціально не допущених до роботи з відомостями, що становлять державну таємницю, але які в силу специфіки своєї роботи можуть знати ці відомості (робітники, що виконують роботу на режимних підприємствах, охорона на цих підприємствах, водії тощо). Якщо у функціональних обов'язках зазначеної категорії працівників режимних об'єктів не передбачена робота з відомостями, що становлять державну таємницю, їм не оформлений допуск – вони не мають права знайомитися з секретними відомостями і повинні розглядатися як сторонні особи. Їх ознайомлення з відомостями, що становлять державну таємницю, слід вважати розголошенням державної таємниці.

Але якщо питання можливості кримінальної відповідальності осіб у яких відсутній допуск до державної таємниці (приватні особи), яким випадково стали відомі відомості, що становлять державну таємницю, і які потім їх розголосили, вирішується більшістю науковців на користь не визнання їх суб'єктами злочину, передбаченого ст. 328 КК України, то кваліфікація дій особи, що має допуск до державної таємниці, у випадку коли конкретні секретні відомості не стосуються її службової діяльності, стали відомі їй випадково, може викликати певні проблеми. Формально така особа має належно оформлений допуск до державної таємниці, на неї покладені обов'язки щодо збереження відомостей, які стануть відомі у зв'язку з здійсненням професійних функцій. Поряд з тим, таку особу не можна вважати суб'єктом конкретних суспільних відносин у сфері охорони державної таємниці, тому що в даному випадку відомості стали відомі їй випадково. Така особа повинна вважатися сторонньою, тому що відомості не були їй довірені чи стали відомі у зв'язку з виконанням її службових обов'язків, а значить, вона не є суб'єктом злочину, передбаченого ст. 328 КК України. В цьому випадку кримінальній відповідальності за розголошення державної таємниці підлягатиме та особа, якій зазначені відомості були довірені чи стали відомі у зв'язку з виконанням службових обов'язків, яка порушуючи встановлені законом режимні вимоги повідомила відомості, що становлять державну таємницю, сторонній особі.

В практичній діяльності, часто виникає питання, чи можуть кваліфікуватися за ст. 328 КК України дії особи, що не є спеціальним суб'єктом цього виду злочинів. Ще в 20-х роках минулого сторіччя в радянській науці почалась дискусія про можливість співучасті в злочинах із спеціальним суб'єктом. Продовжується вона і по теперішній час. Це пояснюється насамперед тим, що така співучасть прямо не врегульована законом, за виключенням військових злочинів. В той же час прямої заборони співучасті в злочинах із спеціальним суб'єктом КК України не містить. Стаття 26 КК України як універсальна норма, що регулює питання співучасті, розповсюджується на всі діяння, які передбачені Особливою частиною КК. Причому законодавець не робить виключень стосовно до співучасті в злочинах із спеціальним суб'єктом. Кримінальний закон не забороняє визнавати можливість і такої співучасті, тому що тут має місце: а) участь двох чи більше осіб у скоєнні злочину, причому одна з них є спеціальним суб'єктом; б) спільність дій учасників, тобто взаємозв'язок їх поведінки у скоєнні злочину і направленість на досягнення єдиного злочинного наслідку; в) дії кожного з таких співучасників перебувають у причинному зв'язку з цим суспільно небезпечним наслідком, що і зумовлює загальну (спільну) відповідальність за вчинене спільними зусиллями злочину. Отже, слід визнати можливість співучасті інших осіб в злочинах в сфері охорони державної таємниці. Поряд з тим, мова йде не тільки у зв'язку із питанням допустимості співучасті інших (приватних) осіб в розголошенні державної таємниці, але і про те, в якій ролі може виступати такий співучасник. Уявляється, що інша (приватна) особа при співучасті в розголошенні державної таємниці може виконувати організаторські функції. Тобто здійснювати розробку плану отримання секретних

відомостей, їх розповсюдження, підбір співучасників, налагоджувати певні зв'язки між ними і, на кінець, віддавати відповідні розпорядження виконавцю, підбурювачу, пособнику. Варто зазначити, що співвиконавцем розголошення державної таємниці приватна особа бути не може. Це пояснюється самою сутністю об'єктивної сторони даного злочину. Так суб'єктом розголошення державної таємниці виступає особа, якій таємниця була довірена чи стала відома у зв'язку із виконанням службових обов'язків. Особи, вказані у ст. 328 КК України в якості спеціальних суб'єктів, вчинюють розголошення відомостей, що становлять державну таємницю, які в силу зобов'язань вони повинні зберігати. Вчинити таке розголошення, тобто безпосередньо виконати об'єктивну сторону цього злочину, може тільки особа, якій ця таємниця була довірена. Якщо ж приватна особа надає допомогу особі, що розголошує державну таємницю, в розповсюдженні таких відомостей, тощо, то вона виступає не співвиконавцем, а пособником. Це обумовлено тим, що приватна особа не має необхідних повноважень по відношенню (доступу) до державної таємниці, а відповідно не може її розголосити. Викладене дає підстави заключити, що співучасть в розголошенні державної таємниці осіб, що не є спеціальними суб'єктами, тягне відповідальність за ст. 328 КК України. Особа, що не є спеціальним суб'єктом, може виконувати в такій співучасті організаційні, підбурювальні і пособницькі дії.

Таким чином, можна зробити наступні **висновки**:

1. Суб'єктом злочинів у сфері охорони державної таємниці виступає особа, яка поряд з осудністю і віком кримінальної відповідальності має інші додаткові юридичні ознаки, передбачені законом (наявність допуску до державної таємниці, секреті відомості їй довірені чи стали відомі у зв'язку з виконанням службових обов'язків (наявність доступу до державної таємниці).
2. Питання про наявність допуску до державної таємниці, а також правомірність доступу осіб до конкретної секретної інформації є вирішальним для правильної кваліфікації злочинів у сфері охорони державної таємниці.
3. Співучасть в розголошенні державної таємниці осіб, що не є спеціальними суб'єктами, тягне відповідальність за ст. 328 КК України, вони можуть виконувати в такій співучасті організаційні, підбурювальні і пособницькі дії.

ОСУДНІСТЬ ЯК ЗАГАЛЬНА ОЗНАКА СЛУЖБОВОЇ ОСОБИ

Максимович Р.

Львівський державний університет внутрішніх справ

Службова особа як спеціальний суб'єкт злочину характеризується рядом ознак. До них відносяться, насамперед, ті, які характеризують і будь-якого суб'єкта злочину. Однією із них є осудність. У 2001 р., прийнявши КК України, наш законодавець вперше на законодавчому рівні дав визначення даного кримінально-правового поняття (в раніше чинному кримінальному законодавстві його зміст, ознаки і критерії з'ясувалися через протилежне за значенням явище – неосудність). Згідно з ч. 1 ст. 19 КК України осудною визнається особа, яка під час вчинення злочину могла усвідомлювати свої дії (бездіяльність) і керувати ними.

Важливо наголосити на тому, що питання про осудність вирішується щодо тієї чи іншої особи під час вчинення нею суспільно небезпечного винного діяння (дії або бездіяльності), передбаченого КК України, а не взагалі. На перший погляд, може видатися, що цей момент є непринциповим і несуттєвим. Проте, це не зовсім так, адже цілком можлива ситуація, коли особа при вчиненні одного злочину є осудною, а іншого – ні. За межами ставлення до конкретного діяння питання осудності не має жодного кримінально-правового значення.

В кримінально-правовій літературі критерії осудності визначаються по-різному. Приєднуємося до позиції авторів, які вказують на юридичний (психологічний) і медичний (біологічний) критерії осудності, як такі, що впливають із чинного кримінального законодавства. Видається, що факт вчинення злочину не варто брати за критерій осудності, бо це не характеристика суб'єкта злочину, а його діяння, яке, як відомо, є ознакою об'єктивної сторони злочину.

Юридичний критерій осудності характеризується двома ознаками: інтелектуальною і вольовою. Під інтелектуальною ознакою розуміється здатність особи під час вчинення злочину усвідомлювати фактичний характер і суспільну небезпеку вчинюваних дій (бездіяльності) і їх наслідків. Вольова ознака – здатність особи під час вчинення злочину керувати своїми діями (бездіяльністю), діяти відповідно до своєї волі. Ці ознаки взаємозалежні і необхідні для визнання особи осудною. Відсутність однієї з них свідчить про те, що особу не можна визнати осудною. Медичний критерій осудності характеризує психічний стан (здоров'я) особи під час вчинення нею злочину. Медичний критерій повинен розглядатися не ізольовано, а в сукупності з юридичним критерієм, утворюючи в цьому поєднанні чи даній конструкції саму формулу осудності.

Частина 2 ст. 19 КК України передбачає, що неосудною є особа, яка не могла усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними внаслідок хронічного психічного захворювання, тимчасового розладу психічної діяльності, недоумства або іншого хворобливого стану психіки. Неосудність особи унеможливує визнання її суб'єктом злочину.

Варто відзначити, що неосудність є обставиною, що передбачена КК, яка перешкоджає розвитку своєрідного ланцюга „суб'єкт – вина – відповідальність – покарання”. В правовій літературі слушно зауважується, що категорія невинуватості незастосовна до суспільно небезпечного діяння, в якому фактично немає суб'єкта і немає складу злочину і відповідно питання про винуватість не виникає.

Неосудність характеризується тими ж критеріями, що і осудність, проте, звичайно, вони мають абсолютно протилежне значення.

У ст. 20 КК України 2001 р. вперше на законодавчому рівні передбачено, що підлягає кримінальній відповідальності особа, визнана судом обмежено осудною, тобто така, яка під час вчинення злочину, через наявний у неї психічний розлад, не була здатна повною мірою усвідомлювати свої дії (бездіяльність) та (або) керувати ними. Визнання особи обмежено осудною враховується судом при призначенні покарання і може бути підставою для застосування примусових заходів медичного характеру. В законі про кримінальну відповідальність чітко не передбачено, яким чином це здійснюється судом: чи враховується як обставина, яка пом'якшує покарання, як обставина, яка обтяжує покарання, або ж залежно від інших обставин справи, це в кожному конкретному випадку

вирішується на розсуд суду. Проте, ми погоджуємося із авторами, які вважають, що обмежена осудність є обставиною, яка пом'якшує покарання.

А.В.Зайцев справедливо звертає увагу на те, що обмежена осудність – це не проміжний стан між осудністю і неосудністю, а складова частина осудності. Обмежена осудність характеризується тими ж самими критеріями, що і осудність та неосудність із відповідним коригуванням їх змісту відповідно до її правової природи.

Видається, що це поняття не може бути застосовано щодо такого спеціального суб'єкта злочину як службова особа. В кримінально-правовій літературі відзначається, що при обмеженій осудності інтелект та воля частково уражені, тобто спостерігається послаблення інтелектуальної і вольової здатності індивіда, має місце істотний вплив на свідомість і волю людини і обов'язковим при цьому є наявність певного хронічного або тимчасового психічного розладу, який суттєво впливає на характер діяння особи під час вчинення злочину. Також відзначається, що при обмеженій осудності має місце суттєве обмеження здатності особи усвідомлювати свої дії (бездіяльність) та (або) керувати ними, відповідні хронічні або тимчасові хворобливі розлади психічної діяльності (непсихотичного рівня) проявляються переважно розумовою недостатністю, хворобливі вияви істотно впливають на поведінку особи. Не реальним видається поєднання, з одного боку, таких загальноновизнаних ознак, якими характеризуються злочини у сфері службової діяльності, як вчинення їх з використанням влади чи службового становища і всупереч інтересам служби, які далеко не завжди можуть бути досягнуті людиною без жодного психічного розладу, і, з другого боку, не здатність особи повною мірою усвідомлювати свої дії (бездіяльність) та (або) керувати ними. Крім цього, по-різному впливає на особливість призначення покарання вчинення злочину обмежено осудною та службовою особою. Зокрема, коли злочин вчинено в стані обмеженої осудності, то покарання повинно бути пом'якшене, а службовою особою – посилене.

В літературі виділяють також загальну і спеціальну осудність (неосудність). Вперше цей поділ намагався обґрунтувати М.С.Грінберг, який зазначав, що здатність людини до адекватної поведінки в звичайному і технізованому середовищі повинна розглядатися окремо в рамках розмежування „звичайної” і „спеціальної” осудності. На його думку, здатність людини усвідомлювати свої дії і (чи) керувати ними може бути відсутньою і в результаті неповного розвитку волі і свідомості, і внаслідок душевної хвороби, і в результаті екстремального стану зовнішнього середовища, і в силу таких вад її рецепторних, моторних та інших психофізіологічних якостей, які, не роблячи її неосудною в сенсі ст. 11 Основ кримінального законодавства Союзу РСР і союзних республік (дальтонізм, відсутність нюху і т. ін), виключають її адекватну поведінку в певних умовах.

Л.П. Брич і В.О. Навроцький вважають, що осудність спеціального суб'єкта злочину повинна визначатися на основі не лише тих вольових та інтелектуальних критеріїв, з якими потрібно підходити до оцінювання осудності будь-якої особи, а й з урахуванням додаткових ознак, що визначають можливість такої особи усвідомлювати фактичну і соціальну сторони своєї поведінки з врахуванням додаткових обов'язків, які покладені на неї. Не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка не усвідомлює фактичну сторону чи юридичне значення своїх дій у зв'язку з недостатнім рівнем підготовки, компетентності, береться за виконання обов'язків, які явно не відповідають рівню її підготовки.

Слабоумство (за термінологією КК 1960 р. – Р.М.) як медичний критерій неосудності, ці автори пропонують вбачати не лише в наявності хвороб психіки, а й у разі, коли особа не визнається психічно хворою, але в силу недостатнього інтелектуального розвитку не може своїм розумом досягнути вчинюване, керувати ним, оскільки перелік медичних критеріїв неосудності лише названий, а їхній зміст не розкритий, принаймні не наведений перелік хвороб, при наявності яких особу можна визнавати слабоумною, з тексту кримінального закону взагалі не впливає, що слабоумство – це хвороба, семантичне значення цього слова передбачає тлумачення слабоумства як пониженої розумової діяльності, включаючи викликану віковими змінами (семантично терміни „недоумство” і „слабоумство” є тотожними – Р.М.).

Незважаючи на наявні в літературі намагання обґрунтувати таку теоретичну конструкцію, як „спеціальна осудність службової особи” існування її, на даний час, у правоохоронній і судовій практиці є проблемним. Хоча ми і погоджуємося із В.О.Навроцьким стосовно того, що теоретичні положення є джерелом кримінального права (всупереч усталеній позиції, що ним є тільки кримінальний закон) вони, безперечно, в жодному разі не є частиною законодавства України про кримінальну відповідальність, яке застосовується при вирішенні конкретної кримінальної справи. На практиці, принаймні у вивчених кримінальних справах, не зустрічалися випадки встановлення

наявності спеціальної осудності. Введення спеціальної осудності в кримінальне законодавство видається доцільним, але лише із застосуванням при цьому наукового підходу і після визначення чітких і однозначних її критеріїв, оскільки без цього могла б виникнути двозначна ситуація: з одного боку, це могло б бути хорошою „лазівкою” для захисту, а з іншого – причиною того, що кримінальні справи вирішувалися б не на основі кримінального законодавства, а за допомогою інтуїції, порад більш досвідчених колег, або ж мали б місце зловживання працівників правоохоронних і судових органів, що аж ніяк би не сприяло забезпеченню дії принципу верховенства права.

**КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ ПОТРЕБУЄ
ВДОСКОНАЛЕННЯ.**

Марисюк К.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Кримінально-виконавча система України за роки незалежності значно змінилась, стала більш відкритою для суспільства, виникло чимало громадських організацій, які співпрацюють з установами системи, надають їм допомогу. Помітно підвищився доступ громадськості як до статистичних даних, які відображають діяльність відомства, так і до відомчих документів, які регламентують їх діяльність.

Для подальшого вдосконалення кримінально-виконавчої системи, для ще більш повного закріплення всіх аспектів кримінально-виконавчих правовідносин 11 липня 2003 р. Верховною Радою України було прийнято Кримінально-виконавчий кодекс України, що набув чинності з 1 січня 2004 р. Саме останній був покликаний замінити діючий ще з 1 червня 1971 р. Виправно-трудоий кодекс України, уніфікувати положення, що містились у ньому, а також у доповнюючих його підзаконних нормативно-правових актах.

Варто погодитись з тими авторами, які називають Кримінально-виконавчий кодекс України одним з найбільш вдалих нормативно-правових актів останніх років. В той же час деякі його положення, як видається, не зашкодило б вдосконалити та уточнити. Усвідомлюючи неможливість дослідити всі спірні та неоднозначні положення, звернемо увагу лише на найбільш значимі, з точки зору автора, норми.

Як вірно зазначає А. Степанюк, з прийняттям 11 липня 2003 р. Кримінально-виконавчого кодексу, вперше на рівні закону отримали визначення загально-правові та галузеві специфічні принципи кримінально-виконавчого законодавства. Їх закріплення – практичне втілення в життя загальноновизнаних концептуальних положень про демократизацію, гуманізацію, диференціацію та індивідуалізацію виконання кримінальних покарань з урахуванням досягнень сучасної науки. Погоджуючись з наведеною вище цитатою, видається, що практична реалізація цього закріплення (що виразилось у ст. 5 КВК України) виявилась не до кінця вдалою. По-перше, на нашу думку, закріплювати в одній нормі загально-правові, міжгалузеві та галузеві принципи було не до кінця продумано. Їх потрібно було або розвести в окремі норми, або ж закріпити у кодексі лише галузеві принципи. По-друге, не надто логічним було закріплювати вичерпний перелік принципів кримінально-виконавчого законодавства. До такої думки підштовхує те, що виділити вичерпний перелік принципів будь-якої галузі права, а відтак і закріпити їх у нормативно-правовому акті практично не можливо, що можна прослідкувати й на прикладі чинного КВК України. Серед не згаданих у ньому галузевих принципів можна вважати, наприклад, можливість виправлення кожної особи, що скоїла злочин; розвитку корисної ініціативи і самодіяльності засуджених; обов'язкової психолого-педагогічної обґрунтованості норм виправно-трудоого права, що їх пропонували виділити ще 1983 року М. Стручков та Ю. Ткачевський.

Для вирішення окресленої вище проблеми ми пропонуємо три виходи. Перший – у окремих нормах закріпити загальні, міжгалузеві та галузеві принципи, а при формуванні їх переліку не закріплювати їх вичерпність, тобто завершувати перелік словами “і т.д.” або “та ін.” Другий – законодавчо закріпити лише галузеві принципи, сформулювавши їх перелік за зазначеним вище принципом. Третій, напевно, найбільш радикальний, передбачає взагалі виключення з КВК України ст. 5.

Ще однією проблемою чинного КВК України є система закріплених у главі 3 установ виконання покарань. Абсолютно логічним виглядає ч. 2 ст. 11, яка визнає установами виконання покарань арештні дома, кримінально-виконавчі установи і спеціальні виховні установи. Наскільки можна судити з форми викладу зазначеної вище норми, даний перелік є вичерпним і розширеному тлумаченню не підлягає. В той же час, уже у ч. 6 цієї ж статті закріплюється положення, згідно якого “у межах, визначених КВК України та законами України, виконання кримінальних покарань також здійснюють Державна виконавча служба, військові частини, гауптвахти і дисциплінарний батальйон”. Не зосереджуючи уваги на двох нелогічностях наведеної норми (мається на увазі, по-перше, фраза “виконання кримінальних покарань”, в той час, як і у назві глави 3, і у назві ст. 11, і у диспозиціях

попередніх частин зазначеної вище статті вживається термін “виконання покарань”; по-друге, законодавець, з не зрозумілих для нас причин, веде мову про військові частини та гауптвахти у множині, але про дисциплінарних батальйон у однині, не закріплюючи при цьому, вочевидь, положення, що дисциплінарний батальйон має бути створений лише єдиний у державі), звернемось лише до наведеного вище переліку.

Оскільки ч. 1 та 2 ст. 11 закріплюють вичерпний перелік органів та установ виконання покарань, важко визначити місце зазначених у ч. 6 цієї ж статті інституцій, оскільки їх у ч. 1 та 2 не згадується. Можна припустити, що законодавець мав на увазі поділ інституцій, що покликані виконувати покарання на установи виконання покарань та на інші інституції, що мають завданням виконання покарань. Це б хоч і вносило певну плутанину при тлумаченні ст. 11 КВК, однак хоча б давало можливість зрозуміти думку законодавця. Проте сам законодавець спростовує це припущення, поміщаючи у ст. 12 – 19 перелічені у ч. 2 та 6 інституції вперемішку, не поділяючи їх між собою на якісь групи.

Ще більш заплутує ситуацію ч. 3 ст. 18, яка передбачає можливість виконання покарань ще й у слідчих ізоляторах, про які у ст. 11 взагалі не згадується.

Вихід з зазначеної ситуації, на нашу думку, є лише один. Потрібно у ч. 2 ст. 11 КВК закріпити вичерпний перелік установ виконання покарань, вилучивши з правового обігу ч. 6 цієї ж статті, а також надати якогось статусу у системі органів та установ виконання покарань слідчим ізоляторам, якщо вже вони покликані виконувати покарання на рівні з іншими установами виконання покарань.

Однак чи найбільше зауважень викликає неузгодженість між собою ст. 18 та ст. 150 КВК України. В той час, як ч. 2 ст. 18 передбачає, що засуджені до довічного позбавлення волі відбувають покарання: чоловіки – у колоніях максимального рівня безпеки, жінки – у колоніях середнього рівня безпеки, ч. 1 ст. 150 закріплює положення, що засуджені до довічного позбавлення волі відбувають покарання у виправних колоніях максимального рівня безпеки (*виключно у них – авт.*). Очевидним є протиріччя зазначених вище положень.

Для належного врегулювання зазначених положень, а також для збереження ідейної спрямованості КВК, пропонуємо ч. 1 ст. 150 викласти у наступній редакції: “Засуджені до довічного позбавлення волі відбувають покарання: чоловіки – у виправних колоніях максимального рівня безпеки, жінки – у виправних колоніях середнього рівня безпеки”.

Підсумовуючи наведене вище, варто зазначити, що внесення наведених вище змін до чинного КВК України дасть можливість врегулювати хоча б деякі його неточності та протиріччя, а також полегшить застосування його норм на практиці.

ПРО СИСТЕМАТИКУ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ

Марін О.

Львівський державний університет внутрішніх справ

У науці кримінального права усталеною є думка про те, що кримінальний закон становить собою систему кримінально-правових норм. Про це зазначають й у працях, які висвітлюють проблеми поняття кримінального закону, й у монографіях, що присвячені іншим проблемам кримінального права. Дане твердження стало обов'язковою частиною відповідних розділів підручників та науково-практичних коментарів до Кримінального кодексу України. Разом із тим вітчизняні дослідники оминають своєю увагою дану проблему в аспекті ґрунтовного теоретичного дослідження.

Основні характеристики пануючих у сучасній кримінально-правовій науці підходів характеризуються такими основними положеннями:

- системність кримінального закону полягає у поділі його на дві частини: Загальну та Особливу;
- ці частини кримінального закону пов'язані між собою, становлять певну єдність, хоча і не є тотожними за характером та значенням між собою;
- у межах Загальної частини структурні підрозділи її системи побудовані від регламентації “злочину” до “покарання”;
- у межах Особливої частини структурні підрозділи її системи об'єднані за родовим об'єктом злочинів, послідовність їх розташування обумовлена суспільною небезпекою посягань;
- у науці спостерігається плутанина та невизначеність зі структурними елементами виділених видів систем у кримінальному законі: самого закону; Загальної частини; Особливої частини.

Опрацювання літератури, що видана у радянський період розвитку науки кримінального права, а також сучасних наукових джерел, не дає підстав для розширення переліку відповідних теоретичних положень. Виникає питання, чи відповідає такий стан розробки проблеми вимогам сучасного кримінально-правового регулювання? Відповідь очевидна – ні. З метою обґрунтування цієї тези наведемо розроблені наукою кримінального права положення, відомі ще з початку ХХ століття. Так, П.І. Люблінський у своїй роботі “Техніка, тлумачення та казуїстика кримінального закону”, датованої 1917 роком відзначав, що однією з істотних вимог техніки кримінального кодексу є таке розташування законодавчого матеріалу, за якого при найбільшій економії обсягу та стислості досягалася б найбільша наочність та легкість орієнтування. Чи не сучасним є дане твердження?

Автор пише про те, що виконання цього завдання досягається за допомогою належної *систематики*. У цій частині дослідження вченого виникає незвичне для сучасної науки кримінального права поняття “систематика”. В українській мові це слово означає: 1) групування, класифікацію предметів, явищ; 2) бездоганний порядок у чомусь; 3) розділ ботаніки або зоології, який класифікує, розподіляє на види, роди, родини та ін. та описує існуючі та вимерлі рослини чи тварини (Новий тлумачний словник української мови). Таким чином, можна зробити висновок про те, що *систематика* як слово української мови має своїм змістом визначене розташування предметів або явищ, спрямоване на упорядкування множини таких предметів або явищ.

Разом із тим, є всі підстави стверджувати, що цілі, які переслідуються систематикою, в аспекті кримінального закону є глибшими від простого зовнішнього упорядкування нормативного матеріалу: вона намагається рельєфно виразити основні принципи, що лежать в основі кодексу, охопити його постанови небагатьма загальними концепціями, які повинні характеризувати його логічну єдність. За умови допустимості системного тлумачення систематика стає одним з джерел, звідки черпаються принципи розвитку діючого права та з'ясування його дійсного змісту. Звідси зрозуміло, що правильна систематика має важливе значення для правильного розуміння та засвоєння діючого права.

На наше глибоке переконання, під систематикою кримінального закону необхідно розуміти сукупність правил та прийомів конструювання (побудови) нормативного матеріалу кримінального кодексу, які відображають системний характер цього нормативно-правового акту, внутрішню єдність його положень та системно-правові зв'язки з нормативно-правовими актами інших галузей права.

В контексті наведеного вище цікавими є положення щодо систематики закону, викладені у наведеній праці П.І.Люблінського. Автор відзначає, що в кримінальному кодексі деякі прийоми систематики вже одержали повне визнання й ознайомлення з ними необхідне для правильного застосування закону. Увазі сучасного вченого пропонуються окремі правила систематики, узагальнені П.І.Люблінським.

1. Важливішим технічним прийомом сучасної систематики є відокремлення Загальної та Особливої частини кодексу. Виділення Загальної частини кодексу стало практикуватися лише з початку XIX століття, коли одержала відомий розвиток теорія кримінального права. Спочатку Загальна частина заключала в собі положення, які були ніби то відображенням основ природного права, але потім, за допомогою повільної переробки, визначення її стали відображати загальні постанови, які відносяться до всіх злочинних діянь та покарань. Постанови Загальної частини не наділені самостійною дією, а дають відносно, становлячи собою ніби то винесені за душки частини окремих статей. За своєю структурою вони різко відрізняються від кримінально-правових норм частини Особливої. Більшість статей Загальної частини мають характер визначення; решта статей служать доповненням чи поясненням диспозицій чи санкцій частини Особливої.

Досить аргументованим видається твердження П.І. Люблінського стосовно виділення ним такої закономірності: чим ширше сфера, яка відводиться для угляду судді, тим більша частина законодавчої регламентації переноситься в Загальну частину за рахунок Особливої. Таким чином, розвиток Загальної частини знаменує собою заміну ряду конкретних велінь закону загальними правилами, розрахованими на розумний угляд судді. Досконалість та недоліки кодексу багато в чому визначаються вдалою побудовою його Загальної частини. Достовірність цього твердження не викликає сумнівів і у сучасній доктрині кримінального права.

Важливими з точки зору систематики кримінального закону і дещо забутими у сучасності є такі положення:

- правило, сформульоване в Загальній частині, передбачається таким, що має значення для всіх випадків, оскільки протилежне не обумовлене в самій Загальній частині, або в статті Особливої частини, яка відноситься до даного діяння. Наприклад, визначення термінів, дані в Загальній частині, передбачаються дійсними для всього кодексу, крім тих випадків, коли буде доведено інше його значення стосовно певного роду діянь;
- визначення терміну, дане в Особливій частині, передбачає те, що воно має значення для даного роду діянь, якщо не буде доведено його більш загальне значення;
- при розгляді складу кожного діяння, ознаки, що містяться у статті Особливої частини, яка описує це діяння, завжди повинні бути доповнюваними ознаками, що містяться у Загальній частині. Таке доповнення інколи різко міняє початкове розуміння статті;
- положення Загальної частини, які містять в собі визначення понять, не повинні розглядатися як теоретичні положення, а як правила практичного характеру, хоча й викладені у загальних виразах. Воли обов'язкові як продукт законодавчої волі. Якщо ж вони є виразом теоретичних поглядів законодавця, то вони позбавлені будь-якої теоретичної сили та можуть ігноруватися практикою;
- деякі положення Загальної частини застосовуються до частини Особливої тільки у випадках, особливо відзначених у законі. У такій ситуації необхідно у складі статей Особливої частини знайти спеціальну вказівку, що уповноважує на застосування до даного діяння цих постанов;
- деякі форми злочинної діяльності, що передбачені Загальною частиною, регулюються й частиною Особливою (окремі види співучасті, замах). В таких випадках постанови Особливої частини по відношенню до даного роду діянь витісняють дію постанов Загальної частини.

2. Досить корисним прийомом законодавчої систематики є поділ злочинних діянь на групи залежно від тяжкості діянь (ст.12 КК України).

3. Новітнім прийомом систематики є виділення в Особливу частину кодексу різних поліцейських проступків. Виділення проступків пояснюється нескладністю їх складу, різноманітністю цих постанов та їх швидкою мінливістю. Зміст частини кодексу, що присвячена злочинам, набуває з таким виділенням більш простого та стійкого характеру. Разом із тим, завдяки цьому одержується можливість поглиблення постанов Загальної частини. У сучасній правовій системі України діє Кодекс

про адміністративні правопорушення, який по-суті виконує функцію окремого нормативного акту про “поліцейські проступки”.

4. Накінець, серйозним прийомом систематики є створення належної класифікації злочинних діянь в межах Особливої частини. Сучасні кримінальні закони систематизують склади діянь за ознаками особливостей об’єкту діяння, тобто того блага, проти якого спрямовується злочинна поведінка. Дефективність такої класифікації часто призводить до помилок у тлумаченні та викривлення самого складу. Вироблення належної класифікації складів є задачею теорії кримінального права, яку звичайно й переслідує законодавець.

Наведені положення, або іншими словами – правила чи прийоми систематики, відомі науці, повторюся, ще з початку XX століття, нічого нового теорія кримінального права у цьому аспекті за століття не привнесла. Проте, й саме розуміння систематики кримінального закону, й врахування відомих вже правил системної побудови нормативного матеріалу у законотворчій та правозастосовній практиці, й вироблення нових знань у цій сфері на часі у новітній кримінально-правовій науці.

ПРОБЛЕМИ З'ЯСУВАННЯ ОЗНАК ЗЛОЧИНІВ, ЩО ПОСЯГАЮТЬ НА СВОБОДУ ВІРОСПОВІДАННЯ, В КОМЕНТАРЯХ КК УКРАЇНИ.

Маркін В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

На сьогодні коментарі Кримінального кодексу України (далі КК) займають особливе місце в системі джерел доктринального тлумачення. Характеризуючи це місце, доцільно звернути увагу, принаймні, на такі обставини. Перш за все, потрібно пам'ятати про їх значення для правозастосовчої практики. Чи не кожен суддя, прокурор, слідчий, адвокат, інша особа, професійна діяльність якої пов'язана з застосуванням приписів КК, постійно звертається до цього джерела тлумачення кримінально-правових норм. При цьому багато хто сприймає коментар як щось невіддільне від самого КК, а викладені в ньому положення розглядаються як усталені та універсальні знаряддя вирішення практичних проблем правозастосування. Іншою обставиною, на яку слід звернути увагу, є структура коментарів та зміст рекомендацій, що в них містяться. Як правильно зазначає М.І. Мельник, «коментування не обмежується лише тлумаченням конкретних положень КК, але й передбачає рекомендації щодо кваліфікації злочинів за їх сукупністю, врахування особливостей відповідальності за той чи інший злочин, вчинений у співучасті чи на стадії підготовки або замаху, відмежування конкретного злочину від суміжних злочинів та інших правопорушень». Крім того, в коментарях часто наводяться витяги з міжнародних договорів, нормативно-правових актів, загальнотеоретичні положення тощо. Сказане значною мірою обумовлює особливий статус коментарів КК, дозволяє говорити про актуальність досліджень, присвячених проблемам коментування тієї чи іншої групи злочинів.

Одразу зауважимо, що дане дослідження не має на меті визначити вичерпний перелік злочинів, що посягають на свободу віросповідання. Тому в цій доповіді піде мова про злочини, які передбачені ст. 178 – 181 КК України, адже саме їх переважна більшість науковців відносять до таких, що спрямовані проти відносин у сфері віросповідання.

На перший погляд видається, що як таких проблем, пов'язаних з коментуванням злочинів, що посягають на свободу віросповідання, не існує, а незначні розбіжності в поглядах науковців, котрі коментують відповідні статті, є несуттєвими, такими, що не заслуговують на увагу. Проте, більш детальний аналіз положень, викладених в коментарях КК, дозволяє стверджувати, що такі проблеми все ж таки мають місце. Вони стосуються в основному з'ясування деяких ознак відповідних складів злочинів та кваліфікації таких злочинів.

В свою чергу, проблеми, пов'язані зі з'ясуванням ознак досліджуваної групи злочинів, можна звести до таких трьох груп: 1) проблеми, пов'язані з з'ясуванням ознак предметів цих злочинів; 2) проблеми, пов'язані з з'ясуванням змісту діянь (діянь і наслідків – у випадках, коли вони позначені одним терміном); 3) проблеми, пов'язані з з'ясуванням форм та видів вини, з якими можуть вчинятися відповідні злочини, мотивів та мети їх вчинення.

Переходячи до аналізу *першої групи* проблем, варто наголосити, що існування останніх значною мірою обумовлюється недостатнім регулюванням відносин, що виникають в сфері реалізації свободи віросповідання правовими нормами. На сьогодні відсутні нормативно-правові акти, аналіз яких дає можливість з'ясувати позицію законодавця щодо значення понять «релігійна споруда», «культовий будинок» чи «релігійна святиня». Зрозуміло, що за таких умов встановлення змісту відповідних понять значно утруднюється, а позиції, викладені в коментарях, інколи різняться між собою.

Більшість коментарів не розмежовує такі предмети злочинів, як релігійна споруда і культовий будинок. Так, наприклад, в науково-практичному коментарі КК під ред. М.І. Мельника та М.І. Хавронюка (автор коментарю статей М. І. Хавронюк) вказується, що релігійні споруди та культові будинки – це приміщення для проведення або забезпечення богослужінь, виконання релігійних обрядів і церемоній. Науково-практичний коментар до КК під ред. М.О. Потєбенька і В.Г. Гончаренка (автор коментарю статей Л.Б. Ільковець) містить поняття культової будівлі і вказується, що в Україні такими можуть бути певні споруди чи будівлі. Незважаючи на те, що з таким підходом погодитись важко (адже сам законодавець розрізняє ці два види предметів), зазначимо, що він, в цілому, не

породжує проблем при кваліфікації таких посягань, а встановлення критеріїв розмежування зазначених предметів має швидше теоретичне, ніж практичне значення.

Куди більші труднощі виникають при з'ясуванні того, що ж необхідно розуміти під релігійною святинею як предметом злочину. При цьому одні автори вказують на ознаки, якими повинен володіти той чи інший об'єкт, щоб визнаватися релігійною святинею. Інші пропонують перелік об'єктів, які, на їхню думку, можуть виступати предметом відповідного злочину. Треті ж роблять спроби об'єднати ці два підходи. Загалом можна констатувати, що до релігійних святинь автори коментарів до ст. 179 КК відносять такі об'єкти: речі матеріального світу, які особливо шановані віруючими у зв'язку з їх релігійними переконаннями; місця (місцевості) релігійного поклоніння чи паломництва віруючих; релігійні споруди чи будівлі. У зв'язку з цим виникає, зокрема, таке питання: чи можуть визнаватися предметом злочину, передбаченого ст. 179 КК, релігійні споруди та культові будинки? В науково-практичному коментарі під ред. С.С. Яценка (автор коментарю до статті П.П. Андрушко) з цього приводу зазначається, що «релігійними святинями можуть визнаватися і найбільш відомі і шановані віруючими певних релігій культові будинки, храми, монастирі, склепи, каплиці та інші споруди, які для них є предметами релігійного поклоніння». Мабуть, треба погодитися з тим, що при буквальному розумінні термінологічного звороту «релігійна святиня» жодних перешкод для можливості визнання такою і певної релігійної споруди чи культового будинку не вбачається. Однак порівняльний аналіз положень ст. 178 і ст. 179 КК дає підстави для сумнівів. Враховуючи те, що діяння, як ознаки відповідних складів злочинів, можуть збігатися (в злочині, передбаченому ст. 178 діяння і наслідки позначені терміном «зруйнування», а в злочині, передбаченому ст. 179 – «знищення») привертають увагу санкції статей. Їх порівняння показує, що за зруйнування чи пошкодження релігійних споруд чи культових будинків встановлене більш суворе покарання, ніж за знищення релігійних святинь. В зв'язку з цим виникає проблема кримінально-правової оцінки випадків зруйнування релігійних споруд чи культових будинків, які є водночас релігійними святинями. Щодо цієї проблеми в коментарях не запропоновано жодних варіантів її вирішення. На практиці ж такі випадки можуть отримувати різну кримінально-правову кваліфікацію.

Стосовно ознак релігійної святині як предмета злочину, то в різних коментарях КК пропонується принаймні три ознаки. Так, в науково-практичному коментарі КК під ред. Є.Л. Стрельцова (автор коментарю статей А.П. Бабій) зазначається, що релігійна святиня повинна бути визнана як така у встановленому релігійною організацією порядку. Автори науково-практичного коментаря під ред. В.В. Сташиса та В.Я. Тація (автор коментарю статей А.В. Тарасенко) вказують, що релігійна святиня як предмет злочину повинна перебувати у державній власності чи у власності релігійних організацій. Цікаву точку зору викладено в науково-практичному коментарі під ред. М.О. Потєбенька і В.Г. Гончаренка, де стверджується, що діяльність конфесії, яка поклоняється цим релігійним святиням, повинна бути не заборонена згідно із законодавством України.

Як бачимо, в коментарях існують суттєві розбіжності не лише щодо виділення ознак релігійної святині як предмета злочину, але й щодо можливості визнання релігійними святинями тих чи інших об'єктів.

Друга група проблем, задекларованих в темі, стосується з'ясування змісту діянь (діянь і наслідків) як ознак злочинів, що посягають на свободу віросповідання. Найбільші складнощі виникають при тлумаченні таких понять, як «зруйнування» та «осквернення». І це не дивно. Термін «осквернення» вживається законодавцем лише в назві та диспозиції ст. 179 КК і в жодних інших статтях КК не використовується, а термін «зруйнування» (крім ст. 178 КК) вживається ще один раз в диспозиції ст. 113 КК «Диверсія». Крім того, поряд з терміном «зруйнування» в цілому ряді випадків законодавець чомусь використовує термін «руйнування»: ст. 194-1, ст. 265, ст. 277, ст. 292, ст. 298 КК.

Більшість науковців, коментуючи ст. 178 КК, розглядають терміни «знищення» та «зруйнування» як юридичні синоніми, а при їх тлумаченні опираються на позицію Пленуму Верховного суду, що відображена в Постанові від 2 липня 1976 року «Про судову практику в справах про знищення та пошкодження державного чи колективного майна шляхом підпалу або внаслідок порушення встановлених законодавством вимог пожежної безпеки» (з наступними змінами). Нагадаємо, що п. 2 цієї постанови трактує знищення майна як приведення його у повну непридатність до використання за цільовим призначенням; внаслідок знищення майно перестає існувати або повністю втрачає свою цінність. При такому підході знищення релігійних споруд чи культових будинків пов'язується з втратою можливості їх використання за цільовим призначенням через приведення їх до повної непридатності. Вказується також, що при зруйнуванні вже неможливе ні використання, ні поновлення майна (Науковий коментар КК М. Й. Коржанського).

Інші ж дослідники, тлумачачи термін «знищення», вважають його дещо відмінним від терміну «зруйнування». Такий підхід виправданий насамперед логічно, адже якщо в КК законодавець використовує два різних терміни, то зміст понять, які ними позначені, повинен хоча б чимось різнитися. До того ж, вже в наступній ст. 179 КК використано термін «знищення». Згадана відмінність, на їхню думку, полягає в тому, що при зруйнуванні (на відміну від знищення) зберігається можливість відновлення релігійної споруди чи культового будинку. Так, в науково-практичному коментарі під ред. М. О. Потебенька та В.Г. Гончаренка зазначається, що внаслідок зруйнування об'єкти втрачають свою цінність і можливість використання повною мірою за призначенням, проте їх можна відтворити.

Цікавою є позиція, запропонована в науково-практичному коментарі під ред. В.Г. Гончаренка і П. П. Андрушка (автор коментарю до статті П. П. Андрушко). Коментуючи відповідну статтю, автор пише: «Із суб'єктивної сторони пошкодження чи зруйнування релігійної споруди або культового будинку характеризується умисною формою вини, оскільки ст. 178 передбачає відповідальність не просто за знищення релігійних споруд чи культових будинків, а за їх руйнування. Тим самим законодавець підкреслює умисний характер дій винного, а саме їх демонстративну спрямованість на руйнування споруди». Як бачимо, на думку автора, використання законодавцем саме терміну зруйнування є виправданим і дає можливість з'ясувати форму вини, з якою вчиняється злочин.

Що ж стосується поняття «осквернення», то його тлумачення в сучасних коментарях КК здійснюється шляхом вказівки на те, як саме таке діяння може проявитися в реальній дійсності. При цьому окремі автори притримуються точки зору, відповідно до якої осквернення релігійної святині може бути вчинене, в тому числі, і шляхом її пошкодження чи зруйнування. Інші ж, наводячи перелік таких дій, на це не вказують.

Зокрема, в науково-практичному коментарі під ред. В. В. Сташиса та В. Я. Тація поняття «знищення» і «зруйнування» розглядаються (виходячи зі змісту коментарю) як тотожні. Разом з тим, вказується, що осквернення релігійної святині може полягати і в її пошкодженні чи руйнуванні. Така позиція автора нам видається досить суперечливою, адже склад злочину, передбачений статтею 179 КК, з об'єктивної сторони полягає не лише в утримуванні чи оскверненні релігійних святинь, але й у знищенні останніх.

Треба сказати, що існування аналізованої групи проблем носить доволі штучний характер, зумовлюється недотриманням правил законодавчої техніки, необгрунтованим використанням законодавцем термінів, що позначають подібні за змістом поняття.

Аналіз проблем з'ясування ознак суб'єктивної сторони складів злочинів, що посягають на свободу віросповідання (віднесених нами до *третьої групи*), дає можливість констатувати наступне. Більшість науковців, коментуючи досліджувану групу злочинів, вказують на конкретний вид вини, з яким вчиняються ті чи інші посягання (як правило, мова йде про прямий умисел), або ж обмежуються вказівкою на форму вини. Проте, деякі автори серед обов'язкових ознак суб'єктивної сторони злочинів, що посягають на свободу віросповідання (передбачених ст. ст. 178, 180 – науковий коментар М. Й. Коржанського; ст. 179 – науково-практичний коментар під ред. С. С. Яценка (автор коментарю до статті П. П. Андрушко) називають мету чи мотив їх вчинення. Важко сказати, на чому ґрунтуються такі твердження, адже в диспозиціях цих статей не міститься жодних вказівок на мету або мотиви вчинення таких злочинів; не дає підстави для такого висновку і аналіз санкцій статей.

Привертає до себе увагу положення, викладене в науково-практичному коментарі під ред. В. В. Сташиса та В. Я. Тація. Коментуючи положення ст. 178 КК, автор зазначає, що суб'єктивна сторона складу злочину, передбаченого цією статтею, може характеризуватися умисною або змішаною формою вини: прямий умисел щодо діяння та умисел або необережність щодо наслідків діяння. Видається, що обгрунтованість такої позиції спірна, адже вона не лише ігнорує усталені наукові положення про злочини зі змішаною формою вини, але й безмежно розширює коло таких злочинів.

Підсумовуючи сказане, доводиться констатувати, що значна кількість проблем, пов'язаних із з'ясуванням ознак злочинів, що посягають на свободу віросповідання, в коментарях КК не знайшли свого вирішення. Існують суттєві розбіжності в поглядах науковців стосовно розуміння тих чи інших ознак відповідних складів злочинів. Вони обумовлюються, зокрема: відсутністю глибоких теоретичних досліджень цієї групи злочинів; недосконалістю законодавчого формулювання відповідних статей; недостатністю правового регулювання відносин в сфері свободи віросповідання. Чимало проблем на сьогодні залишаються невирішеними і потребують подальших досліджень.

**ПРОБЛЕМИ ДОВІЧНОГО ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ НА СУЧАСНОМУ
ЕТАПІ РОЗВИТКУ ВІТЧИЗНЯНОГО ЗАКОНОДАВСТВА***Мостепанюк Л.**Київський національний університет внутрішніх справ*

Ще зовсім донедавна найбільш суворим видом покарання в українському кримінальному законодавстві була смертна кара. Але такий підхід знаходився у протиріччі із Загальною декларацією прав людини, де стверджується, що кожна людина має право на життя. Крім того, ст. 3 Конституції України говорить, що людина, її життя та здоров'я, честь та гідність, недоторканість та безпека визнаються найвищою соціальною цінністю.

При вступі України до Ради Європи в листопаді 1995 року Україна зобов'язалася ввести мораторій на виконання смертних вироків і дотримуватись Конвенції про захист прав людини та основних свобод. Але поява інформації про те, що в нашій державі продовжуються виконуватись смертні вироків, призвело до декількох серйозних обговорень політики України в Парламентській Асамблеї Ради Європи. В результаті різкої критики та тиску зі сторони Парламентської Асамблеї Україна встановила мораторій на виконання смертних вироків, здійснивши останню страту 11.03.1997 року, а 5.05.1997 року підписавши Протокол № 6 до Конвенції про захист прав і основних свобод людини, який стосується скасування смертної кари, із поправками, внесеними відповідно до положень Протоколу № 11 28.04.1983 року.

У ст.ст. 1-2 Протоколу № 6 говориться: “Смертна кара скасовується. Жодна людина не може бути засуджена до такого покарання або страчена. Держава може передбачити у своєму законодавстві смертну кару за діяння, вчинені під час війни або неминучої загрози війни; таке покарання застосовується лише у випадках, передбачених законом і згідно з його положеннями. Держава повідомляє Генерального Секретаря Ради Європи про відповідні положення такого закону”. Як член Ради Європи Україна погодилась беззастережно дотримуватись цієї норми.

Конституційний Суд України 29.12.1999 року розглянув питання про відповідність Конвенції положень статей Кримінального Кодексу України, що передбачали смертну кару в якості покарання.

Виходячи з положень Конституції про те, що:

- людина, її життя, здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека є найбільшою цінністю;
- право на життя є невід'ємним правом кожної особи, ніхто не може бути позбавлений життя довільно;
- ніхто не може піддаватися тортурам, жорстокому, нелюдському чи принижуючому його гідність поводженню чи покаранню;
- а також приймаючи до уваги прийняті в Україні при вступі до Ради Європи зобов'язання по виконанню Протоколу №6 до Конвенції про захист основних прав людини і свобод, що стосується відміни смертної кари,

Конституційний Суд визнав неконституційними положення санкцій статей Особливої частини Кримінального кодексу України, що передбачали смертну кару як вищу міру покарання.

Беручи до уваги ці обставини та підтверджуючи європейській вибір шляху розвитку нашої країни, Верховна Рада внесла відповідні зміни та доповнення до чинного кримінального та кримінально-виконавчого законодавства і 22.02.2000 року прийняла Закон України “Про ратифікацію Протоколу № 6 до Конвенції про захист прав і основних свобод людини, який стосується скасування смертної кари 1983 року” № 1484 – III, який законодавчо відмінив застосування смертної кари, натомість якої система видів покарань доповнилася довічним позбавленням волі. 4.04.2000 року Україна ратифікувала Протокол № 6 до Європейської Конвенції з прав людини, що вступив в силу в країні 1.05.2000 року.

Таким чином, серед причин появи довічного позбавлення волі в законодавстві України виділяються кримінально-правові, гуманітарні та політичні. Введення вказаного виду покарання до

КК відображало напрямки і тенденції, які відбувалися в Україні, а саме: прагнення держави замінити смертну кару більш гуманним покаранням у вигляді довічного позбавлення волі.

Включення довічного позбавлення волі до системи покарань відображало певні тенденції в розвитку кримінальної політики держави на сучасному етапі, у формуванні яких враховуються стан злочинності, її динаміка та структура, які характеризуються в останні роки інтенсивним зростом тяжких і особливо тяжких злочинів насильницького, корисливо-насильницького та корисливого характеру. Кримінологічна ситуація стимулює прийняття жорстких заходів по боротьбі зі злочинністю, в тому числі і в кримінальному законодавстві. Одним з таких заходів стало суттєве підвищення в КК строків позбавлення волі. Введення довічного позбавлення волі представляє собою логічне завершення змін в строках даного виду покарання.

В Кримінальному Кодексі України 2001 року (далі – КК) довічне позбавлення волі передбачено в якості самостійного виду покарання (ст. 64). Згідно з КК, довічне позбавлення волі встановлюється за вчинення особою особливо тяжких злочинів і застосовується лише у випадках, спеціально передбачених кодексом, якщо суд не вважає за можливе застосувати позбавлення волі на певний строк.

Хоча історія свідчить про те, що довічне позбавлення волі не є новелою ХХ століття – для зарубіжного кримінального законодавства та для кримінального законодавства Російської імперії (до складу якої входила Україна) кінця ХІХ ст. характерним було довічне позбавлення волі, що представляло собою безстрокову каторгу. Довічне позбавлення волі у вигляді безстрокових каторжних робіт виконувало роль самостійного виду кримінальних покарань, застосування якого регламентувалося Загальною та Особливою частинами кримінального закону. Безстрокові каторжні роботи були одним з найтяжчих видів покарання (після смертної кари) і передбачалися за скоєння відносно вузького кола найбільш тяжких злочинів. Довічність каторжних робіт була не абсолютною, а відносною – безстрокові каторжні роботи могли бути замінені на певний термін або, по досягненню особою 70 років, замінювалися поселенням у віддалених місцях Сибіру;

І хоча в діючому КК довічному позбавленню волі присвячений ряд норм, відповідні положення кримінального закону навряд чи можна вважати достатніми і досконалими. Включення цього виду покарання в українське законодавство, по суті, було несподіваним для вітчизняної кримінально-правової і пенітенціарної доктрини. Проблема довічного позбавлення волі висвітлена всього в декількох роботах, причому лише в питанні його виконання, а виконуватися воно в Україні стало наприкінці останнього десятиліття двадцятого сторіччя. Тому зрозуміло, що за такий короткий період не можна ґрунтовно з'ясувати всі теоретичні і практичні аспекти.

Запровадження довічного позбавлення волі як альтернативи смертній карі відповідає сучасним уявленням про гуманізм у сфері застосування покарань та поведження із засудженими. При застосуванні довічного позбавлення волі у засуджених залишається право на життя, що є втіленням принципу поваги прав людини, сформульованому в Загальній декларації прав людини. Зміст даного заходу державного примусу, де знаходить свій вираз у максимально можливому ступені ізоляція засуджених до довічного позбавлення волі (порівняно з іншими категоріями позбавлених волі), відповідає принципу справедливості при застосуванні покарання, бо певним чином відображає співрозмірність злочину та кари. Втіленням принципу невідворотності виконання покарання є те, що засуджені до довічного позбавлення волі мають зазнавати відповідних правообмежень, притаманних цьому виду покарань протягом щонайменше 20 років поперед тим, як у них виникне можливість клопотати про помилування. Реалізацією принципу законності буде і те, що Кримінально-виконавчий кодекс України ставить обмеження прав і свобод засуджених до довічного позбавлення волі у певні межі і зобов'язує всіх суб'єктів виконання-відбування даного покарання дотримуватись вимог законодавства, тобто їх поведінка має відповідати запропонованій законодавчій моделі

Запровадження замість смертної кари альтернативного і досить суворого покарання, яким є довічне позбавлення волі, цілком відповідає демократичним цінностям, проголошеним у Кримінальному кодексі та міжнародних стандартах про права людини. У режимі довічного позбавлення волі знаходить свій конкретний прояв те, що властиве даному виду позбавлення волі і відображає зміст найсуворішого за Кримінальним кодексом виду покарання.

**ТЕРМІН “ПЕРЕДАЧА” В СТАТТЯХ ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ
КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ: ДОКТРИНАЛЬНЕ
ТЛУМАЧЕННЯ***Панчак О.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Нині чинний Кримінальний кодекс України (далі – КК України), як і інші нормативно-правові акти, поряд з спеціальними термінами використовує загальноживані. Вживання таких термінів в тексті закону є позитивним явищем, оскільки вони роблять закон зрозумілішим і доступнішим для громадян-неюрислів. Проте, окрім позитивних моментів, є і ряд негативних. Серед них те, що законодавець дуже рідко дає автентичне тлумачення таких термінів і не завжди, навіть в межах одного нормативного акту, вкладає в них один і той же зміст у всіх випадках їх використання. А це викликає проблеми із тлумаченням таких термінів, наповненням їх змістом та із застосуванням статей, в яких вони використовуються. Розглянемо це на прикладі використання терміна “передача” в КК України.

Термін “передача” використовується в Особливій частині КК України у 16-ти статтях (ст.ст. 114, 149, 158, 159¹, 169, 189, 221, 234, 263, 265, 307, 313, 330, 333, 413, 442) для характеристики об’єктивної сторони відповідних складів злочину. Визначення змісту цього поняття законодавець в КК України не дає. Ми знайшли принаймні три приклади тлумачення цього терміна: два у нормативно-правових актах (1. Положення про порядок підготовки документів щодо передачі державної таємниці іноземній державі чи міжнародній організації, затверджене Указом Президента України від 14.12.2004 р. № 1483/ 2004 щодо ст. 114 КК України. 2. Закон України від 20.02.2003 р. № 549-IV “Про державний контроль за міжнародними передачами товарів військового призначення та подвійного використання” щодо ст. 333 КК України) та один у постанові Пленуму Верховного Суду України (Постанова Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. № 3 “Про судову практику в справах про викрадення та інше незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями чи радіоактивними матеріалами” щодо ст. 263 КК України). Проте, зазначені тлумачення суттєво різняться між собою, стосуються тільки тих випадків, щодо яких здійснені, і обумовлені особливостями предметів, які передаються, та, відповідно, тільки до вказаних статей і можуть бути використані.

Оскільки термін “передача” є загальноживаним, важливим є з’ясування його буденного, поширеного значення. Відповідно до Великого тлумачного словника сучасної української мови дієслово “передати” розуміється як “віддати, подати, вручити комусь-небудь те, що тримають у руках чи беруть у руки; вручити, віддати щось комусь-небудь через посередника або за чийм-небудь дорученням; віддати що-небудь своє, від себе і т. ін. в чиєсь відання, володіння, розпорядження”. Як бачимо, визначення є досить загальним і не дає нам відповідей на питання, чи передача це лише безоплатне віддання, вручення, чи й оплатне; чи відповідні предмети можуть передаватися лише в тимчасове відання, володіння, розпорядження, чи й на постійне, тощо.

Видається, що вивести загальне поняття терміна “передача”, яке б розкривало зміст суспільно-небезпечного діяння у всіх статтях КК України, де він зустрічається, є неможливим, оскільки при використанні цього терміну законодавець порушив одне з основних правил і вимог законодавчої техніки про те, що одні і ті ж терміни в межах принаймні одного нормативно-правового акту (а то й цілої системи права), повинні використовуватися в одному і тому ж значенні. Так, у ст.ст. 114, 149, 158, 169, 265, 330, 333 та 442 КК України жодних обмежень щодо значення цього терміна ні в тексті, ні за змістом не міститься. Проте, у ст.ст. 234, 313 та 413 КК України цей термін вживається поряд з терміном “продаж”, а у ст.ст. 263, ч. 2 ст. 307 КК України – поряд з терміном “збут”, які відповідно обмежують його зміст. Із останніх прикладів можна зробити висновок, що терміни “передача” і “збут” чи “передача” та “продаж” є взаємовиключними за змістом, оскільки вони вживаються для позначення альтернативних суспільно небезпечних діянь. Однак, логічне тлумачення диспозицій статей, в яких ці терміни вживаються “не в парі” (напр., ст.ст. 114, 149, 200, 217, 226, 330 та ін. КК України), дає підстави зробити висновок, що вони за змістом повністю збігаються або, принаймні, перетинаються. Така ж проблема із неможливістю в окремих випадках розмежувати термін “передача” виникає і з терміном “розголошення” (напр., ст.ст. 114, 132, 145, 168, 209¹, 330 та ін. КК України). Більше того, ми

не можемо навіть використати судове тлумачення цього терміна дане щодо ст. 263 КК України (як і терміна “збут”), при тлумаченні ч. 2 ст. 307 КК України враховуючи споживний характер предмета складу злочину, передбаченого цією статтею.

Враховуючи все вищенаведене, при тлумаченні терміна “передача”, який використовується в статтях КК України, ми не можемо використовувати системний (з врахуванням лише положень КК України) спосіб тлумачення, оскільки можемо отримати хибний результат. Тому допустимим є за таких умов різне доктринальне тлумачення цього терміна щодо різних складів злочину, навіть в межах одного і того ж джерела, що і має місце в сучасній кримінально-правовій науці.

Важливим є також з’ясування моменту закінчення злочинів, суспільно небезпечне діяння в яких полягає у передачі відповідних предметів чи осіб. В кримінально-правовій літературі цьому питанню або взагалі не приділяється увага, або такий момент визначається дуже неконкретизовано.

Проте, визначення такого моменту має важливе значення для і впливає на вирішення ряду кримінально-правових питань, таких як, можливість приєднання до незакінченого злочину співучасників, можливість добровільної відмови від доведення злочину до кінця тощо.

Усі злочини, об’єктивна сторона яких описується через використання терміна “передача” (окрім одного – ст. 221 КК України), є злочинами з формальний складом і вважаються закінченими з моменту вчинення такого суспільно-небезпечного діяння. Коли момент передачі відповідного предмета і його прийняття (у випадку з відомостями, які є предметом злочинів, передбачених ст.ст. 114 та 330 КК України – момент ознайомлення з ними) іншою особою (адресатом) збігається, то проблем не виникає. Але ці два моменти можуть значно розходитися в часі, наприклад, коли для передачі використовуються пошта чи інші засоби зв’язку, посередники, сховища тощо. Тоді постає питання, що вважати моментом закінчення злочину – момент вчинення самої передачі предмета чи момент його прийняття (ознайомлення) адресатом. Вважаємо, що друге, виходячи з таких міркувань. По-перше, сам термін “передача” вказує на дію за значенням “передати” доконаного виду, тобто вказує не на процес передавання, а на результат. По-друге, термін “передача” вказує на дію, яка завжди відбувається як мінімум між двома суб’єктами – завжди є та особа, яка передає, і та, якій передають, і успішність діяння першого часто залежить від поведінки другого. В окремих складах злочину цей адресат конкретизований і ним може бути лише певна особа (ст.ст. 114, 330 КК України). По-третє, визнавши моментом закінчення цих злочинів момент самої передачі предмета, не залежно від його прийняття іншою особою, ми істотно обмежимо право винної особи на добровільну відмову від доведення злочину до кінця в проміжку до такого прийняття (напр., особа залишає за домовленістю предмет в сховищі, однак, до моменту вилучення адресатом, сама забирає його).

Тому, сама лише передача відповідних предметів без їх прийняття адресатом буде становити незакінчений замах на вчинення відповідного злочину. Як замах також повинна кваліфікуватися передача непридатного предмету, якщо винний помилявся щодо властивостей останнього, сприймаючи його за належний.

Не слід також забувати, що при передачі, в якій завжди, як ми вже зазначали, беруть участь принаймні дві особи, має місце необхідна співучасть і повинні підлягати кваліфікації дії обох осіб залежно від ролі, яку кожна з них виконувала.

Ще одна обставина, яка стосується тлумачення терміна “передача” і на яку ми б хотіли звернути увагу, є та, що порядок передачі окремих предметів є врегульований відповідним законодавством. Тобто така передача є дозволена, але з дотриманням певних умов та процедур. У таких випадках кримінально караною є лише **незаконна** передача, а передача на законних підставах, але із порушенням відповідних правил (умов), буде адміністративним проступком. Це, зокрема, стосується:

1. ст. 114 КК України “Шпигунство”: Положення про порядок підготовки документів щодо передачі державної таємниці іноземній державі чи міжнародній організації, затверджене указом Президента України від 14 грудня 2004 р. № 1483/2004. Порушення цього положення тягне за собою відповідальність за п. 1 ч. 1 ст. 212² Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КпАП) “Порушення законодавства про державну таємницю”;
2. ст. 330 КК України “Передача або збирання відомостей, що становлять конфіденційну інформацію, яка є власністю держави”: Постанова Кабінету Міністрів України від 19 липня 2006 р. № 1000 “Деякі питання обліку, зберігання і використання документів, справ, видань та інших матеріальних носіїв інформації, які містять конфіденційну інформацію, що є власністю держави”. Порушення цієї постанови тягне за собою відповідальність за ст. 212-5

КпАП “Порушення порядку обліку, зберігання і використання документів та інших носіїв інформації, які містять конфіденційну інформацію, що є власністю держави”.

Відповідно, всі інші передачі, які складають собою об’єктивну сторону відповідних складів злочину, в силу важливості об’єктів, на які вони посягають, і суспільної небезпеки цих діянь, законними за жодних умов не визнаються і завжди будуть злочинними.

Отже, розглянувши всі випадки використання в КК України терміна “передача”, ми прийшли до висновку, що законодавець не завжди дотримується основних правил і вимог законодавчої техніки про те, що одні і ті ж терміни в межах одного нормативно-правового акта повинні використовуватися в одному і тому ж значенні, а різним термінам не повинне надаватися одне і те ж значення. Відповідно, в ході подальшого вдосконалення закону про кримінальну відповідальність слід добиватися того, щоб зазначені недоліки були усунені.

**О СОВЕРШЕНСТВОВАНИИ УГОЛОВНО-ПРАВОВЫХ НОРМ ОБ
ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА БАНДИТИЗМ ПО УГОЛОВНОМУ
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ**

Саванович Н.

*Национальный центр законопроектной деятельности при
Президенте Республики Беларусь*

Статья 286 УК Беларуси 1999 года предусматривает уголовную ответственность за создание банды, то есть вооруженной организованной группы с целью нападения на предприятия, учреждения, организации или на граждан, а также за руководство бандой, либо участие в банде или совершаемых ею нападениях.

Из данной статьи следует, что банда является разновидностью организованной группы, обладающей рядом дополнительных признаков. Подобный подход утвердился в теории и получил законодательное закрепление не так давно. Длительное время банду относили к соучастию особого рода, более опасной разновидности соучастия по сравнению с организованной группой. Эта позиция была отражена в ч. 2 п. 2 ранее действовавшего постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 19 марта 1998 года № 1 «О судебной практике по делам о бандитизме» где отмечалось, что «банда от преступной организации отличается только вооруженностью и преступной целью – совершение нападений» (О судебной практике по делам о бандитизме: постановление Пленума Верховного Суда Респ. Беларусь от 19 марта 1998 г. № 1 // Судовы веснік. – 1998. – № 2. – С. 9).

Точка зрения о признании банды разновидностью преступной организации, основанная на национальном законодательстве, поддерживается в настоящее время отдельными российскими и украинскими исследователями (напр. В.С. Комиссаров, В.А. Навроцкий) (Научно-практический комментарий Уголовного кодекса Украины от 5 апреля 2001 года. под ред. Н.И. Мельника, Н.И. Хавронюка. – Киев, А.С.К. – 2002. – С. 734; 3, Курс уголовного права: В 5 т.: Учеб. для вузов / МГУ им. М.В. Ломоносова. Юрид. фак.; Под ред.: Кузнецовой Н.Ф., Тяжковой И.М. – М. : Зерцало-М, 2002 Т. 1: Общая часть: Учение о преступлении/ Борзенков Н., Комиссаров В.С., Крылова Н.Е. [и др.]. – С. 240). В российской уголовно-правовой литературе высказано также предложение (А.В. Хадзегов) о признании банды самостоятельной формой соучастия, занимающей промежуточное положение между организованной группой и преступным сообществом (Хадзегов, А.В. Банда и состав бандитизма в уголовном праве России: автореф. дис. ... канд. юрид наук: 12.00.08 / А.В. Хадзегов; Рост. юрид. ин-т МВД России. – Ростов-на-Дону, 2004. – С. 9-10).

На наш взгляд, применительно к белорусскому законодательству, банду следует рассматривать в качестве разновидности организованной группы, а не признавать ее самостоятельной формой соучастия, или одним из видов преступной организации. Преступная организация представляет собой наивысший уровень консолидации преступной среды, отражающий наличие объединительных тенденций уже не между индивидами, а между преступными формированиями.

В отношении же выделения банды в самостоятельную форму соучастия отметим следующее. Банда обладает всеми признаками организованной группы, плюс рядом дополнительных признаков, подчеркивающих специфику ее деятельности. Однако это вряд ли дает основания для выделения ее в самостоятельную форму соучастия. Другие организованные группы также могут иметь дополнительные характеристики, отражающие специальные приемы и методы их деятельности. Думается, что произвольное выделение форм соучастия, к тому же не учитывающее оснований их классификации не приведет ни к чему кроме путаницы.

В ст. 286 УК Беларуси предусмотрена уголовная ответственность за такие действия как создание банды и руководство ею, а также участие в банде. При этом названные варианты поведения уравниваются по степени общественной опасности, с чем сложно согласиться. Степень общественной опасности создания банды и руководства ей существенно выше по сравнению с простым участием в банде. Полагаем, данное обстоятельство должно быть учтено посредством дифференциации уголовной ответственности и установления различных санкций за создание банды и руководство ею, по сравнению с иными формами участия в банде. Подобный подход реализован в УК ряда стран СНГ, в частности в УК РФ, Армении.

Наряду с созданием банды, руководством ею и участием в банде, в ст. 286 УК Беларуси в качестве самостоятельной формы бандитизма предусматривается участие в нападениях, совершаемых бандой. В уголовно-правовой литературе под данной формой бандитизма понимаются ситуации, когда лицо, не являющееся членом банды, принимает непосредственное участие в нападении банды (Устинова, Т.А. Уголовная ответственность за бандитизм (по новому УК РФ) / Т.А. Устинова.- М.: ЗАО «Бизнес-школа «Интел-Синтез», 1997 – С. 41; Курс уголовного права: В 5 т.: Учеб. для вузов / МГУ им. М.В. Ломоносова. Юрид. фак.; Под ред.: Борзенкова Н., Комиссарова В.С – М.: Зерцало-М, 2002 Т. 4: Особенная часть / Зубкова В.И., Комиссаров В.С., Леонтьев Б. М. [и др.]. – С. 255; Уголовное право Республики Беларусь. Особенная часть. учеб. пособие для студентов специальностей «Правоведение» и «Экономическое право» вузов: Ахраменка Н.Ф. [и др.]; ред.: Бабий Н.А., Грунтов И.О. – Минск.: Новое знание, 2002. – С. 504). Аналогичный подход закреплен и в ч.2 п.8 Постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 25 сентября 2003 г. № 9 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с созданием и деятельностью организованных групп, банд и преступных организаций», где указано, что «лицо, не являющееся участником организованной группы или банды, но принявшее непосредственное участие в совершении какого-либо преступления в их составе, сознавая, что действует совместно с ними, несет ответственность за совершение преступления организованной группой или бандой.» (О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с созданием и деятельностью организованных групп, банд и преступных организаций: постановление Пленума Верховного Суда Респ. Беларусь, 25 сент. 2003 г. № 9 // Судовы веснік. – 2003. – №4. – С. 4).

Выделение в УК названной формы бандитизма представляется спорным. Бандитизм предполагает осуществление участниками банды систематической преступной деятельности, готовность к совершению новых преступлений. Признание участия в нападениях, совершаемых бандой, одной из форм бандитизма и установление за него санкции, аналогичной санкции за создание банды и участие в ней, означает механическое объединение в рамках одной статьи различных явлений. Для лица, которое принимает участие в конкретном нападении, но не является членом банды, это все еще разовое преступление. Такое лицо, по нашему мнению должно привлекаться к ответственности только за конкретное преступление, в совершении которого оно участвовало.

Стоит отметить, что отдельные исследователи трактуют указанную форму бандитизма более широко, распространяя ее не только на тех лиц, кто не является участником банды, но и на ее членов. Так, в частности, С.Е. Данилюк отмечает, что «участием в нападениях, совершаемых бандой, считается непосредственное участие в совершаемых бандой преступлениях в качестве исполнителя или пособника, в том числе лица, не являющегося членом банды, но сознающего, что принимает участие в преступлении, совершаемом бандой» (Данилюк, С.Е. Квалификация бандитизма по новому УК Республики Беларусь / С.Е. Данилюк // Вестник Академии МВД Республики Беларусь. – 2001. – № 2. – С. 42). Схожей точки зрения придерживаются и В.А. Навроцкий, хотя, по его мнению, лицо, не выполняющее объективную сторону нападения, а оказывающее содействие банде иным способом, должно нести ответственность за пособничество бандитизму (Научно-практический комментарий Уголовного кодекса Украины от 5 апреля 2001 года. под ред. Н.И. Мельника, Н.И. Хавронюка. – Киев, А.С.К. – 2002. – С. 735).

С подобной трактовкой сложно согласиться. Члены банды наряду с совершением нападений нередко выполняют и другие действия, способствующие функционированию банды (поиск оружия, объектов для нападения и т.д.). При таком понимании данной формы бандитизма им нужно вменять и участие в банде и участие в нападениях, совершенных бандой. Вместе с тем, учитывая, что санкция ст. 286 УК едина для всех форм бандитизма, такой подход представляется малоэффективным. Полагаем, что понятие «участие в банде» должно охватывать и участие в нападениях, совершаемых бандой и иную деятельность, способствующую функционированию преступного образования, совершенные членами банды.

Хотелось бы также обратить внимание на несоответствие терминологии ст. 286 УК Беларуси Гражданскому кодексу Республики Беларусь 1998 года. Речь идет об использованном в рассматриваемой статье словосочетании «предприятия, учреждения, организации». Предприятие, равно как и учреждение является одной из предусмотренных в ГК организационно-правовых форм юридических лиц. Организация же выступает обобщенным понятием, охватывающим коммерческие и некоммерческие организации, и фактически является синонимом юридического лица. В данном контексте расположение указанных терминов рядом, как одно-порядковых не может быть признано приемлемым. Полагаем достаточным использования термина «организация», охватывающего иные

разновидности юридических лиц. С учетом вышесказанного предлагаем ст. 286 изложить в следующей редакции:

«Статья 286. Бандитизм

1. Создание банды, то есть вооруженной организованной группы с целью нападения на организации или граждан, либо руководство бандой –

наказывается лишением свободы на срок от пяти до пятнадцати лет с конфискацией имущества или без конфискации.

2. Участие в банде в любой иной форме –

наказывается лишением свободы на срок от трех до десяти лет с конфискацией имущества или без конфискации».

**ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ ДІЯНЬ, ПЕРЕДБАЧЕНИХ СТ.СТ. 231, 232
КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ***Сіра Є.**Одеська національна юридична академія*

Стрімкий розвиток кредитно-фінансової системи України має низку побічних негативних явищ, які необхідно контролювати за допомогою норм кримінального права. Внесення змін до Кримінального кодексу України Законом «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за незаконне збирання з метою використання або використання відомостей, що становлять банківську таємницю, та за розголошення банківської таємниці» від 16.12.2004 р. N 2252-IV, зумовлено прагненням законодавця задовольнити потреби суспільства і закріпити їх у відповідному законодавчому інституті.

Кримінально-правова охорона є об'єктивною необхідністю, яка втілюється в норми кримінального права шляхом її усвідомлення законодавцем і закріплення волі законодавця в нормативно-правовому акті. Проте, законодавець повинен враховувати ряд основоположних чинників, що зумовлюють розвиток і результат встановлення кримінально-правової охорони.

На сьогодні немає єдності у визначенні зазначених основоположних чинників. Їх називають основами, принципами, умовами, задачами або критеріями, що зумовлює певні методолгічні проблеми.

Як відомо, за два роки існування кримінальної відповідальності за незаконне збирання з метою використання або використання відомостей, що становлять банківську таємницю, та за розголошення банківської таємниці, жодна кримінальна справа не була доведена до суду, – кримінально-правові норми, передбачені ст.ст. 231, 232 КК України, не діють. Це може бути спричинено, з одного боку, передчасністю або недоцільністю криміналізації діянь, передбачених у диспозиціях ст.ст. 231, 232 КК України, або ж, з іншого боку, недосконалістю конструювання цих диспозицій. В цій роботі буде розглянуто підстави криміналізації суспільно-небезпечних посягань на банківську таємницю.

В кримінально-правовій науці проблемами обумовленості його норм займалися такі відомі вчені як С.С. Алексєєв, М.О. Бєляєв, І.М. Гальперін, Г.А. Злобін, О.І. Коробєєв, Н.Ф. Кузнєцова, П.О. Фефєлов і багато інших.

Кудрявцев, В.Є. Емінов вважають, що проблемами криміналізації та декриміналізації діянь повинна займатися не тільки наука кримінального права. Отже науки кримінального циклу не здатні вирішити головне питання: що саме і чому треба забороняти в кримінально-правовому порядку? Таку відповідь може дати тільки кримінологія. Пропозиції із вирішення цієї складної науково-практичної проблеми формувалися неодноразово, що пов'язано з необхідністю постійної попередньої кримінологічної оцінки обгрунтованості будь-яких законодавчих пропозицій.

З-поміж теоретико-прикладних проблем криміналізації діянь, які на сьогодні мають місце, на думку О. Готіна, однією із найбільш дискусійних і такою, що потребує глибинного системного дослідження, є проблема підстав криміналізації діянь. Цей автор аналізує існуючі підходи до вирішення цієї проблеми і слідом за Н. Лопашенко, С. Келіною та А. Наумовим називає такі підстави криміналізації: 1) існування суспільно небезпечної поведінки, яка потребує кримінально-правової заборони; 2) відносна поширеність суспільно небезпечних діянь; 3) зміна уявлень про ступінь суспільної безпеки діяння; 4) зміна загально визнаної моральної оцінки відповідного діяння; 5) виконання державою міжнародно-правових обов'язків з охорони прав людини.

Між тим О. Готін зазначає, що наведений вище перелік підстав криміналізації діянь не є вичерпним. Логіко-гносеологічний аналіз сучасних процесів криміналізації дозволяє дійти наступного висновку: сьогодні значно більшого значення набули ті критерії криміналізації, які в умовах радянської системи кримінального права визнавалися другорядними, або такими, що притаманні виключно буржуазній системі права. Наприклад, досить часто включення до системи кримінального законодавства нових заборон викликано необхідністю звернути увагу суспільства на діяннях, що в певний проміжок часу набувають підвищеної суспільної небезпеки. Саме ця підстава криміналізації

спричинила введення кримінальної відповідальності за викрадення шляхом демонтажу та іншим засобом електричних мереж, кабельних ліній зв'язку та їх обладнання (ст. 188 КК).

На думку П.О. Фефелова, законодавець повинен враховувати, крім підвищеної суспільної небезпечності діяння, також наявність передумов для реалізації принципу невідворотності покарання Г.А. Крігер і Н.Ф. Кузнецова вважають кримінально-правову норму соціально зумовленою, якщо: 1) діяння завдає істотної шкоди суспільним відносинам; 2) діяння відображає антигромадську настанову або орієнтацію особи; 3) діяння набуло достатнього поширення і цим представляє значну суспільну небезпеку; 4) правові заходи, не пов'язані із кримінально-правовими заходами, не можуть ефективно вплинути на протиправну поведінку; 5) психологія і правосвідомість громадян достатньо сформовані для сприйняття цього явища як злочину; 6) встановлена відповідальність відповідає рівню суспільних відносин, закономірностям розвитку суспільства; 7) кримінально-правові заходи відповідають принципам і тенденціям еволюції кримінального права.

На погляд В.Д. Філімонова, безпосередньою основою норм кримінального права є небезпека заподіяння шкоди суспільним відносинам, а також наступні явища: підготовленість суспільної свідомості до визнання тих чи інших діянь кримінально караними, відсутність можливості вести успішну боротьбу з тими чи іншими суспільно небезпечними з допомогою заходів суспільної, дисциплінарної, адміністративної відповідальності, умови, за яких встановлення кримінальної відповідальності не спричинить суттєвої шкоди суспільним відносинам.

Професор Роттердамського університету Л. Хульсман у 1975 році сформулював наступну систему принципів криміналізації: 1) вихідним принципом слід вважати цілі криміналізації, а саме: точні визначення правил поведінки людей, створення правової бази для вирішення виникаючих конфліктів, вплив на поведінку людей у правовому напрямку, що пропонується, встановлення контролю за діями державної влади (тобто недопущення сваволі правоохоронних органів); 2) визначення ступеня користі й (або) шкоди від захисту того або іншого вчинку; 3) визначення можливостей каральної системи для реального встановлення й покарання винного.

Враховуючи специфіку суспільно-небезпечних посягань на банківську таємницю, вважаємо за можливе виділити наступні фактори, сукупність яких є необхідною і достатньою для обґрунтування існування і вдосконалення кримінально-правових норм, які передбачають відповідальність за порушення банківської таємниці: 1) діяння завдає істотної шкоди суспільним відносинам; 2) діяння відображає антигромадську настанову або орієнтацію особи; 3) діяння набуло достатнього поширення; 4) правосвідомість громадян достатньо сформована для сприйняття цього явища як злочину; 5) правові заходи, не пов'язані із кримінально-правовими заходами, не можуть ефективно вплинути на протиправну поведінку; 6) необхідність звернути увагу суспільства на діяння, що в певний проміжок часу набувають підвищеної суспільної небезпеки.

Вважаємо, що норми ст.ст. 231, 232 КК України в цілому відповідають вищезазначеним вимогам виходячи з такого. Відповідно до попередніх даних експертного опитування, проведеного кафедрою кримінального права Одеської національної юридичної академії, переважна більшість опитаних вважає, що банківській таємниці в Україні необхідний ефективний правовий захист. Не викликає сумнівів, що інформація про наявність і рух грошових коштів на банківських рахунках зачіпає інтереси багатьох суб'єктів, а безконтрольне її поширення здатне спричинити значну шкоду правам і охоронюваним законом інтересам фізичних і юридичних осіб.

Серед факторів, які сприяють порушенню законодавства про банківську таємницю, найбільш шкідливими визначено наступні (в порядку убутання): протиправні дії банківських службовців, недосконалість законодавства, адміністративний тиск на банківські установи. Менш шкідливі: незацікавленість потерпілих в розголосі, корпоративні інтереси банків, боротьбу з тероризмом та легалізацією злочинних доходів, бездіяльність правоохоронних органів, протиправні дії третіх осіб. Серед інших факторів респондентами зазначалися також: протиправні дії правоохоронних органів, низька кваліфікація співробітників банків, незнання потерпілими своїх прав, недовіра до банківської системи України в цілому. На думку фахівців, найчастіше законодавство про банківську таємницю порушується саме співробітниками банків, які приймають на себе зобов'язання не розголошувати банківську таємницю і в установленому порядку попереджаються про відповідальність. Нехтування своїми обов'язками попри всі обмеження свідчить про сформовану спрямованість особи на скоєння правопорушень.

На погляд деяких респондентів, правосвідомість громадян у колі зазначених питань ще недостатньо сформована, часто потерпілі від злочину не знають, що порушено їх право на банківську

таємницю. Проте, закріплення ознак протиправних діянь, які посягають на банківську таємницю, у ст.ст. 231, 232 КК України, дозволяє суспільству усвідомити ці діяння як суспільно-небезпечні.

На погляд третини опитаних банківська таємниця в Україні порушується часто, менше третини вважають, що це трапляється інколи, незначна меншість вважає, що такі порушення трапляються дуже часто або дуже рідко.

Серед видів юридичної відповідальності, які повинні наставати за порушення законодавства про банківську таємницю, опитувані частіше за всі інші види визначали кримінально-правову відповідальність.

На думку приблизно третини опитаних, винні в незаконному збиранні та використанні відомостей що складають банківську таємницю, притягуються до кримінальної відповідальності рідко, майже третина опитаних не змогла надати відповідь на це запитання, деякі вказують, що ніколи не чули про це, що свідчить про високу латентність даної категорії злочинів. Приблизно такі ж відповіді були надані на питання про притягування до кримінальної відповідальності винних у розголошенні відомостей, що складають банківську таємницю.

На запитання, як часто винні у порушенні законодавства про банківську таємницю притягуються до інших видів юридичної відповідальності, більше половини респондентів не змогли відповісти, одна десята вважає, що ніхто з винних не несе відповідальності. З цього можна зробити висновок, що адміністративної, дисциплінарної і цивільно-правової відповідальності недостатньо для того, щоб ефективно захистити банківську таємницю в Україні.

Незаконне використання добутої інформації дає великі прибутки для злочинців з меншими ризиками, ніж вчинення традиційних злочинів. Не можна не враховувати також майже стовідсоткову латентність вказаних злочинів, що в сукупності дає підстави визнавати їх підвищену небезпеку на даному етапі розвитку українського суспільства. Безкарність посягань на банківську таємницю не тільки спричиняє шкоду правам і охоронюваним законом інтересам, але й підприває довіру до банківської системи України в цілому, завдає шкоди економічній системі держави. Тому ми робимо висновок про те, що криміналізація діянь, передбачених ст.ст. 231, 232 КК України своєчасна і необхідна, а конструкція зазначених диспозицій статей підлягає подальшому вивченню і вдосконаленню.

ЗМІСТ СУБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ КОНТРАБАНДИ НАРКОТИЧНИХ ЗАСОБІВ, ПСИХОТРОПНИХ РЕЧОВИН, ЇХ АНАЛОГІВ І ПРЕКУРСОРІВ

Сорока С.

Львівський державний університет внутрішніх справ

Суб'єктивна сторона злочину – це її внутрішня сторона, процес мислення, бажання і волі людини, в якому відображуються її об'єктивна поведінка та інші зовнішні обставини, які пов'язані з вчиненням суспільно небезпечного діяння.

Суб'єктивна сторона привертала завжди увагу вчених криміналістів. Суттєвий внесок у розробку проблеми внесли: П.С.Дагель, Г.А.Крігер, О.І.Рарог, П.С.Матишевський і інші, безпосередньо суб'єктивну сторону контрабанди розглядали М.П. Карпушин, Ю.І.Сучков, О.М.Омельчук, О.В.Процюк, Д.Д.Давітадзе.

Суб'єктивна сторона складу злочину – це сукупність необхідних і достатніх ознак, які характеризують внутрішню сторону конкретного злочину. Характерними ознаками суб'єктивної сторони складу злочину є вина, мотив та мета вчинення злочину. Тому при кваліфікації злочинного діяння виняткове значення має встановлення зв'язку зовнішнього прояву поведінки людини з її психічним станом. Наміри, почуття, мислення, мета, воля – це внутрішній, духовний світ людини, її сутність. Усі вони в своїй єдності та взаємозв'язку створюють психіку людини, її інтелект (пізнання). Це дає людині змогу сприймати і розуміти зовнішній світ, особисті блага і поведінку інших людей, діяльність колективу, суспільства і держави, ставити мету, формувати свою волю і діяти відповідним чином не лише при вчиненні, як правило, правомірних дій, але і при вчиненні суспільно небезпечних діянь, передбачених кримінальним законом.

Суб'єктивна сторона складу злочину являє собою психологічний зміст злочину, його внутрішню (у відношенні до об'єктивної сторони) сторону. Вона нерозривно пов'язана з іншими елементами складу злочину, оскільки в психіці суб'єкта знаходять відображення усі об'єктивні якості злочинного діяння. І у будь-якому разі сутність визначення цього елемента складу злочину пов'язується із психічним ставленням суб'єкта, яке розглядається та враховується лише відносно суспільно небезпечного діяння та його наслідків і повинно характеризуватися конкретною формою вини.

Ст. 23 Кримінального кодексу України (далі КК) передбачає, що вина – це психічне ставлення особи до вчинюваної дії чи бездіяльності, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, виражене у формі умислу або необережності. У відповідності із ст.24 КК умисел поділяється на два види – прямий і непрямий. Законодавець визначив три ознаки прямого і непрямого умислу, які характеризують психічне ставлення особи до вчиненого нею діяння і суспільно небезпечних наслідків. Інтелектуальний момент складається із двох ознак: особа, що вчиняє діяння усвідомлює його суспільну небезпечність, особа, що вчиняє діяння передбачає настання суспільно небезпечних наслідків. Вольовий момент: особа бажає настання таких наслідків (прямий умисел) або свідомо припускає їх настання (непрямий умисел).

Отже обидві ознаки інтелектуального моменту прямого і непрямого умислу однакові, а відмінність у змісті ознаки вольового моменту.

Законодавча конструкція умислу фактично розрахована на матеріальні склади злочинів. Злочин, передбачений ст. 305 КК – з формальним складом. В теорії кримінального права існують різні погляди на те, чи можливий непрямий умисел у злочинах з формальним складом. У науковій літературі зустрічається, що ряд вчених стверджують, що непрямий умисел можливий як у злочинах з матеріальним, так і з формальним складом. При цьому, в злочинах з формальним складом вольове ставлення винного передбачається або до наслідків, що перебувають поза межами складу злочину, або не до наслідків, а до соціальних властивостей вчинюваного діяння, тобто до його суспільної небезпеки.

Однак, як зауважив П.С. Дагель, питання про бажання чи свідоме допущення наслідків має значення для розмежування форм вини лише стосовно наслідків, що є ознаками об'єктивної сторони складу злочину. Ставлення ж до наслідків, що не мають юридичного значення і тому не включені до

кола ознак складу злочину, не можуть визначати зміст та форму вини складів. Не включаючи наслідки в коло ознак складу злочину, законодавець тим самим не вимагає встановлення характеру їх передбачення. Наслідки при вчиненні злочину, передбаченого ст. 305 КК, полягають у заподіянні шкоди об'єкту посягання – суспільним відносинам, що виникають з приводу встановленого порядку поведіння із засобами та речовинами, що можуть викликати наркоманію, а саме порядку переміщення цих речовин через митний кордон України. Ці наслідки перебувають поза межами складу злочину і їх не можна зафіксувати способами звичними для нас. Але такі наслідки завжди існують. Про те, що вони настали, свідчить винне вчинене суспільно небезпечне діяння, оскільки ці наслідки органічно і нерозривно пов'язані з діянням. Тому форму вини злочину, передбаченого ст. 305 КК ми повинні визначати за ставленням суб'єкта до вчинення передбаченого статтею кримінального закону діяння. В зв'язку з цим, контрабанда наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів і прекурсорів як і будь-який інший злочин з формальним складом, не може бути вчинено з непрямим умислом, оскільки вольова ознака непрямого умислу передбачає ставлення у вигляді «не бажав, але свідомо припустив», що можливе лише до наслідків і в жодних формах не може бути застосоване до діяння. Такі злочини, пише О.І. Рарог, не можуть вчинюватися з непрямим умислом, вольовий зміст якого у вигляді свідомого припущення законом пов'язано виключно із суспільно небезпечними наслідками, які входять в об'єктивну сторону тільки матеріальних складів.

Зміст прямого умислу при вчиненні злочину, передбаченого ст. 305 КК може полягати в тому, що винний усвідомлює суспільну небезпеку і фактичні обставини незаконного переміщення наркотичних засобів через митний кордон держави і бажає вчинити передбачене ст. 305 КК діяння. При цьому, бажання, як ознака умислу стосується виключно діяння, тобто незаконного переміщення наркотичних засобів через митний кордон держави поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю.

Усвідомлення суспільно небезпечного характеру діяння визначає процеси, що мають перебіг у сфері свідомості, тому вони становлять інтелектуальну ознаку прямого умислу. Бажання вчинити діяння зумовлюють вольову сторону психічної діяльності, тому воно утворює вольову ознаку прямого умислу. Інтелектуальні і вольові ознаки умислу глибоко пов'язані між собою, вони взаємодіють, утворюючи форму вини. Але їм притаманні й специфічні особливості. Так, А.Ш. Якупов зазначає, що коли інтелектуальні ознаки умислу відповідають на запитання, які фактичні обставини, що належать до складу конкретного злочину, були усвідомлені винним, то вольові ознаки відповідають на запитання про те, як ставилась особа до того, що нею усвідомлювалось. Предметом свідомості як ознаки прямого умислу в злочинах з формальним складом є суспільна небезпека діяння та ті фактичні обставини, з яких воно складається. При вчиненні злочину, передбаченого ст. 305 КК винний повинен усвідомлювати факт незаконного переміщення саме наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів і прекурсорів, а також те, що він їх незаконно переміщує через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю, тим самим винний усвідомлює, що він порушує встановлений порядок переміщення цих речовин через митний кордон держави, тобто посягає на об'єкт злочину, передбачений ст. 305 КК. П.С. Дагель зауважив, що за ставленням суб'єкта до діяння завжди криється ставлення до об'єкта злочину. Оскільки особа, що вчиняє злочин усвідомлює, що його дії посягають на об'єкт кримінально-правової охорони, він усвідомлює їх суспільну небезпеку, тому що усвідомлення суспільної небезпеки – це усвідомлення того, що діяння заподіює чи ставить під загрозу заподіяння шкоди суспільним відносинам. О.І. Рарог вказував, що направленість діяння на конкретний об'єкт є одним з критеріїв його суспільної небезпеки і, безумовно, повинна охоплюватися свідомістю особи, яка діє умисно.

Якщо людина прийняла свідомо рішення вчинити такого роду дії, в даному випадку контрабанду, отже, вона і бажає їх вчинити заради досягнення певної мети. При відсутності вольового бажання дії не були б вчинені. Більшість науковців заперечують можливість непрямого умислу у злочинах з формальним складом. Приєднуючись до цього, однозначно, правильного положення, необхідно заключити, що вчинити контрабанду з непрямим умислом ні практично, ні теоретично неможливо в силу конструктивних особливостей її складу злочину. Отже, контрабанду наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів і прекурсорів можливо вчинити тільки з прямим умислом. В літературі, яка присвячена аналізу контрабанди, також вказується, що даний злочин може бути вчинений не інакше як з прямим умислом. Більшість авторів в юридичній літературі так і вказують, що контрабанда вчинюється тільки з прямим умислом (М.П.Карпушин, О.М.Омельчук, Г.Г.Лобода).

Про мотив і мету вчинення контрабанди в диспозиції статті нічого не сказано. Мотив вчинення злочину – це усвідомлена спонукка особи, яка викликала у неї намір вчинити злочин. Мета злочину –

це бажання особи, яка вчиняє суспільно небезпечне діяння, досягти певних шкідливих наслідків, вона є характерною ознакою злочинів, що вчиняються з прямим умислом. Мотив і мета є обов'язковими ознаками складу злочину лише тоді, коли вони прямо передбачені у диспозиції кримінального закону.

Однак, Ю.І.Сучков наполягає на тому, що контрабанді властива строго визначена і ярко виражена мета, яка направлена не тільки на незаконне переміщення товару чи інших предметів через митний кордон, але і обов'язкове їх вивезення на територію іноземної держави для реалізації на зовнішньому ринку (продажу, обміну і т.ін.) або таке саме ввезення з території іноземної держави на митну територію своєї держави для реалізації на її внутрішньому ринку. При відсутності такої мети як проміжної ланки між моментом переміщення предметів через митний кордон і досягненням кінцевого злочинного наслідку, наприклад, здобуття їх особистої вигоди, вказане діяння не підпадає під ознаки суб'єктивної сторони складу контрабанди.

На нашу думку, дане твердження є спірним. Як ми вказували раніше, контрабанда є злочином з формальним складом і закінченим він є з моменту фактичного незаконного переміщення товарів або предметів (речовин) через митний кордон України. Мотив і мета знаходяться поза межами даного складу злочину і для кваліфікації діяння, передбаченого ст. 305 КК значення не мають, тому для суб'єктивної сторони контрабанди достатньо, щоб особа усвідомлювала, що вона незаконно переміщує заборонені предмети або речовини через митний кордон держави поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю і бажала вчинити ці дії.

Н.В.Качев при кримінологічному дослідженні контрабанди вказує, що з суб'єктивної сторони одною із характерних особливостей контрабанди є те, що перш за все вона вчиняється з практично однорідною мотивацією: статистично на 97% контрабанда – корисний злочин, розрахований на прибуток, такої самої думки, що мотивом вчинення контрабанди є користь, матеріальна зацікавленість дотримується більшість науковців. (М.П.Карпушин, О.О.Кравченко, М.М.Василина).

Корисна зацікавленість присутня і в діях винного який з допомогою хитрощів провозить предмети контрабанди тільки для того, щоб ухилитися від сплати митних платежів. В Постанові Пленуму Верховного Суду України від 03 червня 2005 р. № 8 „Про судову практику у справах про контрабанду та порушення митних правил” вказується, що якщо контрабанда була вчинена з метою, щоб ухилитися від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів, необхідних при переміщенні товарів через митний кордон України, то його дії слід кваліфікувати за ч.1 чи 2. ст. 201 КК і за наявності для того підстав – за відповідною частиною ст. 212 КК. Але трапляються випадки, коли особа провозить предмети контрабанди без корисної зацікавленості (як пам'ятка, про перебування за кордоном, подарунок і т. ін) (В.А.Владіміров), тому можна зробити висновок, що винний переслідує мету протиправного збагачення майже в кожному випадку при вчиненні контрабанди.

Отже, мотив і мета не входять в якості обов'язкових в суб'єктивну сторону контрабанди, не являються необхідними і не впливають на кваліфікацію вчиненого, але встановлення істинних мотивів і мети контрабанди має велике значення, так як вони повинні враховуватись при призначенні покарання в суді.

**РОЗМЕЖУВАННЯ ПОВТОРНОСТІ ЗЛОЧИНІВ ТА ПРОДОВЖУВАНОВОГО
ЗЛОЧИНУ****Устрицька Н.***Львівський державний університет внутрішніх справ*

Для юридичної науки питання розмежування повторності злочинів та продовжуваного злочину не є новими. Окремі її аспекти розглядали такі вчені як Н.Б. Алієв, А.Ф. Зелінський, В.П. Малков, Т.С. Караєв, Г.А. Крігер, Г.Г. Криволапов, П.К. Кривошеїн, В.М. Кудрявцев, тощо. Однак серед вчених єдиного погляду на розмежування цих складних кримінально-правових понять не досягнуто. Деякі вчені як основу розмежування повторності злочинів та продовжуваного злочину використовують об'єктивні ознаки складу злочину (об'єкт, предмет, спосіб, місце, тотожність злочинних діянь, суспільну небезпеку), інші – суб'єктивні (умисел, мету). Значна частина вчених вважають, що структуру продовжуваного злочину складають діяння, які утворюють повний склад злочину. Друга група твердить, що продовжуваний злочин складають не тільки суспільно небезпечні діяння, а й адміністративні, дисциплінарні та інші правопорушення. Все це свідчить про необхідність з'ясування змісту цього питання, що сприятиме усуненню помилок при кваліфікації суспільно небезпечних діянь.

Практичне значення відмежування продовжуваного злочину від повторності злочинів полягає в тому, що при продовжуваному злочині виключається повторність і діяння особи кваліфікується як одиничний злочин, наприклад, за ч.1 ст.185 КК України. При повторності злочинів, тієї ж крадіжки, застосовується ч.2 ст.185 КК України, що тягне за собою обов'язок суду призначити більш суворе покарання.

У теорії кримінального права є думка, що для розмежування повторності злочинів та продовжуваного злочину немає ніяких підстав. Продовжуваний злочин одночасно розглядають як повторний злочин. Проблема розмежування зводиться до того чи передбачена повторність злочинів у статтях Особливої частини Кримінального кодексу. Якщо в законі у відношенні конкретного злочину не передбачена повторність як кваліфікуюча ознака, то слід говорити про продовжуваний злочин, а якщо вказано на повторність злочинів, то продовжуваним злочин не визнається (Г.А. Крігер, О.М.Яковлев).

Продовжуваний злочин виключає повторність злочинів, а повторність виключає продовжуваний злочин. Тому не можна визнати обґрунтованим твердженням про те, що продовжуване розкрадання може і повинно розглядатися водночас як повторне. Як зазначив А.Ф. Зелінський одиничне не може бути множиною, а множина не може бути водночас і однією. Крім того, тут важливе значення надано формальній ознаці, що може призвести до штучного розширення поняття повторності злочинів і разом з тим до суттєвого звуження самого поняття продовжуваного злочину.

Поняття продовжуваного злочину – це не просто формально-юридична конструкція, а реальне соціальне явище, різновидність одиничного злочинного діяння. Продовжуваний злочин починається вчиненням першого і закінчується вчиненням останнього із тотожних злочинних діянь, які складають цей злочин.

У теорії кримінального права є різні визначення продовжуваного злочину. Наприклад, продовжуваним злочином є той злочин, який складається із двох чи декількох тотожних діянь, кожне з яких містить ознаки одного і того ж складу злочину, але розглядається як єдиний злочин завдяки загальному злочинному результату (А.А. Піонтковський).

Продовжуваний злочин з матеріально-правового змісту може бути передбачений самою конструкцією тої чи іншої кримінально-правової норми чи стає таким в результаті оцінки всіх фактичних обставин вчиненого злочину. В якості прикладу у першому випадку можна віднести розбещення неповнолітніх (ст.156 КК України). Сам термін „розпусні дії” вже припускають множинність таких дій протягом певного часу. До другого випадку можна віднести хуліганство, коли між окремими епізодами хуліганських дій є невеликий проміжок часу і об'єднані єдиним умислом.

З об'єктивної сторони продовжуваний злочин складається з неодноразово вчинених суспільно небезпечних діянь, кожне з яких містить ознаки одного і того ж складу злочину. Аналогічність складу

одного злочину з іншим свідчить про їх внутрішню взаємообумовленість, глибокий внутрішній зв'язок. А.М. Магомедов вважає, що при продовжуваному злочині слід говорити про юридично однакові (тотожні) діяння, тобто такі, які збігаються за своїми юридичними ознаках, хоча фактично можуть і розрізнятися.

В. Чернов зазначає, що про тотожність злочинних діянь можна говорити в тому значенні, що ці діяння повинні бути юридично тотожними навіть при їх фактичній неоднорідності. У теорії кримінального права є думка, що продовжуваний злочин може складатися не тільки з тотожних діянь, а й з однорідних (Т.Е. Караєв). В. Владіміров, Г. Криволапов вважають, що продовжуваний злочин складається з неодноразових послідовно вчинених протягом певного часу тотожних та однорідних злочинних актів, які іноді за своїми фактичними ознаками не збігаються.

Отже, необхідно встановити юридичну тотожність діянь, що утворюють продовжуваний злочин. Для повторності злочинів ця ознака не специфічна, оскільки повторність злочинів утворюють як тотожні, так і однорідні та різнорідні злочини.

Для правильного розуміння юридичних властивостей продовжуваного злочину слід встановити внутрішній зв'язок між окремими діяннями, які складають один злочин. Взаємозв'язок і внутрішня єдність проявляється у направленості кожного з діянь, з яких складається продовжуваний злочин на один і той самий об'єкт посягання, у подібності способів вчинення злочину, а також в однаковості суспільно небезпечного наслідку, що наступив. В певних випадках може збігатися предмет посягання та місце вчинення злочину.

Наприклад, до числа ознак, що розмежовують повторність злочинів та продовжуваний злочин П.К. Кривошеїн відносить предмет і місце вчинення злочину. С.А. Тарарухін вважає, що ці ознаки можуть бути не обов'язковими, оскільки продовжуваний злочин, що складається з низки епізодів при єдиному умислі направлений на вчинення злочину в значному чи у великому розмірі, можливо з різних джерел одночасно. Т.Е. Караєв вважає, що неодноразове розкрадання власності одним і тим же способом, вчинене з одним умислом і з однією метою, хоча із різних місць одного і того ж підприємства, установи чи організації необхідно розглядати як продовжуваний злочин.

Окремі епізоди продовжуваного злочину не мають самостійного юридичного значення і можуть отримати правову оцінку лише у єдності з іншими злочинними епізодами. У теорії кримінального права була висловлена думка, що кожний з епізодів, що входить в продовжуваний злочин є повноцінним злочином, а не його частиною і продовжуваним злочином може бути будь-який злочин передбачений Кримінальним кодексом, якщо там не зазначено ознаки повторності (О.М. Яковлев). Однак, така думка зазнала критики. Як зазначив В.П. Малков, злочинні діяння, що складають продовжуваний злочин не є самостійними, а є лише етапом в продовженні вже початого злочину. Продовжуваний злочин може складатися як із суспільно небезпечних діянь, так і з інших правопорушень, зокрема адміністративних, дисциплінарних.

Слід підкреслити, що більш чітко розмежувати повторність злочинів та продовжуваний злочин дають можливість суб'єктивні ознаки, зокрема, направленість умислу, характер злочинних намірів. У ч.2 ст.32 КК України зазначено, що повторність, передбачена ч.1 цієї статті, відсутня при вчиненні продовжуваного злочину, який складається з двох або більше тотожних діянь, об'єднаних єдиним злочинним наміром. Єдиний злочинний намір, як особливий вид умисної форми вини, має місце тоді, коли винний, за наявності загальних ознак умислу, реалізовує свій задум, розраховуючи вчинити у різний час не одне, а декілька тотожних за своїми ознаками злочинних діянь, спрямованих на досягнення загального результату. Єдиний злочинний намір на вчинення продовжуваного злочину, як правило, виникає, у винного ще до вчинення першого із діянь, які складають продовжуваний злочин.

Пленум Верховного Суду України роз'яснив, що продовжуваним злочином визнається неодноразове вчинення тотожних злочинних дій, які мають спільну мету, охоплюються одним єдиним умислом винного і становлять у своїй сукупності один злочин. Тобто головною ознакою продовжуваного злочину є єдність умислу для всіх вчинених дій. Оскільки продовжуваний злочин має єдиний умисел, єдину мету для всіх діянь, що його утворюють, то він є єдиним злочином і кваліфікується за однією статтею Кримінального кодексу, не утворюючи повторності злочинів. Повторне вчинення злочину, навпаки, характеризується тим, що кожне суспільно небезпечне діяння вчинене з новим умислом.

І. Клівер висловив думку, що особа, яка вчиняє продовжуваний злочин, не завжди конкретизує свій злочинний задум і нерідко діє з «неконкретизованим умислом», вчиняючи злочин до тих пір, поки

це можливо. П.К. Кривошеїн додає, що неконкретизований умисел присутній не тільки у продовжуваному, а й у повторному злочині.

Цікавий приклад продовжуваного злочину навів В.П. Малков. Одна жінка випадково побачила в магазині гарні жіночі туфлі, які їй дуже сподобались. Вона вирішила їх викрасти. Але продавці видавали для примірки лише одну туфлю. Злодійка попросила для примірки туфлю на ліву ногу і викрала її. На другий день вона знову прийшла до магазину і попросила туфлю на праву ногу і теж викрала її. Районний суд засудив цю жінку за повторне дрібне викрадення державного майна. В.П. Малков переконливо довів помилку суду, оскільки вона вчинила один продовжуваний злочин, умисел якого у неї виник одного разу тоді, коли вона вперше побачила ці туфлі та вирішила їх обидва викрасти.

Наявність ознак продовжуваного злочину з огляду кваліфікації суспільно небезпечного діяння означає, що він розглядається як один злочин, а не як повторність злочинів. Сутність продовжуваного злочину полягає у визнанні юридичного значення за злочином загалом, а не за його окремими епізодами.

Отже, повторність злочинів та продовжуваний злочин за зовнішніми ознаками можуть збігатися. Тут і там присутня сукупність протиправних актів, між якими є певний проміжок часу, вони можуть вчинятися одним і тим способом, в одному і тому ж місці. За суб'єктивними ознаками вони відрізняються умислом, який у продовжуваному злочині є спільним щодо всіх злочинних діянь, а при повторності злочинів особа вчиняє наступний злочин з новим умислом. Саме у встановленні умислу проявляється складність: є він єдиним для всіх вчинених діянь чи кожне з них вчинено із самостійним умислом. Відмежування повторності злочинів від продовжуваного злочину вимагає ретельного дослідження та аналізу умислу винної особи щодо кожного епізоду вчиненого злочину.

РОЗВИТОК ВЧЕННЯ ПРО КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВУ ОХОРОНУ ДОВКІЛЛЯ В НАУЦІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА НЕЗАЛЕЖНОЇ УКРАЇНИ

Хилюк С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Людство лише в середині минулого століття прийшло до усвідомлення, що природу потрібно не лише використовувати, а й охороняти. Кримінальна відповідальність за посягання на об'єкти природи була встановлена і в КК УРСР 1960 року, проте окремий розділ з'явився лише в КК України 2001 року. Про потребу виокремити злочини проти природи в окремий розділ КК України українські вчені говорили до прийняття нового кодексу, цю ідею підтримували С.Б. Гавриш, В.О. Навроцький, В.К. Грищук, В.К. Матвійчук та інші. Таким чином, вказаний інститут особливої частини є відносно новим для науки кримінального права, що відображається на рівні наукових досліджень. Цій проблематиці присвячено близько 70 публікацій, а також три дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук та одна – доктора юридичних наук. Дискусійним були і залишаються питання назви відповідного розділу, визначення його родового об'єкта, переліку злочинів, які слід вважати злочинами проти довкілля. Неоднозначно вирішуються і питання відповідальності за окремі злочини.

У 1994 році С.Б. Гавриш пропонував назвати теперішній розділ VIII Особливої частини КК України «Екологічні злочини». Але після прийняття КК України 2001 року погодився з запровадженою законодавцем назвою «Злочини проти довкілля». На думку В.О. Навроцького найбільш вдалою назвою є «Злочини проти природи», так як поняття навколишнє середовище, довкілля включає в себе лише природні об'єкти, з якими безпосередньо контактує людина в ході життєдіяльності. Категорично незгідний з висловленими позиціями В.К. Матвійчук. Він вважає, що поняття «екологічний злочин» сформульоване некоректно, поняття «довкілля» ніким і нічим не підтвержене та не несе за собою змістовного навантаження, термін природа є надто всеохоплюючим, а єдино правильно використовувати в назві відповідного розділу терміну «навколишнє природне середовище».

Дискусії щодо назви кореняться у різному розумінні родового об'єкта. Так, С.Б. Гавриш називає два родових об'єкти злочинів проти довкілля – екологічну безпеку і природне середовище. В.О. Навроцький – природоохоронні відносини, що охороняються кримінальним законом і охоплюють санітарно-гігієнічний захист, поліпшення і оздоровлення навколишнього природного середовища, науково обгрунтоване, раціональне використання й відтворення природних ресурсів, збереження нормального екологічного стану об'єктів природи. Матвійчук В.К., Голуб С.А. – суспільні відносини з приводу умов, що забезпечують існування багатофункціональної збалансованої єдиної системи, в яку входить і людина, її охорону, оздоровлення, раціональне використання і відтворення такої єдиної системи для теперішніх та майбутніх поколінь, яка гарантуватиме безпечне для життя і здоров'я навколишнє природне середовище. Н.А. Гуророва, А.М. Шульга, Клименко В.А. називають родовим об'єктом екологічну безпеку. Однією з причин наявних розбіжностей є різне розуміння об'єкта злочину. Гавриш С.Б. трактує його як охоронюване кримінальним правом благо. В.О. Навроцький, В.К. Матвійчук під об'єктом злочину розуміють суспільні відносини.

Різне трактування родового об'єкта тягне за собою різні підходи до визначення кола діянь, які слід вважати злочинами проти довкілля. В.О. Навроцький до злочинів проти довкілля відносить заготівлю, перероблення або збут радіоактивно забруднених продуктів харчування та іншої продукції (відповідна стаття розміщена розділі про злочини проти здоров'я населення), а також незаконне ввезення на територію України відходів і вторинної сировини (знаходить в розділі про злочини проти громадської безпеки). Окремі вчені переконані, що чинна система кримінально-правових норм, спрямованих на охорону довкілля має ряд прогалин, які необхідно заповнити шляхом внесення до відповідного розділу КК України нових статей. С.Б. Гавриш пропонує доповнити статтями про відповідальність за хижацькі, з використанням виснажувальних чи руйнівних способів видобуток, експлуатацію та переробку природних ресурсів; про відповідальність за вчинення будь-якою особою незаконних операцій з природними ресурсами, поводження з якими регулюється спеціальними правилами або для яких встановлений особливий порядок використання, якщо вони спричинили тяжкі

наслідки; про відповідальність за незаконний експеримент з довкіллям; про відповідальність за забруднення чи псування землі, якщо такі дії не охоплюються ст. 254 КК України. Більшість пропозицій цього вченого у випадку схвалення їх законодавцем стануть загальними нормами по відношенню до вже існуючих норм, з більш конкретним змістом, зокрема передбачених ст.ст. 239-246, 248, 249 КК України тощо. Пропозиція щодо внесення статті про відповідальність за забруднення чи псування землі взагалі викликає подив, адже відповідна стаття уже існує в чинному кримінальному законі (ст. 239), очевидно, автор її не побачив. Таким чином, наведені пропозиції не мають за мету розширити криміналізацію у сфері охорони довкілля, а лише ускладнити і без того складну та запутану систему норм про кримінально-правову охорону довкілля. Сасов О.В. вважає за необхідне доповнити відповідний розділ КК України ст. 239а «Порушення правил користування й охорони земель лісового фонду», а також статтями «Незаконний вивіз і торгівля дикою флорою і фауною» та «Лісовий тероризм». Такі пропозиції є прикладом деструктивних моментів розвитку науки кримінального права, а саме рухом від загальних норм до казуїстичних, хоча розвиток права повинен відбуватися у зворотньому напрямку, В.О. Навроцький має рацію, стверджуючи, що повертатися до казуїстики історично безперспективно.

Своє бачення розширення криміналізації діянь у сфері охорони довкілля має В.К. Матвійчук. Його позиція зводиться до двох аспектів: по-перше, він вважає за необхідне розширити сферу застосування вже існуючих норм, по-друге, доповнити КК України новими. Так, В.К. Матвійчук пропонує переіменувати ст. 239 КК України у «Забруднення, псування, виснаження або засмічення землі» тим самим, ніби-то криміналізувавши виснаження та засмічення землі, проте ці діяння цілком охоплюються поняттями «забруднення та псування», потрібно лише системне тлумачення відповідних термінів. Автор пропонує запровадити нові статті у розділі VIII Особливої частини КК України, які містять норми загального характеру, а саме «Порушення правил поведінки з мікробіологічними або іншими біологічними агентами чи токсинами», «Порушення правил обігу екологічно небезпечних речовин, матеріалів, покидьків та відходів», «Захист навколишнього природного середовища від впливу теплової енергії, шуму і вібрацій». Особливо дві останні «новели» перебуватимуть у конкуренції чи не з усіма іншими нормами розділу VIII Особливої частини КК України, так як будь-якій екосистемі чи природному ресурсу можна заподіяти шкоду шляхом порушення правил обігу екологічно небезпечних речовин, матеріалів, покидьків та відходів, а також впливом теплової енергії, шуму і вібрацій. А отже, постане питання визначення співвідношення відповідних норм та передбачених ними складів, що в свою чергу потягне складнощі у правозастосуванні. Наступну групу пропозицій В.К. Матвійчука стосовно вдосконалення аналізованого розділу становлять статті про відповідальність за незаконну порубку полезахисних насаджень, а також за незаконну порубку дерев та чагарників у населених пунктах. Аналіз наявних наукових досліджень злочинів проти довкілля показує, що у науковців сформувалася стійка тенденція до хаотичного доповнення чинного кримінального закону. Питання вдосконалення існуючої системи норм, а також системного заповнення наявних прогалів у кримінально-правовому регулюванні з незрозумілих причин відходять на задній план. Лише М.І. Хавронюк вважає, що серед нині чинних кримінально-правових норм про злочини проти довкілля є приклади надмірної криміналізації, зокрема ст. 250 «Проведення вибухових робіт з порушенням правил охорони рибних запасів».

Дискусії в науці кримінального права України точаться і навколо розуміння окремих елементів та ознак складу злочинів проти довкілля. Так, С.Б. Гавриш, О.В. Сасов безпосередніми об'єктами екологічних злочинів називає різноманітні природні об'єкти: земля, ліс, повітря, вода тощо. В.К. Матвійчук безпосередні об'єкти злочинів проти довкілля трактує як суспільні відносини з приводу охорони, раціонального використання, відтворення та оздоровлення відповідних природних об'єктів. При цьому безспідставно дорікає колезі С.Б. Гавришу в підміні предмета об'єктом злочину.

Одним з основоположних питань в дослідженні предметів злочинів проти довкілля було встановлення співвідношення між ними та злочинами проти власності. Це питання піднімалося різними вченими і було, здавалося б, вирішено практично однозначно. Описуючи це різними словами, українські криміналісти прийшли до висновку, що визначальним для розмежування є те, що в природні об'єкти не вкладено конкретно визначеної людської праці, яка вилучала б їх з природного середовища, а також предмети злочинів проти довкілля невіддільні від природи та вилучені з господарського обліку. Проте в останні роки з'явилися роботи, автори яких знову повертаються до визначення лісу, як майна. Зокрема, Сасов О.В., визнаючи ліс майном, вважає, що недоцільно виділяти злочини проти нього в окремих склад, натомість необхідно уточнити ст. 185 КК України.

Все більше прихильників з'являється у розширення змісту предмету злочину за рахунок включення до нього інформації. Не оминула ця загальна тенденція і наукових досліджень кримінально-правової охорони довкілля. В.О. Навроцький, В.К. Матвійчук, О.О. Дудоров, В.А. Клименко, С.Б. Гавриш предметом злочину, передбаченого ст. 238 КК України називають інформацію – відомості про стан екологічної обстановки.

Проте стосовно предмету аналізованого виду злочинів залишається чимало дискусійних питань. Одне з них – чи варто визнавати предметом злочинів проти довкілля штучні екосистеми. С.Б. Гавриш вважає, що питання про злочинний вплив на штучні екосистеми не врегульовано в КК. Напротивагу йому В.О. Навроцький переконаний, що предметом злочинів проти довкілля є, в тому числі, і природні об'єкти, створені або змінені людиною, що перебувають в екологічному стані. Крапку в цій дискусії поки що не поставив ні законодавець, ні Пленум Верховного Суду України. Суперечлива ситуація при кваліфікації за ст. 246 КК України виникає при диференціації лісу на сухостій і сироростучий, а саме вчені дискутують, чи варто визнати предметом цього злочину сухостій. Стосовно незаконного полювання, то більшість питань, які раніше вважалися дискусійними в науці кримінального права вирішені однозначно. Сформульовані єдині підходи до визначення предмету цього злочину, який одночасно є розмежувальною ознакою незаконного полювання та злочинів проти власності. Зокрема, тривалі суперечки про кваліфікацію незаконного відлову видр закінчилися визнанням цих тварин предметом незаконного полювання.

Різні підходи існують в науці кримінального права України і щодо визначення наслідків злочинів проти довкілля. Якщо в КК України 1960 року, окремі наслідки були формалізовані, то в нині чинному кримінальному законі вони всі переведенні в ранг оціночних понять, що аж ніяк не сприяє правильному застосуванню відповідних норм. Слід відзначити, що науковці замість того, щоб уніфікувати підходи до визначення наслідків окремих злочинів проти довкілля, запропонувати законодавцю та практичному працівникові чіткі критерії визначення кримінально-караної шкоди природному об'єкту, навіть наслідки, позначені однаковими термінами у різних статтях пропонують трактувати по-різному. Яскравим прикладом такого підходу є тлумачення терміну «тяжкі наслідки».

Як і в наукових дослідження інших інститутів особливої частини кримінального права України автори не можуть втриматися від спокуси підкоректувати загальну частину кримінального права, керуючись результатами вивчення лише одного виду злочинів. В.К. Матвійчук вважає, що є підстави виділяти ще одну ознаку об'єктивної сторони складу злочину, а саме – джерела вчинення злочину.

Ще одна концептуальна для кримінального права дискусія, що розгорілася на фоні наукових досліджень злочинів проти довкілля, стосується вона можливості визнання суб'єктом злочину юридичної особи. С.Б. Гавриш, використовуючи аргументи свого часу викладені М.С. Таганцевим, переконливо доводить, що встановлення кримінальної відповідальності юридичних осіб теоретично необгрунтовано та практично недоцільно. В.К. Матвійчук стверджує, що існує необхідність запровадження кримінальної відповідальності юридичних осіб за злочини проти довкілля. Аргументи опонентів цей вчений спростовує дуже просто – «принцип особистої відповідальності може і повинен співіснувати з іншим принципом – відповідальності осіб там, де цього вимагає життя».

Проблемним питанням залишається відмежування злочинів проти довкілля від адміністративних правопорушень. М.І.Хавронюк констатує наявність у всіх злочинів проти довкілля спільних ознак з адміністративними правопорушеннями та наголошує на необхідності провести їх відмежування. Проте далі констатації діло не йде. В.К. Матвійчук пропонує наступні критерії відмежування злочинів проти довкілля від суміжних адміністративних правопорушень: загальні (суспільна небезпечність, кримінальна протиправність, винність, караність) та конкретні (об'єкт, предмет, об'єктивна сторона, суб'єкт, суб'єктивна сторона). Але, як справедливо зазначає Л.П. Брич, суспільна небезпека є ознакою загального поняття злочину, яка стосовно кожного конкретного складу злочину визначається сукупністю його об'єктивних та суб'єктивних ознак, тому не може слугувати критерієм відмежування. Те ж саме можна сказати про кримінальну протиправність, караність, винність. Необгрунтованим видається і віднесення В.К.Матвійчуком до відмежувальних критеріїв елементів складу злочину, оскільки такими можна вважати лише однойменні ознаки конкретних складів злочинів, які виступають обов'язковими в складі злочину і одночасною є їхня відсутність в складі адміністративного правопорушення. Проте, якщо загальні закономірності щодо відмежування злочинів від адміністративних правопорушень сформульовані Л.П. Брич, то дослідження, а відповідно формулювання науковообгрунтованих рекомендацій для правозастосовної практики, стосовно відмежування злочинів проти довкілля від відповідних адміністративних правопорушень поки що не проводилося.

Таким чином, аналіз наукових досліджень кримінально-правової охорони довкілля в незалежній Україні дозволяє зробити наступні висновки: враховуючи, що інститут кримінально-правової охорони довкілля є відносно новим для науки кримінального права, основна увага вчених зосереджена на вирішенні теоретичних, методологічних завдань, а саме визначенні родового об'єкта цього виду злочинів, кола злочинних посягань, які слід вважати злочинами проти довкілля; ряд проблем кримінально-правової охорони довкілля наукою поставлено і вирішено, зокрема визначено критерії відмежування злочинів проти довкілля та злочинів проти власності, сформульовано ознаки предмета злочинів проти довкілля тощо; науковці визнають необхідність проведення відмежування злочинів проти довкілля від відповідних адміністративних правопорушень, проте практичним вирішенням цього питання поки що ніхто не займався; вивчення пропозицій науковців щодо вдосконалення системи норм розділу VIII Особливої частини КК України показує, що науковці в переважній більшості пропонують не впорядкувати існуючу систему норм, а механічно доповнити її новими, при цьому не обтяжуючи себе узгодженням своїх пропозицій з чинними нормами; крім того у вітчизняних вчених простежується стійка тенденція змінити вектор розвитку кримінально-правової науки, і повернутися від загальних норм до казуїстичних; доводиться констатувати, що в наукових дослідженнях злочинів проти довкілля нерідко зустрічається нехтування загальними методологічними принципами кримінального права, наприклад, нова ознака об'єктивної сторони складу злочину виводиться на базі досліджень лише одного виду злочинів, об'єкт утотожують з предметом, допускають поширювальне тлумачення кримінально-правових норм; для вдосконалення наукових досліджень, чинного законодавства, практики застосування відповідних норм науковцям слід продовжити дослідження кримінально-правової охорони довкілля варто продовжити.

ДО ПИТАННЯ ПРО ОЗНАКИ ПОТЕРПІЛОГО У ЗЛОЧИНАХ ПРОТИ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ

Цюра А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У чинному КК України термін „споживач” використовується у конструкції складу злочину, передбаченого ст. 227 КК України „Випуск або реалізація недоброякісної продукції”. Законодавець на визначає у законі про кримінальну відповідальність змісту даного терміну, а для з’ясування змісту даного терміну відсилає до цивільного законодавства. А.Є. Жалінський пропонує наступні варіанти вирішення такої проблеми: а) поняття однієї галузі права (переважно, якщо не виключно, цивільного законодавства) без яких-небудь змін використовуються в тексті кримінального закону; б) поняття цивільно-правові використовуються, але змінюючи своє значення в контексті кримінально-правової норми. Враховуючи положення про те, що кримінальне право по суті охороняє відносини, врегульовані цивільним правом, то і самі ці поняття цивільного права необхідно розуміти у тому обсязі, у якому вони існують, тлумачаться у рамках відповідних інститутів цивільного права. Тим не менше, у цивільному законодавстві, у одному випадку, сам термін „споживач” має ширший зміст, в іншому випадку – вузький. Тому з’ясування питання про те, учасником якого кола відносин є споживач, а також вирішення питання про те, який зміст вкладається при використанні терміну „споживач” у кримінальному законодавстві – окреслює з суб’єктної сторони ту групу суспільних відносин, які охороняються або ж можуть претендувати на кримінально-правову охорону.

Поняття „споживач” традиційно досліджується у багатьох аспектах, оскільки являє собою складне соціальне явище, соціальний інститут, який одержав правове оформлення. Водночас це поняття вивчається філософією, економікою, юриспруденцією, маючи при цьому відмінне змістовне навантаження.

Відповідно до Великого тлумачного словника сучасної української мови, споживання означає „використовувати, витратити продукцію для задоволення яких-небудь проблем”, а споживач – це „особа чи організація, що використовує, споживає якусь продукцію”.

Правове визначення поняття „споживач” міститься у Законі України “Про захист прав споживачів” (далі Закон): „споживач – фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов’язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов’язків найманого працівника”. Закон, назвавши ознаки поняття „споживач”, тим самим, окреслив коло осіб, які можуть бути визнані такими у порівнянні з економічним поняттям споживача, використавши такі критерії як вказівка на намір набуття, використання товарів – особисті потреби не пов’язані з підприємницькою діяльністю або виконанням обов’язків найманого працівника та особливий суб’єкт – тільки фізична особа.

Однак у цивільному законодавстві категорія „споживач” використовується для позначення не тільки фізичних осіб, як це передбачено Законом, але і юридичних осіб. Зокрема така ситуація має місце при визначенні сторони у публічному договорі споживачем – ч. 2 ст. 633 ЦК України, сторони договору постачання енергетичних та інших ресурсів через приєднану мережу як споживача – ст. 714 ЦК України, при визначенні сторони телекомунікаційних послуг як споживача – ст. 1 Закону України „Про телекомунікації”, при визначенні сторони житлово-комунальних послуг як споживача – ст. 1 Закону України „Про житлово-комунальні послуги”, при визначенні сторони при наданні рекламних послуг як споживача – ст. 1 Закону України „Про рекламу”, при визначенні сторони при наданні теплової енергії як споживача – ст. 1 Закону України „Про тепlopостачання” і ін.

Постають питання, яке ж змістовне навантаження мав на увазі законодавець використовуючи термін „споживач” у відповідному елементі складу злочину, передбаченого ст. 227 КК України „Випуск або реалізація недоброякісної продукції”, а також кого слід було б визнати споживачем у випадку окремої, самостійної охорони прав споживачів єдиним комплексом кримінально-правових норм.

Щодо розуміння споживача як потерпілого від злочину, передбаченого ст. 227 КК України „Випуск або реалізація недоброякісної продукції”, то з цього приводу у літературі висловлено різні

позиції. Одні науковці вважають, що законодавець, використовуючи термін „споживач” у конструкції складу злочину, передбаченого ст. 227 КК України, мав на увазі його широкий зміст і тому потерпілим від цього злочину в однаковій мірі є як фізичні, так і юридичні особи. Зокрема така позиція висловлена у науково-практичних коментарях до КК України за редакцією М.І. Мельника, М.І. Хавронюка та за редакцією М.О. Потєбенька, В.Г. Гончаренка, а також у підручнику „Кримінальне право України. Особлива частина” автором якого є В.О. Навроцький. Однак, інші науковці вважають, що законодавець мав на увазі вузький зміст терміну „споживач”, використовуючи його при конструкції вищезгаданого складу злочину. Таку позицію висловлено у підручнику „Кримінальне право України: Особлива частина” за редакцією М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. Видається, що позиція першої групи авторів є більш об’єктивно повною і тому висновок, про те що під споживачем у ст. 227 КК України необхідно визнавати як фізичну, так і юридичну особу підтверджується наступними міркуваннями:

- виходячи з місця складу злочину „Випуск або реалізація недоброякісної продукції” у системі Особливої частини КК України, а саме це є Розділ VII „Злочини у сфері господарської діяльності”, необхідно констатувати той факт, що передбачаючи кримінальну відповідальність за випуск або реалізацію недоброякісної продукції, законодавець мав на меті взяти під кримінально-правову охорону відносини у господарській сфері, що виникають з приводу реалізації продукції між виробником (продавцем) та покупцями, якими можуть бути як фізичні так і юридичні особи. Останні ж наділені рівними майновими правами у господарській сфері. Рівність прав означає у однаковій мірі і охорону цих прав юридичними засобами, а у тому числі і кримінально-правовими. Тому висновок про те, що під споживачем у конструкції складу злочину, передбаченого ст. 227 КК України необхідно розуміти виключно фізичну особу, безпідставно б надавав перевагу майновим правам фізичних осіб перед майновими правами юридичних осіб, що виражалось б у неоднакових, нерівних заходах кримінально-правової охорони даних прав;
- як впливає з вище досліджуваних нами випадків у цивільному законодавстві, у разі необхідності однакової цивільно-правової охорони майнових прав фізичних, юридичних осіб у термін „споживач” вкладається широкий зміст і під останнім законодавець розуміє як фізичну, так і юридичну особу, з таких же міркувань таке вирішення питання може використовуватись і у кримінальному праві.

Хоча суто з логічної точки зору базовим визначенням терміну „споживач” є те, яке дається у Законі „Про захист прав споживачів”, а тому дане визначення повинно б відповідно сприйматись та розумітись однаково і у інших галузях права. Вирішенням такої термінологічної неузгодженості між терміном „споживач” у Законі та у ст. 227 КК України могло б бути внесення змін до ст. 227 КК України, у якій законодавець по-іншому б назвав потерпілого, наприклад „покупець”, відмовившись при цьому від використання терміну „споживач”.

По-іншому вирішувалося б питання про зміст терміну „споживач” у випадку самостійної, окремої кримінально-правової охорони прав споживачів, тобто іде мова про появу в межах Особливої частини КК України Розділу „Злочини проти прав споживачів”. Метою створення такого інституту кримінально-правової охорони прав споживачів є необхідність охорони у зв’язку з важливістю, значущістю прав споживачів публічно-правовими методами. Необхідність виділення такої категорії суб’єктів, як споживачі-фізичні особи та закріплення за ними спеціального правового статусу у цивільному праві обумовлено наступною обставиною, що серед інших учасників цивільних відносин останні виступають найменш захищеною стороною. У зобов’язаннях з їх участю існує найбільша ступінь економічної нерівності, оскільки на стороні виробника (продавця, виконавця) виступає підприємець, а на стороні споживача – фізична особа. Між продавцем (виробником, виконавцем), з однієї сторони, і споживачем товарів (робіт, послуг), з іншої – завжди існує нерівність, що полягає у тому, що продавець функціонує на ринку, як правило, в достатньо вузькій сфері і володіє знанням законів, правил, звичаїв ділового обігу, що регулюють цю сферу ринку. Споживач, на відміну від продавця, задовольняє свої потреби у достатньо широкій сфері ринку, як правило, не володіючи спеціальними знаннями про товари, роботи, послуги, правила їх набуття. Держава, усуваючи цю нерівність, „допомагає” економічно слабшій стороні, використовуючи відповідні прийоми правового регулювання: встановлюючи винятки із принципів рівності сторін цивільно-правових відносин та свободи договору, надаючи споживачу-фізичній особі додаткові права та покладаючи на його контрагента додаткові обов’язки. Це проявляється у наділенні споживача-фізичної особи спеціальним правовим статусом та закріпленні у законодавстві особливих регулятивних та охоронних норм, які

враховують особливості положення цього суб'єкта. Така економічна нерівність вимагала і значного втручання у цивільні правовідносини публічно-правових начал, скерованих на те, щоб юридичними засобами вирівняти становище контрагентів по відношенню один до одного. При самостійній кримінально-правовій охороні прав споживачів зміст терміну „споживач”, згідно вище наведених міркувань, відповідатиме тому обсягу, у якому цей термін використовується в рамках інституту захисту прав споживачів та передбачений у Законі. Оскільки окрема кримінально-правова охорона прав споживачів виступала б необхідним продовженням інституту охорони прав споживачів у цивільному праві.

Виходячи з визначення терміну „споживач”, яке міститься у Законі, для визнання конкретної особи споживачем в рамках регламентованих Законом відносин, важливим є наявність ряду умов:

1. Споживач – це фізична особа. Закон застосовується лише до тих відносин, однією із сторін яких є фізична особа, якщо ж товар набувається юридичною особою у „споживчих цілях”, застосовуються відповідні норми ЦК України.

2. Споживач – це фізична особа, яка замовляє, набуває або використовує товари виключно для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника. Намір набуття товарів є визначальним критерієм. Разом з тим, відсутність законодавчого визначення „особисті потреби” допускає різноманітне тлумачення цих понять та на практиці призводить до різноманітних суперечностей. Оскільки особисті потреби можуть бути різними: побутовими, сімейними, домашніми, виробничими і т.д., головне – відсутність при цьому зв'язку зі здійсненням підприємницької діяльності або виконанням обов'язків найманого працівника.

Таким чином, споживачем як потерпілим у злочинах проти прав споживачів є фізична особа, яка в силу специфіки свого економічного становища на ринку наділена законодавцем додатковими правами до тих, що передбачені цивільним законодавством при укладенні конкретного договору, при набутті чи виникненні наміру набути товар (скористатись послугою, роботою) для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника. Таке розуміння споживача чітко окреслює межі кримінально-правової охорони споживчих відносин зі сторони їх суб'єктного складу.

**ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ НОРМ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА В ЗАГАЛЬНУ
ЧАСТИНУ КК УКРАЇНИ***Шикеринець Р.**Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України*

Закріплені в ст. 9 Конституції України та ст. 19 Закону України “Про міжнародні договори України” положення про дію норм міжнародного права та сумлінне дотримання і неухильне виконання Україною міжнародних договорів виявляється в обов’язку держави дотримуватись взятих на себе міжнародних зобов’язань при формуванні норм національного законодавства, в тому числі і кримінально-правових.

Норми Декларацій і Конвенцій, які утворюють Міжнародні стандарти ООН, буквально “пройняті” духом розуміння того, що людина, її права і свободи є найвищою цінністю. Однак, національне кримінальне законодавство виходило з цього положення не завжди. Для прикладу, КК України 1960 року на перше місце з поміж своїх завдань ставив захист зовсім інших суспільних відносин та інтересів. Так, ст. 1 КК України 1960 року передбачала пріоритет кримінально-правового захисту суспільного устрою держави, її політичної і економічної системи.

На сьогоднішній день така розбіжність усунена у відповідності до норм і принципів міжнародного права. В ч. 1 ст. 1 КК України принципово змінено ієрархію об’єктів кримінально-правової охорони і тепер пріоритетне місце з поміж них займає охорона прав і свобод людини і громадянина. Таким чином, можна стверджувати, що всі положення кримінального закону повинні бути побудовані у відповідності до вказаного принципу.

Більшість міжнародних актів кримінально-правового характеру встановлюють недопустимість кримінального переслідування особи яка вчинила “діяння, під час вчинення якого, воно не вважалось злочином за національним законом або міжнародним правом”, підтверджуючи класичне правило – “нема злочину без вказівки на те в законі”.

З поміж основних прав і свобод людини неодноразово згадується про те, що жодна особа “не може бути повторно засуджена чи покарана за той самий злочин”. В загальному, це положення відображено в принципі кримінального права “не двічі за одне і теж (non bis in idem)”, закріпленого в ч. 3 ст. 2 КК України.

Відповідність КК України міжнародним стандартам охорони прав і свобод людини проявляється в положеннях про межі дії зворотної сили кримінального закону. Так, ч. 1 ст. 5 КК України встановлює, що закон про кримінальну відповідальність, який скасовує злочинність діяння або пом’якшує кримінальну відповідальність, має зворотну дію у часі, тобто поширюється на осіб, що вчинили відповідні діяння до набрання таким законом чинності, у тому числі на осіб, які відбувають покарання або відбули покарання, але мають судимість. З іншої сторони, закон про кримінальну відповідальність, що встановлює злочинність діяння або посилює кримінальну відповідальність, не має зворотної дії в часі. Такий принцип зворотної дії кримінального закону вважається загальноприйнятим і знайшов своє закріплення в п. 1 ст. 15 Міжнародного Пакту про громадські і політичні права, 1966 року.

В положеннях Загальної частини КК України знайшов відображення такий принцип міжнародного права як принцип непорушності державних кордонів, суверенітету і територіальної цілісності держав. Вказаний міжнародно-правовий принцип відтворений у визначенні меж дії кримінального закону в просторі – “особи, які вчинили злочини на території України, підлягають кримінальній відповідальності за цим Кодексом” (ч. 1 ст. 6 КК України). У даному випадку, суверенітет держави виражається в можливості встановлення своєї юрисдикції (в тому числі і кримінальної) на своїй власній території, а таке право держави не може бути поставлено під сумнів.

Важливою новелою КК України стало введення принципу дії кримінального закону в просторі (ст. 8 КК України), відповідно до якого іноземці або особи без громадянства, що не проживають постійно в Україні, які вчинили злочини за її межами, підлягають кримінальній відповідальності за КК України у випадках, передбачених міжнародними договорами або якщо вони вчинили передбачені цим Кодексом тяжкі або особливо тяжкі злочини проти прав і свобод громадян України або інтересів України.

В ч. 3 ст. 5 КК України 1960 року передбачалось, що іноземні громадяни за злочини, вчинені поза межами України, підлягають відповідальності за кримінальними законами України у випадках, передбачених міжнародними договорами. Зазначимо, що передбачалась неможливість прямої відсилки до міжнародно-правової норми, а настання кримінальної відповідальності тільки за статтею Особливої частини КК України 1960 року, яка передбачала відповідальність за злочин, норма про який була імплементована у вітчизняне кримінальне законодавство у силу міжнародно-правового зобов'язання.

Зараз же, у відповідності до вказаного принципу дії кримінального закону, можлива кримінальна відповідальність іноземців або осіб без громадянства не тільки за злочини передбачені міжнародними договорами (конвенційні злочини), але й за особливо тяжкі злочини проти прав і свобод громадян України або інтересів України, вчинені поза межами України. Нам видається, що в цьому положенні відображений розглядуваний принцип міжнародного права, оскільки охорона суверенітету і територіальної цілісності будь-якої держави є одним з основних завдань міжнародного права і, безумовно, має бути відтвореним в національному праві.

В тісному взаємозв'язку з розглянутою проблемою перебуває міжнародно-правовий принцип співробітництва держав, який виражається в кримінально-матеріальному змісті інституту видачі осіб, які вчинили злочин.

В КК України встановлена заборона видачі громадян України іншим державам, у випадку вчинення останніми злочину та їх території (ч.1 ст. 10 КК України). Проте, в низці міжнародно-правових актів передбачена можливість видачі іншій державі будь-якої особи, яка вчинила злочин на території тієї держави. Можна зробити висновок, що ст. 10 КК України, текстуально не відповідає нормам міжнародного права, і тому в ній повинна бути або передбачена можливість видачі громадян України відповідно до принципу міжнародного співробітництва, або недопустимість видачі громадян України має бути відображена в застереженнях України до зазначених міжнародно-правових актів.

Одним із фундаментальних є положення норм міжнародного права про те, що всі люди "наділені совістю". Таким чином "розум" людини, свобода її мисленнєвої і вольової діяльності притаманна будь-кому, що складає "правосуб'єктність" особи. Виходячи із змісту норм міжнародного права, така "правосуб'єктність" означає осудність особи в кримінально-правовому розумінні. Поняття осудності особи впливає з поняття неосудності, і, будучи основною ознакою суб'єкта злочину, позначає в теорії кримінального права здатність особи розуміти фактичний характер і суспільну небезпеку своїх дій і керувати ними (ч.1 ст. 19 КК України).

Міжнародно-правові акти регламентують не тільки питання злочинності діяння і покарання чи меж дії національних кримінальних законів. Інколи вони можуть бути джерелами для окремих інститутів кримінального права. Перш за все це стосується обставин, що виключають злочинність діяння.

Міжнародно-правові стандарти захисту прав і свобод людини допускають спричинення шкоди, яке не повинно розцінюватися як злочин. Це стосується випадків захисту від "протиправного насильства", тобто спричинення шкоди в стані необхідної оборони (ч. 1 ст. 36 КК України). Як правило, міжнародно-правові акти не регламентують межі необхідної оборони – це питання віднесено до компетенції національного законодавства. Тому, вважаємо, що положення ст. 36 КК України відповідають міжнародним стандартам.

Поряд з необхідною обороною, міжнародне право регламентує застосування інших обставин, що виключають злочинність діяння. Так, четвертий принцип міжнародного права, визнаний Статутом Нюрнберзького трибуналу, вказав на неможливість звільнення особи від відповідальності за спричинення шкоди, якщо будь-яка особа діяла на виконання наказу свого уряду або керівника, за умови, що у виконавця був "свідомий вибір поведінки".

Непритягнення до відповідальності за спричинення шкоди при виконання наказу (розпорядження) є новелою КК України 2001 року – раніше ця обставина в законодавстві радянського періоду була відсутня. Даний факт свідчить про сприйнятті кримінальним законом не тільки міжнародних стандартів захисту прав і свобод людини в цілому, але і тих норм міжнародного права, які регулюють питання застосування окремих кримінально-правових інститутів.

Безпосереднє відношення до регулювання загально-кримінальних питань відповідальності за вчинене діяння має Конвенція про незастосування строків давності до військових злочинців і злочинців проти людства, 1968 року, яка встановлює заборону застосування будь-яких строків давності до

вказаних категорій злочинів незалежно від часу їх вчення. Вказана норма Конвенції знайшла своє законодавче закріплення в ч. 5 ст. 49 КК України.

В контексті міжнародних стандартів гуманізм кримінальних покарань, закріплений в ч. 3 ст. 50 КК України стосується не тільки покарань, які принижують честь та гідність особи, але і смертної кари, яка виключена з переліку кримінальних покарань в силу ратифікації Україною Протоколу № 6, 1984 року до Європейської Конвенції про захист прав людини і основних свобод, 1950 року.

Міжнародні стандарти ООН зобов'язують держави враховувати вік неповнолітніх у випадку притягнення їх до кримінальної відповідальності та створити кримінально-правові заходи по їх перевихованню. Так, неповнолітнім визнається особа, яка вчинила злочин у віці від 14 до 18 років, при цьому особа вважається такою, що досягла певного віку не в день народження, а на початку наступної доби.

При детальному аналізі відповідності норм Загальної Частини КК України вимогам міжнародно-правових актів можна виявити і ряд розбіжностей, коли імперативна норма міжнародного договору не знайшла свого відображення або не в повній мірі відтворюється її зміст. На нашу думку, що уникнути ще можна лише шляхом одночасного, разом з ратифікацією міжнародного договору, внесення змін і доповнень до КК України.

Вважаємо, що для подолання спірних питань, які виникають при застосуванні норм КК України у випадку їх невідповідності нормам міжнародного права, необхідно ввести в КК України окрему колізійну норму, яка б деталізуючи положення ст. 9 Конституції України та ст. 19 Закону України "Про міжнародні договори України", регламентувала правила застосування кримінального закону.

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ТА КРИМІНАЛІСТИКИ

ПОНЯТТЯ ІНСТИТУТУ ПРИМИРЕННЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Бартусяк І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Конституція України оголосивши Україну демократичною правовою державою (ст.1), визначила, що людина, її права і свободи є найвищою соціальною цінністю і їх дотримання і захист – обов'язок держави (ст.3). Зазначенні конституційні положення свідчать про визнання Україною вимог демократичного міжнародного співтовариства, викладених в таких міжнародно-правових актах, як Загальна декларація прав людини, Конвенція про захист прав людини і основних свобод, Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права та Міжнародний пакт про громадянські права. У зв'язку з цим характерними рисами розвитку українського кримінально-процесуального законодавства останніх років є прагнення законодавця в найбільшій мірі наблизитись до вироблених світовим співтовариством стандартів організації кримінального судочинства.

Ставлення держави до людини, її прав та інтересів має визначальне значення для кримінального судочинства. Це зумовлено тим, що характер і зміст кримінального судочинства залежить від загально-правового статусу людини в державі, в такій же мірі, як і організація кримінального процесу здійснює серйозний вплив на становище людини в державі.

Інститут примирення обвинуваченого, підсудного з потерпілим (ст.8 КПК України) не достатньо активно використовується як засіб вирішення кримінально-правового конфлікту. Причиною даної ситуації є те, що положення кримінально-процесуального законодавства не завжди тлумачаться і застосовують однозначно, не регламентована сама процедура примирення. Все це негативно відбувається не тільки на процесі застосування на практиці, але й на забезпеченні прав і законних інтересів учасників кримінального судочинства, що породжує ряд питань теоретичного, правового і практичного характеру, які вимагають дослідження і відповідного вирішення.

Примиренням обвинуваченого, підсудного з потерпілим (ст.8 КПК України) можна назвати інститутом кримінально-процесуального права, адже існує система юридичних норм, як матеріального так і процесуального права, які регулюють групу однорідних суспільних відносин по закриттю кримінальної справи у зв'язку із примиренням обвинуваченого, підсудного з потерпілим. Або, іншими словами, інститут примирення обвинуваченого, підсудного з потерпілим – це об'єктивно відособлена в межах кримінального процесу сукупність взаємопов'язаних юридичних норм, які об'єднані спільністю регулювання конкретного виду суспільних відносин.

Проблемою цього інституту кримінального процесу є те, що в Україні хід примирення діючим законодавством не регулюється. Значення для кримінального процесу отримує лише результат примирення. Так, у кримінальних справах, невеликої тяжкості юридичне значення примирення визначається у відповідності до ст. ст. 7-1 і 8 КПК України. В цьому випадку, наприклад, примирення може привести до закриття кримінальної справи щодо обвинуваченого, підсудного. В інших випадках, в тому числі і у справах із складом злочину середньої тяжкості і тяжкого злочину, примирення і його результати можуть привести до пом'якшення відповідальності у відповідності – ст. 66 КК України („добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди”). Примирення в таких справах сприятиме тому, що може бути призначене покарання нище межі, яка передбачена санкцією закону або більш м'якше покарання (ст. 69 КК України), а також звільнення особи від призначеного покарання із випробуванням (ст. 75 КК України).

Можуть також бути закриті за примиренням потерпілого із підсудним справи, які порушуються не інакше, як за скаргою потерпілого або так звані справи приватного обвинувачення (ст. 27 КПК України).

Проект Кримінально-процесуального кодексу України теж закріплює положення інституту примирення, зокрема в ст. 184 і 191. Однак законодавець знову ж таки залишив неврегульованим питання про хід примирення між обвинуваченим, підсудним і потерпілим.

На підставі вищевказаного можна зробити висновок, що діючий сьогодні Кримінально-процесуальний кодекс і Проект Кримінально-процесуального кодексу не містять норм, які б давали реальну можливість практичної реалізації норм матеріального права спрямованих на примирення сторін кримінального конфлікту.

Проблема необхідності законодавчого врегулювання процедури примирення сторін кримінального конфлікту обговорюється уже давно в нашій державі. Слід відмітити те, що Верховний Суд України в 2003-2004 роках проаналізував практику закриття кримінальних справ судами України у зв'язку з тим, що за nereабілітуючими підставами закривається від 14 до 18 тисяч справ у рік, а також різними підходами до вирішення питань про закриття справ судами і підготував дві постанови ціллію яких є забезпечити більш ширше використання інституту примирення в практичній діяльності судів. Зокрема, в пункті 21 постанови Пленуму Верховного Суду України №5 від 16.04.2004 року "Про практику застосування судами законодавства по справам про злочини неповнолітніх" запропоновано судам активніше залучати громадськість до вирішення питань, пов'язаних із злочинністю неповнолітніх, підтримувати діяльність громадських організацій, ціллію яких є примирення між неповнолітнім злочинцем і потерпілим, яке може потягнути за собою закриття справи або бути враховане при призначенні покарання як помякшуюча обставина. В п. 25 постанови Пленуму Верховного Суду України № 13 від 2.07.2004 року "Про практику застосування законодавства, яким передбачено права потерпілого від злочину" містяться рекомендації судам по використанню інституту примирення, елементи якого закріплені в Кримінальному кодексі України.

Як вже відзначалося, ключовою проблемою, яка перешкоджає ширшому використанню у вітчизняній практиці інституту примирення є відсутність в органів, які здійснюють досудове слідство, та суду безпосередніх повноважень стосовно процедури примирення, контролю за нею тощо. Вирішити цю проблему можна лише шляхом доповнення КПК положенням, згідно з яким в ході попереднього слідства прокурор або орган дізнання, а також суд за ініціативою або за згодою обвинуваченого та потерпілого може направити справу до посередника з метою її розгляду в порядку реалізації інституту примирення. Зокрема, законодавчого визначення потребують питання: закріплення кола справ, у яких можливе примирення; визначення часу, відведеного на примирення, а також їх врахування чи неврахування у процесуальні строки; визначення форми подачі звіту про проведення процедури примирення та форми угоди між потерпілим та обвинуваченим/підсудним; визначення основних засад та форми проведення примирення, умов отримання посередниками інформації по справі та інших важливих процесуальних питань.

Інститут примирення в кримінальному процесі відповідає природному способу вирішення кримінальних конфліктів, який здатний усунути об'єктивну основу конфлікту і його причину. Розуміння природи інституту примирення тягне за собою наступні висновки.

1. Інституту примирення в кримінальному процесі України повинна надаватись перевага у справах невеликої та середньої тяжкості. При можливості закрити кримінальну справу у зв'язку із примиренням із потерпілим процесуальне врегулювання повинно сприяти проведенню примирювальної процедури. І тільки у випадку не досягнення примирення між потерпілим і обвинуваченим, застосовувати механізм судової процедури. Процесуальне регулювання має бути закріплене в КПК України і передбачати поняття примирення; коло суб'єктів, які мають право на примирення і участь в примирювальних процедурах; вимоги до форми і змісту примирювальної угоди; допускати зупинення кримінальної справи у випадку реалізації права на примирення, і відновлювати, у випадку, коли примирення не досягнуто або примирювальна угода не виконана. Крім того, є необхідність розробити нормативний документ, який би носив рекомендаційний характер і передбачав порядок примирювальних процедур поза кримінальним процесом.

2. Право посадових осіб закривати справу у зв'язку із примиренням обвинуваченого із потерпілим не відповідає справжній природі примирення. У випадку реального примирення особи, яка вчинила злочин із потерпілим посадові особи зобов'язані зупинити справу.

3. При вдосконаленні інституту примирення в кримінальному процесі України особливу увагу слід приділити процедурі примирення, так як історія свідчить про його високий виховний потенціал, який має суспільне значення.

КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПИТАННЯ АПЕЛЯЦІЙНОГО ТА КАСАЦІЙНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ЗА ЧИННИМ КПК УКРАЇНИ: НЕОБХІДНІСТЬ НОВОГО ПІДХОДУ

Бобечко Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. У липні 2001 р. у кримінально-процесуальне законодавство України були запроваджені (точніше – відроджені та реформовані) давно відомі світовій науці і практиці форми перевірки судових рішень – апеляційне та касаційне провадження. З цього часу виникло чимало питань щодо застосування норм вказаних процесуальних інститутів. Зупинимось на деяких з них.
2. У чинному КПК України в залежності від предмету апеляційної перевірки передбачено три види апеляційного провадження, кожному з яких притаманні свої особливості, зумовлені суб'єктами, порядком і строками апеляційного оскарження, методом апеляційного розгляду та рішеннями апеляційного суду за його результатами:
 - апеляційне провадження щодо перегляду вироків, постановлених судами першої інстанції, а також постанов про застосування чи незастосування примусових заходів виховного і медичного характеру, винесених судами першої інстанції (ч.1 ст. 347 КПК України);
 - апеляційне провадження щодо перегляду ухвал (постанов) судів першої інстанції про закриття кримінальної справи або повернення справи на додаткове розслідування, окремих ухвал (постанов), а також інших постанов, винесених судами першої інстанції (ч.2 ст. 347 КПК України);
 - апеляційне провадження щодо перегляду постанови про відмову у задоволенні скарги про застосування заходів безпеки або про їх скасування (ч.3 ст. 52⁵ КПК України), постанови про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту чи відмову в цьому (ч.7 ст. 165² КПК України), постанови про продовження строку тримання під вартою або про відмову в цьому (ч.4 ст. 165³ КПК України), постанови про відмову у проведенні обшуку або огляду житла чи іншого володіння особи (ч.5 ст. 177, ч.4 ст. 190 КПК України), постанови про поміщення обвинуваченого у медичний заклад для стаціонарної експертизи або про відмову в цьому (ч.2 ст. 205 КПК України).

На наш погляд, існування трьох видів апеляційного провадження у кримінальному судочинстві є негативним явищем як з теоретичної, так і з практичної точки зору. Фактично лише перегляд вироків судів першої інстанції пов'язаний із проведенням апеляційним судом судового слідства. Усі ж інші рішення, які можуть бути предметом апеляційного розгляду, перевіряються за правилами касаційного провадження. По суті у чинному КПК України діє спотворений інститут апеляційного провадження, і апеляція перетворюється на касацію там, де немає повторного дослідження доказів шляхом проведення судового слідства. Втім, порядок апеляційного оскарження та розгляду повинен бути єдиним і не залежати від предмету апеляційної перевірки. Один і той же порядок провадження в суді першої інстанції вимагає і однакової процедури провадження в апеляційній інстанції, уніфікованого порядку контролю за діяльністю нижчестоящих судів. Тому заслуговує на увагу погляд про надання в новому кримінально-процесуальному законодавстві України апеляційному суду права переглядати судові рішення не тільки в апеляційному, але й в касаційному порядку (Д.В. Філін).

3. Згідно з чинним КПК України касаційне провадження як форма перевірки судових рішень складається з двох видів перегляду: а) перегляду судових рішень, що ще не набрали законної сили (ч.1 ст. 383 КПК України); б) перегляду судових рішень, що вже набрали законної сили (ч.2 ст. 383 КПК України). Вони мають відмінності, зумовлені суб'єктами, порядком і строками касаційного оскарження, процедурою призначення справи до касаційного розгляду та підставами для скасування чи зміни судових рішень.

Наявність двох видів касаційного провадження в межах одного й того ж процесу (у порядку виняткового провадження також можуть бути перевірені судові рішення, що набрали законної сили), по справах одного й того ж характеру, на наше переконання, не може мати виправдання ні з

теоретичної, ні з практичної точки зору. Така ситуація розкриває справжнє ставлення законодавця як до стабільності та непохитності судових рішень, що набрали законної сили, так і до судової влади загалом.

4. Пункт 3 ч.2 ст. 347 КПК України встановлює можливість оскаржити в апеляційному порядку усі інші постанови судів першої інстанції (крім тих, що зазначені у даній статті), якщо це прямо передбачено законом. Втім, законодавець не наводить переліку таких постанов. Їх доводиться знаходити самостійно шляхом системного аналізу норм КПК України.

Для того, щоб усунути недоліки законодавчої регламентації предмету апеляційного провадження, в літературі (В.Т. Маляренко) запропонована певна "універсальна формула", яка дозволить чітко відповісти на питання про те, яке судові рішення підлягає апеляційному оскарженню, а яке – ні.

Така пропозиція безперечно заслуговує підтримки, але з певними застереженнями. Якщо розглядати ст. 348 КПК України, зокрема п.3 ч.2 цієї статті, у взаємозв'язку з п.8 ст. 129 Конституції України (забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду, крім випадків, встановлених законом), то можна дійти висновку про її невідповідність конституційній нормі. Справа в тому, що ст. 348 КПК України, в тому числі й п.3 ч.2 даної статті, визначає перелік судових рішень, які підлягають апеляційному оскарженню, а не перелік судових рішень, які такому оскарженню не підлягають, як цього вимагає п.8 ст. 129 Конституції України. Більше того, вказане положення закону суперечить і ст. 64 Конституції України, відповідно до якої конституційні права і свободи людини та громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України. Тому, на наш погляд, заборона апеляційного оскарження повинна бути безпосередньо передбачена в КПК України стосовно кожного окремо взятого судового рішення. Тобто у кримінально-процесуальному законі слід передбачити не лише правило, але й винятки з нього (про що якраз і йде мова у п.8 ст. 129 Конституції України).

5. Як уже зазначалось, в касаційному порядку можуть бути оскаржені як судові рішення, що не набрали законної сили, так і судові рішення, що набрали законної сили.

В результаті прийняття закону від 12 січня 2006 р. редакція ч.2 ст. 383 КПК України зазнала змін. По-перше, вона приведена у відповідність із законодавством про судоустрій. По-друге, на цей раз законодавець вже "не забув" включити до переліку судових рішень, що можуть бути оскаржені в касаційному порядку ухвали місцевих судів. Поряд з цим, у ній одержали закріплення і певні новели, що відображають позицію Верховного Суду України стосовно регламентації предмету касаційної перевірки.

Мова йде про заборону оскаржувати і переглядати в касаційному порядку постанови (ухвали) суду першої інстанції, які перешкоджають подальшому провадженню у справі, а також ухвали апеляційного суду щодо них та ухвали про скасування судових рішень і повернення справи на новий судовий розгляд чи на нове розслідування.

Однак позиція Верховного Суду України з цього питання не є безспірною. Ще до внесення зазначених змін до глави 31 КПК України, Пленум Верховного Суду України у ряді своїх постанов (постанова № 4 від 25 квітня 2003 р. "Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства", постанова № 1 від 11 лютого 2005 р. "Про деякі питання, які виникають під час розгляду судами України скарг на постанови органів дізнання, слідчого, прокурора про порушення кримінальної справи", постанова № 2 від 11 лютого 2005 р. "Про практику застосування судами України законодавства, що регулює повернення кримінальних справ на додаткове розслідування") окреслив конкретні рішення судів першої та апеляційної інстанції, що набрали законної сили, які не можуть бути предметом касаційної перевірки.

З положень постанов Пленуму Верховного Суду України вбачається, що давши роз'яснення, Верховний Суд України фактично по-своєму інтерпретував зміст ч.2 ст. 383 КПК України. Така його діяльність стосовно звуження предмету касаційного оскарження, як на нас, є негативним явищем. Мало того, що Пленум Верховного Суду України при цьому вийшов за межі своїх повноважень, так ще й відмовив заінтересованим особам у доступі до правосуддя. Немає особливої потреби доводити, що будь-які рішення судів першої та апеляційної інстанції у кримінальних справах істотно торкаються прав та законних інтересів учасників процесу, а також інших осіб. За таких обставин можливість їх касаційного оскарження є дієвою гарантією як прав особи, так і інтересів правосуддя. Натомість відповідні положення постанов Пленуму Верховного Суду України свідчать про те, що Верховний

Суд України самоусунувся від оперативного судового контролю за діяльністю судів нижчих інстанцій. Сама лише відсутність у КПК України прямих вказівок про можливість касаційного оскарження судових рішень, які безпосередньо стосуються прав та законних інтересів сторін, не може бути підставою для відмови у поданні чи прийнятті касаційних скарг і подань.

З ч.2 ст. 383 КПК України та проаналізованих положень постанов Пленуму Верховного Суду України випливає, що в касаційному порядку можуть бути оскаржені будь-які вироки, постанови та ухвали судів першої інстанції, а також ухвали апеляційних судів, винесені за результатами їх перевірки, крім постанов (ухвал) про направлення справи на додаткове розслідування, постанов про відмову у задоволенні скарги на рішення органів дізнання, слідчого, прокурора про порушення кримінальної справи, ухвал апеляційної інстанції щодо них, ухвал про скасування судових рішень і повернення справи на нове чи додаткове розслідування, новий судовий розгляд, а також ухвал апеляційного суду щодо постанов судів першої інстанції, пов'язаних із обранням запобіжного заходу. Разом з тим, якщо слідувати логіці закону і постанов Пленуму Верховного Суду України, не перешкоджають подальшому провадженню у справі і такі судові рішення: постанова судді про законність затримання, про продовження строків тримання під вартою, про направлення обвинуваченого на стаціонарну експертизу і т.п.

Однак, не перешкоджаючи провадженню у кримінальній справі, такі судові рішення можуть істотно порушувати права та законні інтереси учасників процесу. Хоча в кримінальному судочинстві і наявні конфлікт інтересів та конкуренція цінностей, але між інтересами прав особи та інтересами правосуддя суперечностей бути не може. Гарантії прав учасників процесу на касаційне оскарження є умовами, без яких правосуддя та кримінальний процес не можуть забезпечити виконання поставлених перед ними завдань. Звідси, закріплений у ч.2 ст. 383 КПК України критерій визначення судових рішень, що набрали законної сили, як таких, що можуть бути предметом касаційної перевірки, не видається прийнятним.

6. З аналізу положень ст. 362 КПК України випливає, що обов'язковою частиною апеляційного розгляду є судові дебати, які відбуваються незалежно від проведення чи не проведення судового слідства. Таку законодавчу регламентацію важко назвати правильною. Судові дебати як частина судового розгляду є цінними лише за умови проведення судового слідства. Тому незрозуміло для чого учасникам апеляційного розгляду виступати ще й в судових дебатах, коли у своїх поясненнях, захисній промові, виступах вони вже висловили свою думку, міркування з приводу апеляцій, доповнень і заперечень на них, правосудності оскарженого судового рішення в цілому. Нічого істотно нового вони не повідомлять.

Втім, якщо під час судових дебатів виникне необхідність дослідження нових обставин справи або доказів, що їх підтверджують чи спростовують, і якщо ці обставини і докази стосуються оскарженої частини вироку суду першої інстанції, апеляційний суд відповідно до ст. 363 КПК України своєю ухвалою відновлює судове слідство. В даному випадку законодавець цілком логічно пов'язує проведення судових дебатів з судовим слідством. Видається, що саме так і повинно бути. Проведенню судових дебатів повинно обов'язково передувати судове слідство.

Надання останнього слова підсудному закон (ч.7 ст. 362 КПК України) пов'язує з наявністю двох умов: 1) участю підсудного в апеляційному розгляді та 2) предметом апеляційного розгляду – законністю та обґрунтованістю вироку суду першої інстанції. Важко пояснити, чому законодавець в даному випадку не відніс до предмета апеляційного перегляду і постанови про застосування чи незастосування примусових заходів виховного і медичного характеру, винесені судами першої інстанції (ч.1 ст. 347 КПК України). Тоді б його логіку можна було зрозуміти, адже коли оскаржуються такі судові рішення, виникає потреба у проведенні судового слідства (дана теза підтверджується і змістом ч.1 ст. 382 КПК України). Разом з тим, у ст. 363 КПК України законодавець пов'язує надання останнього слова підсудному з раніше проведеним судовим слідством. Видається, що питання про надання підсудному останнього слова повинно вирішуватися аналогічно як і питання про судові дебати – лише за умови проведення судового слідства в суді апеляційної інстанції.

Відповідно до ч.5 ст. 362 КПК України судове слідство в апеляційному суді провадиться за правилами глави 26 КПК України з єдиним застереженням – лише щодо тієї частини вироку, законність і обґрунтованість якої оспорується в апеляції.

Втім, згідно з ч.1 ст. 297 КПК України судове слідство починається з читання обвинувального висновку, а в справах приватного обвинувачення – з оголошення скарги потерпілого. У зв'язку з цим, дослідники цілком обґрунтовано піддають сумніву необхідність оголошувати вказані документи в апеляційному суді, оскільки перед тим відповідно до ч.2 ст. 362 КПК України відбулася доповідь

судді (Т.В. Шевченко). Тому в КПК України належить закріпити положення про те, що судове слідство в суді апеляційної інстанції розпочинається з доповіді справи.

Також цілком логічним буде й невиконання дій, передбачених ст. 298 КПК України, – роз'яснення суті обвинувачення та з'ясування ставлення до нього підсудного.

7. Відповідно до ст. 366 КПК України за результатами апеляційного розгляду суд апеляційної інстанції може прийняти одне з таких же рішень, що й касаційна інстанція, але з певними винятками. Зокрема, йому надано право постановити свій вирок, постанову чи ухвалу, скасовуючи повністю або частково вирок, постанову чи ухвалу суду першої інстанції (пп. 2, 3 ч.1, п.2 ч.2 ст. 366 КПК України).

Втім, конкретне рішення апеляційної інстанції залежить від виду оскарженого рішення нижчестоящего суду, від доводів апеляції, від способу та результатів перевірки його правосудності.

Звідси випливає, що оскільки на стадії апеляційного провадження порядок дослідження доказів, хоч і з певними винятками, відповідає вимогам безпосередності, то і правова природа рішення апеляційної інстанції повинна бути аналогічна правовій природі рішення суду першої інстанції, винесених за результатами судового розгляду. Однак таке твердження є помилковим.

За змістом закону (ст. 378 КПК України) вирок суду апеляційної інстанції може бути лише обвинувальним, так само і постанова може лише погіршувати становище особи, щодо якої застосовані примусові заходи виховного чи медичного характеру, або справу закрито. Натомість апеляційний суд не наділений повноваженнями за результатами безпосереднього дослідження доказів в ході судового слідства скасувати обвинувальний вирок чи постанову про закриття справи і постановити виправдувальний вирок, скасувати постанову про застосування примусових заходів виховного чи медичного характеру і постановити виправдувальний вирок або закрити справу. Таким чином, простежується явно обвинувальний ухил в діяльності апеляційної інстанції. Така позиція законодавця в регламентації цього питання, на наш погляд, не лише докорінно неправильна, але й нелогічна.

РОЗМІР ШКОДИ, ЩО ПІДЛЯГАЄ ВІДШКОДУВАННЮ, ЯК ЕЛЕМЕНТ СТРУКТУРИ ПРЕДМЕТА ДОКАЗУВАННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПОЗОВІ

Ващук Б.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Одним із способів захисту порушених злочином майнових та особистих немайнових прав і законних інтересів фізичних і юридичних осіб у кримінальному судочинстві є цивільний позов. В силу дії принципу публічності доказування цивільного позову покладається на органи досудового розслідування, оскільки цей принцип не можна трактувати лише як активний захист інтересів держави, суспільства від злочинних посягань поза залежністю від інтересів окремої особистості, адже неможливо проявити турботу про благо держави, ігноруючи при цьому інтереси окремої особи. Публічний інтерес – це не лише інтерес держави і суспільства в цілому, але й інтерес особистості.

2. Одна з обставин, яку необхідно доказати під час провадження щодо цивільного позову – розмір шкоди, про відшкодування якої просить цивільний позивач у своїй вимозі, та відшкодування якої потенційно може бути здійснено під час вирішення цього цивільного позову по суті. Від правильного та точного з'ясування (встановлення) розміру заподіяної шкоди і розміру шкоди, яка підлягає відшкодуванню за конкретним цивільним позовом залежатиме, чи правильно буде визначено розмір відшкодування взагалі за цивільним позовом, а отже, чи належним чином у кримінальному судочинстві буде здійснено захист прав та законних інтересів, що були порушені внаслідок вчинення злочинного посягання. Тому й закономірно, що формулюючи предмет доказування щодо цивільного позову та, відповідно, визначаючи його зміст, обов'язковим елементом його структури називають «розмір заподіяної матеріальної шкоди та розмір шкоди, яка підлягає відшкодуванню» (В. Т. Нор), або ж лише «розмір заподіяної матеріальної шкоди» (Т. А. Славгородських, О. О. Тарнавській), або ж «розмір цивільного позову» (В. Я. Понарін).

3. Характер і розмір заподіяної злочином шкоди є елементом загального предмета доказування (п. 4 ст. 64 КПК), тому обов'язково повинен бути встановлений з достатньою повнотою в кожній кримінальній справі незалежно від того, чи має місце пред'явлення позовної вимоги про відшкодування такої шкоди. Водночас, доказування п. 4 ст. 64 КПК не завжди є тотожним доказуванню шкоди, питання про відшкодування якої ставиться у цивільному позові. Зокрема, у злочинах, де шкоди заподіяно кільком потерпілим, розмір шкоди, завданої кожному з них, може бути не однаковий, незважаючи на те, що шкода заподіяна їм одним і тим же злочинним діянням. До того ж, загальний розмір шкоди, завданої злочином, за таких обставин буде більшим, отже, відрізнятиметься від розміру шкоди, питання про відшкодування якої ставиться кожним з потерпілих у конкретному цивільному позові. В інших випадках, шкода, яка може бути відшкодована шляхом цивільного позову, що розглядається в рамках кримінального провадження, взагалі не має жодного правового відношення до об'єктивної сторони складу злочину. Така ситуація, зокрема, має місце у випадках пред'явлення до обвинуваченого чи осіб, які несуть за нього в силу закону матеріальну відповідальність, регресного позову органів охорони здоров'я про відшкодування коштів, що були ними затрачені на стаціонарне лікування потерпілого від злочинного діяння. Це стосується й компенсації моральної шкоди (за умови, що така шкода не входить до об'єктивної сторони складу злочину), а також відшкодування шкоди, заподіяної злочинами з формальним складом, оскільки внаслідок їх вчинення шкода також може бути заподіяна, проте вона лежить поза межами об'єктивної сторони складів цих злочинів. Незважаючи на те, що у зазначених випадках шкода не має значення для кваліфікації вчиненого, вона може бути відшкодована шляхом цивільного позову у кримінальному процесі. Варто зазначити, що п. 4 ст. 64 КПК зобов'язує орган досудового розслідування доказати *всю шкоду, заподіяну злочином*: як ту, що є ознакою його складу, так і ту, що не має відношення до його складу, проте ним реально заподіяна.

4. Не виключено, що на практиці матиме місце доказування лише шкоди, яка має значення для кваліфікації вчиненого, а доказування іншої шкоди, яка лежить поза межами складу цього злочину, однак питання про її відшкодування ставиться в цивільному позові, не буде здійснюватися. Не дивлячись на те, що така позиція буде прямим порушенням норм КПК (п. 4 ст. 64), подібні формулювання, з якими не можна погодитися, зустрічаємо і в літературі. Зокрема, як зазначає В. Т.

Томін, якщо є розумні підстави вважати, що збільшення розміру шкоди здатне вплинути на міру відповідальності, то розширення обсягу доказування, звичайно, повинно продовжуватися. Проте якщо розширення обсягу доказування необхідне лише для вирішення питання про більш повне відшкодування шкоди, то в рамках кримінального судочинства це недоцільно. Поряд з цим, доказати шкоду, яка повинна бути відшкодована за цивільним позовом, ще не означає доказати всі обставини, які мають значення для правильного вирішення цивільного позову, оскільки їх перелік не обмежується шкодою, а є значно ширшим.

5. Шкода, завдана злочином, вимогу про відшкодування якої пред'явлено, фігурує як складова частина матеріально-правової підстави цивільного позову, тому, на перший погляд, може видатися недоцільним її виділення як окремого структурного елемента предмета доказування, оскільки може видатися наявність дублювання у структурі предмета доказування окремих його елементів. Проте, насправді, це не так. При встановленні шкоди як складової частини матеріально-правової підстави цивільного позову, вимагається лише встановлення її наявності взагалі як прямого причинного наслідку злочинного діяння, з приводу якого ведеться кримінальне переслідування в даній справі. У контексті ж самостійного елемента предмета доказування щодо цивільного позову мова йде про обов'язкове встановлення *точного розміру* шкоди, яка може бути відшкодована шляхом заявленого цивільного позову.

6. При здійсненні доказування цивільного позову слід також враховувати й те, що компенсація моральної шкоди, зокрема, й у кримінальному процесі, не завжди повинна відбуватися у майновій формі. Цивільний кодекс передбачає можливість відшкодування моральної шкоди грошми, іншим майном або в інший спосіб (ч. 3, 4 ст. 23 ЦК). Отже у ньому, як наголошує З. В. Ромовська, визнано існування ще й іншого, нематеріального способу залагодження моральної шкоди. І це правильно, оскільки відшкодування моральної шкоди у першу чергу повинно бути спрямоване на загладження душевних страждань потерпілого, виклику у нього позитивних емоцій внаслідок такого відшкодування. Не виключено, що їх більшою мірою здатне викликати, наприклад, вибачення винного, спростування відповідної інформації у засобах масової інформації, присудження до відшкодування символічної гривні тощо, ніж надання йому відповідної суми грошей чи іншого майна. Зустрічаються випадки, коли суд вважає, що визнання відповідного права порушеним уже само по собі становить достатню сатисфакцію моральної шкоди. наглядним прикладом є практика Європейського Суду з прав людини, у рішеннях якого доволі часто зустрічається підхід про те, що визнання цим судом відповідного права порушеним вже само по собі являється справедливим та достатнім відшкодуванням моральної шкоди. Як приклад можна привести справу Аманн проти Швейцарії (судове рішення від 16 лютого 2000 р.). Суд у судовому рішенні стосовно цієї справи зазначив, що висновок про порушення, викладений у рішенні, вже сам по собі є належною компенсацією моральної шкоди, та одногосло постановив, що рішення суду становить достатню справедливу сатисфакцію моральної шкоди, завданої заявникові.

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЩОДО ДЕРЖАВНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ БЕЗПЕКИ СУБ'ЄКТІВ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА У СПРАВАХ ПРО ХАБАРНИЦТВО

Гогусь О.

Інститут підготовки кадрів Академії прокуратури України

Беручи до уваги важливість боротьби із корупцією та організованою злочинністю в цілому, варто виокремити із цієї суспільної діяльності протидію хабарництву як одному зі злочинів, що віднесені чинним законодавством до тяжких.

Хабарництво належить до тієї категорії найбільш латентних суспільно-небезпечних діянь, суб'єкти котрих, як правило, не бажають розголошення відомостей про вчинене.

Статистика щодо розслідування чи судового розгляду справ про злочини цієї категорії не може свідчити про реальну картину щодо кількості цих злочинів, оскільки насправді їх на порядки більше, ніж про це свідчать статистичні дані, але про ці діяння не стає відомо суспільству чи правоохоронцям.

Розкрити такий злочин можна лише за допомогою оперативно-розшукової діяльності або випадково через якісь протиріччя між його суб'єктами, оскільки при свідках цей злочин ніхто не вчиняє.

В окремих випадках ускладнює розкриття таких злочинів і провадження у справах про них саме соціальне становище їх суб'єктів, як зокрема, посадове, матеріальне, політичне тощо.

Особи, які з тих чи інших причин мають бажання співробітничати із правоохоронними органами у боротьбі із такими антисуспільними діяннями і володіють інформацією щодо них, не беруть участь у правоохоронних заходах, оскільки побоюються помсти від впливових службових осіб чи інших суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності.

Інколи навіть цілі сфери суспільного життя охоплені хабарництвом, а протидії цим загальновідомим фактам з боку правоохоронців немає. Нерідко вони самі вплетані в такого роду оборудки, як наприклад, проведення техогляду автомобілів із використанням або влади, або знайомств або хабарів.

Ефективно б сприяло покращенню правоохоронної роботи у цій сфері і дозволило б тим особам, котрі бажають повідомити про правопорушення не боятися за наслідки своїх активних дій удосконалення системи державного забезпечення безпеки суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності, котре полягало б у наступному.

Залежно від ролі тієї чи іншої особи у зазначених правовідносинах можна було б запропонувати такі заходи безпеки, що частіше всього можуть застосовуватися у відповідних ситуаціях.

Так, для випадкових очевидців чи непрямих свідків факту отримання хабара варто застосовувати такі заходи як: повна зміна анкетних даних у документах, що містяться у кримінальній справі; впізнання чи інші слідчі дії за їх участю повинні проводитися лише поза можливістю візуального спостереження їх з боку інших учасників цих дій; закритий судовий розгляд; оголошення в суді показань цих осіб які вони давали в ході досудового розслідування, без виклику їх в судові засідання; а у разі необхідності, і більш суворі заходи безпеки (зміна прізвища, зміна номерних знаків автомобіля, зміна телефону, зміна місця роботи або служби, переселення в інше місце проживання або до місць, що унеможливають вплив на цих осіб, зміна зовнішності, фізична охорона, видача засобів сповіщення про небезпеку та засобів особистої охорони тощо). При чому, забезпечувати безпеку цих осіб варто не лише в ході провадження у справі, але і в разі необхідності, по його завершенню доти, поки не зникне загроза небезпеки їх життю, здоров'ю, житлу чи майну.

Навряд чи можна підтримати пропозиції щодо видачі зброї чи інших травмуючих засобів цим особам із таких причин: вони цими засобами можуть травмувати або себе, або сторонніх осіб, або стати жертвою нападу з метою заволодіння цими засобами. А саме основне, що особа, яка не має навичок поводження зі зброєю чи спеціальним засобом, не завжди зможе скористатися нею для свого захисту. Тут спрацьовують як фактори підготовки, так і психологічні фактори.

В кримінально-процесуальному законі слід закріпити норму, відповідно до якої за захисник підозрюваного чи обвинуваченого не мав змоги під час впізнання бачити ту особу, котра впізнає.

Наведені заходи мали б свій ефект і щодо осіб, котрі давали хабара, але звільнені від кримінальної відповідальності через своєчасне повідомлення правоохоронним органам про вчинене, а також тих обвинувачених, котрі співробітничать зі слідством і не перебувають під вартою.

І зовсім інша річ, – щодо осіб, що беруть участь у оперативно-розшуковій діяльності. Для них крім наведених вище заходів безпеки варто перебачити і такий як видача зброї (із попереднім навчанням правилам поведження з нею).

Стосовно ув'язнених обвинувачених чи підсудних, то логічним було б тримання їх під вартою у різних установах з тим, щоб унеможливити обмін інформацією між ними щодо показань про обставини справи.

Нерідко також можна почути скарги на відсутність коштів для реалізації тих чи інших заходів безпеки. Автором неодноразово, починаючи із 1997 року, в публікаціях, а також у поданих до Верховної Ради України пропозиціях висловлювалась точка зору стосовно можливих джерел такого фінансування. Ними повинні стати кошти, затрачені на провадження у справі, котрі повинні стягуватися із осіб, які визнані винними вироком, що набрав законної сили. А то часто трапляється, що на розкриття, розслідування та судовий розгляд справи витрачається більше коштів, ніж сума заподіяної злочином шкоди. До зазначених витрат мали б включатися вартість витратних матеріалів (бензин, картриджі, папір тощо), вартість амортизації задіяної у провадженні техніки, вартість експертиз, заробітна плата осіб, що брали участь у провадженні справи, за період затраченого на цю справу часу.

В цілому, для дієвого забезпечення безпеки суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності у цих категоріях справ потрібно не лише правові, але і психологічні, пропагандистські, виховні, організаційні та інші заходи з тим, щоб не суб'єкти судочинства боялися незаконного впливу, а самі потенційні правопорушники утримувалися від незаконних дій, усвідомлюючи невідворотність юридичної відповідальності за таке діяння.

Також у цих процесах мають грати провідну роль правоохоронні органи, а особливо, органи прокуратури. Підрозділи контролю та внутрішньої безпеки мають виявляти факти не лише якихось незаконних дій співробітників цих органів, але і фактів протиправної їх бездіяльності, коли правоохоронець залишається байдужим до відомого йому факту правопорушення.

Адже давайте задумаємося, а чи часто у нас порушуються справи за фактами таких злочинних дій як перешкоджання законній діяльності слідчого або прокурора чи споріднених з ними явищ? Для розкриття хабарництва особливе значення має швидкість і оперативність невідкладних слідчих дій. Інакше сліди злочину можна дуже легко приховати чи знищити. Особливо коли предметом хабара є гроші чи інші негрозміздки речі. Але часто-густо трапляються випадки, коли чи приватна охорона, чи навіть працівники міліції – співробітники Державної служби охорони прислугуються господарям охоронюваних об'єктів, розраховуючи на якусь додаткову матеріальну винагороду за свою відданість. Пропускають правоохоронців на такі об'єкти лише після узгодження із їх власниками. Про яку тут оперативність може іти мова? Особливо це стосується банків, інших фінансово-підприємницьких структур. Таким охоронцям нерідко доводиться до виконання власниками об'єктів внутрішні інструкції щодо охорони – кого, як, куди і коли пропускати. Яскравим прикладом такої ситуації може бути спроба повернення Нікопольського заводу феросплавів до державної власності, коли охорона підприємства не дозволила зайти на його територію державним виконавцям та іншим правоохоронцям.

Закон України “Про прокуратуру” визначив механізм реалізації прокурорськими працівниками своїх прав, надавши їм повноваження на безперешкодний прохід у будь-які приміщення (окрім житла чи іншого володіння особи, для яких потрібна відповідна постанова суду), на доступ до будь-яких документів тощо. Також кримінально-процесуальним законодавством передбачено інструмент для реалізації такого права – це повноваження щодо порушення кримінальної справи стосовно осіб, які перешкоджають у його застосуванні.

Це сприяло б не тільки забезпеченню безпеки таких суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності, як органи, що ведуть провадження у справі, але і дозволило б посилити боротьбу із хабарництвом.

НОВІТНІ ДОКУМЕНТИ: ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ

Гонгало С.

Національний університет "Острозька академія"

Людство вступило в епоху комп'ютеризації. Бурхливий розвиток комп'ютерних технологій призводить до того, що з обігу зникають традиційні форми фіксації інформації, а саме паперові носії. На їх місце приходять нові, так звані, "електронні документи". Широке застосування засобів інформатизації та обчислювальних машин у всіх сферах людської діяльності призвело до того, що у своїй повсякденній діяльності правоохоронні органи стикаються з інформацією, яка представлена у нетрадиційній, новій для нас формі, у вигляді "електронних документів" та інших комп'ютерних об'єктів, які не можуть бути однозначно віднесені до якогось виду доказів, які визначені в кримінально-процесуальному кодексі України.

Документи на сучасних носіях інформації, як правило, не піддаються безпосередньому сприйняттю (зчитуванню). Інформація зберігається на машинних носіях, а частина документів складається і використовується безпосередньо у формі машинного зчитування. Вони належать до класу техніко-кодованих, які містять запис, доступний для відтворення тільки за допомогою технічних засобів, у тому числі звуковідтворюючої, проекційної апаратури або комп'ютера.

Для того, щоб створити законодавчу основу широкого застосування у судочинстві електронних документів, необхідно перш за все окреслити межі цього поняття та визначити його юридичний статус тому, що електронний документ відрізняється від звичного для нас, паперового. Особливість електронного документа, це відсутність жорсткої прив'язки до носія, тобто той самий документ може існувати на окремих носіях, залишаючись при цьому автентичним. Встановлено, що у достовірному вигляді документ існує лише на машинному носії.

Які ж визначення цього поняття існують на сьогодні.

Закон України "Про електронні документи та електронний документообіг" дає таке визначення: електронний документ – документ, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов'язкові реквізити документа. Візуальною формою подання електронного документа є відображення даних, які він містить, електронними засобами або на папері у формі, придатній для приймання його змісту людиною. (ст. 5). Обов'язковим реквізитом електронного документа є електронний підпис (ст. 6). Накладанням електронного підпису завершується створення електронного документа.

Коли ми говоримо про електронний документ як доказ, то нас відповідно цікавить питання про оригінал такого документа. Як відмічав Коваленко Є.Г. до електронного документа неможливо застосовувати такі терміни, як "оригінал" та "копія", бо можуть існувати лише ідентичні за своїм змістом копії одного електронного документа на різних носіях. Однак Закон України "Про електронні документи та електронний документообіг" містить слідує визначення оригіналу електронного документа: оригіналом електронного документа вважається електронний примірник документа з обов'язковими реквізитами, у тому числі з електронним підписом автора. У разі надсилання електронного документа кільком адресатам або його зберігання на кількох електронних носіях інформації кожний з електронних примірників вважається оригіналом електронного документа. Якщо автором створюються ідентичні за документарною інформацією та реквізитами електронний документ та документ на папері, кожен з документів є оригіналом і має однакову юридичну силу.

Кукарнікова Т.Э пропонує таке визначення: "електронный документ – объект, несущий информацию, имеющую смысловое значение, и существующий только в электронной среде".

Вказівка Центрального Банку РФ від 30 березня 1998 г. № 196-У тістить слідує визначення: "електронный документ – документ, передаваемый по каналам связи или иным образом (на магнитных, оптических носителях)".

В США 24.01.2000 року прийнято закон "Про електронні підписи в міжнародних та внутрішньодержавних торгових відносинах". В ньому "електронний документ" означає контракт або інший документ, створений, вироблений, відправлений, повідомлений, отриманий або такий що

зберігається за допомогою електронних засобів”. В Республіці Казахстан Національний банк 21.04.2000 року прийняв “Правила обміну електронними документами при здійсненні платежів та переказу грошей в Республіці Казахстан”, в якому “електронний документ – повідомлення (вказівка, розпорядження про відзив або призупиненні виконання чи будь-яке інше повідомлення), складене в електронній формі з використанням технічних та програмних засобів і містить електронний цифровий підпис”. В Республіці Узбекистан 17.10.2002 року прийнято закон “Про електронний документообіг”, який дає слідує визначення “електронний документ – зафіксована в електронній формі на матеріальному носії інформація з реквізитами, що дозволяють її ідентифікувати”.

Салтевский М.В., Губанов В.А. пропонують наступне визначення “електронний документ – це інформація про докази (фактичні дані), зафіксована на матеріальному носії в електронній формі, що дозволяє його ідентифікувати”.

Мещеряков В.А. вважає, що таке широке трактування категорії “електронного документа” (можливо доречне для цивільного та інформаційного права) зовсім неприпустиме для криміналістики, оскільки не дозволяє розмежувати розбіжності за криміналістичними властивостями, механізмом слідоутворення і слідоприйняття об’єктів, відповідно, правильно оцінити їх з точки зору можливості використання в якості доказів у кожному конкретному випадку. Автор вважає, що вказані інформаційні об’єкти не можуть бути визнані документами взагалі, ні електронними документами зокрема, і пропонує ввести нову категорію, яка б адекватно відображала ситуацію що склалась в інформатиці, визначала б ті об’єкти, з якими оперують автоматизовані інформаційні системи, і могли б бути ефективно використані в кримінальному процесі та криміналістиці. Мещеряков В.А. вважає, що такою категорією може стати **“електронно – цифровий об’єкт”, який визначається як помічена система дискретних електронних сигналів, призначена для позначення (за встановленою системою кодування) якої-небудь інформації та представлена у формі придатній для її автоматизованої обробки, зберігання та передачі з використанням засобів обчислювальної техніки (комп’ютерів)**. У наведеному визначенні варто звернути увагу на три основні аспекти. По-перше, електронно-цифровий об’єкт – це система, так-як принципово важливим є не лише склад, але і взаємозв’язок, порядок появи тих чи інших елементів, що в нього входять. По-друге, помічена система, тобто існують мітки, які дозволяють визначити початок та кінець відповідного електронно-цифрового об’єкта. При цьому допускається існування “порожнього” електронно-цифрового об’єкта, який складається лише з мітки початку та мітки закінчення, оскільки сам факт відсутності системи сигналів у певному місці може відображати якусь значиму інформацію. По-третє, електронно-цифровий об’єкт – це система дискретних сигналів. Дискретних, тому що середовищем існування таких об’єктів є такий простір, в якому будь-яка ознака може приймати одне із фіксованих значень в межах заданого набору можливих значень.

Схожа з електронно-цифровим об’єктом категорія знайшла своє відображення в Модельному законі про електронну торгівлю (Model Law on Electronic Commerce), який розроблявся на протязі ряду років Комісією з права міжнародної торгівлі (UNCITRAL) і був схвалений 16 грудня 1996 року на 85-му пленарному засіданні ООН.

Вказаний Модельний закон цікавий рядом моментів.

По-перше, базовою юридичною категорією, на основі якої будуються решта правових конструкцій, є “data message” (дослівно – повідомлення даних), яке, на жаль, рядом дослідників перекладається як електронний документ, що вносить суттєву невизначеність та плутанину.

По-друге, проголошено принцип функціональної еквівалентності, який полягає у тому, що “повідомлення даних” (data message) не є і не повинне розглядатись взагалі як еквівалент “паперового” документа. визнання даного факту одразу ставить хрест на всіх роздумах відносно оригіналу та копії електронних об’єктів, їх юридичної сили та можливості використання при проведенні експертизи.

Яким же чином ми можемо зберігати, відшукувати та оперувати електронно-цифровими об’єктами? Мещеряков В.А. пропонує ввести певні одиниці, які володіють певними властивостями (як мінімум ім’ям для їх розпізнання, та відповідною адресацією). Такою одиницею він вважає поняття файла, яке широко застосовується в інформатиці. **Файл** – поіменована сукупність (послідовність) однотипних або різнотипних електронно-цифрових об’єктів, що розміщена на будь-якому комп’ютерному носії інформації і розглядається обчислювальним пристроєм (комп’ютером) як одне ціле.

Спираючись на попередні базові визначення Мещеряков В.А. пропонує слідує визначення електронного документа: **електронний документ** – один або декілька взаємопов’язаних за

встановленим правилом файлів, що містять сукупність електронно-цифрових об'єктів, які відображають:

- відомості про осіб, предмети, факти, події, явища і процеси, представлені у вигляді тексту, цифрового зображення, цифрового аудіо запису чи їх взаємопов'язаної сукупності;
- реквізити, які дозволяють встановити джерело, повноту інформації, ступінь її достовірності, приналежність, взаємозв'язок з іншими електронними документами та інші параметри.

На нашу думку варто погодитись з пропозицією Мещерякова В.А. щодо введення в обіг терміну „електронно – цифровий об'єкт” для позначення новітніх документів, які існують у нетрадиційній формі, тобто на машинних носіях. При цьому доцільно було б викласти ч. 2 ст. 65 КПК у наступній редакції: “Ці дані встановлюються: показаннями свідка, показаннями потерпілого, показаннями підозрюваного, показаннями обвинуваченого, висновком експерта, речовими доказами, протоколами слідчих і судових дій, протоколами з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів, інформацією (даними) що закодована на електронно-цифрових об'єктах та іншими документами”. Також варто ст. 83 КПК викласти у наступній редакції: „Документи, у тому числі електронно-цифрові, є джерелом доказів, якщо в них викладені або засвідчені обставини, які мають значення для справи. У тих випадках, коли документи мають ознаки, вказані в статті 78 цього Кодексу, вони є речовими доказами”.

**ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ МОЖЛИВОСТІ ВИКОРИСТАННЯ ПОЛІГРАФА
В ПРОЦЕСІ РОЗКРИТТЯ І РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ.***Єзерський Р.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Запровадження досягнень науки і техніки ні для жодної іншої юридичної науки не є настільки характерні як для криміналістики. Будучи синтетичною за своїм характером, вона тісно пов'язана з багатьма суспільними і технічними галузями знань, постійно використовує їхні дані для ефективності вирішення завдань, поставлених перед нею.

Предметом даного дослідження є помітний в законодавстві західних держав інтерес, до таких "нетрадиційних" для нашої практики розкриття і розслідування злочинів засобів як поліграф. В кінцевому підсумку важливо те, що поліграф (а це основний доказ в його користь) сприяє розкриттю злочинів, про що свідчить немало прикладів із зарубіжної практики. Результати проведеного анкетування слідчих і оперативних співробітників органів досудового розслідування зазначають про доволі низьку поінформованість щодо можливостей застосування вказаного пристрою в процесі розкриття і розслідування злочинів. Серед можливих шляхів застосування поліграфа співробітники органів досудового розслідування зазначають, що він може бути використаний лише з метою отримання орієнтуючої інформації чи можливості висунення слідчих версій в процесі розкриття і розслідування злочинів.

З його допомогою більш успішно вирішується завдання обшуку, виявлення місць захоронення трупів-жертв злочинів, встановлення переховування злочинців тощо. Причому вітчизняні науковці, за останній час, зайняли стосовно поліграфа більш виважені позиції, не виключаючи його використання для отримання орієнтуючої інформації.

Необхідно зазначити, що в результаті проведених за кордоном експериментів встановлено рівень надійності даного методу – більш 96%, хоча виробники цього пристрою гарантують надійність в межах 50-75%. Але навіть якщо в кожному другому випадку із застосуванням даного пристрою виявлено достовірні результати, можна вважати, що він заслуговує на увагу, у вирішенні оперативно-розшукових завдань.

Посилання на "рівень надійності" в даному випадку досить некоректний аргумент щодо подібних новинок в криміналістиці. У кінцевому результаті рівень ефективності очних ставок та інших слідчих дій також далекий від 100-відсоткового. Навіть експертиза не всесильна і експерти помиляються. Однак це ж не є перепорою для використання їхніх спеціальних знань в кримінальному судочинстві.

Необхідно зазначити, що суть проблеми полягає не у "рівні надійності", а в недосконалості правового механізму використання доказів, отриманих за допомогою науково-технічних засобів. Визначені в криміналістиці, а також закріплені в Законі України "Про оперативно-розшукову діяльність" принципи допустимості використання науково-технічних засобів і методів розкриття і розслідування злочинів не дають підстав для однобічного вирішення цієї проблеми на практиці. Наприклад, стосовно того ж поліграфа, одні науковці стверджують, що покладений в його основу метод науково-обґрунтований, а сам пристрій безпечний при використанні, інші (здебільшого правники) піддають сумніву перше і вбачають, якщо не небезпеку для здоров'я, то обмеження прав людини в його застосуванні.

Зокрема, М.О.Громов, Ю.В.Францифоров, В.В.Ніколайченко пропонують використовувати наступний порядок допиту із застосуванням поліграфу:

- запросити захисника (при допиті підозрюваного, обвинуваченого), педагога (при допиті неповнолітнього), перекладача тощо;
- встановити психологічний контакт зі всіма учасниками допиту;
- роз'яснити всім зміст, умови, порядок проведення слідчої дії і особливості використання інформації отриманої при тестуванні;

- переконатися, що допитуваний зрозумів слідчого та роз'яснити йому право відмовитися від тестування;
- отримати від допитуваного згоду в письмовій формі на використання поліграфа під час допиту;
- роз'яснити права та обов'язки учасникам слідчої дії, про що робиться відмітка в протоколі проведення слідчої дії;
- попередити оператора про завідомо неправдиву розшифровку поліграми, а можливо і про розголошення таємниці досудового розслідування.

До протоколу допиту долучається програма тестування та розшифрована оператором поліграма.

Зазначені автори вважають, що результати застосування поліграфа можуть використовуватися лише як оперативні дані, але не як докази.

У зв'язку з таким висновком виникає питання, якщо отримані з використанням поліграфа результати не можуть використовуватись як докази по справі, то навіщо дотримуватись такої процесуальної вимоги як попередження оператора про кримінальну відповідальність за завідомо неправдиву розшифровку поліграми? Адже оператор не експерт, а спеціаліст, і чому будь-які інші спеціалісти не попереджаються про таку відповідальність, а спеціаліст по поліграфу повинен попереджуватись. Виникають сумніви і стосовно можливості участі під час проведення допиту із застосуванням поліграфа педагогів та захисників, а також застосування поліграфа під час допиту неповнолітніх. Також викликає застереження пропозиція про отримання згоди на використання поліграфа під час допиту, оскільки обвинувачений (підозрюваний) не зобов'язаний давати показання та не несе за це кримінальної відповідальності, на відміну від свідка чи потерпілого: вони зобов'язані давати показання і несуть кримінальну відповідальність за відмову від дачі показань. Із цього може випливати, що їхньої згоди взагалі не потрібно. Інакше кажучи, використання перевірок на поліграфі може перетворюватися в примусову дію, яка призначається на розсуд слідчого чи суду, виконується в обов'язковому порядку та не потребує згоди особи щодо якої проводиться дослідження. Але у зв'язку з вищезазначеним може виникнути колізія, оскільки застосування поліграфа повинно супроводжуватись морально-етичними та методичними умовами проведення цієї процедури. Якщо допитуваний не хоче брати участь в її проведенні, то перевірка на поліграфі може призвести до завідомо помилкового результату. Як тезу про неетичність застосування поліграфа варто зазначити, що обвинувачений веде лінію захисту на основі рівноправності з обвинувачем і тому ні на одній із стадій кримінального процесу не повинен перетворюватись в її об'єкт, хоча у певних випадках можуть бути досліджені тіло, кров, речовини-виділення людини, але свобода її розуму та волі повинна зберігатись за всіх умов. Психологічні тести з участю поліграфа могли б позбавити людину цієї свободи. Своєю згодою бути підданим психологічному дослідженню, обвинувачений приймає на себе обов'язок доказування своєї невинуватості, звільняючи обвинувача від обов'язку доказувати його вину. Причиною використання поліграфа є підозра у винуватості, нечесності, нелояльності допитуваного та прагнення викрити у вчиненні злочину з його ж допомогою, а це в кінцевому випадку може вважатись порушенням презумпції невинуватості. Але чи так це? Обвинувачений дійсно не зобов'язаний брати участі в доказуванні своєї невинуватості, оскільки кримінально-процесуальний закон "забороняє домагатись показань обвинуваченого та інших осіб, які беруть участь у справі, шляхом насильства, погроз та інших незаконних заходів" (ст. 22 КПК України), але має право це робити. Від активності обвинуваченого в процесі доказування залежить вирішення завдань кримінального судочинства. Тому судова етика вважає законними дії слідчого та суду, які спрямовані на те, щоб обвинувачений скористався своїм правом та міг активно брати участь у дослідженні доказів. Особливу актуальність активна позиція обвинуваченого (підозрюваного) має у тих випадках, коли він впевнений у своїй невинуватості та непричетності до вчиненого злочину, а слідство оперуючи доказовим матеріалом, трактує їх з обвинувальною спрямованістю. У таких ситуаціях застосування поліграфа дає можливість обвинуваченому скористатись своїм правом на захист, а сам поліграф є засобом захисту.

Не можна погодитись з тією точкою зору, що поліграф позбавляє тестованого свободи розуму і волі при здійсненні свого захисту, оскільки застосування поліграфа такої мети не переслідує. Особа є абсолютно вільною у своєму волевиявленні та нічим не примушується до зміни лінії своєї поведінки. Дотримання принципу добровільності та інші дії поліграфолога спрямовані на те, щоб зберегти спокійний стан особи. Свобода "розуму та волі" ніколи не подавляється поліграфологом в процесі тестування з допомогою поліграфа, оскільки порушення цієї вимоги підриває основи методології

вилучення з людини можливо прихованої ним інформації, і як наслідок, призводить до отримання помилкових результатів.

Враховуючи вищенаведені міркування, можна запропонувати наступні положення щодо законодавчого регулювання основ застосування поліграфа:

1. Застосування поліграфа допускається лише за умови добровільної згоди допитуваного; пропозиція про можливість застосування, як і відмова від застосування поліграфа не повинна фіксуватись в жодному процесуальному документі; відмова від застосування поліграфа не може трактуватись на шкоду опитуваному.
2. Результати застосування поліграфа не мають доказового значення та використовуються слідчим лише як орієнтуюча інформація; доказами вважаються лише фактичні дані, що містяться в показаннях допитуваного. Матеріальні носії застосування поліграфа до матеріалів справи не додаються.
3. Для участі в допиті дозволяється залучати спеціаліста-психолога, що виконує функції оператора поліграфа, в межах компетенції спеціаліста – учасника слідчої дії.

Інакше кажучи, практичному вирішенню питання про умови, форми та межі застосування поліграфа в кримінальному судочинстві повинно передувати глибоке та всестороннє наукове дослідження з широким обговоренням його результатів науковою спільнотою та достатньо результативними експериментами, що відображають специфіку кримінального судочинства та ментальність населення. Застосування поліграфа повинно супроводжуватись дотриманням прав та свобод людини та громадянина встановлених Конституцією України, та у відповідності з принципами законності, гуманізму, конфіденційності, поєднання добровільності та обов'язковості.

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ УЧАСТІ СПЕЦІАЛІСТА У ДОСЛІДЖЕННІ ОЗНАК ЗОВНІШНОСТІ ОСОБИ.

Жолнович І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Під час проведення оперативно-розшукових та слідчих дій експерт залучається до процесу встановлення або дослідження ознак зовнішності у двох формах: по-перше, в якості спеціаліста, і, по-друге, коли це відбувається під час безпосереднього проведення ним експертного дослідження.

У першому випадку його завдання полягають лише у наданні допомоги слідчому, або іншому працівнику правоохоронних органів під час проведення огляду місця події (огляду трупа), освідування, виготовлення суб'єктивних портретів.

За даними ЛОБСМЕ у 2002 році по Львівській області судмедексперти виїжджали на місце події при виявленні трупів 1828 разів, у 2003 році – 2036 рази і в 2004 році – 2244 рази.

Дані щодо участі судмедекспертів під час проведення такої слідчої дії як освідування в ЛОБСМЕ відсутні. Під час ознайомлення зі справами місцевих судів Львівської області випадків проведення вищезазваної слідчої дії не було виявлено.

Під час огляду трупа на місці події експерт не лише взаємодіє зі слідчим чи оперативним працівником ОВС, а можливі випадки, коли така співпраця відбувається з експертом з іншої галузі знань (наприклад, експерт-криміналіст – судовий медик).

Так у Російській Федерації у відповідності з Наказом МВС Росії в експертно-криміналістичних підрозділах ОВС створені медико-криміналістичні відділення (групи) основними завданнями яких є збір ідентифікаційної інформації невпізнаних трупів і проведення на місцях медико-криміналістичних експертиз і досліджень, спрямованих на встановлення особи. Станом на 1996 рік у 50 регіонах у такі підрозділи були введені медики-криміналісти загальною чисельністю 100 одиниць. Як експеримент в 1994 році в Росії створена Міжрегіональна остеологічна лабораторія Північного і Північно-Західного регіонів РФ з якісно новою методологією і технологією дослідження кісткових залишків. Її основними завданнями було: забезпечення судово-медичних служб правоохоронних органів вищевказаних регіонів РФ остеологічними дослідженнями з метою встановлення особи невпізнаних трупів; розробка і впровадження бази даних для створення „формалізованого висновку експерта” при судово-медичній ідентифікації особи за скелетованими кістковими залишками; апробація, впровадження комп'ютерних технологій у судово-медичну експертизу ідентифікації особи; спеціалізація експертів щодо методів ідентифікації невпізнаних трупів та ін..

Російські науковці В.Д. Ісаков і І.А. Толмачев пропонують запровадити новий термін: „судова медицина катастроф” – науково-практичний напрямок судової медицини, який призначений для вирішення спеціальних завдань у специфічних умовах катастроф і надзвичайних ситуацій, які супроводжуються масовою загибеллю людей. У створенні в Україні таких спеціалізованих груп на постійній основі у складі експертів-криміналістів і судових медиків немає потреби через відсутність на території нашої держави частих природних катастроф або надзвичайних ситуацій. Якщо такі ситуації виникають (наприклад, Сквилівська трагедія), то такі групи можуть створюватися на певний час для виконання певних завдань.

Наступним видом допомоги експертом органам досудового розслідування з використанням зовнішності особи є виготовлення фотокомпозиційного портрета (фоторобота). Ознайомившись в НДЕКЦ при УМВСУ у Львівській області з 26-ма матеріалами про виготовлення такого суб'єктивного портрета (вимога про виготовлення, довідка про виготовлення і власне виготовлений фоторобот), можна зробити наступні висновки:

1. Орган досудового розслідування (25 разів слідчі органів МВС і прокуратури, 1 раз оперуповноважений карного розшуку) скеровує лист –вимогу в експертний центр щодо виготовлення фотокомпозиційного портрета. У ст.130 КПК України передбачено, що слідчий або прокурор виносить постанову у випадках, коли це передбачено цим Кодексом, і коли сам це визнає за необхідне. Однак, як вбачається, в таких випадках виготовлення такого суб'єктивного портрета доцільніше було б виносити постанову, оскільки після виконання завдання з'являється результат використання

спеціальних знань – складений суб'єктивний портрет, який в подальшому може використовуватися і під час проведення таких слідчих дій як пред'явлення для впізнання, призначення експертизи.

2. Виготовляється такий фотокомпозиційний портрет з допомогою комп'ютерної програми „Faces”, яку можна придбати на ринку або в будь-якому магазині, який продає відповідну комп'ютерну продукцію. Дана програма є досить недосконалою, оскільки з її допомогою можна складати фоторобот лише в анфас. Вона є непридатною, коли особу бачили в профіль або зі заду, а також є неможливим додати якусь особливу ознаку (рубець, бородавку, татування). Та й кількість варіантів самих ознак обличчя є обмеженою.

3. За результатами розмови з особою, зі слів якої створюється суб'єктивний портрет, складається довідка про його виготовлення. В основному у ній звертається увага на опис анатомічних ознак обличчя і деякі загальнофізичні ознаки зовнішності (вік, зріст та статура), коротко особливі ознаки і повністю опущено функціональні ознаки зовнішності. Позитивно, що в даній довідці відзначаються обставини спостереження особи, що розшукується, і це дає можливість пересвідчитися у повноті проведеного опису.

4. Складений фотокомпозиційний портрет не відображає реального кольору обличчя, оскільки є чорно-білим. Слід зазначити, що у всіх складених фотороботах є наявні всі анатомічні ознаки обличчя, хоча в деяких довідках вони не всі зазначені.

Аналіз вивчення складених довідок показав наступні описи зовнішності осіб:

- обставини спостереження були від 1 хвилини до 30-36 годин, і за різних умов як на вулиці, так і в автомобілі, в нічний час, і при ясній погоді;
- точний вік і ріст було зазначено відповідно 3 і 9 разів, приблизний – 4 і 3 рази, у 19 випадках вказувалися певні вікові межі, які були в межах від 1 до 5 років, і у 13 випадках вказувалися певні межі росту, які коливалися від 2 до 10см.;
- статура вказувалася як худорлява (7), спортивна (5), середня (4) повна (3), повненька (1), здоровий (1), підтягнутий (1), плотна і сутулиться (1), середньої повноти (1);
- по одному разу про загальне враження від розшукуваної особи вказувалося, що воно нормальне. Це культурна приємна особа, не місцева, а приїжджа;
- форма обличчя вказувалася як витягнута (3), овальна (7), подовгаста (2), пряма (1), овальна, ближча до худорлявої (1), кругла (7), округла (3), коробочка (1);
- шкіра за видом і кольором описувалася як світла (4), смугла (4), блідувата (2), нормальна (2), звичайна (1), чиста (1), червонуватого кольору (1), в одному випадку також зазначалося, що на обличчі був грим (грубий);
- конкретний колір волосся (в тому числі і фарбоване з певним відтінком) вказувався 23 рази, ще також зазначалася його довжина (7), форма (4), жорсткість (2), зачіска (2 (зачесане на бік і в заді зібране в гульку)), в одному випадку описувався парик світло русявого кольору до плеч;
- чоло описувалося як високе (4), пряме (4), середнє (1), рівне без зализин (2), з легкими зализинами (1), випукле (1);
- брови описувалися за контуром (1), шириною (3), кольором (2), густотою (2), також вказувалися їхні особливості (підмальовані олівцем (1), зрослі (2));
- очі в основному описували за кольором (13), контур очей визначали як мигдалеподібні (2), також їх описували як круглі (3), вузькі (3);
- ніс вказували як прямий (6), рівний, маленький, вузький, широкий, тонкий, курносий, з вузькою основою (1);
- рот описували як повний, широкий (1), прямий (3), середній (6), губи – як тонкі (2), наліті (1), середньої повноти (2), ще зазначалося, що нижня губа більша (2);
- вушні раковини описували як прилягаючі (4), щільно прилягаючі (1), притислі (1), маленькі прилягаючі (1);
- зморшки були вказані на чолі, під очима (1), і над очима, темно-сині тінні (1);
- з рослинності на обличчі було зазначено бакенбарди (1), темні вусики (1), щетина (1);
- до особливих ознак було віднесено: червоні прищі на підборідді (1), обличчя з витонченими рисами (жіночими) (1), два шрами від порізів довжиною приблизно 4 см. на схилі в районі

правої сторони попереку (1), потріскані судини біля крил носа (1), татуювання у вигляді букви „G” між великим і вказівним пальцями на правій чи лівій руці (1);

– як інші дані відзначався різкий запах парфумів (1).

Під час опису ознак зовнішності в довідках про виготовлення фотокомпозиційного портрета мало місце порушення деяких принципів словесного портрета, а саме: 1) використання єдиної термінології (наприклад, статура – середня, повненька, підтягнутий, або форма обличчя – витягнута, овальна і подовгаста і ін.); 2) повнота, оскільки має місце опис не всіх ознак зовнішності і не за всіма характеристиками. Однак, доцільно відзначити, що ознаки описувалися послідовно і точно в межах допустимих меж у визначенні зросту і віку.

**КРИМІНАЛІСТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЗЛОЧИНІВ ЯК
УНІФІКОВАНА ФОРМА КРИМІНАЛІСТИЧНОГО ДОСЛІДЖЕННЯ
ЗЛОЧИННОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ОКРЕМИХ ВИДІВ: ТРАДИЦІЇ І НОВАЦІЇ***Калужна О.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

За чотири десятиліття свого розвитку загальне поняття криміналістичної характеристики злочинів зазнало значних змін і модифікацій, які викликані безперервним удосконаленням наукових основ методики розслідування злочинів і теорії криміналістики в цілому. Зазначені зміни можна простежити, зокрема, на прикладі розвитку підходів до конструювання дефініції криміналістичної характеристики злочинів. Історично першим (кінець 60-х – початок 70-х років) був підхід, коли дефініція криміналістичної характеристики злочинів визначалась шляхом *перерахування ознак, елементів злочинів, які підлягають опису у ній* (Л.О.Сергєєв, Л.Я.Драпкін). Наприкінці 70-х –у 80-ті роки сформувались та закріпились ще два підходи. За одного з них у дефініціях криміналістичної характеристики наголошувалось, що остання є *системним утворенням, елементи якого перебувають у закономірних взаємозв'язках* (І.І.Артамонов, В.П.Бахін, О.М.Колесніченко, В.О.Коновалова, М.О.Селіванов В.І.Шиканов). За іншого підходу у дефініціях передбачалось зміщення акцентів з опису системи ознак злочинів на *системний опис механізму злочинів у цілому* (В.Г.Гончаренко, Г.А.Кушнір, В.Л.Подпалый, В.Г.Танасевич і В.О.Образцов). Четвертий, історично найновіший, підхід до дефініції криміналістичної характеристики ґрунтується на тому, що інформація про систему криміналістично значущих ознак злочинів є *впорядкованою в модель, яка відображає кореляційні взаємозв'язки між її структурними елементами* і тому дозволяє будувати прогностичні моделі подій, що розслідуються, версії щодо пошукуваних об'єктів і осіб, причетних до злочину (В.А.Журавель М.В.Салтевський, В.О.Образцов, А.В.Старушкевич, М.П.Яблоков).

Численна література, присвячена методологічним проблемам криміналістичної характеристики злочинів, красномовно свідчить про певне захоплення науковцями даною категорією, що призвело як до вироблення відносно узгоджених поглядів на її загальне поняття, так і до гострих дискусій і діаметрально протилежних позицій, зокрема щодо визначення її структури і ступеня її складності (деталізації), об'ємів понять, ролі і значення цієї категорії. Відтак на сьогоднішній день у науці не лише відсутня цілісна несуперечлива концепція криміналістичної характеристики злочинів, її місця і ролі в системі криміналістики, а й з'явилися гостра критика аж до заперечення доцільності існування та використання даної категорії, а також звучать пропозиції відмовитись у цілях теоретичних і практичних досліджень злочинної діяльності від використання «криміналістичної характеристики злочинів» і заміну її на інші «старі» або «нові» категорії.

У цьому сенсі С.Белкін в останніх своїх працях (1999-2001 рр.) різко висловився про те, що криміналістична характеристика «не виправдала надій, які покладали на неї вчені та практики, зжила себе із реальності, якою вона вважалася всі ці роки, перетворилась в ілюзію, в криміналістичний фантом». До такого висновку С.Белкін дійшов на підставі аналізу викладення криміналістичних характеристик у сучасних вузівських підручниках. Де, як стверджує вчений, переважають кримінально-правові та кримінологічні дані, але не дані криміналістичного характеру, і що по суті дійсно криміналістичним у такому наборі відомостей про злочин є лише один елемент – спосіб вчинення і приховання злочину та залишені ним сліди». На цьому С.Белкін обґрунтовує висновки, що: а) спроби розробити криміналістичні характеристики злочинів, придатні для потреб практики розслідування – із встановленням закономірних кореляційних зв'язків між її складовими, зазнали невдачі; б) такі характеристики не дають вичерпної відповіді про специфіку предмета доказування, і з цією обставиною пов'язується те, що останнім часом в літературі все частіше говорять про необхідність доповнити криміналістичні характеристики переліком обставин, які підлягають доказуванню в конкретних категоріях справ; в) ці пропозиції опосередковано свідчать про зневіру в криміналістичній характеристиці і про необхідність її хоча б такої модернізації. Відповідно цими висновками обґрунтовується *головна гіпотеза* вченого про відмову від терміну і поняття «криміналістична характеристика злочинів» і про доцільність здійснення криміналістичного опису злочину за *«виправданим колом обставин, які підлягають доказуванню, з детальними криміналістичними коментарями»*.

На необхідності встановлення закономірних взаємозв'язків між елементами криміналістичної характеристики вчені-криміналісти акцентували з ще моменту становлення і крізь всю історію існування даної категорії, тому в цій частині критикур.С.Белкіна визнають справедливою. Однак в основному у своїх публікаціях-відгуках більшість криміналістів вбачають спірними і необґрунтованими як самі критичні висновки С.Белкіна, так і аргументи, покладені вченим у їх основу. Наприклад, М.П.Яблоков (2000 р.) та В.А.Журавель (2001 р.) ретельно проаналізували та спростували докори про переобтяження криміналістичної характеристики кримінально-правовими та кримінологічними відомостями, навели ряд аргументів як про неприйнятність заміни криміналістичної характеристики на опис предмета доказування, так і про безпідставність сумнівів у системності як властивості криміналістичної характеристики злочинів.

Водночас незважаючи на «революційну» критику С.Белкіним криміналістичної характеристики злочинів у підручниках та наукових роботах останніх п'яти років ця категорія криміналістики залишається традиційним предметом уваги. Однак, як уже зазначалось, все частіше її поняття розкривається як *«інформаційна модель, у якій упорядкованим чином зведена криміналістично значуща інформація про взаємопов'язані елементи, які становлять цілісне утворення – модель злочинної діяльності певного виду»*. При цьому, прихильники розуміння криміналістичної характеристики злочинів як інформаційної моделі, вбачають, що цей підхід забезпечить системність відомостей у вигляді впорядковано розміщених елементів, що мають закономірні взаємозв'язки. І таким чином, це дозволить подолати критиковані недоліки криміналістичної характеристики і убезпечить її від включення до її структури і змісту неналежних (зайвих) відомостей кримінологічного, кримінально-правового характеру, а також таких, що характеризують не саму злочинну діяльність як динамічний процес, а вже сам процес її розслідування. Розуміння криміналістичної характеристики злочинів як інформаційної моделі відображає нинішній розвиток криміналістичної науки і пов'язане із застосуванням до аналізу злочинної і криміналістичної діяльності системно-діяльнісного підходу, математико-кібернетичних, моделювання та інших методів пізнання, одним із засновників якого вважається В.Я.Колдін.

Однак, власне кажучи, В.Я.Колдін (1990) запропонував як альтернативу криміналістичній характеристиці використовувати категорію *«типова модель злочинної діяльності»* і розумів під нею *«інформаційну систему, побудовану на основі узагальнення репрезентативного масиву кримінальних справ певної категорії, яка відображає закономірні зв'язки між істотними для розкриття і розслідування злочинів елементами програмно-цільового комплексу, способу дій злочинця, механізму розслідуваної події, обстановки злочину і особливостями особи злочинця, і яка служить для висунення типових версій»*. Нескладно зауважити, що вказані ознаки повторюють поняття криміналістичної характеристики злочинів, а сама *«модель»* у цілому будується на *«системності відтворення відомостей про взаємопов'язані криміналістично значущі ознаки злочинів»*. Остання є її іманентною властивістю криміналістичної характеристики злочинів і, вбачається, що вона співвідноситься із *«моделлю»* як філософські категорії: внутрішня суть і зовнішня форма.

За відсутності відмінностей між розглядуваними категоріями вимагають пояснень причини заміни однієї категорії на другу, які можна вбачати й у такому моменті. Якщо співставити логічну форму і зміст поняття *«криміналістична характеристика злочинів»*, у якому вимагається відобразити кореляційні зв'язки між її елементами, то випливає проблема невідповідності даного поняття правилам побудови і визначення змісту понять, вирішити яку можна двома шляхами.

Перший шлях – це заміна розглядуваної категорії на ту, яка відповідала б правилам побудови понять і визначення їхнього змісту. Даний шлях останніми роками набуває все більше прихильників серед російських науковців. Так, прихильники заміни криміналістичної характеристики злочинів категорією *«криміналістична модель злочинної діяльності»* (В.А.Єгоров, Є.П.Іщенко, П.В.Мочагін, І.О.Набоких) вважають, що остання здатна подолати недоліки криміналістичної характеристики, і не вбачають у ній створення якоїсь нової теорії злочину, а відводять їй роль загальної методології криміналістичного дослідження злочинної діяльності. З відносно подібних міркувань та з аналогічними наслідками відомі й інші пропозиції замінити криміналістичну характеристику злочинів і використовувати у методиці розслідування такі категорії: *«механізм злочину»* (А.М.Кустов, 1997), *«структурно-функціональна модель злочинної діяльності»* (В.І.Отряхін, 2001), *«соціально-правова характеристика злочинів»* (А.М.Кустов, 2005), *«предмет розслідування»* (С.Н.Чурилов, 2002), *«технологія злочинів»* (А.В.Шмонін, 2006).

В результаті аналізу аргументації авторів зазначених альтернатив заміни категорії *«криміналістична характеристика злочинів»*, можна представити такі узагальнені висновки:

- У криміналістичній науці ніколи і ніким не оспорювалася значимість для діяльності з розкриття та розслідування злочинів криміналістично релевантних відомостей про процес готування, вчинення та приховання злочинів. На сьогоднішньому етапі розвитку загальних наукових основ криміналістичної методики предметом дискусії є лише питання про те, *що*, *яка* наукова категорія має слугувати парадигмою, уніфікованою формою, методологічною основою для дослідження злочинної діяльності окремих видів.
- Усі вищезазначені альтернативи криміналістичної характеристики сформувались у криміналістиці не на пустому місці. Деякі з них («механізм злочину», «технологія злочинів») є результатом поглиблення уявлень про об'єкт і предмет криміналістики, зокрема криміналістичного поняття злочину, теорії механізму злочину. Інші (криміналістична модель злочинної діяльності, «структурно-функціональна модель злочинної діяльності») – результат наукового розроблення та впровадження у сферу криміналістичних досліджень нових методів пізнання – системно-структурного, моделювання, математико-кібернетичних.
- Усі вищезгадані альтернативні категорії виникли як реакція на подолання недоліків категорії «криміналістична характеристика злочинів», однак технічна заміна однієї категорії на іншу за умови збереження тієї ж їх структури та внутрішнього змісту не вирішує проблеми по суті. Гадаємо, що завданням криміналістичної науки є не технічна заміна одного поняття іншим, а вирішення наукових проблем, які підвищили б дієвість службової функції криміналістики.
- В пропонованих редакціях структур розглядуваних альтернативних категорій немає істотних відмінностей між елементами як взаємно однієї з одною, так і з категорією «криміналістична характеристика злочинів». При цьому як від структури криміналістичної характеристики злочинів, так само і від структур «криміналістичної моделі злочинної діяльності», «механізму злочину (механізму злочинної діяльності)», «структурно-функціональної моделі злочинної діяльності», «технології злочинів» вимагається, щоб їхні елементи знаходились у взаємозв'язках і взаємо залежностях. За такої ситуації потребують додаткових пояснень як доцільність заміни однієї категорії іншою, так і одночасне альтернативне їх використання в криміналістичних дослідженнях.

Другий шлях вирішення проблеми невідповідності поняття криміналістичної характеристики злочинів правилам побудови понять і визначення їх – це відступ від зазначених правил, допускаючи, що криміналістична характеристика злочинів – це динамічна система із закономірно встановленими кореляційними зв'язками між її елементами. (Вказані ознаки не властиві будь-яким іншим характеристикам злочинів, наприклад кримінально-правовій.). До цього шляху схиляється більшість криміналістів, в тому числі й авторка даного дослідження, пропонуючи під *криміналістичною характеристикою злочинів* розуміти – *інформаційну модель механізму злочинної діяльності певного виду (групи), яка системно-упорядковано відображає узагальнені відомості про типові криміналістично значущі ознаки його елементів та про закономірності її механізму, використовується для науково-емпіричного обґрунтування рекомендацій в окремих методиках та сприяє ефективному вирішенню безпосередніх завдань розкриття, розслідування, попередження конкретних злочинів.*

Даний шлях звичайно є умовним, однак, вбачається, що він: 1) враховує усі слушні критичні зауваження авторів «альтернатив» криміналістичної характеристики злочинів; 2) дозволяє продовжити криміналістичні дослідження злочинів, дотримуючись при цьому традицій, що склалися і забезпечують історичну наступність; 2) по своїй суті є нічим іншим як черговою модифікацією розуміння криміналістичної характеристики злочинів, яка невіддільно обумовлена сучасними уявленнями про предмет криміналістики та розвитком ідей діяльнісного підходу до аналізу будь-якого виду злочинної діяльності.

ПОНЯТТЯ І СУТЬ ІНСТИТУТУ ЗУПИНЕННЯ ПРОВАДЖЕННЯ У КРИМІНАЛЬНІЙ СПРАВІ

Кваснікевич Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У ході провадження у кримінальній справі нерідко виникають обставини, які вимагають тимчасово здійснити перерву процесуальної діяльності. Ці обставини чітко визначені законом. Так, за діючим КПК України зупинення провадження у кримінальній справі може відбуватись на різних стадіях кримінального процесу. Під час досудового розслідування (ст. 206 КПК України) – коли місцезнаходження обвинуваченого невідоме, коли психічне або інше тяжке захворювання обвинуваченого перешкоджає закінченню провадження в справі, коли невстановлено особу, яка вчинила злочин. У стадії попереднього розгляду справи суддею (ч.1,2 ст. 249 КПК України) – коли з'ясується, що обвинувачений зник і місце перебування його невідоме, суддя виносить постанову про зупинення провадження у справі до розшуку обвинуваченого, а у разі його захворювання, що виключає можливість участі в судовому розгляді справи, суддя своєю постановою зупиняє провадження в справі до його видужання. Під час судового розгляду (ч.2 ст.280 КПК України) – коли підсудний ухилився від суду або, коли він захворів на психічну чи іншу тяжку тривалу хворобу, яка виключає розгляд справи, суд чи суддя зупиняє провадження у справі стосовно цього підсудного до його розшуку або видужання і продовжує розгляд справи стосовно інших підсудних, якщо у справі притягнуто до відповідальності кілька осіб.

Наявність цих норм породжує закономірне запитання: це один інститут кримінального процесу чи сукупність кількох взаємопов'язаних інститутів? З цього приводу деякі автори вважають, що зупинення досудового слідства у кримінальній справі є складовою частиною інституту досудового слідства та інституту судового розгляду; інші переконані в тому, що зупинення досудового слідства є самостійним правовим інститутом.

Так, Н.А. Патов доводить, що інститут зупинення досудового слідства самостійний і, більше того, є складовою частиною інституту зупинення провадження у кримінальній справі в цілому, куди крім нього входить ще інститут зупинення провадження у кримінальній справі в стадії попереднього розгляду справи суддею і судового розгляду. Своєю позицією Н.А. Патов аргументує тим, що інститут зупинення провадження у кримінальній справі включає в себе низку кримінально-процесуальних норм. Ці норми регулюють певний вид суспільних відносин, які виникають на стадіях досудового слідства, попереднього розгляду справи суддею та судового розгляду. При цьому основними суб'єктами правовідносин, котрі стосуються провадження у кримінальній справі, є слідчий або особа, що проводить дізнання, обвинувачений або підсудний і суддя.

Як відомо предметом регулювання будь-якого правового інституту є правовідносини між суб'єктами права, при чому кожний правовий інститут в якості такого предмету володіє сукупністю властивих лише йому правовідносин, і як наслідок, переліком суб'єктів, які можуть вступати між собою в ці правовідносини.

Залежно від підстави, через яку було зупинено кримінальну справу, змінюються і види правовідносин. Так, зупинення провадження на підставі передбаченій п.1 ст.206 КПК України, зобов'язує слідчого і орган дізнання здійснити всі необхідні заходи для встановлення місцезнаходження обвинуваченого та його затримання. При цьому слідчий вживає заходів до встановлення місцезнаходження обвинуваченого, а саме дає письмові доручення про проведення розшукових дій, а також інші заходи оперативно-розшукового характеру. В разі необхідності кримінальна справа може бути відновлена і проведені необхідні додаткові слідчі дії, після чого вона може бути знову зупинена.

У результаті зупинення провадження у кримінальній справі на стадії досудового розслідування порушуються правові зв'язки між суб'єктами кримінального процесу. Вимушене зупинення провадження у кримінальній справі може мати негативні наслідки, пов'язані з незбереженням у пам'яті свідків або очевидців окремих деталей вчиненого злочину, що часто призводить до втрати доказів, не виявлених до зупинення провадження у кримінальній справі.

Відсутність достатніх доказів, в свою чергу, роблять досудове і судове слідство неповним.

Одним із важливих умов повноти слідства є участь підозрюваного чи обвинуваченого в процесі розслідування. Обвинуваченому має бути забезпечено право на захист, тобто право на вільне використання засобів і способів захисту, передбачених законом. Суд, слідчий чи особа, що проводить дізнання, зобов'язані вжити всіх передбачених законом заходів для надання обвинуваченому можливості захищатися від пред'явленого йому обвинувачення, для охорони його особистих і майнових прав.

Таким чином, інститут зупинення провадження у кримінальній справі покликаний забезпечити обов'язкову участь обвинуваченого під час проведення розслідування і судового розгляду у кримінальній справі.

Правовий інститут зупинення провадження у кримінальній справі містить норми, які регулюють строк досудового слідства, підстави і порядок зупинення провадження у кримінальній справі, порядок відновлення провадження у кримінальній справі.

Правовий інститут зупинення провадження у кримінальній справі необхідно відрізнити від інших інститутів кримінально-процесуального права, зокрема, від інституту закінчення провадження у кримінальній справі. В обидвох цих випадках відбувається закінчення провадження слідчих дій. Однак, якщо при закінченні досудового розслідування справи, особи, які брали участь у справі втрачають свій процесуальний статус, а разом з тим і свої права і обов'язки, то при зупиненні провадження у кримінальній справі учасники кримінально-процесуальних відносин свій статус не втрачають і правовідносини між ними продовжують тривати, хоча й перебувають у статичному стані.

Інститут зупинення провадження у кримінальній справі також має спільні риси з інститутом продовження строку дізнання і досудового слідства. Але якщо в другому випадку строки слідства суворо регламентовані і їх продовження є необхідністю, передбаченою законом, то при зупиненні провадження у кримінальній справі перебіг строків слідства, передбачених загальним порядком, переривається. Закон в якості компенсації зупиненню цих строків передбачає додатковий відрізок часу після відновлення провадження у кримінальній справі для забезпечення всебічного, повного і об'єктивного розслідування кримінальної справи в межах встановлених законом строків досудового слідства.

Таким чином, можна зробити висновок, що зупинення провадження у кримінальній справі – це правовий інститут, який регулює особливий різновид правовідносин, що виникають між суб'єктами кримінального процесу і при якому взаємодія між останніми зведена до мінімуму. Наприклад, якщо зупинення у кримінальній справі відбулося з підстави, передбаченої п. 1 ст. 206 КПК України, то органи дізнання продовжують проводити розшук обвинуваченого, хоча між іншими учасниками кримінальної справи правовідносини тимчасово припиняються.

Слід зазначити, що інститут зупинення провадження у кримінальній справі включає норми, які регулюють порядок зупинення провадження у кримінальній справі на стадіях досудового розслідування кримінальної справи, і на судових стадіях кримінального судочинства, хоча підстави зупинення провадження на цих стадіях дещо відрізняються виходячи із специфіки завдань, які вирішуються в цих стадіях процесу і процесуальних засобів, що забезпечують їх реалізацію.

Так, можна зробити висновок про те, що сукупність норм права, які діють на різних стадіях кримінального процесу, і мають при цьому спільний об'єкт правового регулювання, є сформованим правовим інститутом, який регулює певний вид суспільних відносин, що виникають при зупиненні провадження у кримінальній справі.

Отже, інститутом зупинення провадження у кримінальній справі є сукупність правових норм, які регулюють певний вид правовідносин, що виникають на стадіях досудового розслідування і судових стадіях процесу, в зв'язку з об'єктивними обставинами – тимчасовій неможливості продовжити провадження у кримінальній справі, і спрямовані на забезпечення прав та законних інтересів учасників кримінального процесу та реалізацію інших завдань кримінального судочинства.

Інститут зупинення провадження у кримінальній справі в кримінальному процесі України за своєю метою і спрямованістю забезпечує виконання завдань кримінального процесу, здійсненню повного розкриття злочинів, встановленню осіб, які їх вчинили, розшуку обвинувачених, місцезнаходження яких не відоме, і тим самим встановленню об'єктивної істини в кожній справі.

ПОНЯТТЯ ТА СТРУКТУРА КРИМІНАЛІСТИЧНИХ ЗНАНЬ

Когутич І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У криміналістичній літературі часто згадують про „криміналістичні знання”, однак спроб з’ясувати, принаймні, їх поняття, не кажучи вже про структуру, види, співвідношення із криміналістикою, майже немає. Як виняток можна назвати роботи Н.І.Кліменко, В.К.Лисиченка, В.Г. Гончаренка, Л.С.Ароцкера та деяких інших науковців, в яких розглянуто окремі аспекти сутності цих знань.

Актуальність більш детального такого з’ясування обумовлена багатьма факторами, у першу чергу, все більшим поширенням криміналістичних знань на стадію розгляду кримінальних справ у суді першої інстанції. „Судова” частина криміналістики перебуває на етапі свого формування і її визнають не всі спеціалісти. Однак вилучати питання розгляду кримінальних справ у суді першої інстанції із системи криміналістичних знань було б, як видається, неправильно, тим паче що унаслідок судової реформи в Україні вони набуватимуть все більшого практичного і теоретичного значення.

У семантичному розумінні слово “знання” означає сукупність відомостей з будь-якої галузі, набутих у процесі навчання, дослідження та ін.

Знання – це своєрідна соціальна та індивідуальна пам’ять – спосіб збереження і використання набутої (або шойно створюваної) інформації, тобто результат суспільно-матеріальної та духовної діяльності людей, наслідок здійснюваного ними процесу пізнання оточуючого їх середовища, відносин його суб’єктів і закономірних ретроспективних чи навіть перспективних їхніх просторово-часових відображень, істинність якого перевіряється практикою; це – віддзеркалення усвідомленої дійсності у вигляді сприйняття, уявлення, поняття, судження і теорії; це – оцінки, які дають змогу виразити ціннісні характеристики явищ дійсності. Це і процес розуміння, що полягає в усвідомленні глибинного змісту людського буття (соціальної реальності й окремих людей). Фундаментальну значущість для суспільства має запас знань про природу, форми і способи діяльності, зразки поведінки, норми і прийоми комунікації та спілкування. Теоретичне знання – ідеї, теорії, світогляд і філософія – не найголовніше із того, що знає людина, і не найоб’ємніше. Теоретичне інтерпретування світу – це сфера діяльності небагатьох людей. Знання, яким володіє ця незначна частина суспільства – лише частка того, що вважають знанням. Переважаюча сфера знання – це повсякденні, дотеоретичні, масові знання – все те, що вважають у суспільстві „знанням”, незалежно від обґрунтованості й достовірності; це сфера, яку дослідники називають „фабрикою значень” безпосередньої „реальності”, знаної людьми. Без буденного, повсякденного знання неможливо напрацювати теоретичне знання, не може сформуватись і безпосередній „світ повсякденного життя”, що розглядається й переживається нами як безпосередня реальність.

„Криміналістичні знання”, що вже впливає зі змісту цього словосполучення, – це сукупність відомостей, накопичених, напрацьованих криміналістикою, якими вона оперує і які пропагує для застосування у кримінальному судочинстві. Отже, криміналістичні знання мають безпосереднє відношення до криміналістики. Криміналістичні знання – це теоретичні й емпіричні положення криміналістики, які належать їй за змістом і формою.

Знання, якими володіють оперативний працівник, слідчий, прокурор, адвокат і суддя, матимуть практичне значення, певну цінність лише у випадку їхнього безпосереднього застосування у своїй діяльності переліченими суб’єктами процесуального провадження у кримінальних справах.

Напрацьованим криміналістикою знанням властиві різні сфери застосування: наукове забезпечення боротьби зі злочинністю, здійснюване працівниками правоохоронних органів; встановлення істини у кожній окремо взятій кримінальній справі та прийняття у ній законного й обґрунтованого рішення, що є обов’язком, відповідно, слідчого, прокурора та судді (суду). Ці знання необхідні також для подальшого розвитку самої науки, поглиблення пізнання її предмета, удосконалення її структури та змісту; для підготовки спеціалістів-правників у системі загальної та спеціальної юридичної освіти.

Саме тому, криміналістику можна розглядати у трьох аспектах: як науку, як навчальну дисципліну та як практичну діяльність, пов'язану із провадженням у кримінальних справах. У зв'язку з цим виправдано вести мову і про три види криміналістичних знань: знання науки криміналістики; знання криміналістики як навчальної дисципліни; знання криміналістики як практичної діяльності, пов'язаної із провадженням у кримінальних справах. Однак в основі всіх їх різновидів основа єдина – теоретичні положення і практичні рекомендації науки криміналістики.

Аналізуючи природу криміналістики і тих знань, якими вона озброює слідчого, прокурора, суддю, адвоката тощо, зауважимо, що питання про їхні джерела залишається дискусійним. На думку О.О.Ейсмана, Р.С.Белкіна та інших, лівову частку знань, долучених до криміналістики, одержано безпосередньо із досвіду слідчої, судової та експертної діяльності.

Разом з тим, такі науковці, як Б.М.Шавер, А.І.Вінберг, М.П.Яблоков, О.М.Васильєв, вважають, що криміналістичні знання – це положення природничих і технічних наук, адаптованих для виконання завдань провадження у кримінальних справах. Судово-слідча та експертна практика зумовила потребу та намагання до використання криміналістичних засобів і методів, однак самостійно вирізнити їх без спеціальних наук (природничих, технічних, математичних, економічних та ін.) не змогла.

Закономірно виник напрям творчого застосування спеціальних наук у розслідуванні злочинів та розгляді кримінальних справ щодо них у суді. У вигляді спеціальних знань вони стали складовими елементами криміналістичних знань.

Під спеціальними знаннями прийнято вважати наукові, технічні та інші професійні, у тім числі техніко-криміналістичні знання, отримані внаслідок фахової підготовки у поєднанні з навичками, набутими в процесі роботи у певних галузях практичної діяльності, які у сукупності з науково-технічними засобами використовують під час пошуку, виявлення, вилучення й дослідження слідів з метою одержання доказової та орієнтуючої інформації, необхідної для встановлення істини у справі.

Спеціальні знання – це не загальновідомі, загальнодоступні і широко використовувані знання. Це знання або рівень володіння ними, доступний обмеженому колу осіб – фахівців (спеціалістів). Іншими словами, йдеться про знання, напрацьовані наукою, запроваджені у практичну професійну діяльність осіб, які належно оволоділи ними, початково набувши їх, зазвичай, здобуваючи вищу освіту.

Спеціальні знання у кримінально-процесуальному значенні – це знання у науці, техніці або мистецтві, які використано для одержання доказової інформації спеціально підготовленими особами. Існує поширена позиція, що правові (юридичні) знання, у контексті реалізації кримінального судочинства, не належать до спеціальних знань. Дізнавачі, слідчі, прокурори, судді, адвокати – це суб'єкти кримінально-процесуальної діяльності, які використовують спеціальні знання під час доказування у кримінальних справах. Видається, поняття спеціальні знання запроваджені саме стосовно цих суб'єктів.

Розгляд поняття й сутності спеціальних знань необхідно здійснювати у широкому і вузькому значенні. У широкому значенні потреба у спеціальних знаннях може виникати у найрізноманітніших ситуаціях пошуку істини як у кримінальному, так і у цивільному та господарському судочинстві. Усюди, де суб'єкт правозастосування виявляє, що його знання, по-перше, недостатні, а по-друге, його міркування не можуть бути взяті за основу прийняття ним рішення, оскільки відповідні правила, інструкції, підзаконні акти, закони вимагають кваліфікованого їх обґрунтування з боку відповідного спеціаліста – виправдано скористатися допомогою такого спеціаліста.

У вузькому значенні спеціальні знання – це ті, що є найнеобхіднішими під час провадження у кримінальних справах. Це – перш за все, такі, що ґрунтуються на теорії і закріплені практикою глибокі й різносторонні знання прийомів та засобів криміналістичної техніки, які забезпечують виявлення, фіксацію й дослідження доказів. До спеціальних у цьому значенні належать знання судової медицини, судової хімії, фізики, пожежної справи, автосправи, а також будь-які інші знання (педагогічні, лінгвістичні, математичні і ін.), використання яких необхідне для повного, всебічного і об'єктивного розслідування злочинів.

Одночасно з цим виникає питання щодо віднесення криміналістичних знань до спеціальних. В.Г.Гончаренко веде мову, винятково про спеціальні криміналістичні знання у процесуально-правовому змісті, характеризує їх як знання у сфері криміналістичної техніки, які використовують спеціально підготовлені особи для пізнання об'єктів під час здійснення юридичної діяльності з їх природничо-наукового і технічного аспектів.

Цю позицію підтримує і Г.І.Грамович. Він пише „...криміналістичні знання становлять систему щільно пов'язаних юридичних і природничо-технічних наукових відомостей, які у цілому належать до юридичних знань. Але, враховуючи важливість цієї системи, багатоплановість вирішуваних з її допомогою завдань, можна виділити природничо-наукові відомості, які використовують для пізнання об'єктів у процесі розкриття, розслідування і попередження злочинів”.

Оскільки засоби, прийоми і методики криміналістичної техніки являють собою природничо-наукові і технічні знання, то особи, які здобувають юридичні професії, можуть ними і не володіти. За цією ознакою ця частина криміналістичних знань є одночасно спеціальними знаннями.

Криміналістичні знання, як правильно вважає Н.І.Кліменко, мають двовекторну структуру (вертикальну і горизонтальну). По вертикалі – це сукупність окремих елементів і частин криміналістики: емпіричні знання, теоретичні положення у вигляді загальної теорії криміналістики, її методології та окремі криміналістичні теорії. По горизонталі – це криміналістичні знання у вигляді розділів чи галузей криміналістики: криміналістична техніка, криміналістична тактика і криміналістична методика.

Отже, криміналістичні знання за змістом – це структуризована й динамічна сукупність відомостей (теоретичних і емпіричних положень: концепцій, категорій, висновків) про об'єктивні риси, ознаки, правила утворення, виявлення, дослідження й використання у судочинній практиці просторово-часових відображень злочинної діяльності та засоби, прийоми і методи попередження, розкриття, розслідування злочинів та судового розгляду щодо них кримінальних справ.

Криміналістичні знання за джерелом походження та суб'єктами застосування – це професійні знання, утворені поєднанням частини правових та спеціальних знань, якими оперують дізнавач, слідчий, прокурор, суддя, адвокат-захисник під час провадження у кримінальних справах.

У зазначеному аспекті правові знання – це знання наук кримінального, кримінально – процесуального права і, частково, криміналістики. Частину правових знань як складової криміналістичних знань становлять положення і засоби криміналістики, з допомогою яких зазначені суб'єкти кримінально-процесуальної діяльності реалізують кримінально-правові і кримінально – процесуальні приписи щодо діагностування суспільно-небезпечних діянь та здійснення процедури провадження у кримінальних справах.

Спеціальні знання як складова вищеозначених професійних знань – це знання інших галузей права, інших спеціальних наук (природничих, технічних, математичних, економічних тощо), а також спеціально-криміналістичні знання, тобто знання у сфері криміналістичної техніки, які використовують спеціально підготовлені особи (а такими, окрім спеціалістів та експертів є дізнавачі, слідчі, прокурори, судді, адвокати-захисники) для пізнання об'єктів під час здійснення юридичної діяльності з їх природничо-наукового і технічного аспектів. Тільки знання криміналістичної техніки є складовою криміналістичних знань.

**ОПИТУВАННЯ ЗАХИСНИКОМ ГРОМАДЯН: ПОРЯДОК ПРОВЕДЕННЯ
ТА ФІКСАЦІЇ РЕЗУЛЬТАТІВ***Ковальчук С.**Юридичний інститут Прикарпатського національного університету
імені Василя Стефаника*

П. 13 ч. 2 ст. 48 КПК України надає захиснику право захисника збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази в справі. Проте, норми кримінально-процесуального закону не врегульовують порядок проведення захисником процесуальних дій, перелік яких визначений п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК України, та фіксації одержаної ним інформації.

Дослідженню порядку реалізації захисником права збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази у справі, присвячена значна увага вчених. Зокрема, він аналізується у працях Г. Алейникова, Т. Варфоломесвої, В. Маляренка, О. Михайленка, В. Попелюшка, В. Тертишника, П. Фріса та інших. Незважаючи на проведені ґрунтовні дослідження, питання про порядок опитування захисником громадян і фіксації інформації, одержаної в результаті його проведення, не знайшло однозначного вирішення.

Якщо в результаті запитування документів та їх копій, ознайомлення з документами і звернення за письмовими висновками фахівців захисник одержує відомості про факти, достовірність яких не викликає сумніву (довідки, господарські та фінансові документи суб'єктів підприємницької діяльності, висновки фахівців тощо, належним чином оформлені, підписані особами, які їх склали або службовими особами підприємств, установ та організацій, і завірені печатками), то законодавча неврегульованість порядку проведення опитування дозволяє особам, які здійснюють провадження у справі, поставити під сумнів достовірність відомостей про факти, отриманих захисником у результаті виконання цієї процесуальної дії.

Як зазначає В. В. Тіщенко, процесуальна форма одержання й використання інформації передбачає при її фіксації виконання дій засвідчувального характеру, в результаті яких можна було б з'ясувати та перевірити джерело і характер її походження, умови закріплення – місце, час, погодні та інші об'єктивні умови, характеристики техніко-криміналістичних засобів, прийомів і методів їх застосування, присутність у необхідних випадках понятих. Оскільки процесуальна форма діяльності захисника зі збирання відомостей про факти повинна передбачати гарантії отримання ним достовірних фактичних даних, у юридичній літературі наголошується на доцільності запровадження спеціальної процесуальної форми проведення захисником опитування. Так, М. Громов, Н. Луговець, Є. Межуєва, Н. Царьова й А. Черкасов наголошують на потребі присутності при його проведенні понятих і приведення опитуваної особи до присяги. Є. Карякін вважає, що при проведенні опитування повинна бути присутня особа, яка користується довірою та виступає гарантом фіксації ходу цієї дії Г. Беньягуєв, В. Руднев та О. Сурдукова зазначають, що в якості такого гаранта може виступати нотаріус, який після закінчення опитування прошиває та завіряє його протокол і робить запис у реєстраційній книзі. Е. Мурадьян наголошує на доцільності участі в опитуванні як нотаріуса, так і понятих г. Алейников пропонує посвідчувати підпис особи, яка дала пояснення, печаткою адвоката, підприємств, установ, організацій, де працює або навчається особа.

Вирішуючи питання щодо доцільності розробки і закріплення окремої процесуальної форми збирання захисником відомостей про факти, В. М. Тертишник відзначає, що “закономірності пізнавальної діяльності єдині як для захисника, так і для слідчого або суду. Єдність змісту визначає і єдність форми”, на підставі чого робить висновок про те, що “спроби винайти будь-яку спеціальну форму діяльності захисника по збиранню та дослідженню доказів можуть привести до невинуватого ерозії існуючої та певною мірою апробованої процесуальної форми і закріплених у законі процесуальних гарантій”. Погоджуючись з такою позицією, необхідно відзначити, що збирання захисником відомостей про факти шляхом проведення опитування повинно відбуватися із дотриманням встановлених КПК України вимог щодо проведення допиту свідка, потерпілого, з урахуванням специфіки процесуального статусу захисника, в силу якого він не має владних повноважень і не може застосовувати заходи процесуального примусу. Тому захисник не вправі використовувати привід особи для провадження опитування та може провести дану процесуальну дію

лише за згоди опитуваної особи і без роз'яснення їй відповідальності за відмову давати показання (при опитуванні особи в якості свідка) та за дачу завідомо неправдивих показань.

П. 15 ч. 1 ст. 37 проекту Закону України “Про внесення змін до Закону України “Про адвокатуру”, закріплюючи право адвоката проводити опитування, передбачає надання йому права фіксувати результати опитування. Потрібно підтримати думку Є. Карякіна, В. Паршуткіна й В. Попелюшка, які вважають, що за результатами проведення опитування захисником повинен складатися протокол. По аналогії із протоколом допиту свідка (ч. 1 ст. 85 і ст. 170 КПК України), у протоколі опитування повинні знайти відображення наступні відомості: місце і дата його складання; прізвище захисника (у випадку проведення опитування захисником-адвокатом – номер свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю); прізвище, ім'я та по батькові особи, яка опитується, її вік, громадянство, національність, освіта, місце роботи, рід занять або посада, місце проживання, а також відомості про стосунки особи, яка опитується, з обвинуваченим і потерпілим; згода особи на проведення опитування та надання інформації; задані захисником запитання та отримані на них відповіді особи, яка опитується; час початку та закінчення опитування. Якщо при проведенні опитування захисник застосовує науково-технічні засоби, він повинен повідомити про це особу, яка опитується, й зазначити у протоколі, які засоби використовуються.

Висновок про можливість проведення захисником опитування громадян із дотриманням встановлених КПК України вимог щодо проведення допиту свідка, потерпілого (за винятком можливості застосування ним до особи заходів процесуального примусу) з фіксацією одержаних результатів у протоколі опитування ґрунтується на результатах проведеного анкетування: доцільність внесення відповідних доповнень до КПК України підтримує 56,1 % слідчих, 77,4 % суддів і 93,8 % адвокатів.

Викладене дозволяє запропонувати доповнити КПК України статтею 66-1 такого змісту:

“Стаття 66-1. Проведення захисником опитування громадян.

Проведення захисником опитування громадян здійснюється за правилами, передбаченими цим Кодексом для допиту свідка, потерпілого.

Про проведення опитування захисником складається протокол з додержанням правил, зазначених у статтях 85 і 170 цього Кодексу. Протокол опитування підписується захисником та опитаною особою. У протоколі опитування зазначається про згоду особи на проведення опитування.”

Гарантією достовірності відомостей про факти, наведених у протоколі опитування, може служити попередження особою, що здійснює провадження у справі, захисника при поданні ним протоколу опитування для приєднання до матеріалів справи про кримінальну відповідальність за підроблення документів, що вимагає внесення відповідних змін до ст. 358 КК України або доповнення розділу XVIII КК України (“Злочини проти правосуддя”) окремою статтею, яка б передбачала кримінальну відповідальність захисника за вчинення ним таких дій.

**НЕДОПУСТИМІСТЬ ПОГІРШЕННЯ СТАНОВИЩА ЗАСУДЖЕНОГО
(ВИПРАВДАНОГО) В СТАДІЇ КАСАЦІЙНОГО ПРОВАДЖЕННЯ
КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ СУДОЧИНСТВОМ
УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ.**

Кульчак Л.

*Юридичний інститут Прикарпатського національного університету
імені Василя Стефаника*

Однією з важливих і невід'ємних рис касації є недопустимість погіршення становища засудженого чи виправданого. Теоретичне обґрунтування і правова регламентація поняття заборони «повороту на гірше» вдосконалювались по мірі розвитку суспільства, демократії, зміцнення законності на різних етапах формування і діяльності держави. Заборона «повороту на гірше» означає, що при оскарженні стороною захисту вироку (чи будь-якого рішення) у вищестоящу судову інстанцію становище засудженого (виправданого) не може бути погіршено. Крім того, така заборона діє і при відсутності скарги засудженого (виправданого) чи його захисника на вирок чи інше судове рішення. Погіршення становища засудженого (виправданого) чи іншої особи, щодо якої було постановлене судове рішення допускається лише при умові, якщо саме з цих підстав було внесено касаційне подання прокурора або скарга потерпілого чи його представника.

Заборона «повороту на гірше» у кримінальному процесі має не лише правовий, але й глибокий моральний аспект. З позицій етичних і моральних засад неприпустимо погіршувати становище людини у відповідь на її прохання про допомогу.

Заборона «повороту на гірше» була відома ще у кримінальному процесі Стародавнього Рима, де існувало поняття REFORMATIONUS IN PEJUS (поворот на гірше) і IN PEJUS (не гірше). В період інквізиції, цього інституту, звичайно, не було. Він відродився після перемоги буржуазно-демократичних революцій і складає тепер одну із важливих рис правових систем цивілізованих країн світу.

Цей інститут виступає важливою гарантією права засудженого (виправданого) на захист, свободи оскарження ними вироку і водночас – гарантією правосуддя, оскільки є засобом виявлення і виправлення порушень закону в діяльності слідчих органів та судів. В силу цієї заборони касаційний суд, здійснюючи перевірку законності та обґрунтованості постановлених у справі рішень, має право пом'якшити призначене судом першої чи апеляційної інстанції покарання або застосувати закон про менш тяжкий злочин, проте, не вправі:

- скасувати обвинувальний вирок у зв'язку з необхідністю застосувати закон про більш тяжкий злочин або посилити покарання за відсутності касаційного подання прокурора, скарги потерпілого чи його представника;
- безпосередньо посилити покарання або застосувати закон про більш тяжкий злочин, навіть якщо справа розглядається за касаційним поданням прокурора, скаргою потерпілого чи його представника, що принесені з цих підстав;
- скасувати виправдувальний вирок, ухвалу чи постанову про закриття справи за відсутності касаційного подання прокурора, скарги потерпілого чи його представника, а також скарги виправданої особи з підстав і мотивів виправдання;
- скасувати вирок у зв'язку із необхідністю застосувати закон про більш тяжкий злочин або за м'якістю покарання, якщо в касаційному поданні прокурора, скарзі потерпілого чи його представника вказані шли касаційні підстави;
- скасувати вирок у зв'язку із необхідністю застосувати закон про більш тяжкий злочин, якщо в касаційній скарзі потерпілого чи касаційному поданні прокурора ставилося питання про скасування вироку за м'якістю покарання і навпаки;
- ухвалити рішення, яке погіршує становище засудженого (виправданого), щодо якого касаційна скарга чи подання не приносилися.

Виходячи з вимог ст.397 КІЖ України, межі заборони, „повороту на гірше" в стадії касаційного провадження кримінальної справи поширюються тільки на кваліфікацію злочину і міру покарання.

Проте, досліджуючи це питання, можна прийти до висновку про необхідність поширення вказаної заборони і на фактичні обставини обвинувачення, а також на вирішення вищестоящим судом інших кримінально-правових питань, якщо цим погіршується становище засудженого і порушується його право на захист. Це пов'язано з тим, що погіршення становища засудженого і порушення його права на захист може стати наслідком зміни вищестоящим судом не лише кваліфікації злочину і міри покарання, але і фактичних обставин обвинувачення, в той час, коли кваліфікація злочину може залишитися судом попередньою або навіть змінюватись на менш тяжку. Це може стати, зокрема, наслідком виключення вищестоящим судом певних пом'якшуючих обставин вчинення обвинуваченим злочину, розширення фактичного обсягу обвинувачення, якщо кваліфікація злочину при цьому залишається незмінною. У зв'язку з цим, у ч.1 ст.397 КПК України межі дії заборони „повороту на гірше" доцільно було б, на мою думку, розширити, поширивши її не тільки на кваліфікацію злочину і міру покарання, але й на фактичні обставини вчинення злочину, а також на вирішення вищестоящим судом інших кримінально-правових питань. *З цією метою у ч.1 ст.397 КПК України слова не вправі „застосувати закон про більш тяжкий злочин" доцільно було б змінити на ширше за змістом положення „не вправі змінити обвинувачення на більш тяжке", що поширювало б вказану заборону не лише на кваліфікацію злочину, але і на фактичні обставини злочину.* Касаційна інстанція вправі з власної ініціативи внести зміни за наявності для цього підстав у вирок чи інше судове рішення в бік покращення становища засудженого (виправданого) чи іншої особи, якщо при цьому не будуть істотно змінені фактичні обставини обвинувачення.

Касаційний суд вправі скасувати обвинувальний вирок, постановлений апеляційним чи місцевим судом, ухвалу апеляційного суду щодо вироку місцевого суду у зв'язку з необхідністю застосувати закон про більш тяжкий злочин або більш суворе покарання лише у тому разі, коли з цих підстав вніс подання прокурор або подав скаргу потерпілий чи його представник (ч.2 ст.397 КПК України). Скарги інших учасників процесу на м'якість покарання або необґрунтоване застосування закону про менш тяжкий злочин не можуть служити підставою для скасування вироку з цих підстав.

Єдине, коли можливий "поворот на гірше" за скаргою засудженого, *це якщо при новому розслідуванні справи, після скасування першого вироку, ухвали, чи постанови буде встановлено, що обвинувачений вчинив більш тяжкий злочин або коли збільшився обсяг обвинувачення* (ч.2 ст.400 КПК України).

В юридичній літературі спірним залишається питання про місце інституту заборони «повороту на гірше», в системі кримінально-процесуального законодавства. Вчені по-різному оцінюють роль і місце цього інституту у вирішенні завдань кримінального судочинства.

Аналіз вітчизняної кримінально-процесуальної літератури свідчить про відсутність єдності в думках авторів щодо місця заборони «повороту на гірше» в системі правових гарантій. Одні вчені вважають заборону повороту на гірше принципом кримінального процесу: р.Д.Рахунів, Л.І.Лазарева, А.А.Ривлін, І.Д.Перлов, Т.М. Мірошніченко, В.Л. Познанський; інші – процесуальною гарантією (Н.Я.Калашнікова, Є.Ф.Куцова, П.Ф.Пашкевич); а ще інші, поєднуючи обидва названі підходи, вважають, що заборона «повороту на гірше» виступає одночасно і як принцип, і як процесуальна гарантія Я.О.Мотовіловкер, М.А.Воробейніков; нарешті, ще одні вчені називають її правилом (П.Ф.Пашкевич, Ф.Н.Фаткуллін).

Так, зокрема, вчений-процесуаліст Л.І.Лазарева вважає, що принцип заборони «повороту на гірше» – це одна із реальних гарантій оскарження вироку, істотний елемент механізму забезпечення права обвинуваченого на захист, який на її погляд, є похідним від принципу забезпечення права обвинуваченого на захист і займає відповідне місце серед демократичних принципів кримінального процесу.

На думку Т.М. Мірошніченко, заборону "повороту на гірше" слід віднести до принципів кримінального процесу на тій підставі, що в кожній стадії кримінального процесу обвинувачений не може бути визнаний винним у більш тяжкому обвинуваченні або такому, що суттєво відрізняється за змістом порівняно з тим, яке йому інкримінувалося у вину на попередній стадії.

Н.Я.Калашнікова визначає заборону «повороту на гірше» як один із процесуальних засобів, які забезпечують права і законні інтереси обвинувачених.

Відома вчений-процесуаліст Є.Ф. Куцова вважає, що вказана заборона є необхідною гарантією реальності права засудженого і виправданого на касаційне оскарження і служить інтересам особи(засудженого і виправданого).

Перш ніж висловити власне бачення того, куди слід віднести заборону «повороту на гірше» – до принципів чи до процесуальних гарантій, зупинюся на висловлених вище поглядах вчених-процесуалістів з цього питання. Схильна вважати, що в цих поглядах намітився дещо односторонній, спрощений підхід. Це впливає, перш за все, з того, що багато авторів пов'язують вказану заборону тільки із свободою оскарження вироку, поширюючи її, таким чином, лише на стадію апеляційного і касаційного провадження, або з процесуальним засобом, який забезпечує охорону прав та законних інтересів обвинуваченого(підсудного).

Цілком поділяю позицію вченого-процесуаліста В.П. Бойка, який вважає заборону «повороту на гірше» процесуальною гарантією, а не принципом кримінального процесу, виходячи з наступних міркувань.

По-перше, заборона "повороту на гірше" не виключає того, що з метою успішного виконання завдань правосуддя становище підсудного (засудженого), за наявності передбачених законом підстав та умов, може бути змінено не тільки в кращий, але й гірший для нього бік (ст.277, 378 КПК України). Це не відповідає одній з вимог, якій повинен відповідати принцип – таке правило повинно бути загальним, категоричним, імперативним положенням і виступати характерною, типовою рисою кримінального процесу.

По-друге, характерною властивістю принципу кримінального процесу є те, що його порушення означає незаконність рішення у справі та обов'язкове його скасування. Заборона "повороту на гірше" не відповідає і цій вимозі, оскільки порушення такої заборони не у всіх випадках тягне за собою обов'язкове скасування рішення. Так, якщо органи досудового слідства кваліфікували дії обвинуваченого за статтею закону про більш тяжкий злочин, ніж фактично був ним вчинений, то суд першої, апеляційної чи касаційної інстанції має право перекваліфікувати його дії на закон про менш тяжкий злочин та постановити законне і справедливе рішення. Це стосується і тих випадків, коли суд першої чи апеляційної інстанції, розглянувши кримінальну справу, неправильно застосував до підсудного статтю закону про більш тяжкий злочин і у зв'язку з цим призначив йому несправедливе покарання. В цьому випадку суд касаційної інстанції за скаргою засудженого чи його захисника або ж в ревізійному порядку має право без скасування вироку змінити кваліфікацію злочину на закон про менш тяжкий злочин і призначити покарання, яке відповідає тяжкості вчиненого злочину і особі винного (ст.395, 397 КПК України).

По-третє, заборона "повороту на гірше" не може вважатися принципом кримінального процесу, оскільки вона є похідною від принципу забезпечення обвинуваченому, підсудному права на захист, прямим наслідком цього принципу. Це зумовлено тим, що вимога не порушувати право обвинуваченого, підсудного на захист є більш загальною, оскільки охоплює не тільки випадки погіршення становища обвинуваченого, підсудного в частині кримінально-правових наслідків злочину, але й інші випадки, коли в результаті зміни обвинувачення становище цих осіб не стає гіршим порівняно з тим, яке визначене попереднім рішенням, проте порушується їхнє право на захист. Це стосується, зокрема, тих випадків, коли в результаті зміни обвинувачення істотно змінюються фактичні обставини злочину, що вимагає від обвинуваченого нової організації захисту і, відповідно, зумовлює необхідність повернення справи для проведення додаткового розслідування і пред'явлення нового обвинувачення (ст.231 КПК України).

Таким чином, заборона "повороту на гірше" є лише конкретним елементом, одним із засобів реалізації принципу забезпечення права обвинуваченого на захист, а тому не може виступати загальним, керівним положенням, що є характерною ознакою будь-якого принципу кримінального процесу.

В процесуальній літературі висловлювалися думки, що суд касаційної інстанції може збільшити суму цивільного позову у кримінальній справі в тих випадках, коли єдиною підставою для перегляду справи є касаційна скарга засудженого (його захисника, законного представника) за відсутності подання прокурора або скарги потерпілого чи цивільного відповідача. Я поділяю думку більшості вчених процесуалістів, які вважають, що цивільний позов у кримінальній справі є інститутом цивільного, а не кримінального права, хоча доказування його здійснюється за правилами кримінального процесу. В силу цього, на думку цієї частини вчених-процесуалістів, при розгляді цивільного позову в кримінальній справі судом касаційної інстанції повинні застосовуватися такі ж правила, які передбачені для цивільного судочинства в цій частині, тобто касаційна інстанція повинна надіятися правом самостійно змінювати рішення в частині цивільного позову, в тих випадках, якщо по справі не вимагається збирання або додаткової перевірки доказів, обставини справи встановлені

судом першої інстанції повно і правильно, але допущено помилку в застосуванні норм матеріального права.

З цього питання існувала і протилежна точка зору, зміст якої полягає в тому, що правило про «заборону повороту на гірше» повинно поширюватися і на рішення з приводу цивільного позову; одним з аргументів, що це положення не може бути визнано правильним і ґрунтуватись на законі, оскільки суперечить одній із основних ідей кримінального процесу – недопустимості «повороту на гірше», сфера дії якої, на їх думку, поширюється також і на рішення вищестоящих судів в частині відшкодування заподіяної злочином матеріальної шкоди.

Отже, підсумовуючи вище викладені положення можна зробити висновок, що інститут заборони «повороту на гірше» в стадії касаційного провадження кримінальної справи є важливою гарантією правосуддя та прав і законних інтересів засудженого, виправданого та інших осіб.

**ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ МОЖЛИВОСТІ ЗАХИСНИКА ЗБИРАТИ
ДОКАЗИ ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ***Кучер В.**Львівський державний університет внутрішніх справ*

Кримінально-процесуальне законодавство у ст. 2 КПК України одним із завдань кримінального судочинства визначає охорону прав та законних інтересів фізичних і юридичних осіб, які беруть в ньому участь. Уповноважені органи, які здійснюють процес та залучають до нього інших осіб, повинні забезпечити можливість реалізації процесуальних прав не лише потерпілих від злочину, а й інших зацікавлених у вирішенні справи осіб (підозрюваного, обвинуваченого, підсудного).

Реалізація суб'єктивного права підозрюваного, обвинуваченого, підсудного на захист у кримінально-процесуальному законодавстві України не повністю визначена, що призводить до ведення обвинувального кримінального судочинства, що спрямоване на доказування винуватості особи, а не на встановлення об'єктивної істини у кримінальній справі. На обвинувальний ухил розслідування вказує зміст ст. 4 КПК України, відповідно до якої суд, прокурор, слідчий і орган дізнання зобов'язані в межах своєї компетенції порушити кримінальну справу в кожному випадку виявлення ознак злочину, вжити всіх передбачених законом заходів до встановлення події злочину, осіб, винних у вчиненні злочину, і до їх покарання.

Одним із суб'єктів, які приймають участь у процесі доказування під час розслідування кримінальної справи є захисник. На нього покладений обов'язок з'ясування обставин, що виправдовують обвинуваченого або пом'якшують його покарання. Діяльність захисника є основною гарантією здійснення підозрюваним, обвинуваченим та підсудним права на захист та сприяє всебічному, об'єктивному досудовому слідству і справедливому вироку.

Відшукання виправдувальних доказів, як правило, покладається на захисника. Відповідно до ст. 48 КПК України захисник має право подавати докази; збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази у справі, в тому числі запитувати та одержувати документи чи їх копії від громадян та юридичних осіб, знайомитися на підприємствах, в установах, організаціях, об'єднаннях громадян з необхідними документами, крім тих, таємниця яких охороняється законом, одержувати письмові висновки фахівців з питань, що вимагають спеціальних знань, опитувати громадян.

Кримінально-процесуальне законодавство України не дало вичерпного переліку способів збирання доказової інформації захисником, вказавши на право збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази у справі, і перерахувавши окремі з них. Якщо порівнювати такі можливості захисника в КПК України з кримінально-процесуальним законодавством інших пострадянських держав, то в КПК РФ (ч. 3 ст. 86) визначено вичерпний перелік способів збирання доказів. Це отримання предметів, документів та інших даних; опитування осіб з їх згоди; витребування довідок, характеристик та інших документів від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, громадських об'єднань та організацій

КПК Молдови вказує лише на можливість захисника надавати документи і інші засоби доказування для приєднання до кримінальної справи і дослідження в судовому порядку (ст. 68). Стаття 48 КПК Білорусії говорить про право захисника подавати докази; збирати по своїй ініціативі дані, які відносяться до обставин вчиненого злочину, і подавати їх органу дізнання, дізнавачу, слідчому і суду. Право захисника збирати і подавати предмети, документи і дані, необхідні для надання юридичної допомоги закріплене в ст. 74 КПК Казахстану.

У науці кримінального процесу висловлювалися думки про доцільність покладення на адвоката обов'язку встановлювати істину у справі. Проте, захисник не може всебічно, повно та об'єктивно досліджувати обставини справи. Він не має права робити нічого, що спричинило б погіршення положення обвинуваченого, з'ясувати обставини, що підтверджують винуватість або обтяжують покарання. Всебічно дослідити обставини справи без з'ясування доказів винуватості особи є неможливо. Захисник не наділений владними повноваженнями, на нього не покладається обов'язок попереджувати свідка про кримінальну відповідальність за дачу завідомо неправдивих показань та про

відмову від дачі показань, а потерпілого – за дачу завідомо неправдивих показань. Тим більше, захищаючи інтереси підзахисного та збираючи фактичні дані, які в подальшому можуть бути виправдувальними доказами, не виключена можливість захисника застосувати незаконні методи (схилити свідка, потерпілого до відмови або надання неправдивих показань; представити слідчому неправдиві відомості або документи з метою перешкодити встановленню істини у справі).

Пункт 8 ст. 48 КПК України вказує на право захисника подавати докази. Проте, фактичні дані, зібрані захисником, не є доказами. Доказами вони будуть лише після проведення відповідних процесуальних дій прокурором, слідчим, дізнавачем чи судом. Отримані захисником предмети та документи можуть стати доказами лише після їх дослідження і приєднання до кримінальної справи уповноваженими суб'єктами. Такий висновок зроблений відповідно до ст. 65 КПК України, яка визначає доказами всякі фактичні дані, на підставі яких у визначеному законом порядку орган дізнання, слідчий і суд встановлюють наявність або відсутність суспільно небезпечного діяння, винність особи, яка вчинила це діяння, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи.

КПК України визначає орієнтовний перелік дій, спрямованих на збирання доказів захисником (п. 13 ст. 48), але не визначає процесуальний порядок їх провадження та фіксації. У законі немає заборони на проведення та фіксацію захисником з дотриманням процесуального порядку до передачі справи до суду самостійного допиту, огляду місця події зі складанням відповідного протоколу, проведення впізнання тощо. Але необхідно врахувати, що кримінально-процесуальне законодавство України допит, огляд місця події, пред'явлення для впізнання, тощо визначає слідчими діями, а не адвокатськими. При цьому порядок їх проведення та процесуальне оформлення має чітко відповідати кримінально-процесуальному законодавству.

Відсутність правової регламентації реалізації наданих захиснику прав щодо збирання доказів дає можливість зробити висновок про право фіксувати фактичні дані, які в подальшому можуть бути виправдувальними доказами, в довільній формі з додержанням обов'язкових реквізитів документів. Наприклад, результати опитування можуть фіксуватися на спеціальному бланку пояснення, в якому зазначаються дата, місце отримання пояснення, дані про захисника і особу, яка дає пояснення.

З позиції основних засад кримінального судочинства України слушною є думка В.М. Тертишника про те, що на боці захисника принцип презумпції невинуватості, згідно з яким діє правило: всі сумніви тлумачаться на користь обвинуваченого. Захиснику не обов'язково збирати неспростовні докази невинуватості свого підзахисного, а достатньо лише надати такі, які породжують сумніви у його обґрунтованості.

Враховуючи те, що сторона захисту повинна мати можливість надати суду результати своєї пізнавальної діяльності, в кримінально-процесуальному законодавстві України необхідно визначити порядок реалізації перерахованих у ст. 48 КПК України прав захисника та способи фіксування отриманих фактичних даних.

Сторона захисту повинна мати можливість надати суду результати своєї активної пізнавальної діяльності. Тому в КПК України слід передбачити право обвинуваченого та його захисника складати письмовий висновок захисту, який повинен підлягати обов'язковому приєднанню до матеріалів кримінальної справи. Він може містити дані про обставини вчиненого злочину, як вони відомі стороні захисту; обставини, які виключають та пом'якшують відповідальність обвинуваченого; показання обвинуваченого в свій захист та їх оцінку захисником з вказівкою доказів, на які посилається сторона захисту; оцінку захисником обвинувальних доказів; дані про порушення прав та законних інтересів обвинуваченого; дані про недоліки досудового розслідування, протиріччя у кримінальній справі; позицію сторони захисту тощо. Це, по-перше, пом'якшить обвинувальний нахил розслідування кримінальної справи; по-друге, виключить попереднє формування думки суду з обставин, викладених в обвинувальному висновку.

**ОСОБЛИВОСТІ СПОСОБУ І ОБСТАНОВКИ КРАДІЖОК, ВЧИНЕНИХ
ОРГАНІЗОВАНИМИ ЗЛОЧИННИМИ ГРУПАМИ***Лавренюк В.**Міжнародний гуманітарний університет
Інститут національного та міжнародного права*

Проблемам способів вчинення крадіжок в науці криміналістиці впродовж певного часу приділялося досить багато уваги. У зв'язку з тим, що в методиці розслідування даного виду злочинів з'явилися раніше не досліджені проблеми (наприклад, вчинення крадіжок організованою злочинною групою), що вимагає детальнішого дослідження в комплексі з іншими елементами криміналістичної характеристики крадіжок.

Вивчення способів і обстановки скоєння злочинів має методологічне значення для науки криміналістики. Слід вважати обґрунтованим розгляд цієї проблеми в числі загальнотеоретичних положень криміналістики.

Криміналістичне значення способу скоєння злочину полягає, головним чином, в тому, що на основі його вивчення створюються і використовуються засоби, прийоми і методи виявлення, фіксації і дослідження доказової інформації в цілях розкриття, розслідування і попередження злочинів.

Способу скоєння злочину в криміналістиці приділяється належна увага тому, що саме спосіб скоєння злочину містить в собі якісну характеристику злочинної дії, бездіяльності, оскільки вказує, які саме дії проведені, в якій послідовності і відносно яких матеріальних предметів. Разом з тим спосіб скоєння злочину є зовнішнім виразом чинників злочину: особи злочинця, форми вини, мотиву і мети скоєння злочину. У вітчизняній юридичній літературі немає єдності поглядів на саме поняття способу скоєння злочину.

Так, наприклад, одні автори вважають, що спосіб скоєння злочину – це взаємозв'язаний комплекс (система) об'єктивно і суб'єктивно детермінованих дій "про підготовку, вчинення, приховання злочину, пов'язаних з використанням умов, місця, часу, знарядь і засобів, що відповідають загальному злочинному задуму і досягненню мети.

Інші автори вважають, що спосіб скоєння злочину є системою взаємообумовлених дій, направлених на підготовку, вчинення і приховання злочину, пов'язану з використанням відповідних знарядь і засобів, а також часу, місця і інших сприяючих обставин об'єктивної обстановки скоєння злочину.

На думку третіх авторів, спосіб скоєння злочину – це система взаємозв'язаних, цілеспрямованих актів поведінки: дій, операцій, прийомів по підготовці, вчиненню і прихованню злочину, вибір яких обумовлений особливостями соціального і природного середовища, особистості індивіда, характером об'єкту і предмету злочинного посягання, технічною оснащеністю, наявністю спільників і співучасників, відносинами між винними і предметом злочинного посягання, особливостями місця, часу і обстановки злочину.

На думку четвертої групи авторів, спосіб скоєння злочину представляє детерміновану умовами зовнішнього середовища і психофізіологічними властивостями особи функціональну систему дій злочинців, що складається із спеціальних підсистем по підготовці, вчиненню і прихованню злочинного діяння, використовуваних залежно від ситуації повністю або частково, одночасно або в різній послідовності. Іноді під способом скоєння злочину розуміють додаткову дію допоміжного службового характеру по відношенню до основного і визначають його як передбачене законом і таке, що істотно впливає на характер суспільної небезпеки основного діяння умисне використання винним додаткових сил, чинників, що полегшують йому вчинення злочинного діяння.

Із змісту приведених визначень поняття способу скоєння злочину видно, що автори по-різному вирішують питання про включення в дане поняття таких обставин, як *засоби і знаряддя, час, місце і обстановка скоєння злочину*. По-різному також вирішується питання про включення в дане поняття дій, направлених на підготовку, вчинення і приховання злочину.

Думається, що не можна повністю погодитися з висловом тих авторів, які вважають, що місце, час і обстановка скоєння злочину повинні включатися в зміст способу скоєння злочину. Ці обставини

не включаються в спосіб скоєння злочину, а як справедливо відзначають окремі автори, вони тільки детермінують спосіб скоєння злочину; якщо ж вони будуть включені в зміст способу скоєння злочину, то останній буде ототожнений з таким елементом криміналістичної характеристики злочинів, як обстановка скоєння злочину.

Тому обстановка скоєння злочину (місце і час) тільки детермінує відповідний спосіб скоєння злочину. Не можна також погодитися з тим, що спосіб скоєння злочину є додатковим діянням допоміжного характеру по відношенню до основного. Нерідко спосіб скоєння злочину не складає додаткової дії по відношенню до основної, а внутрішньо властивий самій дії, характеризує останню і є при цьому його найбільш істотною ознакою.

Тому слід погодитися з тими дослідниками, які вважають, що спосіб скоєння злочину включає не самі знаряддя і засоби, а пошук пристосовування, вживання і використання знарядь, інших речовинних засобів і матеріальних засобів, з допомогою і завдяки яким настає злочинний результат. Про пристосовування, вживання і використання різних знарядь і засобів в зручному способі скоєння певного злочину, а також про обрання злочинцем місця і часу скоєння злочину говорив також і В. П. Колмаков.

Дії по підготовці, вчинення і прихованню злочину об'єднуються задумом злочинця. Це знаходить свій вираз, зокрема, в тому, що характер дій, що становлять об'єктивну сторону складу злочину в основному визначає характер дій по підготовці і прихованню злочину.

За останні роки крадіжки колективного і приватного майна отримали риси *організованої і професійної спрямованості*, відрізняються кваліфікованими способами їх вчинення, які включають різні дії по підготовці крадіжки, безпосередньому заволодінню матеріальними цінностями (майном), а також приховуванню слідів злочинного посягання. До дій злочинців по підготовці до вчинення крадіжки слід віднести такі:

1. вибір об'єкта крадіжки (квартири, будинку, дачі, магазину, вагону, контейнера, автомобіля і тому подібне) здебільшого здійснюється або проведенням розвідувальних дій, або завдяки прямому або несвідомій наводці інших осіб, зокрема майбутньої жертви (потерпілого);
2. вивчення об'єкту крадіжки і обстановки, в якій злодієві доведеться діяти. З цією метою використовуються різноманітні приводи для відвідування приміщень (наприклад, під виглядом медичного працівника, страхового агента, слюсаря, електрика і ін.). Під час такого «відвідування» злочинцем намічаються предмети крадіжки і визначаються місця їх зберігання, вивчається розташування приміщень (кімнат), особливості засувних пристроїв на дверях, вікнах і тому подібне, а іноді створюються необхідні умови для реалізації злочинного задуму (пошкоджується охоронна сигналізація, телефонний кабель, викрадається ключ від замка вхідних дверей або робиться його зліпок тощо);
3. вибір найбільш ефективного способу безпосереднього заволодіння майном, а також підготовка необхідних технічних засобів, за допомогою яких буде здійснений злочинний намір (знарядь спеціального призначення, які використовуються для подолання перешкод вимкнення сигналізації, транспортних засобів для пересування до об'єкта крадіжки і перевезення викраденого і ін.);
4. вибір способу приховання слідів крадіжки, в тому числі приховання або збут викраденого;
5. попередню змову між співучасниками крадіжки, розподіл ролей і визначення ступеня участі кожного в підготовлюваному злочині, а також при необхідності – забезпечення «алібі» і ін.

Серед усіх видів крадіжок найбільш поширеними є квартирні крадіжки і крадіжки майна із закритих приміщень. Вони мають багато спільного: схожий характер слідів і знарядь злочину, схожість обставин вчинення і інше, що дозволяє об'єднати способи безпосереднього проникнення у приміщення у три групи.

До першої групи належать способи, які виключають застосування будь-яких технічних засобів, – так званий «безінструментальний» метод (злом вхідних дверей і засувних пристроїв, в тому числі шляхом зруйнування корпусу дверей поштовхом плеча або ноги, зняття їх з навісних петель).

Другу групу способів вчинення крадіжок з приміщень складають дії, вчинення із застосуванням технічних засобів, які полегшують реалізацію злочинного наміру. До них належать або спеціально виготовлені злочинські інструменти («фомка», «гусяча лапа», «балерина», «слон», «пластир», «відмички», «вудочки», «крючки» і ін.), або інструменти і знаряддя, призначені для господарчо-побутових потреб (лом, сокира, цвяходер, монтировка, стамеска, пила, дрель, склоріз, клей, герметик і тому подібне). За допомогою таких інструментів здійснюються віджимання або згинання ригеля врізного або накладного замку і інших засувних пристроїв, виведення з ладу (розчинення) механізму замка концентрованою сумішшю азотної і соляної кислоти (так звану «царської горілки»), висвердлювання пружинного механізму врізного циліндричного замка, зруйнування коробка навісного замка, виривання, перепилювання або перекушування його дужки, зруйнування конструктивних елементів будівель (у тому числі стелі, стіни, підлоги), виставляння, вирізання або видавлювання віконних стекол, зламування стулок віконної рами, квартирки або дверей на лоджіях або балконах (злочинці проникають на лоджії або балкони, спускаючись по канату з даху будинку, або перелазять з сусідніх балконів).

Третю групу складають способи вчинення крадіжок майна, матеріальних цінностей з приміщень, доступ до яких є вільним. До них належать: використання заздалегідь викраденого ключа від вхідних дверей; знаходження і використання ключа від вхідних дверей, «захованого» жертвою в обумовленому для членів сім'ї місці (під дверним килимком, в шафі електросітка, в поштової скриньці тощо); прохід через залишені відімкнутими вхідні двері квартир, господарських приміщень, лоджій і балконів, пролізання через сміттєпроводи, сантехнічні вентиляційні шахти.

Певні особливості мають і способи приховування злочину. Часто вживаються заходи для знищення, маскування і фальсифікації слідів на місці злочину (рукавички, покриття долонь рук лаком або обезжирюючим розчином, взуття більшого розміру або жіноче, зміна зовнішнього вигляду або призначення предмета крадіжки, знищення маркувальних і номерних знаків, обмова співучасників, створення фальшивих алібі тощо).

Таким чином, спосіб скоєння злочину – це система взаємозв'язаних, цілеспрямованих актів поведінки: дій, операцій, прийомів по підготовці, вчиненню і прихованню злочину, вибір яких обумовлений особливостями соціального і природного середовища, особистістю індивіда, характером об'єкту і предмету злочинного посягання, наявністю спільників і співучасників, попередніми відносинами між винними і предметом злочинного посягання з використанням, вживанням, пристосовуванням відповідних технічних засобів, знарядь і обстановки скоєння злочину (місця і часу).

При крадіжці, яка скоєна організованою злочинною групою, елементи криміналістичної структури злочину зазнають впливу навколишнього оточення, яке у свою чергу саме зазнає впливу цих елементів. **Обстановка** вчинення крадіжки здатна справляти суттєвий вплив на формування, розвиток, а іноді й трансформацію окремих криміналістичних властивостей злочинів, оскільки вона якнайтісніше пов'язана з такими їх елементами, як спосіб і механізм злочинного діяння, предмет посягання, особистість злочинця й інших елементів криміналістичної характеристики злочинів. Обстановка вчинення злочину може свідчити про наявність певних якостей в особі, яка вчинила злочин, а, отже, – приблизно вказати на групу людей, серед яких слід шукати винного. У матеріальній же своїй частині обстановка вчинення злочину є базою формування криміналістичної інформації про подію злочину у вигляді його слідів.

Обстановка вчинення крадіжок найчастіше встановлюється в процесі огляду місця події, пов'язаної зі злочинном. Вона відображає дії злочинця, спрямовані на досягнення певної мети. Знаходячись на місці злочину, злочинець взаємодіє з матеріальною обстановкою, яка в результаті цього зазнає певних змін. Останні несуть у собі інформацію про минулу подію та її учасників. Тому в процесі огляду місця події важливо установити не тільки причинно-наслідкові, але й просторово-часові зв'язки між діями учасників злочинної події і тих змін, що відбулися в матеріальній дійсності в той чи той час.

Установлення обстановки вчинення крадіжок в результаті огляду місця події являє собою вивчення і фіксацію: 1) рельєфу місцевості, природних і штучних кордонів місця події; 2) характер і розташування приміщення, прилягаючих будівель, шляхів, що ведуть до нього і від нього, а також наявних перешкод; 3) просторового розташування місцевих предметів, їх взаємне положення і відстаней між ними; 4) розташування предметів з погляду їх цільового призначення і положення при звичайному вжитку; 5) слідів злочину і злочинця; 6) відсутності необхідних у даній обстановці предметів і слідів; 7) наявності предметів, чужорідних у даній

обстановці, сам факт виявлення яких у даній обстановці є незвичайним, 8) які мають ознаки, що вказують на те, що крадіжку вчинила організована злочинна група.

Разом із тим, до структури обстановки вчинення злочину можливо включити соціальні, економічні, організаційні і технічні фактори, що діють у сфері виробництва, і т. ін. Іноді зміст розглянутої обстановки не деталізується і зводиться до сукупності обставин.

Класифікувати елементи обстановки вчинення крадіжки можна в три основні елементи:

- місце вчинення крадіжки (просторово-конструктивні, кліматичні, хімічні і виробничо-побутові);
- час вчинення крадіжки;
- речові фактори, у які можна включити і поведінково-психологічні фактори.

Крадіжки з криміналістичної точки зору характеризується також певними змінами матеріальної обстановки, у якій він готується, відбувається, а нерідко й приховується. На місці вчинення злочину (місці події) нерідко залишаються різного роду сліди, знаряддя злочину й інші предмети. Це майбутні речові докази по розслідуваній справі.

Сліди злочину мають важливе доказове значення, тому що вони є нерідко носіями інформації як про час і місце вчинення, так і про спосіб вчинення і приховання крадіжки, про осіб, які так чи інакше причетні до вчиненого злочину.

У криміналістиці використовуються класифікації слідів по різних підставах залежно від конкретних цілей. Незважаючи на різноманіття класифікацій слідів, вони можуть бути класифіковані залежно від слідоутворюючого об'єкту на: сліди людини; сліди тварини; сліди транспортних засобів; сліди знарядь вчинення злочину та ін.

Поряд зі слідами до речових факторів – елементів обстановки вчинення злочину належать різні об'єкти матеріального походження, які є носіями доказової інформації. Цими об'єктами можуть бути різні предмети, виявлені при огляді місця події і визнані учасниками речовими доказами. Визнання тих чи тих об'єктів носіями доказової інформації здебільшого залежить як від виду вчиненого злочину, так і від умов, за яких було вчинене те чи те протиправне діяння.

Місце злочину формують не тільки елементи навколишнього середовища, але й інші умови об'єктивної реальності, які склалися до й у момент злочину (незалежно або з волі його учасників), до них, наприклад, належать особливості поведінки деяких (непрямих) учасників злочину та інші фактори. При цьому до учасників досліджуваної події, особливості поведінки яких враховуються при з'ясуванні місця злочину (обстановки вчинення злочину), звичайно відносять посібників, які безпосередньо не посягають на відповідний об'єкт, а також особливості поведінки деяких свідків-очевидців у момент злочинного діяння.

Аналіз і узагальнення зазначених та інших даних про обстановку вчинення крадіжки дозволяє визначити приблизний район, а іноді й конкретне місце проживання чи роботи злочинця або одержати уявлення про місце і час нового нападу. У цьому зв'язку вдається виділити місця можливої засідки, проведення активної оперативно-розшукової роботи тощо.

Звідси можна дійти висновку, що обстановку вчинення крадіжки, яка скоєна організованою злочинною групою осіб слід розуміти як систему, обмежену просторово-часовими рамками конкретної події злочину, що включає в себе матеріальні (природні і техногенні) та соціально-психологічні елементи об'єктивного середовища, яке оточує злочинця, спеціально обране ним, у якому відбувається крадіжка та яке впливає на формування всіх його структурних елементів, що детермінують характер поведінки співучасників злочину, а також обумовлює методику розслідування.

**ОСОБЛИВОСТІ ЗАБЕЧЕННЯ БЕЗПЕКИ БЕЗПОМІЧНИХ ПОТЕРПІЛИХ
У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ***Лідовець Т.**Національний університет "Острозька академія"*

1. Норми, що стосуються забезпечення особистої безпеки учасників кримінального процесу вперше з'явилися у кримінально-процесуальному законодавстві України з прийняттям Закону України "Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві" у 1993 році. Проте, багато аспектів даного питання викликають науковий інтерес і сьогодні. Так, поза увагою науковців залишаються питання, пов'язані з забезпечення безпеки безпомічних потерпілих у кримінальному судочинстві України. Ці особи в наслідок свого віку, фізичних чи психічних вад, або інших функціональних розладів у більшій мірі, ніж інші учасники процесу, піддаються протиправним впливам під тиском страху, що є одним з ефективних засобів здійснення злочинної діяльності.

Проаналізувавши чинне законодавство у сфері забезпечення особистої безпеки потерпілих від злочину та практику його застосування можна відзначити, що особливості забезпечення безпеки безпомічних потерпілих стосуються як процесу вжиття відповідних заходів, так і самих видів цих заходів. Насамперед особа, яка розслідує кримінальну справу, зобов'язана, ретельно проаналізувавши фактичні дані отримані від безпомічного потерпілого, врахувавши його суб'єктивну оцінку існуючої загрози, дослідивши інформацію з інших джерел, оцінити ступінь небезпеки і визначити чи потребує безпомічний потерпілий вжиття заходів захисту, передбачити можливі варіанти тиску на безпомічного потерпілого та прийняти рішення, яким визначити види та обсяг заходів забезпечення безпеки.

2. Слід відзначити, що законодавство окремих держав передбачає обов'язковий захист таких потерпілих. Зокрема, у США законодавством усіх штатів передбачений захист "спеціальних категорій" жертв злочинів: дітей, осіб похилого віку, інвалідів, жінок, жертв злочинів проти статевої свободи. Вважаємо доцільно і у законодавстві України передбачити обов'язок осіб, які розслідують справу, дослідити зазначені вище обставини і за наявності підстав вжити відповідні заходи безпеки щодо безпомічних потерпілих.

3. Також загальновідомо, що на практиці слідчі, як правило, визнають особу потерпілою на прикінцевих етапах розслідування. Такі дії безперечно ущемляють права потерпілих. Щоб уникнути цього, варто передбачити обов'язок визнавати особу потерпілою за наявності підстав у певний, чітко визначений строк, наприклад, 5 днів з моменту порушення кримінальної справи.

4. Щоб суттєво зменшити небезпеку для безпомічного потерпілого слідчий може використати прийоми, що не потребують жодних процесуальних рішень і матеріальних затрат. До таких можна віднести вжиття заходів, спрямованих на неприпустимість поширення інформації про безпомічного потерпілого і зменшення ризику тиску на нього. Насамперед необхідно виключити можливість контактів такого учасника процесу з обвинувачуваними, їхніми родичами, ретельно продумуючи і погоджуючи з потерпілим і його представниками час і місце допиту, а також порядок виклику по кримінальній справі.

Слідчим також можна рекомендувати проводити очну ставку між обвинувачуваним і безпомічним потерпілим тільки в тих випадках, коли це дійсно може сприяти подоланню істотних протиріч, що мали місце в їхніх показаннях. Таку слідчу дію, по можливості, варто здійснювати на завершальному етапі розслідування.

Наступні заходи можуть бути застосовані лише тоді, коли прийнято рішення про застосування заходів безпеки відповідно до норм Кримінально-процесуального кодексу (ст. 52¹ КПК) і Закону України "Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві". Зокрема, такими, що не потребують особливих витрат і тому підлягають застосуванню у першу чергу є заходи щодо забезпечення конфіденційності даних про особу. Слідчий повинен накласти тимчасову заборону на видачу відомостей про особу, взяту під захист, адресними бюро, паспортними службами, підрозділами державтоінспекції, довідковими службами АТС та іншими державними інформаційно-довідковими службами. Відповідно до ст. ст. 52³, 85 КПК України з метою нерозголошення даних про

особу, щодо якої застосовані заходи безпеки, у протоколах окремих слідчих дій, передбачених КПК, обмежуються відомості про цю особу – зазначається лише псевдонім.

5. Ще одним засобом забезпечення конфіденційності даних про особу є проведення упізнання особи поза візуальним спостереженням того, кого впізнають, з дотриманням вимог кримінально-процесуального законодавства. При необхідності впізнання може проводитися по фотознімках, відповідно до умов, викладених у КПК України. Останній спосіб пред'явлення для впізнання має більше можливостей бути застосованим щодо безпомічних потерпілих ніж впізнання поза візуальним спостереженням того, кого впізнають, оскільки останнє можливе лише у виняткових випадках і при наявності відповідного рішення про застосування заходів безпеки щодо безпомічного потерпілого. А впізнання по фотознімках може проводитися “при необхідності”. Наприклад, при серйозному побоюванні психічного тиску на безпомічних потерпілих, коли вони, побоюючись помсти, бояться впізнати злочинця.

Видача спеціальних засобів індивідуального захисту та сповіщення про небезпеку для такої категорії потерпілих як безпомічні має специфіку, оскільки останні через свої особливі якості далеко не завжди зможуть скористатися такою можливістю. За таких умов ці засоби можна видавати дієздатним членам сім'ї, які проживають разом з потерпілими.

6. У разі необхідності, якщо перелічені вище заходи є недостатніми, органи, які забезпечують безпеку, здійснюють особисту охорону безпомічних потерпілих, охорону житла і майна осіб, взятих під захист. Як ці, так і наступні заходи, що будуть розглянуті, потребують досить значних матеріальних затрат і тому застосування їх на практиці обмежене наявністю серйозної небезпеки, яку не можна усунути іншим шляхом. До таких заходів можна віднести зміну місця роботи або навчання, переселення в інше місце проживання, поміщення до дошкільної виховної установи або установи органів соціального захисту населення; заміну документів та зміну зовнішності. На наш погляд, найбільш реальним та “дешевим” заходом забезпечення безпеки щодо безпомічних потерпілих може бути тимчасове поміщення неповнолітніх за письмовою згодою батьків або інших законних представників до дошкільних виховних установ, а повнолітніх непрацездатних осіб – до установ органів соціального захисту населення. Закон у даному випадку вимагає згоди батьків або інших законних представників лише щодо поміщення неповнолітніх. Однак, на наш погляд, у випадках, коли потерпілий, через свої фізичні чи психічні вади не здатний самостійно захищати свої права і законні інтереси, згоду на тимчасове поміщення до установ органів соціального захисту населення слід запитувати у його представника. Таке правило варто закріпити у відповідній нормі закону.

7. Осіб які страждають психічними розладами при наявності небезпеки доцільно тимчасово ізолювати до психіатричного закладу дотримуючись порядку такого поміщення, що передбачений статтями 13, 14 Закону України “Про психіатричну допомогу”.

8. Насамкінець, варто ще раз наголосити на необхідності приділення особливої уваги слідчим безпомічному потерпілому. У цьому контексті доцільно запозичити досвід Великобританії де, для того щоб жертви злочинів, які вже відчули певні фізичні та моральні страждання, а часто понесли і матеріальні збитки, при контакті з системою кримінальної юстиції, не понесли нових фінансових та психологічних втрат, на державному рівні здійснюється спеціальна підготовка кадрів правоохоронних органів з надання допомоги потерпілим.

Таким чином, норми кримінально-процесуального законодавства у сфері забезпечення безпеки безпомічних потерпілих, передбачають достатньо засобів її забезпечення. У поєднанні з рядом прийомів, що не вимагають спеціальних процесуальних рішень, вони досить ефективно можуть зменшити небезпеку протиправного впливу на цю категорію осіб. Внесення запропонованих змін та доповнень до кримінально-процесуального законодавства та вжиття певних організаційних заходів на державному рівні дасть можливість таким особам у повній мірі захистити свої права та законні інтереси.

**ПРОБЛЕМИ ВОЛЕВІЯВЛЕННЯ ОСОБИ У КРИМІНАЛЬНОМУ
СУДОЧИНСТВІ***Маланюк А.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Кримінальне судочинство традиційно розглядається в контексті процесуальних дій і рішень, через які розкривається його зміст. Проте це лише зовнішня сторона процесуальної діяльності, хоч не менш важливим є внутрішній аспект – волевиявлення. За кожною процесуальною дією, яка вчиняється під час розслідування чи розгляду кримінальної справи, за кожним процесуальним документом у справі стоїть конкретний суб'єкт процесу – особа з її правосвідомістю, внутрішніми переконаннями, углядом. Отож, в основі виникнення, зміни чи припинення кримінально-процесуальних правовідносин лежить волевиявлення відповідного суб'єкта. В юридичній літературі волевиявлення розглядається „як здатність людини до вибору мети діяльності і мобілізації зусиль, необхідних для її реалізації”. В сфері кримінального судочинства дана здатність особи обмежується певними законодавчими рамками. Насамперед, це стосується волевиявлення посадових осіб, які ведуть кримінальне судочинство. У вияві своєї волі вони обмежені вимогами закону, який встановлює певні альтернативні способи досягнення визначеної мети, вибір одного з яких повинен обов'язково ґрунтуватись на встановлених обставинах справи.

Дещо в інших умовах здійснюється волевиявлення інших суб'єктів процесу, а зокрема однієї з його категорій – учасників. Вони наділені комплексом прав та свобод, що реалізуються ними на власний розсуд. При цьому, як видається, за задумом законодавця зміст і форму прояву волі кожний учасник процесу мав би обрати самостійно, виходячи з своїх уявлень про найбільш бажаний для нього результат та своїх можливостей. Природа наданих учасникам процесу прав є досить різноманітною: одні з них покликані забезпечити реалізацію чи захист вагомих для особи інтересів, а інші – надають можливість поступитись реалізацією такого інтересу. В останньому випадку мова йде про певне “самообмеження” у правах. Держава встановлює певні права обмеження реалізації прав особи у кримінальному судочинстві виходячи з потреб провадження у справі чи процесуального статусу особи, зокрема з процесуальним обов'язком притерпіти певні ущемлення у правах (затримання підозрюваного, освідчування обвинуваченого тощо). Тоді як випадки “самообмеження” в правах залежать винятково від внутрішнього волевиявлення особи.

Аналіз кримінально-процесуального закону дозволяє виділити деякі випадки такого „самообмеження” прав особи:

- згода на закриття кримінальної справи з nereабілітуючих підстав, за яких презюмується вина особи у вчиненому злочині (ст.7-1 КПК України);
- згода особи на прослуховування його телефонних та інших розмов, здійснення візуального спостереження (ч.4 ст. 14-1 КПК України);
- згода особи на розкриття інформації, що містить банківську таємницю (ч.5 ст.14-1 КПК України);
- рішення особи про відмову від захисника чи заміну його іншим (ст. 46 КПК України);
- явка особи з повинною про вчинений нею злочин (ст.96 КПК України);
- згода особи про продовження строку затримання до п'ятнадцяти днів (ч.8 ст.165-2 КПК України);
- згода особи на проведення огляду її житла чи іншого володіння (ч.5 ст. 190 КПК України);
- згода підсудного на скорочення терміну підготовки до захисту від зміненого в суді обвинувачення (ч.5 ст.277 КПК України);
- згода особи не досліджувати у суді фактичні обставини, які вона визнає безспірними (ч.3 ст.299 КПК України) тощо.

Надавши особливого значення волевиявленню особи для здійснення окремих процесуальних дій у кримінальному судочинстві, законодавець, в основному, обмежився вказівкою на процесуальну форму, у якій повинна бути виражена воля особи. Найчастіше – це письмова форма у вигляді дозволу

(ст. 14-1, ст. 190 КПК), заяви (ст. 96 КПК), клопотання (ст. 165-2 КПК). Як впливає зі змісту закону, воля особи може бути виражена і в усній формі, але з обов'язковою її фіксацією у відповідному протоколі процесуальної дії (протокол відмови від послуг захисника, протокол явки з повинною тощо) чи судового засідання. На жаль, цим майже вичерпується законодавча регламентація прояву волі особи на обмеження наданих їй прав.

Розкрити поняття волевиявлення особи на обмеження наданого їй права передбачає необхідність з'ясування двох питань:

- як процесуально необхідно оформити згоду особи?
- який зміст закладено у термінах „згода” чи „дозвіл” як форми людського волевиявлення?

1. Для позначення форми згоди законодавець в основному використовує прикметник „письмова” (наприклад, ч.4, 5 ст. 14-1, ст. 96, ст. 190 КПК України). Вважаємо, що в даному випадку звертається увага, насамперед, на форму виразу згоди особи, а не на спосіб її закріплення. Семантичне значення слова „писати” означає відтворювати на будь-чому графічні знаки чи їх поєднання, скласти будь-який текст. Виходячи з цього, письмовий документ, яким в даному разі виступатиме „згода” особи, може бути виготовлений не лише шляхом власноручного написання особою знаків письма, але й шляхом використання нею з цією метою спеціальних технічних засобів (друкарської машинки, комп'ютера тощо).

„Письмова” згода в даному випадку виступає протилежністю до „усної” форми вияву згоди особи, тобто передбачає наявність в матеріалах справи документу, що підтверджує можливість вчинення уповноваженими державою органами чи посадовими особами певних дій щодо особи чи власності. При цьому зміст документу може бути викладений особою власноручно чи надрукований за допомогою принтера (друкарської машинки). На практиці трапляються випадки виготовлення органом дізнання чи слідчим бланку письмової згоди, який лише підписується особою, щодо якої вчинятимуться певні дії. Така форми закріплення згоди особи є достатньо дискусійною, оскільки не завжди гарантує її достовірність, що безпосередньо пов'язане із з'ясуванням другого з поставлених питань.

2. Згода на проведення слідчої дії огляду повинна розглядатись слідчими, прокурорами, суддями у нерозривній єдності форми та змісту. У науковій літературі термін „згода” трактується як „1. позитивна відповідь, дозвіл на щось... 6. підтвердження чогось, погодження з чимось”. Проте не слід ототожнювати надання згоди з її кінцевим результатом – дозволом вчинити певні дії. Це одночасно й складний психологічний процес здійснення людського волевиявлення, під яким розуміється „здатність людини до вибору мети діяльності і мобілізації зусиль необхідних для її реалізації”. Отож, термін „згода” в його юридичному розумінні полягає у взаємозв'язку суб'єктивних уявлень особи (мотив, мета, емоції) і об'єктивного наслідку, що неминуче настане у зв'язку з її наданням. Не даремно сам законодавець звертає увагу на внутрішній аспект волевиявлення особи. Зокрема, в ст. 46 КПК України встановлено вимогу щодо фіксування у протоколі відмови від захисника чи протоколі судового засідання, в якому зазначається дане рішення особи, мотивів, що спонукали особу відмовитись від послуг захисника.

Кожна людина є вільною у виборі способів реалізації наданих їй Конституцією та іншим галузевим законодавством прав і свобод. Здійснити такий вибір неможливо без чіткого уявлення про наслідки, що настануть у зв'язку із реалізацією певного права. Усвідомлення особою наслідків прийнятого нею рішення про реалізацію її права є важливим елементом згоди особи й на думку законодавця. Так, в ст. 299 КПК України передбачено обов'язок суду з'ясувати правильність розуміння підсудним змісту обставин, які він визнає і щодо яких не здійснюватиметься судові дослідження доказів, та роз'яснити йому правові наслідки проведення скороченого судового слідства. Як наслідок, провести скорочене судове слідство суд вправі лише після з'ясування для себе наскільки свідомо підсудним була надана відповідна згода.

Окрім того, усвідомлення наслідків для надання особою згоди (дозволу) на самообмеження її прав передбачає, що включає у себе й елемент добровільності. Волевиявлення особи повинно бути зроблено вільно без будь-якого примусу чи обману зі сторони працівників органу дізнання, слідчого чи судді. Обман спрямований на одержання згоди особи є формою маніпулювання її свідомістю, яка виключає можливість правильного сприйняття нею відповідного факту чи його правового наслідку. Тому замовчування певних обставин, що є підставою для проведення слідчої дії, чи надання неправдивої інформації з метою одержання згоди особи повинні розглядатись як обман і трактуватись як порушення вимоги щодо добровільності волевиявлення особи.

Важливо пам'ятати, що виділяючи “згоду особи” як праву підставу проведення слідчої дії (зняття інформації з каналів зв'язку, проведення огляду житла) закон фактично встановлює певні рамки волевиявлення особи. Це проявляється у необхідності чіткого визначення у “письмовій згоді” об'єкту, щодо якого реалізується право на самообмеження (наприклад, визначення частина житла чи володіння, щодо яких може бути здійснено огляд; визначено час, місце, спосіб вчинення діяння, щодо якого здійснена явка з повинною; визначено номер телефону, щодо якого буде здійснюватись прослуховування). Оскільки провадження у справі обмежується конкретними часовими рамками, то відповідно й згода особи повинна стосуватись конкретних обставин часу, адже така згода не може залишатись з так званою “відкритою датою”. В одних умовах особа може погоджуватись на обмеження її права, в інших ж це може суперечити її інтересам. Тому у згоді особи повинна міститись вказівка на дату і час, що стосуються конкретного діяння (наприклад, дату, коли дозволяється провести огляд житла чи іншого володіння особи; строк, протягом якого здійснюватиметься зняття інформації з каналів зв'язку).

МІСЦЕ ПОПЕРЕДНЬОГО РОЗГЛЯДУ СПРАВИ СУДОМ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЇ В СИСТЕМІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ УКРАЇНИ.

Мармаш В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В теорії кримінального процесу прийнято вважати, що сутність та значення кожної стадії, процесуального етапу визначаються місцем, яке він займає у структурі кримінального процесу.

В структурі кримінального процесу можна виділити систему стадій та систему видів проваджень. Саме система видів проваджень і система стадій утворюють “каркас”, “скелет”, за допомогою якого організується, впорядковується зміст такого явища, як кримінальне судочинство. Під стадією кримінального процесу слід розуміти частину кримінального судочинства, етап, ступінь кримінально-процесуальної діяльності. При цьому в літературі відзначається, що та чи інша частина, етап, ступінь кримінально-процесуальної діяльності можуть бути названі стадією кримінального процесу лише в тому випадку, якщо характеризується певними властивостями. Зокрема, М.С.Строгович зазначав, що стадіями кримінального процесу називаються ті частини, на які поділяється кримінальний процес і характеризуються властивими їм безпосередніми завданнями, процесуальними діями та процесуальними відносинами. Ю.К.Якимович вважав, що стадією кримінального процесу є певна частина, ступінь судочинства, що характеризується певними умовами, суб'єктами і формами кримінально-процесуальної діяльності, а, відповідно, і специфічними кримінально-процесуальними відносинами, своєрідним вираженням принципів кримінального судочинства; така, що має свої безпосередні конкретні завдання і закінчується винесенням підсумкового правозастосовчого акту. І.В.Тирічев стверджував, що стадією слід вважати органічно зв'язані частини процесу, відокремлені одна від одної кінцевим процесуальним документом, які відрізняються за колом конкретних практичних завдань і органів, що відповідають за вирішення цих завдань, а також особливостями реалізації принципів і характеру кримінально-процесуальних правовідносин.

Узагальнюючи наведені вище підходи до визначення стадії кримінального процесу, можна виділити наступні її ознаки як самостійного етапу процесуальної діяльності:

- наявність власних завдань, які впливають із загальних завдань кримінального судочинства;
- наявність власного кола учасників;
- наявність своєрідної процесуальної форми реалізації власних завдань;
- перевірка якості, законності та обґрунтованості, прийнятих на попередній стадії рішень;
- винесення її підсумкового процесуального акту.

Водночас, кожна із стадій, у свою чергу, складається із відносно самостійних етапів. Етапи-стадії – це відносно самостійні елементи стадії кримінального процесу, які також відзначаються певною специфікою, а тому сприяють ідентифікації його стадій. Кожна із стадій має притаманні тільки для неї етапи. Загальним же для всіх етапів стадій є те, що вони, по-перше, відображають рух кримінальної справи всередині тієї чи іншої стадії; по-друге, – завжди пов'язані із вирішенням певних завдань стадії. Завдання можуть бути вихідними, проміжними та кінцевими. Тому в більшості стадій, як правило, є три етапи – вихідний, проміжний і кінцевий, які можуть мати в різних стадіях різні назви.

З'ясувавши вихідні положення щодо змісту понять стадія та етап стадії, можемо визначити місце попереднього розгляду справи судом апеляційної інстанції в системі кримінального процесу України. Для цього спочатку спробуємо встановити у даного етапу процесуальної діяльності наявність ознак стадії процесу.

Наявність власних завдань, які впливають із загальних завдань кримінального судочинства.

На даному питанні ми ще зупинимось більш ґрунтовно у цьому параграфі нашої роботи, тут лише відзначимо, що для вказаного процесуального етапу є властивими дві групи завдань:

1) завдання контрольного характеру, що пов'язані із контролем за дотриманням судом першої інстанції вимог процесуального закону на етапі апеляційного оскарження судових рішень;

2) завдання підготовчо-організаційного характеру, пов'язані із вирішенням підготовчих до розгляду справи в суді апеляційної інстанції питань.

Наявність власного кола учасників.

Попередній розгляд справи проводиться суддею одноособово. Участь прокурора в судовому засіданні є обов'язковою. У разі ведення протоколу судового засідання таке відбувається за участю секретаря судових засідань. У судові засідання можуть бути викликані й інші учасники судового розгляду, однак їхня явка не перешкоджає розгляду справи.

Наявність своєрідної процесуальної форми реалізації власних завдань.

Попередній розгляд справи судом апеляційної інстанції відбувається у закритому судовому засіданні на засадах змагальності та рівноправності сторін в порядку, передбаченому ст.357 КПК України. Починається він з доповіді судді про підстави внесення справи на попередній розгляд та передбачає почергове висловлення учасниками процесу своїх думок щодо питань, винесених на розгляд, а також заявлення ними клопотань та їх обговорення у судовому засіданні. Постанова судді за результатами попереднього розгляду виноситься у нарадчій кімнаті.

Винесення підсумкового акту стадії.

За результатами попереднього розгляду справи судом апеляційної інстанції суд може прийняти одне з наступних рішень:

- 1) про відмову в прийнятті апеляції до свого розгляду;
- 2) про зупинення провадження у справі;
- 3) про повернення справи суду першої інстанції;
- 4) про закриття апеляційного розгляду справи;
- 5) про питання, пов'язані з підготовкою справи до апеляційного розгляду.

Перевірка якості, законності та обґрунтованості прийнятих на попередній стадії рішень.

З першого погляду, здавалось, і дана ознака властива процесуальному етапу попереднього розгляду справи судом апеляційної інстанції, тим більше, що серед завдань даного етапу ми назвали і групу завдань контрольного характеру. Крім того, попередній розгляд справи суддею у першій інстанції, будучи за своїм правовим регулюванням надзвичайно близьким до досліджуваного нами процесуального етапу, визнається самостійною стадією процесу переважною більшістю науковців. Однак між названими інститутами є одна суттєва відмінність. Зокрема, в ході попереднього розгляду справи суддею здійснюється контроль за тим, чи досудове розслідування поведене з дотриманням всіх вимог кримінально-процесуального закону і чи правомірними були дії прокурора у справі, що надійшла до нього із обвинувальним висновком. Тобто здійснюється перевірка якості, законності та обґрунтованості рішень попередньої стадії процесу – досудовим розслідуванням. Тоді як на етапі попереднього розгляду справи судом апеляційної інстанції провадиться контроль за дотриманням умов та порядку апеляційного оскарження судових рішень та діяльністю суду першої інстанції на етапі апеляційного оскарження. Тобто здійснюється контроль не за попередньою стадією процесу, а за попереднім етапом стадії. Крім того, як вірно зазначають окремі науковці, виділяти стадію всередині стадії не прийнято. Постадійний поділ процесуальної діяльності може бути застосований лише до більш великих, у порівнянні із стадіями, етапами процесуальної діяльності.

Таким чином, ми можемо зробити наступний висновок: апеляційне провадження є самостійною стадією кримінального процесу, яка складається із трьох відносно самостійних, але, безумовно, пов'язаних між собою етапів, кожний із яких включає в себе декілька частин. Такими етапами є:

1) апеляційне оскарження судових рішень – починається з моменту надходження до суду першої інстанції апеляції на прийняття ним рішення та закінчується прийняттям рішення про залишення апеляції без розгляду чи направленням справи для її розгляду в суді апеляційної інстанції;

2) попередній розгляд справи судом апеляційної інстанції – починається з моменту надходження справи до суду апеляційної інстанції та закінчується винесенням одного із рішень, передбачених у ст.ст.357-359 КПК України;

3) розгляд справи по-суті у суді апеляційної інстанції – починається із виконання підготовчих дій до судового засідання та закінчується винесенням одного із рішень, передбачених ст.366 КПК України.

Попередній розгляд справи судом апеляційної інстанції, таким чином, є відносно самостійним етапом стадії апеляційного провадження, який складається із декількох частин. Такими, на наш погляд, є:

- підготовчі до попереднього розгляду справи дії – вивчення суддею-доповідачем справи, що надійшла йому із канцелярії; визначення підстав проведення попереднього розгляду справи; визначення дня, часу та місця попереднього розгляду; вчинення дій, спрямованих на належне повідомлення учасників процесу про дату та місце проведення попереднього розгляду справи судом апеляційної інстанції;
- власне, попередній розгляд справи судом апеляційної інстанції – підготовчі до судового засідання дії (його відкриття, встановлення явки учасників процесу і т.д.); доповідь судді; обговорення питань, внесених на розгляд; заявлення, обговорення та вирішення заявлених клопотань учасників процесу; винесення постанови.

**ВИЯВЛЕННЯ І УСУНЕННЯ СЛІДЧИХ ПОМИЛОК ПІД ЧАС
АПЕЛЯЦІЙНОГО ТА КАСАЦІЙНОГО РОЗГЛЯДУ
КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ.**

Михайлишин О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Слідчі помилки виявляються і усуваються на всіх судових стадіях кримінального процесу. Судовий же розгляд справи в апеляційному і касаційному порядку та під час перегляду судових рішень в порядку виключного провадження призначений для контролю за результатами розгляду справи судом першої інстанції. Тому, в ході судового розгляду справи в апеляційному і касаційному порядку виявляються і усуваються як слідчі, так і породжені ними судові помилки.

Специфіка виявлення та усунення слідчих помилок під час апеляційного та касаційного розгляду кримінальних справ має свою специфіку, яку умовно можна визначити такими критеріями:

- суб'єкти виявлення та усунення слідчих помилок;
- обсяг дослідження справи;
- способи та процесуальні механізми усунення слідчих помилок.

Відповідно до норм діючого кримінально-процесуального законодавства суд не вправі сам збирати докази обвинувачення, не повинен вчиняти жодних процесуальних дій, спрямованих на виконання функції обвинувачення, а повинен лише вирішити справу по суті на підставі поданих до нього матеріалів. Таким чином суд апеляційної та касаційної інстанції не може виступати суб'єктом виявлення слідчої помилки, а лише наділений повноваженнями усувати їх. Суб'єктом виявлення слідчих помилок, які не були усунені під час розгляду справи в суді першої інстанції є апелянт чи відповідно особа, що подає касаційну скаргу, тобто особа, яка ініціює розгляд справи в суді апеляційної чи касаційної інстанції, коло яких визначене ст. 348 та 384 КПК України відповідно.

Обсяг дослідження справи пояснюється правом суду переглядати судові рішення тільки в межах апеляції, що перешкоджає суду самому ініціювати виправлення виявленої помилки, яка погіршує становище засудженого. Однак законодавство передбачає і певний „вихід за межі”. А саме, в тому випадку, коли розгляд апеляції дає підстави для прийняття рішення на користь осіб, щодо яких апеляції не надійшли, то апеляційний суд зобов'язаний виправити допущені помилки і прийняти таке рішення.

Так само, як і при апеляційному розгляді справи суд касаційної інстанції обмежений у виявленні і виправленні слідчих помилок. Відповідно до ст. 395 КПК України касаційний суд перевіряє законність та обґрунтованість судового рішення лише в тій частині, в якій воно було оскаржене. Він вправі вийти за межі касаційних вимог, якщо цим не погіршується становище засудженого чи виправданого. Це означає, що відсутність касаційних вимог про виправлення слідчих помилок, внаслідок яких було покращено становище засудженого, позбавляє касаційний суд можливості виправити таку помилку, навіть якщо вона ним виявлена.

Способи та процесуальні механізми усунення слідчих помилок визначаються з урахуванням принципу "недопустимості повороту до гіршого". Відповідно до цього принципу суд обмежується у праві будь яким чином погіршувати становище підсудного.

Розглянувши справу і не виявивши помилки, суд повинен залишити вирок чи постанову без змін, а апеляцію – без задоволення. Коли ж суд виявляє помилку, то він в залежності від виду помилки і способу її виправлення, для її виправлення змінює вирок чи постанову або скасовує вирок чи постанову і закриває провадження у справі. Коли виправити виявлену помилку апеляційний суд з тих чи інших підстав не може, то він скасовує вирок чи постанову і повертає справу прокуророві на додаткове розслідування, або на новий судовий розгляд в суд першої інстанції.

Якщо ж помилка допущена в сторону покращення становища особи, і наявні підстави для застосування кримінального закону про більш тяжкий злочин, обвинувачення у вчиненні якого засудженому не пред'являлось, і за умови, що з цих підстав була подана апеляція прокурора чи потерпілого або його представника, то апеляційний суд скасовує вирок і для виправлення помилки

направляє справу для проведення додаткового розслідування., з підстав, передбачених ст. 374 КПК. При цьому вказівки суду, який розглянув справу в апеляційному порядку, є обов'язковими для органів дізнання і досудового слідства при додатковому розслідуванні та суду першої інстанції при повторному розгляді справи.

Якщо апеляційний суд має змогу усунути виявлені недоліки досудового розслідування шляхом проведення судового слідства чи давання судових доручень у порядку, передбаченому в ст. 315-1 або ст. 358 КПК, повернення справи на додаткове розслідування не допускається.

При новому розгляді справи судом першої інстанції, виправлення помилок із застосування закону про більш тяжкий злочин допускається тільки за умови, якщо вирок було скасовано за апеляцією прокурора або потерпілого чи його представника в зв'язку з необхідністю застосування закону про більш тяжкий злочин, а також, коли при додатковому розслідуванні справи буде встановлено, що обвинувачений вчинив більш тяжкий злочин, або коли збільшився обсяг обвинувачення.

Коли ж для виправлення виявлених помилок необхідно перевірити докази і поновити судове слідство, то апеляційний суд за необхідності, відповідно до вимог с. 357 КПК України, проводить попередній розгляд справи.

При виявленні та виправленні помилок в касаційному порядку є деякі особливості. На відміну від апеляційного порядку виправлення помилок, при касаційному розгляді справи, не допускається погіршення становища засудженого чи виправданого. Тому у випадку виявлення помилки, для виправлення якої необхідно застосувати закон про більш тяжкий злочин, касаційний суд скасовує вирок і направляє справу на новий судовий чи апеляційний розгляд або на додаткове розслідування справи.

Підсумовуючи, слід зазначити, що виявлення та виправлення помилок на судових стадіях кримінального процесу має свої особливості. Так, на відміну від стадії досудового розгляду, їх не завжди можна виявити та виправити як у зв'язку з відсутністю апеляції та касації так і з неможливістю повороту до гіршого. Однак це не применшує значення саме судової стадії виправлення слідчих помилок, яка є останньою інстанцією у виправленні слідчих помилок і після цієї стадії кримінального процесу настають негативні незворотні наслідки для засуджених та потерпілих від слідчих помилок.

**ПРОБЛЕМИ ТЕХНІЧНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВЕДЕННЯ ПРОТОКОЛУ
СУДОВОГО ЗАСІДАННЯ ПРИ РОЗГЛЯДІ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ.***Мурадов В.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

На сучасному етапі інформатизації судочинства можна констатувати значний прогрес, який, однак, не виключає деякі проблемні питання. Особливо варто зупинитись на проблемі технічного фіксування розгляду кримінальної справи. На сьогоднішній день можна виділити кілька аспектів даного питання. Найголовнішим з них є нормативне регулювання. З приводу цього можна знайти лише норму у КПК України, а також підзаконні нормативно-правові акти Держаної Судової Адміністрації України. Хоча, виходячи з конституційних вимог п. 14 ст.92 це має визначатись виключно законами України. Відсутня також цілеспрямована стратегія розвитку інформатизації судочинства з відповідними розрахунками.

Іншою проблемою є технічне забезпечення судів. У статистиці ДСА наведені дані, що комплексами звукозапису забезпечено 93% загальних судів. Але проблема полягає в тому, що, на нашу думку, не всі ці комплекси можна вважати належними засобами для фіксування ходу судового засідання. Оскільки до комплексів відноситься цифровий диктофон "Тритон", і в той же час, рівень забезпечення судів комп'ютерами становить 45%. На нашу думку, через складність і надзвичайну можливість процесу технічного фіксування, належним засобом є лише той, який інтегрується у комп'ютер і дає можливість більш якісно зафіксувати хід засідання та відслідкувати цей процес наочно.

Ще одним недоліком є відсутність тактичних та методологічних наукових рекомендацій у даній сфері. В Інструкції, що розроблена і затверджена ДСА України, містяться лише загальні технічні рекомендації. Даному питанню в науці має приділятися більше уваги, оскільки значущість процесу фіксування вказує на неприпустимість помилок і неточностей, які можуть призвести до негативних наслідків.

Також варто розглянути і кадрове забезпечення технічного фіксування ходу судового засідання. Згідно п.5.1 ці функції покладені на секретаря судового засідання. Отже на секретаря покладаються важливі і складні завдання. На нашу думку на це слід звернути особливу увагу. Від секретаря залежатиме сам процес фіксування, його якість та обсяг, а це має надзвичайно велике значення.

Існує і інша важлива сторона даного питання, наприклад, такі особливості, як психологічна реакція на звукозапис та її подолання самими учасниками процесу. Так Є.П.Іщенко та А.О.Топорков зазначають, що потрібно враховувати ймовірність того, що після попередження про використання техніко-криміналістичних засобів фіксації ходу судового засідання, особа, яка хотіла все розповісти, різко змінює позицію і, в результаті, дає неповні, уривчасті пояснення і покази. В такому разі, на нашу думку, перед початком судового засідання тестування системи фіксування має проводити не лише секретар. До цього мають допускатись інші учасники судового засідання покази і пояснення яких будуть фіксуватись безпосередньо.

Також велику увагу треба приділити методам попередньої підготовки учасників процесу. Це є проблемним питанням, оскільки усі учасники мають усвідомлювати, що ведеться технічне фіксування звукозаписом, і їм слід адекватно діяти. Ця адекватність включає в себе чітку і зрозумілу дикцію; мовлення в бік мікрофону; при задаванні питань слід чітко визначити, хто ставить питання (назватись відповідно свого процесуального статусу) та кому питання ставиться. Усі ці дії потрібно провести до початку засідання. На нашу думку це має робити секретар судового засідання після або під час тестування комплексу фіксування.

Важливим є також і методичні рекомендації стосовно залу засідань, де буде відбуватись фіксування. На нашу думку до цього питання слід підійти з особливою увагою. Процес звукозапису є особливим і специфічним. Відповідне приміщення має бути пристосованим хоча б мінімально: відсутність сторонніх шумів, в ідеальному варіанті – звукоізолюваність. Без дотримання таких умов саме технічне фіксування втрачає сенс, оскільки усувається його мета – максимально повне відтворення картини усього ходу судового засідання.

Іншими проблемними питаннями є технічні аспекти фіксування. Наприклад, це може проявлятися у однорідності усього запису. На нашу думку можна суттєво поліпшити структуру запису такими доповненнями. В залежності від стадії судового розгляду потрібно внести певні зміни, а саме відмежування однієї стадії від іншої, причому наочне. Можливим є і така побудова зафіксованого матеріалу, коли чітко можна простежити поставлене питання і відповідь на нього шляхом поділу структури на дві половини, в одній з яких зазначалося б питання, а одразу навпроти відповідь на нього. Також для визначення часових меж судового розгляду необхідно ввести показник не лише реального часу доби, але й тривалість від початку засідання. Це надасть певну спрощеність у ознайомленні зі звукозаписом та роботі з ним. Також неврегульоване питання про виникнення несправностей комплексу під час засідання, які б унеможливили подальшу фіксацію. На нашу думку в такому разі потрібно передбачити обов'язкову перерву в розгляді справи до повного усунення несправностей.

ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ***Навроцька В.****Львівський національний університет імені Івана Франка*

Застосування диспозитивності поставлено у вузькі рамки. Це зовсім не довільне і безконтрольне розпорядження суб'єктом належним йому правом. Переважаючою в юридичній літературі є точка зору про те, що забезпечення свободи особи відбувається шляхом встановлення в праві меж, в рамках яких особа може діяти як завгодно. Однак існує й протилежна позиція, відповідно до якої можливі випадки, коли *особа, діючи в межах належного їй права, зловживає ним*, а, отже, в такому разі допускається державне втручання. Зокрема, Л.Н. Масленнікова стверджує, що межа свободи проходить там, де «розумне, доцільне користування правом переростає в зловживання правом». У зв'язку з вищевикладеним потрібно з'ясувати, чи взагалі допустимо ставити питання про зловживання правом (недобросовісне здійснення права)? На перший погляд це словосполучення видається суперечливим, позбавленим будь-якого сенсу. Ще стародавні римляни стверджували: «*Qui suo utitur neminem laedit*» – «Той, хто здійснює своє право, нікому не заподіює шкоди». Проте законодавець не вважає ці терміни абсурдними, неодноразово вживаючи їх в нормативних актах. Зокрема, в ч.5 ст.12 Цивільного кодексу України мова йде про можливість «недобросовісного здійснення особою свого права». В ч.3 ст.13 ЦК України говориться про те, що: «Не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах», а в ч.6 цієї ж статті зазначено, що у разі недодержання особою при здійсненні своїх прав цієї вимоги, суд може зобов'язати її припинити зловживання правами. В ч.3 ст.27 ЦПК України сказано, що особи, які беруть участь у справі, зобов'язані добросовісно здійснювати свої процесуальні права.

Проблема зловживання правом була (і є) предметом досліджень, проте вона розглядається виходячи переважно з аналізу норм матеріального (здебільшого, цивільного) права. Мені невідомо про існування жодної монографії чи наукової статті, яка була б спеціально присвячена дослідженню можливості зловживання процесуальними правами в сфері кримінального судочинства. Про необхідність охорони інтересів правосуддя від зловживання процесуальними правами лише побіжно згадують Ф.Н. Багаутдінов та Е.Ф. Куцова. Для наукових досліджень у сфері кримінального судочинства ця проблема не характерна. Однак відсутність таких робіт не свідчить про відсутність зазначеної проблеми. Вважаю, що про зловживання правом (чи, іншими словами, про його недобросовісне здійснення) слід говорити тоді, коли воно реалізується всупереч з його призначенням в суспільстві. Як справедливо зазначав С.Н. Братусь, «суб'єктивне право включає в себе не тільки зміст, але й соціальне призначення». Слідкуючи за телетрансляцією засідання Судової палати у цивільних справах ВСУ, яка з 24 листопада по 3 грудня 2004 року розглядала справу за скаргою представників тодішнього кандидата на пост президента України В.Ф. Януковича на дії ЦВК по встановленню результатів повторного голосування з виборів Президента України, можна було зауважити, що головуючий цим представникам кілька разів робив зауваження з приводу того, що ними заявлялися відводи та значна кількість клопотань, метою яких було затягування ходу процесу, а, отже, і зловживання належними їм процесуальними правами. На думку суддів ВСУ, одна з сторін хоча й діяла в межах наданих законом можливостей, проте з метою, яка не була направлена на реалізацію та захист законних інтересів. Хоча зараз я наводила приклад зловживання процесуальними правами в сфері цивільного судочинства, однак, звичайно ж, подібну ситуацію можна змоделювати і в кримінальному процесі. Адже його учасники теж можуть заявляти немотивовані відводи та клопотання. Звісно, посадові особи, які ведуть кримінальний процес (за наявності для цього підстав), можуть їх відхилити, проте це не позбавляє права заявляти їх знову нескінченну кількість разів (в тому числі й одразу ж після відхилення), а посадових осіб, відповідно, це не звільняє від обов'язку в кожному такому випадку їх розглянути. А це, в свою чергу, призведе до затягування розгляду справи.

Прикладом, який законодавець донедавна (до внесення змін у ст.218 КПК України законом від 3 квітня 2003 року №658-IV) вважав проявом зловживання правом (хоча прямо про це й не йшлося), можна було б назвати положення ч.6 цієї статті, відповідно до якого у випадку явного затягування обвинуваченим і його захисником закінчення справи, за мотивованою постановою слідчого (затвердженою прокурором) їм визначався конкретний строк для ознайомлення з матеріалами справи. В Проекті КПК України від 19.05.2003 р. №34561 його розробники теж хоча прямо й не говорять про

можливість зловживання процесуальними правами, але аналіз окремих норм дає підстави так стверджувати. Зокрема, в ч.5 ст.408 зазначеного Проекту передбачено, що у випадку, коли учасники судових дебатів виходять за межі справи, що розглядається (тобто діють не відповідно до призначення використовуваного права), то головуючий може їх зупинити

Чинний КПК України, говорячи про зловживання правами, згадує лише про одного учасника процесу – захисника. Так, в ч.3 ст.61 цього Кодексу сказано, що: «Не може бути захисником особа, яка *зловживаючи своїми правами*, перешкоджає встановленню істини у кримінальній справі, затягує розслідування чи судовий розгляд справи, а також особа, яка порушує порядок в судовому засіданні чи не виконує розпоряджень головуючого під час судового розгляду справи». Однак зловживання процесуальними правами в кримінальному судочинстві можливе з боку й інших учасників процесу. Таку «можливість» їм надає сам закон, який не завжди чітко визначає межі здійснення певних прав. Зокрема, не виключене зловживання правом щодо заміни одного захисника іншим з боку підозрюваного, обвинуваченого, підсудного (ст.46 КПК України). Крім того, зазначена проблема існує й у сфері цивільно-правових відносин, які виникають в кримінальному процесі (при поданні, розгляді та вирішенні цивільного позову).

В ч.1 п.5 Постанови Пленуму ВСУ від 31 березня 1989 р. №3 (з наступними змінами) «Про практику застосування судами України законодавства про відшкодування матеріальної шкоди, заподіяної злочинцем, і стягнення безпідставно нажитого майна» сказано, що «...при розгляді цивільного позову в кримінальній справі з питань, не врегульованих КПК, суд може керуватися відповідними нормами ЦПК». Тому не виключено, що судді, беручи до уваги такі роз'яснення та на підставі положень ч.3 та 6 ст.13 ЦК та ч.3 ст.27 ЦПК України, будуть застосовувати до сторін цивільного позову, які, на їх думку, неналежно здійснили свої права, відповідні наслідки.

Звичайно ж, треба визначити ту межу, виходячи за яку, здійснення учасником кримінального судочинства свого права переростає в його зловживання. При встановленні факту зловживання треба довести умисел на досягнення протиправної мети (наприклад, перешкодити вчасному закінченню розслідування; добитися звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з закінченням строків давності, передбачених ст.49 КК України тощо). В тих випадках, коли сторони недобросовісно використовують свої права (зокрема, надмірно затягують процес), створюючи перепони нормальному ходу процесу і здійсненню правосуддя по конкретній справі, суд повинен присікати подібні дії, застосовуючи санкції, передбачені законом.

В ЦПК РФ існує цікаве положення, яке стосується можливості відшкодування компенсації за втрату часу. Зокрема, в ст.99 цього нормативного акту зазначено, що «Зі сторони, яка недобросовісно заявила необґрунтований позов чи спір щодо позову або систематично протидіяла своєчасному розгляду і вирішенню справи, суд може витребувати на користь іншої сторони компенсацію за фактичну втрату часу. Розмір компенсації визначається судом в розумних межах та з урахуванням конкретних обставин». Вважаю за доцільне ввести подібну норму і в КПК України. Безумовно, розробка чітких критеріїв, механізму застосування в кримінальному судочинстві положення про недопустимість зловживання правами становить складність і це є завданням самостійних наукових досліджень.

**РОЗ'ЯСНЕННЯ ПЛЕНУМУ ВЕРХОВНОГО СУДУ УКРАЇНИ В
МЕХАНІЗМІ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО РЕГУЛЮВАННЯ*****Нор Н.****Львівський національний університет імені Івана Франка*

1. Механізм кримінально – процесуального, як і правового взагалі, регулювання становить собою систему упорядкування суспільних відносин за допомогою правових засобів (С.С. Алексєєв). Ці засоби можна поділити на засоби нормовстановлення і засоби правореалізації. Власне, останні є основною формою юридичного забезпечення правової поведінки суб'єктів, які діють у рамках кримінального процесу. Базуючись на цьому загальноправовому підході, визначити місце і роль роз'яснень Верховного Суду України, які він надає у постановах свого Пленуму, – означає насамперед встановити до розряду яких інструментів (правових засобів) впливу на суспільні відносини вони належать: створення норм права; їх реалізація; забезпечення реалізації цих норм.

Зазначені роз'яснення Пленуму не можна віднести до правових способів створення норм права (що в нашій правовій літературі є фактом загальновизнаним. Основне їх завдання – забезпечити реалізацію цих норм у реальних суспільних відносинах через функцію тлумачення, як способу розкриття змісту (сенсу) норми права). Адже така функція, безумовно, реалізується в правовому регулюванні і йому властива. Тож напрошується висновок, що правороз'яснювальні акти (постанови) Пленуму Верховного Суду займають своє місце і виконують свою роль у механізмі кримінально-процесуального регулювання суспільних відносин.

2. В чому ж полягає ця роль, які правороз'яснення за своїм характером, в основі якого лежать мета роз'яснення, можуть бути і містяться у постановах Пленуму Верховного Суду? Принагідно варто відзначити, що постанов Пленуму “чисто“ кримінально – процесуального характеру (які б пов'язувалися тільки з застосуванням норм кримінально – процесуального права) не так багато. Сьогодні їх нараховується 14. Але роз'яснення Пленуму норм кримінально-процесуального права містяться і в його постановах із загальних питань судової діяльності, а також в постановах присвячених роз'ясненню застосування норм матеріального, насамперед кримінального права.

Аналіз постанов Пленуму Верховного Суду України, в яких містяться роз'яснення щодо застосування норм кримінально-процесуального права, дає підставу виділити в них декілька груп (блоків) роз'яснювальних положень, а саме: роз'яснення – рекомендації організаційно – технічного характеру; роз'яснення завдань суддів та судової політики; роз'яснення – нагадування (загострення уваги суддів) про принципи і норми кримінально – процесуального права та необхідність їх суворого дотримання; інтерпретаційні (роз'яснювальні) положення розуміння норм кримінально – процесуального закону. Зробимо спробу дати їм анотовану характеристику.

3. Роз'яснення і рекомендації організаційно – технічного характеру мають своєю метою дати судам відповідні рекомендації, які б допомогли їм оптимальним способом вирішити ті завдання, що стоять перед ними при вирішенні справ відповідної категорії або кримінальних справ взагалі.

Так, в постанові “Про додержання судами України процесуального законодавства, яке регламентує судовий розгляд кримінальних справ“ від 27 грудня 1985 року (з наст. змінами) Пленум зазначає, що суди повинні ретельно підготовлювати кожну справу до розгляду в судовому засіданні: забезпечувати своєчасну явку всіх учасників судового розгляду і виклик свідків на певний час; розгляд справи розпочинати у точно призначений час; тривалий розгляд справ необхідно проводити протягом повних робочих днів; виключити зі списку, доданого до обвинувального висновку, свідків, яким невідомі обставини, що мають значення для справи (п. 2.4), тощо.

4. Роз'яснення щодо завдань судів та судової політики спрямовані на загальну орієнтацію судів і суддів у вирішенні, поставлених перед ними завдань. Здебільшого такі роз'яснення містяться у вступних частинах (преамбулах) постанов. Але Пленум приймає й окремі постанови, метою яких є, власне, роз'яснити судам сучасну криміногенну ситуацію, стан дотримання законності, рівень охорони і захисту прав, свобод і законних інтересів громадян та інших суб'єктів права, з урахуванням яких формується відповідна судова політика та ставляться до судової системи відповідні завдання, з допомогою яких ця політика вирішується. Характерною стосовно даного виду роз'яснень є постанова

Пленуму Верховного Суду України “ Про завдання судів України по підвищенню рівня правосуддя “ від 22 лютого 1991 р. № 1 (з наст. змінами), у якій Пленум фактично сформулював судову політику щодо розгляду і вирішення кримінальних справ і підвищення ефективності правосуддя взагалі.

Аналіз постанов Пленуму Верховного Суду України, прийнятих після вступу в силу нової Конституції України (1996 р.), а особливо після прийняття нового Закону “ Про судоустрій України “ (2002 р.), який позбавив роз’яснень, що містяться у цих постановах, статусу “ керівних “, дає підставу констатувати, що даний вид роз’яснень різко скоротився. Мабуть це пов’язано з тим, що судова політика має формуватись не самими судами, а насамперед законодавцем і знаходити своє вираження у законах та інших нормативних актах.

5. Істотну частину положень, що містять постанови Пленуму Верховного Суду України, складають роз’яснення–нагадування судам про правові вимоги та необхідність їх дотримання, метою яких є нагадування суддям, загострення їх уваги на певних положеннях чинного матеріального або процесуального законодавства, оскільки результати узагальнення судової практики засвідчують, що суди допускають порушення відповідних норм, не враховуючи їх вимог, допускають процесуальне спрощення тощо.

Аналіз постанов Пленуму, зокрема які присвячені роз’ясненню питань кримінально – процесуального права, дають підставу для висновку, що такі положення – нагадування складають вагомий частку всіх положень, що містяться у них. Вони втілюються у постановах Пленуму у таких мовних виразах як: “звернути увагу суддів“, “судам необхідно“, “судам необхідно мати на увазі“, “суди повинні враховувати, що згідно...“, “судам необхідно виходити з того, що відповідно до положень“, “суддя зобов’язаний перевірити чи...“, “судам необхідно перевірити додержання органами досудового слідства вимог статей...“, “суди повинні гостро реагувати на факти...“, “суди повинні додержувати вимоги закону щодо...“, “відповідно до вимог статей... суд повинен” тощо.

6. Більшість правоположень, що містяться в постановах Пленуму Верховного Суду України з питань кримінально – процесуального права – це роз’яснення – рекомендації інтерпретаційного (правороз’яснювального) характеру. Ці положення є роз’ясненнями змісту чинного законодавства, одержані в результаті його тлумачення найвищою судовою інстанцією в системі судів загальної юрисдикції. Власне, щодо цих положень найбільше точиться у правовій літературі суперечок: чи є правоположеннями нормативного характеру, а відтак – яка їх роль у механізмі кримінально–процесуального регулювання? З втратою після прийняття Закону про судоустрій України характеру “керівних”, тобто загальнообов’язковості, правороз’яснювальні постанови Пленуму Верховного Суду, як правило, не визнаються сучасною кримінально-процесуальною доктриною – джерелом права. Але місце Верховного суду України в судовій ієрархії (системі), найвища професійна кваліфікація суддів, можливість бачити загальну картину застосування правових норм в результаті узагальнення великих (як правило, в масштабах всієї держави) масивів (чисел) кримінальних (чи інших) справ – все це накладає свій відбиток на характер тих роз’яснень (тлумачення), які містяться у його постановах. Не будучи формально обов’язковими для правозастосувачів (у нашому випадку судів), вони, тим не менше, беззастережно (100%) сприймаються ними у процесі застосування норм права, що підтвердило проведене анкетування суддів місцевих судів м. Львова та апеляційного суду Львівської області. Тож, не будучи джерелом права формально, правороз’яснювальні положення, що містяться у постановах Пленуму Верховного Суду, виконують “функцію авторитетного орієнтиру” судової практики, і у цьому зв’язку мають істотний вплив на її формування.

ПЕРЕВІРКА СУДОМ ДОПУСТИМОСТІ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВАХ*Павлишин А.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Завдання кримінального судочинства, вимагають відповідних гарантій достовірності й повноти доказового матеріалу, на підставі якого вони вирішуються, і його переконливості. Такими безумовно виступають правила допустимості доказів, котрі власне і являють собою теоретично й практично обґрунтовані, надійні гарантії достовірності відомостей, одержаних відповідним шляхом.

Порушення правил допустимості доказів не може не викликати сумнівів у допустимості відповідних фактичних даних, оскільки порушуються ті чи інші гарантії їхньої достовірності, точності і повноти. Як наслідок, одержані з порушеннями докази повинні визнаватися недопустимими.

З цього приводу Пленум Верховного Суду України у п. 11 постанови від 11 лютого 2005 р. № 2 “Про практику застосування судами України законодавства, що регулює повернення кримінальних справ на додаткове розслідування” звернув увагу судів на те, що їхні висновки не можуть ґрунтуватися на доказах, отриманих із порушенням процесуального порядку збирання останніх.

Але, як зазначається у літературі, не усі порушення цих правил повинні обов’язково тягнути за собою визнання доказу недопустимим.

Загалом, усі порушення правил допустимості доказів ділять на дві групи: 1) ті що безумовно тягнуть за собою визнання доказів недопустимими і 2) ті, що не обов’язково тягнуть за собою визнання доказів недопустимими.

До порушень першої групи, які повинні категорично тягнути за собою визнання доказів недопустимими (втрагу ними юридичної сили), відносяться: а) порушення конституційних та інших, закріплених у кримінально-процесуальному законі, прав та інтересів особи під час одержання доказів, б) одержання доказів непроцесуальними діями, в) неправомочним суб’єктом, а також г) з незаконного джерела. Кожне з цих порушень автоматично веде до визнання доказу недопустимим, оскільки породжує непереборний сумнів у його достовірності. Зокрема, недопустимими будуть показання свідка, якщо буде встановлено, що він дав їх внаслідок застосування до нього насильства з боку слідчого, оскільки, по-перше, це є явним порушенням низки фундаментальних прав людини, а по-друге, як відомо з історії, останнє досить часто призводило до наклепу, обмови...; показання потерпілого, одержані під час сеансу гіпнозу – через те, що на даний момент наука ще не має достатньо обґрунтованої концепції достовірності такої інформації; висновок експерта, складений прокурором-криміналістом, оскільки останній не може бути експертом; показання ясновидця (екстрасенса) і т.д., оскільки таке джерело доказів не передбачене у законі в силу вищенаведених міркувань.

Що стосується другої групи порушень, то до них належать порушення, пов’язані з недотриманням встановленого законом порядку проведення слідчої чи іншої процесуальної дії та фіксації її перебігу й результатів. Питання про допустимість одержаних з такими порушеннями доказів повинно вирішуватись у кожному конкретному випадку, з урахуванням наступних обставин: 1) ці порушення не повинні породжувати непереборні сумніви щодо повноти і достовірності зібраних таким чином доказів; 2) можливості усунути ці порушення та розвіяти відповідні сумніви, якщо такі є, додатковими слідчими діями або іншими процесуальними засобами. При цьому визначальною є перша умова. Якщо порушення викликає непереборний сумнів у достовірності доказів, немає необхідності вживати заходів до усунення самого порушення та його наслідків. Наприклад, якщо особа, у житлі якої обшук проведений без понятих, стверджує, що виявлених у ході обшуку предметів вона ніколи не мала і не зберігала, докази одержані у ході такого обшуку будуть недопустимими без будь-яких подальших дій, оскільки виникає непереборний сумнів, що ці предмети дійсно були там виявлені. Якщо ж ніхто результатів обшуку (проводився з участю одного понятого, оскільки у даній місцевості немає незацікавлених у результатах справи осіб, у ході якого власник житла добровільно видав розшукувані предмети) не оскаржує, не висловлює сумнівів у достовірності його результатів, то шляхом допиту особи, у якої він проводився, та інших осіб, які були при цьому присутні, наслідки

допущених порушень можна усунути. Відтак докази, одержані в ході цього обшуку, повинні вважатися допустимими.

Однак на сучасному етапі кримінального судочинства, коли воно щораз більше спирається на засаду змагальності, коли суд позбавлено певних невластивих йому функцій і повноважень, постає запитання: чи у випадку виявлення порушень правил допустимості доказів другої групи, котрі не обов'язково тягнуть за собою визнання їх недопустимими, – суд повинен вживати заходів до їх усунення?

З першого погляду видається, що суд не повинен цього робити, оскільки у такому випадку він буде сприяти одній із сторін процесу, що в умовах змагального судочинства недопустимо. Крім того, відповідно до ч. 1 ст. 22 КПК України суд не належить до тих суб'єктів кримінального процесу, на яких покладається обов'язок доказування.

Проте можлива ситуація, коли саме цих доказів буде недостатньо для постановлення законного, обґрунтованого й справедливого рішення. Відповідно ж до ст. 327 КПК обвинувальний вирок не може ґрунтуватись на припущеннях і постановляється лише при умові, коли у ході судового розгляду винність підсудного у вчиненні злочину доведена, а виправдувальний вирок виноситься тільки за наявності для цього підстав.

Як видається, відповідно до положень чинного КПК України, хоча й суд не належить до суб'єктів, на яких лежить обов'язок доказування, він повинен вжити заходів до усунення сумнівів щодо повноти й достовірності доказів одержаних з певними порушеннями. І зробити це він повинен з наступних міркувань.

Відповідно до ч.1 ст.257, ч. 2 ст.323 КПК суд повинен безпосередньо дослідити докази по справі і обґрунтувати вирок лише тими доказами, які були розглянуті у судовому засіданні.

Окрім цього, вирок суду першої інстанції підлягає зміні чи скасуванню, коли суд не взяв до уваги доказів, які могли істотно вплинути на його висновки (п.2 ч.1 ст.369). А саме така ситуація матиме місце, якщо суд не візьме до уваги докази, які мають істотне значення для правильного вирішення справи і встановлення істини, оскільки вони зібрані, наприклад, з порушенням, передбаченого КПК порядку фіксації слідчої дії.

З іншого боку, за таких обставин суд не може направити справу зі стадії судового розгляду на додаткове розслідування, оскільки згідно ч.1 ст. 281 КПК, це можливо лише тоді, коли неповнота або неправильність досудового слідства не може бути усунута у судовому засіданні. Якщо ж суд має змогу усунути зазначені недоліки під час судового розгляду шляхом ретельнішого допиту підсудного, потерпілого, свідків, виклику й допиту нових свідків, проведення додаткових й повторних експертиз, витребування документів, давання судових доручень у порядку передбаченому у ст.315 КПК, вчинення інших процесуальних дій, а також шляхом поновлення порушених під час розслідування справи процесуальних прав учасників процесу, направлення справи на додаткове розслідування **є неприпустимим**. На цьому наголошено у ч.2 п.9 згаданої постанови Пленуму Верховного Суду України від 11 лютого 2005 р. № 2. В той же час, у ч.3 п.9 цієї постанови звернуто увагу судів на те, що **за змістом чинного законодавства вчинення цих дій допускається тільки за клопотанням сторін**.

Очевидно, що у даній ситуації Пленум Верховного Суду України перевищив свої повноваження і видав бажане за дійсне. Річ у тім, що детальний аналіз ст.ст. 312, 313, 314, 315, 315-1 КПК України дозволяє зробити протилежний висновок – суд може вживати зазначених заходів і з власної ініціативи.

Зокрема у ч. 1 ст. 312 вказується, що у випадках, передбачених ст. 75КПК, суд мотивованою ухвалою, а суддя – постановою **може призначити** додаткову або повторну експертизу.

Стаття 313 говорить : речові докази **повинні бути** оглянуті судом і пред'явлені учасникам судового розгляду, а в статті 315 вказано, що суд, **визнавши необхідним оглянути** місце події, **проводить огляд** з участю прокурора, підсудного, його захисника, потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача та їх представників, а коли цього вимагають обставини справи, – то й з участю свідків і експертів.

У ст. 314 вказується, що огляд і оголошення документів у судовому засіданні **можуть провадитися як за ініціативою суду**, так і за клопотанням учасників судового розгляду в будь-який момент судового слідства.

Ст.315-1 гласить: суд **вправі** доручити органу, який проводив розслідування, виконати певні слідчі дії.

І навіть, якщо в окремих з цих статей вживається слово „може” чи „вправі”, то виходячи із змісту ст.ст. 257, 281, 327, 369 КПК України, це право трансформується на обов’язок для суду.

І ще одне. Намагаючись удосконалити вітчизняний кримінальний процес, виконуючи зобов’язання перед Радою Європи, ми не повинні сліпо запозичувати у нашу правову систему правові інститути, котрі у незміненому вигляді, враховуючи нашу ментальність, історичний досвід і правові традиції, у нас не приживуться.

Якщо глибоко замислитись, то чистий змагальний процес не такий уже й хороший. У ньому не спрацьовує фундаментальна сутність права – справедливість. Адже не може бути справедливості, коли суд виносить рішення на основі угоди сторін, навіть якщо докази свідчать про протилежне, коли не досліджено всебічно, повно й об’єктивно усі обставини справи, а відтак не встановлено істини і якщо й не абсолютної, то хоча б відносної, але об’єктивної.

У зв’язку з цим я повністю поділяю позицію судді Російської Федерації С. Бурмагіна, у якого викликає стурбованість спрощене до примітивізму розуміння змагальності, коли змагальний процес уявляють як посидинок сторін, а рішення суду – як підсумок змагання між стороною обвинувачення і стороною захисту.

У наших умовах суд повинен займати активну позицію у дослідженні доказів у кримінальних справах, в межах пред’явленого особі обвинувачення, однак не з метою сприяння одній із сторін процесу, а з метою встановлення істини, реалізації принципу справедливості та завдань кримінального судочинства.

Тому у кожному випадку суд повинен вживати заходів до усунення сумнівів щодо повноти й достовірності доказів, одержаних з порушенням встановленого законом порядку проведення слідчої дії та фіксації її перебігу й результатів.

КОГО ТРЕБА ДОПУСКАТИ ДО ЗДІЙСНЕННЯ ЗАХИСТУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ?

Попелюшко В.

Національний університет "Острозька академія"

Концепцією вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, ухваленою 10 травня 2006 р. Президентом України передбачено, що "для забезпечення якісної юридичної допомоги необхідно чіткіше розмежувати статус адвоката та статус інших представників у судовому процесі" і, "до здійснення захисту у кримінальному процесі потрібно допускати лише адвокатів" (абз.3 п. 1 розд. X).

Сьогодні як захисники в кримінальному судочинстві України допускаються адвокати, тобто "особи, які мають свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю в Україні... У випадках і в порядку, передбачених цим Кодексом, як захисники допускаються близькі родичі обвинувачуваного, підсудного, засудженого, виправданого, його опікуни та піклувальники" (ч.2, ст. 44 КПК в ред. від 21.06. 2001). В ч. 2 ст. 44 КПК йдеться також про фахівців в галузі, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто або за дорученням юридичної особи. Але оскільки такого закону поки що не має, про них тут не йтиметься.

Європейський та світові нормативно-правові акти регулюють дане питання так:

а) "кожен, кого обвинувачують у вчиненні кримінального правопорушення має щонайменше такі права: захищати себе особисто чи використовувати правову допомогу захисника, обраного на власній розсуд, або якщо він не має достатньо коштів для оплати правової допомоги захисника – одержувати таку допомогу безоплатно, якщо цього вимагають інтереси правосуддя" (ст.6 Європейської конвенції з прав людини та основоположних свобод, а також – ст.14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права (п.1с), ст.47 Хартії Європейського Союзу про основні права (п.2), ст.67 Статуту Міжнародного кримінального суду (п.1d), ст.6 Конвенції СНД про права і основні свободи людини (п.3 в), п.5 Резолюції (78)8 Комітета Міністрів Совета Європи о юридической помощи и консультациях"); б) "Будь-яка людина вправі звернутися про допомогу до адвоката за своїм вибором для підтвердження своїх прав і захисту в усіх стадіях процесу" (Перший із принципів Основних положень про роль адвокатів); с) "особа..., повинна бути забезпечена допомогою адвоката, котрий має відповідну кваліфікацію та досвід ведення таких справ, щоб забезпечити її ефективну допомогу" (ст.6 ЄКПЛ), "лицо, котрому предоставлена помощь, должно быть, по возможности, свободно в выборе квалифицированного защитника" (п.5 Резолюции (78) 8 Комитета Министров Совета Европы о юридической помощи и консультациях).

Отже, європейськими та світовими стандартами є те, що кожен, хто обвинувачується у вчиненні кримінального правопорушення: 1) має право захищати себе особисто і мати захисника; 2) мати захисника на власний розсуд, за вибором; 3) якщо він не має достатньо коштів для оплати правової допомоги – одержувати таку допомогу безкоштовно, якщо цього вимагають інтереси правосуддя; 4) має право на кваліфікований захист; 5) в усіх стадіях процесу; 6) право на ефективний захист особою, котра має досвід ведення таких справ. При цьому майже всюди йдеться про захисника-адвоката, що й є загальноприйнятим в Європі та у світі. Якщо ж підсумувати, то справжній захист в кримінальному процесі бачиться не теоретичним і ілюзорним, а кваліфікованим, практичним та ефективним.

На теперішньому етапі розвитку України такий захист в цілому можуть, бо мають і кваліфікацію, і практичний досвід, і досить широке коло повноважень та їх універсальність упродовж всього провадження та в усіх матеріально-та процесуально- правових категоріях справ, лише адвокати. Єдиного, що не можуть забезпечити адвокати, це захисту малоімущих (що те ж саме – захисту за призначенням) по причині відсутності адвокатури України як такої. Відсутність же фінансування цієї їхньої роботи, – провина перед бідними та беззахисними виключно державна.

Справжній захист по-європейськи з боку близьких родичів тощо ні організаційно, ні функціонально неможливий, тому що в усіх випадках виключається захист обов'язковий, за вибором, кваліфікований, ефективний та універсальний, а про виконання ними завдання по наданню обвинуваченому "необхідної юридичної допомоги при провадженні кримінальної справи" говорити не

приходиться. Та й практика свідчить, в тому числі особиста практика як судді та адвоката, що обвинувачені використовують право на захист рідними здебільшого у випадках утримання під вартою і з єдиною метою – безперешкодно мати побачення з ними, віч-на-віч, та без обмеження в часі. Звідси, правовий статус близьких родичів обвинуваченого, його опікунів та піклувальників слід переглянути і привести до фактичного, а саме, до представницького та врегулювати у ст.52 КПК, що, до речі, також є міжнародним стандартом. В Минимальных стандартных правилах Организации Объединённых наций, касающихся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних, принятых Генеральной Ассамблеей ООН № 401/33 29 ноября 1985 г. (Пекинские правила), наприклад, значиться:

“15. Адвокат, родители и опекуны

15.1. В ходе всего судебного разбирательства несовершеннолетний имеет право быть представленным его или ее адвокатом...

15.2. Родители или опекуны имеют право участвовать в судебном разбирательстве, и компетентный орган может потребовать их представителя в интересах несовершеннолетнего. Однако компетентный орган власти может отказать им в таком участии, если имеются основания полагать, что это необходимо в интересах несовершеннолетнего”.

Гуманне право на побачення особи з родичами під час провадження кримінальної справи безпосереднього зв'язку із захистом не має. Тут чинним є інший міжнародно-правовий стандарт “Усі особи, позбавлені волі, мають право на гуманне поводження і поважання гідності, властивої людській особі” (ст.10 (1) Міжнародного пакту про громадянські та політичні права) і, “задержанному или находящемуся в заключении лицу предоставляется, в частности, право на посещение членами семьи и переписку с ними” (принцип из Свода принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, утвержденного резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1988 года № 43/ 173).

Якщо ж дотримуватися української традиції, згідно з якою поряд з адвокатами як захисники майже завжди допускалися й інші особи, при чому, різні особи (див. ч.2 ст.44 КПК УРСР в ред від 28.12.60 р, 30.08.72 р, 23.12.93 р.і теперішню), то, з огляду на наведене вище, доцільніше до захисту у кримінальному судочинстві поряд з адвокатами допускати науковців, а саме осіб, які мають фаховий науковий ступінь та вчене звання, що жодним чином не зашкодило б захисту і в той же час, як би це не звучало банально, забезпечило безпосередній зв'язок юридичної науки та практики, чого сьогодні явно бракує.

СПОСОБИ І ОБСТАНОВКА ВЧИНЕННЯ СЕРІЙНИХ ВБИВСТВ

Сайнчин О.

*Міжнародний гуманітарний університет
Інститут національного і міжнародного права*

У статті зроблено спробу висвітлити проблематичних елементів криміналістичної характеристики як спосіб та обстановка вчинення серійних вбивств. Накреслені подальші кроки у напрямі розробки методики розкриття та розслідування серійних вбивств.

Ключові слова: вбивства, серійні вбивства, криміналістична характеристика, способи і обстановка вчинення серійних вбивств.

Криміналістична характеристика вбивств – це система взаємопов'язаних узагальнених даних про найтипівіші ознаки, які виявляються в способі і механізмі вбивства, слідовій картині, обстановці його вчинення, особі вбивці, особі потерпілого, а також предметах злочинного посягання.

У основі підходу до розуміння «криміналістичної характеристики серійних вбивств» лежать теоретичні положення криміналістичної характеристики певного виду вбивств. В узагальненому аспекті, їх об'єднують такі елементи як: 1) час і місце вчинення вбивства, або виявлення трупа; 2) спосіб вчинення вбивства; 3) обстановка і обставини вчинення вбивства (слідова картина вчинення вбивства); 4) мета вбивства; 5) предмет злочинного посягання.

Вказані елементи криміналістичної характеристики вбивств є обов'язковими при розслідуванні будь-якого вчиненого вбивства і серійних вбивств в тому числі.

Мотиви і дані про особу злочинця є додатковими факторами, які обумовлюють подальшу конкретизацію елементів криміналістичних характеристик серійних вбивств.

При цьому потрібно відрізнити криміналістичну характеристику серійних вбивств від криміналістичної характеристики виду вбивств, оскільки остання є сукупністю найбільш поширених даних, з певним ступенем повторюваності властивих цим злочинам, які вчиненні за певний період часу, в конкретному регіоні і є результатами дії можливо різних осіб.

У зміст криміналістичної характеристики конкретної серії вбивств входять всі структурні елементи, з яких складаються індивідуальні криміналістичні характеристики кожного вбивства, яке входить в дану серію незалежно від того, як часто вони повторюються. Причому склад елементів, які характеризують кожне з вбивств, може бути різним. Навіть найбільш повна за кількістю елементів криміналістична характеристика одного вбивства може не містити в собі тих елементів, які є в криміналістичній характеристиці іншого вбивства.

На підставі вище викладеного, можна зробити висновок про те, що криміналістична характеристика серійних вбивств є специфічною категорією.

Серійним вбивствам як специфічній категорії певною мірою властиві ті риси, що і видовій криміналістичній характеристиці, але зміст останньої має більш загальний характер. Елементний склад характеристики серій вбивств відрізняється більшою мірою конкретності. Він точніше відтворює картину злочинів, вчинених однією і тією ж особою, і дозволяє точніше виділити індивідуальні ознаки, які характеризують цих осіб, а також сприяють їх розшуку та викриттю. Вказані властивості елементів криміналістичної характеристики серійних вбивств дозволяють правильно організувати роботу по виявленню вбивств вказаної категорії.

У основі криміналістичної характеристики серійних вбивств лежать процеси вчинення і приховання цих злочинів, які визначають закономірності відбиття ознак скоєного в реальності.

Як зазначалося вище, криміналістична характеристика серійних вбивств – це система, але як будь-яка система вона має свою, більш розширену структуру. **До таких елементів структури криміналістичної характеристики серійних вбивств, можна, віднести наступні:**

- 1) предмет злочинного посягання, або, як його ще називають, предмет злочинного інтересу;
- 2) спосіб вчинення вбивств;
- 3) механізм вчинення вбивств;

- 4) обстановка вчинення вбивств;
- 5) ознаки вчинення вбивств (слідова картина);
- 6) криміналістична характеристика особи злочинця (вбивці);
- 7) криміналістична характеристика особи потерпілого (жертви);
- 8) зв'язок конкретного епізоду з даною серією вбивств;
- 9) мета і мотиви вчинення вбивств.

Предметом злочинного посягання будь-якого вбивства є життя людини – найцінніше, що є у кожного з нас. Даний предмет найбільш очевидний при вчиненні серійних вбивств.

Основою криміналістичної характеристики є **спосіб вчинення вбивства**. Спосіб вчинення злочину в криміналістиці, як і серійних вбивств, зокрема, традиційно поділяється на три етапи:

- 1) спосіб підготовки до вбивства;
- 2) спосіб безпосереднього вчинення вбивства;
- 3) спосіб приховання слідів злочину (вбивства).

Способи підготовки до вбивства це дії злочинця по приготуванню до вбивства:

- 1) продумування деталей вчинення вбивства і приховання слідів злочину (сюди відноситься і продумування способу вчинення вбивства);
- 2) обрання певного знаряддя вбивства (вогнепальної, холодної зброї);
- 3) збирання інформації про жертву (інформація може бути різною: відомості про розпорядок дня, сім'ю, знайомства, характер жертви, звички і ін.);
- 4) вибір транспорту, за допомогою якого злочинець збирається скоїти злочин (іноді злочинець може використовувати декілька транспортних засобів);
- 5) вибір належного місця, зручного злочинцю часу вчинення вбивства;
- 6) створення певних умов для вчинення вбивства.

Серед вчених-криміналістів існує думка про віднесення вбивств за замовленням до категорії серійних. Думається, що дана думка є помилковою зважаючи на те, що для даних вбивств характерний не кількісний показник, а якісний, тобто вбивство конкретної особи, відносно якої надійшло «замовлення», яке серійним може і не бути. Тому для розкриття вбивств за замовленням необхідного застосовувати методику, яка властива вказаному виду вбивств.

Спосіб вчинення і приховання злочину є основою криміналістичної характеристики вбивств. Людину можуть позбавити життя шляхом: а) побиття руками або ногами; б) скидання з висоти або з рухомого автомобіля (транспортного засобу); у) отруєння; г) задушення; д) утоплення; е) з використанням вогнепальної і холодної зброї; ж) а також іншими способами. Безпосереднє вчинення вбивства характеризується нанесенням жертві поранень і ударів, які стали смертельними для неї. Точнішу інформацію про спосіб вчинення вбивства слідчому може надати експерт, що провадить судово-медичну експертизу. Він детальніше може сказати, як було нанесено поранення або удар, з якого боку, під яким кутом, яким предметом, якщо це вогнепальне поранення, то з якої відстані стріляв злочинець, який калібр зброї він використовував, в якому положенні знаходилася жертва під час вбивства. Спосіб вбивства може вказати на стать злочинця, його фізичну силу, спеціальні навички, можливий рід занять, військовий або інший досвід, уміння володіти певними видами зброї.

До **способів приховання вбивств** відносяться дії злочинця по: а) знищенню або похованню трупа або його частин; б) переміщенню трупа з місця вбивства в інше місце; у) розчленуванню і спотворенню трупа; г) прихованню знаряддя вбивства, одягу і взуття вбивці, речей, які належали жертві; д) знищенню слідів на місці вбивства; е) інсценуванню вбивства під самогубство, нещасний випадок, несподівану смерть, що наступила природнім способом. Спосіб приховання вбивства може вказувати на зв'язок злочинця і жертви. Так, наприклад, вбивства, які замасковані під інсценування, зазвичай скоюються особами, які були близькі з потерпілим, у яких найчастіше і з'ясовують причину смерті жертви.

Спосіб приховання вбивства залежить в якійсь мірі і від взаємозв'язку злочинця з жертвою. Це пов'язано з тим, що у злочинця своєрідна психологія: якщо злочинець до вбивства не був знайомий з жертвою, то найчастіше він позбавляється від трупа шляхом переміщення його з місця вбивства, викидання з автомобіля або, наприклад, закриває вітками, землею, скидає з обриву. Дана обставина може вказувати на те, що злочинець під час вчинення злочину був наляканий і розгублений. Якщо ж

злочинець знав жертву до вбивства, то в такому випадку найбільш поширеним способом приховання слідів злочину є спалювання трупа, утоплення, розчленування, спотворення трупа кислотою.

Вчинення серійних вбивств може супроводжуватися численними контактами між злочинцем, жертвою і знаряддям вбивства, а також контактами (зіткненням) цих об'єктів з навколишньою обстановкою. Внаслідок цих контактів утворюються: сліди рук, ніг, виділень людини, пошкодження на тілі і одязі злочинця і жертви, мікросліди на одязі і тілі обох, сліди від знаряддя вчинення злочину на тілі жертви, одязі і навколишній обстановці, різні плями, які теж є слідами злочину. В першу чергу вбивця позбавляється від цих ознак злочину, що часто можуть точно вказати на вбивцю.

Весь процес приховування ознак злочину і позбавлення від трупа жертви в буденному житті називають «замітання слідів». На підставі знань про спосіб вчинення вбивства або спосіб приховання злочину можна перевірити інформацію про подію, що відбулася, або дізнатися нові відомості, а також знайти додаткові сліди вбивства.

Механізм вчинення вбивства дає можливість представити, які події відбувалися і в якій послідовності. Також за допомогою побудованої моделі механізму події можна перевірити свідчення потерпілого, свідків про подію, що відбулася, і з'ясувати додаткові докази вбивства.

При розслідуванні серійних вбивств важливе значення має **обстановка вчинення злочину (слідова картина)**, яка включає місце, час вчинення злочину, місцевість, де було вчинено вбивство, предметну обстановку. При вчиненні серійних вбивств, залежно від способу вбивства, різні і слідова картина. Слідова картина є сукупністю різних слідів, залишених вбивцею і жертвою на місці вчинення злочину.

До них відносяться: а) всі матеріальні сліди, які залишаються на жертві від знаряддя вбивства; б) сам труп; в) знаряддя злочину; г) різні сліди від взуття, відбитки пальців; д) недопалки від сигарет і інші сліди, які свідчать про перебування злочинця на місці вбивства. В одних випадках слідів більше на місці вчинення вбивства, в інших їх перевагу можна прослідкувати на місці виявлення трупа. Така кількісна відмінність допомагає слідчому відрізнити місце вчинення вбивства від місця виявлення трупа або від місця його розчленування.

Місце вбивства зазвичай пов'язане з житлом злочинця або його жертви, з місцем проведення вільного часу (у вільний від роботи або навчання час), з шляхами пересування потерпілого на роботу, до місця відпочинку, до рідних, знайомим. При вчиненні серійних вбивств місце вчинення вбивства може співпадати, наприклад, в межах якого-небудь району, міста. Іноді вбивця вибирає схожі місця за навколишньою обстановкою, в якій йому зручно скоювати злочин. Наприклад, сексуальні серійні вбивства вчиняються найчастіше в певному житлі або певному місці. Це пов'язано з психологічним сприйняттям вбивцею місця вчинення вбивства. Але більшість серійних вбивств вчиняють в різних місцях і регіонах.

Якщо вбивство вчинено способом, який пов'язаний із застосуванням автомобіля, то місцем вбивства вибирається маршрут, що має різкі повороти, проходить берегом моря, річки, озера, лиману, провалля, яру, де можна непомітно позбавитися від трупа.

Час вбивства при раніше продуманих злочинах вибирається так, щоб зникнення особи було виявлене, якомога пізніше і заява про зниклий або про виявлений труп поступила в правоохоронні органи не відразу після вбивства. При вчиненні вбивств без особливої підготовки час пов'язаний з поведінкою злочинця і жертви. Час вчинення серійних вбивств найчастіше нічний, особливо якщо вбивства скоюються сексуальним маніяком.

Певну специфіку мають серійні вбивства, що вчиняються з метою заволодіння чужим майном і отриманням матеріальної вигоди, найчастіше з метою заволодіння нерухомістю. Специфіка цих вбивств полягає в тому, що вони не відразу виявляються, оскільки потерпілий або зникає, або раптово помирає, на перший погляд, природною смертю, або від нещасного випадку, або в результаті самогубства. І лише після його зникнення або смерті, іноді через довгий час, з'ясовується, що існують документи, по яких право власності на якесь майно або нерухомість перейшло до іншої особи, нерідко не по волевиявленню потерпілого, а по підроблених документах.

Знаючи хоч б декілька обставин обстановки вчинення злочину, можна попередити вчинення нового вбивства.

Що стосується **особи вбивці**, то кожній категорії вбивств відповідають особи з певними психологічними особливостями. Якщо це сексуальний маніяк, то можна говорити про розлад його психічно, мотивами якого є сексуальне незадоволення або життєві розчарування; якщо це найманий вбивця, то тут важливу роль відіграє матеріальне збагачення, тут мотив і метатільки збагачення.

Жертвами серійних вбивств може стати будь-яка людина, яка просто опинилася не в тому місці і не у той час. Злочинець вибирає жертву по специфіці своєї роботи, тобто за видом вбивств, які він вчиняє. Наприклад, це відноситься до політичних, сексуальних, корисливих і інших серійних вбивств.

При розслідуванні серійних вбивств дуже велике значення має питання віднесення певного епізоду до даної серії вбивств. Тут важливо з'ясувати: чи є ці декілька вбивств серією, чи відноситься цей епізод до даної серії, якщо відноситься, то чим це можна підтвердити? Якщо зв'язок підтверджується, то на підставі вже наявних даних можна зробити певні висновки про подію, що відбулася і ухвалити процесуальне рішення про об'єднання кримінальних справ про вбивства в єдине провадження.

Викладене дає нам можливість сформулювати висновок про те, що серійні вбивства є сукупністю злочинів, локалізованих часом, простором і діями однієї і тієї ж особи або групи осіб для досягнення поставленої мети. Тому їх криміналістична характеристика містить інформацію, яка відтворює обстановку, що властива тільки серіям вбивств, вчинених певними особами, тим самим відрізняється від інших серійних злочинів, вчинених іншими особами.

ВІДНОВНЕ ПРАВОСУДДЯ В УКРАЇНСЬКОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Сегедін В.

Академія прокуратури України

Україна – європейська держава. І географічно, і ментально. Тому немає нездоланих перешкод до повноправного входження нашої держави у Європейський Союз. При цьому бажано не стукатися до сусідів з проханням прийняти нас у гості, а щоб постукалися у наші двері з відповідним запрошенням. Однією з умов щоб це стало реальністю є приведення нашого законодавства і правозастосовної практики у відповідність до загальноприйнятих у країнах Європейського Союзу норм. Якщо розібратися, то не так уже й далекі проблеми вітчизняного законодавства до тих, якими опікуються інші держави Європи, включаючи країни-члени ЄС. Зокрема мова йде про ефективність кримінального законодавства і відповідність його сучасним викликам.

Як відмічається вченими і практиками, кримінальний процес у класичних його вимірах не вирішує проблем, що породжуються вчиненням злочинів. Найбільш скривдженою стороною у кримінальному процесі є потерпілий. Державні органи залишається байдужими до його болів. При цьому вважається, що, засудивши правопорушника, держава, тим самим відновлює права потерпілого. Навіть у тих випадках, коли заявлені потерпілим у цивільному позові у кримінальній справі вимоги задовольняються, поза межами уваги суду, як правило, залишаються засоби і терміни виконання вироку у цій частині. І, в усякому разі, поза увагою суддів, прокурорів, слідчих залишається емоційна сфера сприйняття злочину потерпілим (відчуття незахищеності, образи, гніву). Як наслідок, навіть за умов найсприятливішого ходу розслідування і судового розгляду кримінальної справи, потерпілий не перестає відчувати себе незахищеною жертвою. Один відомий норвезький вчений Нильс Кристи, образно порівняв роль потерпілого у кримінальному судочинстві з роллю спускового гачка.

Не є виключенням і Українське кримінальне судочинство, яке не забезпечує повною мірою додержання гарантованих Конституцією прав, основних свобод та обов'язків людини і громадянина, та виконання проголошеного у статті 2 Кримінально-процесуального кодексу України завдання щодо охорони прав та законних інтересів осіб, які беруть у ньому участь. Тут також найбільш скривдженою стороною залишається потерпілий. Вважається, що, засудивши правопорушника, держава, тим самим відновлює права потерпілого. Але навіть у тих випадках, коли заявлені потерпілим у цивільному позові у кримінальній справі вимоги задовольняються, поза межами уваги суду, як правило, залишаються засоби і терміни виконання вироку у цій частині. І, в усякому разі, поза увагою суддів, прокурорів, слідчих залишається емоційна сфера сприйняття злочину потерпілим (відчуття незахищеності, образи, гніву). Як наслідок, навіть за умов найсприятливішого ходу розслідування і судового розгляду кримінальної справи, потерпілий не перестає відчувати себе незахищеною жертвою. З іншого боку кримінальний процес в Україні, як і у більшості країн світу, побудований таким чином, що держава зобов'язана доводити подію вчинення злочину, а справа правопорушника – захищатися від обвинувачення. Тому нерідко засуджений злочинець починає навіть вважати, що жертвою є він, а не потерпілий.

Яким же вбачається вирішення цих проблем?

Прагнучи виправлення зазначеного становища, засідання Ради Європи, що відбулось 15 – 16 жовтня 1999 р. у м. Тампере, дійшло висновків, що мінімальні стандарти судочинства повинні базуватися на захисті жертв злочинів, зокрема на їхньому праві на відшкодування шкоди, включаючи судові витрати, а також на необхідності створити державні програми з фінансування заходів, урядових та неурядових, які спрямовані на допомогу та захист жертв. Одним із шляхів розв'язання цього завдання визнано вироблення і впровадження у юридичну практику процедур відновного правосуддя. Головна ідея тут полягає у забезпеченні якнайкращого захисту прав потерпілого і суспільства в цілому шляхом проведення спеціальних процедур примирення порушника закону із жертвою цього порушення і повернення правопорушника до повноцінного суспільного життя через дійове каяття і добровільне залагодження заподіяної ним матеріальної і моральної шкоди.

Рада Європейського Союзу 15 березня 2001 року прийняла Основоположне рішення «Про місце жертв у кримінальному судочинстві» від № 2001/220/ІНА, яке передбачає, що кожна країна-учасниця

повинна намагатися сприяти медіації у кримінальних справах для правопорушень, які вона вважатиме відповідними для такого заходу (частина 1 статті 10). Медіація в кримінальних справах розуміється тут як пошук, до або під час кримінального судочинства, прийнятного рішення між жертвою та правопорушником за посередництвом компетентної особи. При цьому має гарантуватися, що будь-яка угода між жертвою та правопорушником досягнута під час такої медіації в кримінальних справах, може бути прийнята до уваги (частина 2 тієї ж статті). Наріжним каменем відновного правосуддя є процедура медіації. За визначенням Рекомендацій РЄ вона являє собою процес, у якому беруть участь сторони конфлікту, проводячи бесіди у присутності нейтральної та неупередженої особи – медіатора. Метою цих бесід є договір, на який погодилися б обидві сторони. Для країн-учасниць встановлено термін введення у дію законів, правил і адміністративних положень, необхідних для виконання положень статті 10 – до 22 березня 2006 року (стаття 17).

Видатні українські правознавці Костицький М.В. і Маляренко В.Т. також вбачають вирішення зазначених проблем кримінального судочинства в Україні у введенні примату прав людини в судове право, забезпечення рівності сторін у суді та посилення статусу потерпілого шляхом запровадження відновного правосуддя, що має на меті урівноваження інтересів жертви і суспільства з необхідністю соціальної реінтеграції злочинця за активної участі усіх сторін, втягнутих у процес правосуддя. Україна не має іншої перспективи ефективного і гармонійного розвитку суспільних відносин, а, отже, і правовідносин, ніж шлях, яким просуваються інші держави розвинутої демократії. У цьому контексті йдеться про впровадження відновного правосуддя. Ведучи розмову про відновне правосуддя в контексті правової політики в Україні, Костицький М.В. серед особливостей кримінальної і кримінально-процесуальної політики Української держави на даному етапі відзначає введення примату прав людини в судове право, забезпечення рівності сторін у суді та посилення статусу потерпілого. При цьому він зазначає, що традиції відновного правосуддя започатковані ще римським правом, мають в Україні більш ніж тисячолітню історію і були втрачені із запровадженням радянського права. Тож маємо глибоко і критично вивчати накопичений досвід такого розвитку і творчо пристосовувати його з урахуванням власних історичних особливостей і реалій сьогодення.

В основі відновного (від лат. *restitutio* – відновлення) правосуддя, лежить підхід, орієнтований на надання можливості сторонам конфлікту і громаді самим впоратися із наслідками злочину. Сутність його, як вона визначена американським кримінологом Говардом Зером, полягає у пошуку шляхів до того, щоб при повній повазі до влади закону і захисту прав людини, розширюючи можливості традиційного кримінального процесу, надати офіційному правосуддю відновного характеру за рахунок використання медіації, як способу вирішення кримінальних ситуацій, сприяючи, з одного боку, усуненню завданої потерпілому емоційної, матеріальної та фізичної шкоди, і, з другого боку, соціальній реінтеграції правопорушника, свідомому прийняттю ним відповідальності за скоєне.

Найбільше занепокоєння викликає стан злочинності серед неповнолітніх, яка сприймається як все більш актуальна проблема у країнах Європи, в той самий час саме щодо неповнолітніх правопорушників запровадження відновних процедур, як свідчить практика, приносять найбільший позитивний результат.

Сімнадцять років минуло з того часу, як Організація Об'єднаних націй прийняла Конвенцію про права дитини. Для України, як держави-учасниці, Конвенція набула чинності 27.09.1991. Згідно з нею Україна, беручи до уваги, що дитина, внаслідок її фізичної і розумової незрілості, потребує спеціальної охорони і піклування, включаючи належний правовий захист, погодилась на те, щоб вважати дитиною будь-яку людську істоту до досягнення 18-річного віку (стаття 1) і прийняла на себе зобов'язання забезпечити щоб кожна дитина, яка, як вважається, порушила кримінальне законодавство, чи обвинувачується в його порушенні, мала принаймні такі гарантії, як негайне і безпосереднє інформування її про обвинувачення проти неї, а у випадку необхідності, через її батьків, та одержання правової та іншої допомоги при підготовці та здійсненні свого захисту. Також визнано необхідною наявність таких заходів, як догляд, положення про опіку і нагляд, консультативні послуги, призначення випробного строку виховання, інших форм догляду, що замінюють догляд в установах, з метою забезпечення такого поводження з дитиною, яке забезпечувало б її добробут і відповідало її становищу та характеру злочину (стаття 40).

У свою чергу, Комітет Міністрів Ради Європи, відмічаючи зростаючу актуальність проблеми злочинності неповнолітніх в європейських країнах, 24 вересня 2003 року затвердив Рекомендацію Res (2003) 20 Державам-учасницям стосовно нових способів роботи зі злочинністю неповнолітніх та ролі правосуддя у справах неповнолітніх, згідно з якими основними цілями правосуддя у справах неповнолітніх і відповідних заходів для подолання злочинності неповнолітніх повинні бути «П.(1).(і)

Попередження злочинності та повторного вчинення злочинів; II.(1.)(ii.) Соціальна адаптація і повторна адаптація, інтеграція і реінтеграція правопорушників; II.(1.)(iii.) Піклування про інтереси і потреби жертв». Щодо нових підходів рекомендовано продовжувати розширення діапазону адекватних альтернатив офіційному судовому переслідуванню. Такі альтернативи повинні складати частину регулярної процедури, будуватися за принципом пропорційності, відображати інтереси неповнолітніх і, у принципі, застосовуватися тільки тоді, коли існує готовність прийняття відповідальності (III.7). При цьому робота з неповнолітніми правопорушниками повинні, наскільки це можливо, будуватися на наукових даних, що стосуються того, які саме підходи є ефективними, для яких категорій осіб і за яких обставин (II.5).

Програми примирення жертв і правопорушників з'явилися наприкінці 70-х рр. у США та на початку 80-х рр. в Європі. На даний час ці програми примирення успішно діють в Норвегії, Фінляндії, Великобританії, Австрії, Німеччині, Франції та закріплені на рівні національного законодавства. В Данії, Швеції, Нідерландах, Ірландії, Іспанії та Італії здійснено перші кроки у вигляді пілотних проектів. Протягом останніх років активізувався рух за впровадження програм примирення у Східній Європі, де особливої уваги заслуговує досвід Польщі, де після завершення експериментального періоду програми примирення (медіації) були впроваджені законодавчо.

Нині чинне кримінальне законодавство України (статті 46 Кримінального кодексу і 27 Кримінально-процесуального кодексу) надає суду можливість звільнити від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням з потерпілим особу, що вперше вчинила злочин невеликої тяжкості, а також у злочинах приватного обвинувачення. Однак, зі вступом прокурора у справу можливість її закриття за примиренням сторін відпадає. Отже, навіть не в усіх справах, що порушуються не інакше, як за скаргою потерпілого, останній є господарем становища у кримінальному процесі. Годі вже й казати про інші справи, участь в яких прокурора є обов'язковою (ст. 264 КПК). Це може стати однією з перешкод на шляху втілення відновного правосуддя. Інша проблема вбачається у тому, що чинне кримінальне законодавство, хоча і встановлює порядок закриття судом кримінальної справи у зв'язку з примиренням обвинуваченого, підсудного з потерпілим, однак не створює жодних умов для досягнення такого примирення.

Існуючий досвід країн, де відновне правосуддя запроваджено законодавчо, свідчить про необхідність, за клопотанням зацікавлених осіб, тимчасово зупинити перебіг процесуальних строків на певний час для проведення процедури медіації. В Україні також напрацьовується певний досвід окремими вітчизняними судами (Дарницького м. Києва, Дергачівського Харківської області, Красногвардійського Автономної Республіки Крим тощо), які намагаються впроваджувати елементи відновного правосуддя у рамках чинного процесуального законодавства.

Наразі очевидно, що для запровадження відновного правосуддя необхідно законодавчо вирішити низку кардинальних питань. Зокрема: визначити умови, що сприятимуть здійсненню процедури примирення; ввести у кримінальний процес поняття медіатора (посередника) і визначити умови їхнього допуску до процедури примирення; визначити стадії кримінального процесу і порядок ініціювання процедури примирення, коло посадових осіб що наділятимуться повноваженнями передавати матеріали справи на медіацію; окреслити обсяг такої інформації; законодавчо визначити оформлення результатів процедури примирення та її правові наслідки, в залежності від виду злочину і особи правопорушника тощо.

Що стосується прокурора, то за чинним законодавством він, з огляду на положення частини четвертої статті 27 КПК, є перпоною на шляху запровадження відновних процедур. Зміни у законодавстві, направлені на впровадження відновних процедур у вітчизняний кримінальний процес, мають перетворити прокурора на їх провідника. Виходячи із загальної процесуальної ролі прокурора на досудовому слідстві можна дійти висновку, що саме йому має належати прерогатива вирішення або погодження питань, пов'язаних із застосуванням відновних процедур на досудових стадіях провадження у кримінальних справах. Але для забезпечення ефективності і сталості змін до процесуального законодавства, їм має передувати велика дослідницька робота і наукове осмислення існуючої практики.

**ЗМІСТ ПРИНЦИПУ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ЕКОНОМІЇ У
КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ***Сопронок І.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Дослідженню принципів кримінального судочинства в юридичній літературі завжди приділялась велика увага вчених. Тим не менше залишаються відкритими для розгляду питання, щодо яких серед науковців немає єдиної точки зору. Насамперед це стосується проблеми змісту принципу процесуальної економії у кримінальному процесі, оскільки внаслідок неоднозначного та неправильного розуміння даного поняття лише невелике коло науковців відносять його до категорії принципів.

Інтерпретація змісту самого поняття «процесуальна економія» у різні часи здійснювалась під різними кутами зору. Одним з перших, хто звернув увагу на важливість процесуальної економії у кримінальному судочинстві, був І.Я. Фойницький, який зазначав, що «процес, крім моральної сторони, яка полягає у його спрямуванні до правильного вирішення справи, має основу матеріальну, економічну; як інститут практичного життя, він повинен співпадати з передбаченими засобами держави, і під час його побудови досить важливо дотримуватись економії часу, особистих сил та грошових витрат».

За радянських часів з'ясуванню правової природи та змісту процесуальної економії приділялась незначна увага науковців. Здебільшого дане питання обговорювалось в рамках дискусії щодо єдності та диференціації кримінально-процесуальної форми. При цьому це здійснювалось шляхом порівняння процесуальної економії з швидкістю кримінального процесу без детального тлумачення змісту даних положень. Так, на думку А.П. Гуляєва, Р.Х. Якупова, вимога процесуальної економії впливає з принципу швидкості процесу, є похідною від нього, а тому й не може визнаватись принципом кримінального процесу.

Згідно з іншою позицією, якої дотримується В.М. Савицький, процесуальна економія – більш широке поняття, ніж швидкість, і може бути віднесена до категорії принципів кримінального процесу, проте із застереженням, що економити за рахунок якості правосуддя не можна.

Незважаючи на те, що важко зробити висновок, який зміст вкладається даними авторами у поняття «процесуальна економія», слід частково підтримати останню позицію з наступних міркувань.

По-перше, швидкість за своєю суттю є якісною характеристикою лише часових властивостей правових та інших явищ; поняття ж «економія» означає «бережливість, ощадливість у витрачанні чого-небудь». Отже, процесуальна економія стосується не лише раціонального, бережливого витрачання часу у кримінальному процесі, а й процесуальних засобів та сил, а тому зміст даного принципу поглинає принцип швидкості.

По-друге, принцип процесуальної економії аж ніяк не передбачає економію за рахунок якості правосуддя. Не може йтись про скорочення часу провадження, зменшення затрат за рахунок неповноти та односторонності дослідження доказів, провадження необхідних процесуальних дій, оскільки такі дії призводять не до раціоналізації, пришвидшення та здешевлення процесу, а, навпаки, до слідчих та судових помилок, що своєю чергою тягне за собою додатковий час, витрати в результаті повернення справи на додаткове розслідування, перегляду та скасування вироку суду, відшкодування заподіяних збитків в результаті незаконного затримання, тримання під вартою, засудження і т.д. Процесуальна економія не може суперечити винесенню законного і обґрунтованого вироку, оскільки процесуальна економія – для досягнення істини, а не відмова від істини в цілях процесуальної економії. Більше того, процесуальна економія не повинна виключати можливості застосування додаткових процесуальних гарантій, ускладнених процесуальних форм, якщо того вимагають обставини конкретної кримінальної справи та інтереси правосуддя.

Сьогодні даний принцип кримінального судочинства не має безпосереднього текстуального закріплення у законодавстві; його зміст впливає з цілого ряду норм, які безпосередньо визначають порядок кримінально-процесуальної діяльності. Так, вимога процесуальної економії знаходить свій вияв у нормах, які визначають крайні строки здійснення відповідних процесуальних дій на всіх стадіях

кримінального процесу; порядок об'єднання і виділення справ; порядок виконання окремих доручень на проведення слідчих та судових дій (ст.118, 315-1 КПК України); порядок допиту свідків, експерта або спеціаліста, потерпілого, цивільного позивача або їх представників, які з'явилися в судові засідання у разі винесення ухвали (постанови) судом про відкладення розгляду справи (ст.292-1 КПК України); порядок визначення обсягу дослідження доказів, який дозволяє суду, якщо проти цього не заперечують учасники судового розгляду, визнати недоцільним дослідження доказів стосовно тих фактичних обставин та розміру цивільного позову, які ніким не оспорується (ст. 299 КПК України); наслідки неявки прокурора, потерпілого, підсудного, захисника, свідків, експерта в судові засідання та їх відповідальність за злісне ухилення від явки до суду (ст.ст. 288-290 КПК України) та інш. Реалізація даних положень сприяє правильній організації досудового слідства та судового процесу, запобігає затягуванню розгляду та створює сприятливі умови для швидкого і якісного розслідування і вирішення кримінальної справи.

Зміст принципу процесуальної економії також можна простежити через механізм його реалізації у кримінальному процесі. З однієї сторони процес повинен будуватись найбільш раціональним чином з метою виконання завдань судочинства з найменшими затратами часу, сил, та коштів з одночасним забезпеченням правильного застосування закону. В цьому випадку даний принцип звернений до законодавця, який повинен його дотримуватись під час прийняття норм, що закріплюють нові кримінально-процесуальні форми, змінюють чи скасовують їх. З іншої ж сторони, дана вимога звернена і до учасників кримінального процесу, які в своїй діяльності повинні найбільш повно і раціонально використовувати процесуальні засоби.

Отже, принцип процесуальної економії у кримінальному судочинстві, полягає у забезпеченні раціонального підходу до побудови і здійснення кримінального судочинства з метою швидкого і повного розкриття злочинів, викриття винних і притягнення їх до відповідальності з мінімальними затратами сил, засобів і часу учасників кримінально-процесуальної діяльності з одночасним забезпеченням правильного застосування кримінально-процесуального законодавства.

**СУДОВО-МЕДИЧНА ЕКСПЕРТИЗА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ:
ТЕОРЕТИЧНИЙ АСПЕКТ****Стеценко В.***Українська академія бізнесу та підприємництва, м. Київ*

Провідну роль середі усіх форм використання спеціальних знань грає судова експертиза. Необхідність її застосування виникає тоді, коли інші форми залучення знаючих осіб в кримінальний процес виявляються недостатніми. Широке використання судової експертизи в кримінальному процесі обумовлено різними факторами. Це і необхідність об'єктивізації процесу доказування, і ріст злочинності, видозмінювання її структури, посилення протидії розслідуванню з боку організованих злочинних груп. Крім того, інтенсивний розвиток наукових знань дає можливість використання в доказуванні усе нових і нових досягнень сучасної науки.

Судова експертиза є одним з унікальних способів одержання цінної доказової інформації, котра сприяє установленню істини в справі. Вона значно поширює пізнавальні можливості слідчого, дозволяє використовувати у ході розслідування весь арсенал сучасних можливостей науки. По статистиці експертиза зараз проводиться майже по кожній другій кримінальній справі. При цьому судово-медична експертиза займає одне з провідних місць серед усіх інших експертиз.

Це обумовлено тем, що в переважній більшості випадків висновок судово-медичних експертиз у сукупності з іншими доказами використовується для висунування слідчих версій, визнання загального напрямку досудового слідства (провадження додаткових слідчих дій, спростування доводів обвинуваченого та інше), а також лягають в основу слідчих висновків.

Важливість судово-медичної експертизи визначає також той факт, що висновок експерта у ряді випадків необхідний для встановлення обставин, на основі котрих проводиться кримінально-правова характеристика події злочину. Крім того, судово-медична експертиза відіграє величезну роль в процесі доказування причинного зв'язку між діями і шкідливими наслідками у процесі вчинення злочину проти людини.

Але, незважаючи на те, що судово-медична експертиза займає провідне місце серед усіх експертиз, що призначаються, і торкається найважливіших інтересів людини (життя, здоров'я та інші), достатньої теоретико-правової розробки вона не получила. На жаль, даний клас експертизи аналізувався головним чином представниками медичної науки (переважно з точки зору методики її провадження).

В кримінально-процесуальній літературі судову експертизу в основному визначають як юридично значиме діяння, котре здійснюється:

а) по спеціальному завданню уповноважених на це органів та осіб у зв'язку з необхідністю використання в кримінальному процесі спеціальних пізнань;

б) у процесуальній формі;

в) спеціальним суб'єктом – експертом;

г) зводиться до дослідження представлених об'єктів з метою встановлення обставин, котрі мають значення у справі;

г) при правових гарантіях, здатних забезпечити доброякісність дослідження, істинність його результатів та забезпечення законних інтересів учасників процесу;

д) котре завершується складанням експертного висновку (або відмови від нього).

Чинне кримінально-процесуальне законодавство не розкриває поняття “судова експертиза”. А згідно із Законом України від 25 лютого 1994 року «Про судову експертизу», судова експертиза – це дослідження експертом на основі спеціальних знань матеріальних об'єктів, явищ і процесів, які містять інформацію про обставини справи, що перебуває у провадженні органів дізнання, досудового та судового слідства.

Визначення ж поняття «судово-медична експертиза» ми не знайдемо ні в вищезазначеному Законі «Про судову експертизу», ні в Інструкції Міністерства охорони здоров'я України «Про проведення судово-медичної експертизи» від 17 січня 1995 року, ні в численних Правилах проведення окремих видів експертиз.

Інструкції Міністерства охорони здоров'я України «Про проведення судово-медичної експертизи» тільки вказує, що судово-медична експертиза проводиться з метою дослідження на

підставі спеціальних знань матеріальних об'єктів, що містять інформацію про обставини справи, яка перебуває в провадженні органів дізнання, слідчого, прокурора чи суду.

На наш погляд, під судово-медичною експертизою в кримінальному процесі слід розуміти науково-практичне дослідження, котре здійснюється за постановою органів слідства або за ухвалою суду судово-медичним експертом і включає вирішення медичних і деяких біологічних питань, виникаючих у процесі розслідування, з метою сприяння у встановленні обставин, котрі підлягають доказуванню по конкретній справі.

Дане визначення дає правильне уявлення про природу судово-медичної експертизи, допомагає розмежувати її від інших форм використання спеціальних медичних знань у кримінальному процесі. Воно містить такі суттєві риси судово-медичної експертизи, як:

- її регламентація кримінально-процесуальним законом;
- наявності дослідження, здійснюваного у зв'язку з виникненням необхідності застосування спеціальних медичних і деяких біологічних знань;
- проведення цього дослідження особою, призначеною в установленому законом порядку судово-медичним експертом.

Крім того, судово-медична експертиза є не просто дослідженням, а урегульованим законом процесуальним діянням, котре, в свою чергу, складається із дослідження й експертного висновку (відмови від нього). Дійсно, адже згідно зі чинним кримінально-процесуальними законодавством, поняття “провадження експертизи” крім експертного дослідження включає у себе:

- процес призначення експертизи;
- ознайомлення осіб, вказаних в КПК України з постановою про призначення експертизи і роз'яснення їх прав;
- в необхідних випадках одержання зразків для порівняльного дослідження;
- надання експертного висновку;
- пред'явлення особам, вказаним в КПК України, експертного висновку.

Таким чином, представляється правильним не зводити поняття судово-медичної експертизи до одного процесу дослідження, а розглядати його ширше, – як здійснювана в процесуальній формі дія. Як раз такий підхід підкреслює процесуальні гарантії забезпечення прав та інтересів осіб, котрі приймають участь в кримінальному процесі при провадженні експертизи.

Об'єктом судової експертизи звичайно називають джерела інформації для експерта, котрі мають визначений процесуальний статус. Розглянувши об'єкт експертизи, зазначають найбільш важливі його характеристики:

- а) об'єктом може бути будь-яка річ, процес, явище, будь-який фрагмент реальної дійсності;
- б) об'єкт тісно пов'язаний з предметом пізнання;
- в) об'єкт відтворюється в мисленні суб'єкта.

Виходячи із цього, об'єктами судово-медичної експертизи можна вважати:

- трупи (їх частини);
- живих осіб;
- речові докази (предмети із слідами біологічного походження або самі сліди, а також травмуючі предмети або агресивні речовини).

Іншими словами, можна вважати, що до об'єктів експертизи відносяться фактор пошкодження та його сліди, а також людина, її сліди та відображення. Деякі автори виділяють самостійний об'єкт експертизи – матеріали справи.

Але ці об'єкти можуть бути й об'єктами інших експертиз. Наприклад, людина може бути об'єктом судово-психіатричної, криміналістичної (дослідження динамічних стереотипів, виражених в ході тощо) експертизи. В цих випадках для розмежування експертиз визначальну роль відіграє їх предмет. Предмет судової експертизи це її найважливіша індивідуалізуюча характеристика. Відносно поняття предмета судової експертизи в процесуальній літературі домінує практично єдина думка – під ним розуміють фактичні дані (обставини), котрі мають значення для справи, які встановлює експерт в результаті дослідження на основі спеціальних знань.

Таким чином, *предметом судово-медичної експертизи* є медичні та медико-біологічні питання, виникаючі у процесі провадження дізнання, досудового слідства та судового розгляду. При цьому, із числа питань біологічного характеру вирішуються лише ті, котрі безпосередньо пов'язані з життєдіяльністю та функціями організму людини (дослідження крові, виділення тіла людини тощо).

**ЗНАЧЕННЯ ПОКАЗАНЬ ЗАСУДЖЕНОГО (ВИПРАВДАНОГО) В
КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ***Стрельбіцька Л.**Острозька академія*

Процес розслідування кримінальної справи передбачає використання слідчим, органом дізнання, прокурором чи судом різноманітних процесуальних способів для збирання відповідних даних, що мають значення по даній справі, та для встановлення істини. Найбільш поширеним серед них являється допит як спосіб отримання інформації, який має важливе доказове значення. Тому є цілком закономірним інтерес багатьох вчених та практиків до проблеми з'ясування суті та ролі показань в системі доказів кримінально-процесуального права. Даній темі були присвячені роботи відомих вчених таких як, В.М. Тертишника, С.М. Стахівського, В.О. Попелюшка, М.М. Михеєнка та багатьох інших.

Відповідно до положення статті 65 Кримінально-процесуального кодексу України визначений виключний перелік джерел доказів, ними є: показання свідка, показання потерпілого, показання підозрюваного, показання обвинуваченого, висновок експерта, речові докази, протоколи судових і слідчих дій, протоколи з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів, та іншими документами. Проте, законодавець не включив в систему джерел доказів показання підсудного та засудженого (виправданого), що з іншої позиції є суперечливим моментом. У запропонованій класифікації суб'єктів кримінального процесу на: 1) державні органи та посадові особи, які ведуть кримінальний процес; 2) учасники кримінального процесу; 3) інші учасники кримінального процесу, безпосередньо до учасників належать підозрюваний, обвинувачений, підсудний, захисник, потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач, представники потерпілого, позивача та відповідача. Вочевидь, до даного виду суб'єктів слід включити і засудженого (виправданого). Тим самим, визнавши підсудного, засудженого (виправданого) повноправними учасниками кримінально-процесуальних відносин, законодавець не дав чіткого поняття показань даних осіб, не визначив предмет їх показань.

Так як правове становище суб'єктів кримінального процесу не однакове і оскільки воно формується на основі соціального зв'язку особи з вчиненим злочином, правової природи їх участі у справі та змісту діяльності, тому процесуальний статус учасників суттєво відрізняється один від одного і в жодному випадку правосуб'єктність обвинуваченого чи підсудного не буде дублюватись із статусом засудженого.

Особа може перебувати в статусі підсудного лише під час розгляду кримінальної справи в судах першої інстанції і предметом його показань являються обставини, що становлять зміст пред'явленого обвинувачення, які він може підтверджувати чи спростовувати. Крім того, допит підсудного проводиться щодо обставин його особи, взаємовідносин з іншими підсудними, потерпілими, свідками, що може мати значення для оцінки їх показань, тим паче що давання показань – право, а не обов'язок підсудного.

Щодо засудженого, то в кримінально-процесуальному законодавстві відсутнє як саме поняття даного суб'єкта кримінально-процесуальних відносин так і чітка регламентація його правового статусу. Здебільшого дана проблематика висвітлена в кримінально-виконавчому законодавстві у розділі 2 Кримінально-виконавчого кодексу України. В кримінальному процесі засудженим визнається підсудний, щодо якого під час судового розгляду кримінальної справи винесений обвинувальний вирок.

Розвиваючи тему більш детально, зосередимо увагу на положеннях кримінально-процесуальних норм якими регулюється “право засудженого на дачу пояснень та показань”, та їх правове значення в системі доказів кримінального процесу.

Суд апеляційної та касаційної інстанції може визнати необхідним проведення судового слідства в повному обсязі чи частково, коли є підстави вважати, що судове слідство судом першої інстанції було проведено неповно чи однобічно. Судове слідство в апеляційному та касаційному суді полягає в безпосередньому дослідженні доказів, зокрема суд допитує засудженого чи виправданого,

потерпілого, й свідків, проводить інші дії за правилами ст. 257 КПК. Крім того під час розгляду справи в судах апеляційного та касаційного провадження засуджений та інші учасники процесу мають право подати на розгляд даних судів “нові матеріали”, але головною вимогою при цьому є те, щоб дані матеріали не були зібрані процесуальним шляхом. Отже, в разі проведення судового слідства в судах апеляційної та касаційної інстанції, під час якого дотримуються визначені законодавчо чіткі межі збирання процесуальних доказів, то “пояснення” засудженого набувають силу показань і виступають як докази по даній справі. Коли ж судове слідство в апеляційній та касаційній інстанції не проводиться, то викладені засудженим обставини не будуть являтися показанням, а носитимуть характер пояснень, так само як і пояснення інших учасників. Хоча пояснення засудженого, згідно чинного законодавства не є джерелом доказів, але на практиці вони перевіряються та оцінюються судом так само як і інші докази.

На стадії виконання вироку, за твердженням В.М. Тертишника, засудженому належать усі процесуальні права, в тому числі подавати докази та просити суд про приєднання до справи документів, передбачені ст. 263 КПК, тобто права, які надаються підсудному під час судового розгляду кримінальної справи. Фактично автор пропонує застосувати аналогію закону, адже така рівність прав цих двох суб'єктів в КПК прямо не передбачена. Можливо, на даному етапі це єдиний спосіб забезпечити права та законні інтереси засудженого, проте не слід забувати, що процесуальні статуси підсудного під час судового розгляду та засудженого під час виконання вироку принципово відрізняються і застосування аналогії може призвести ще до більших суперечностей.

Недоліком чинного Кримінально-процесуального кодексу України в стадії виконання вироку є положення ст.410 про тимчасове залишення в слідчому ізоляторі на гауптвахті Військової служби правопорядку Збройних Сил України засудженого до позбавлення волі з відбуванням покарання в установі виконання покарань, дисциплінарному батальйоні, а також про тимчасове переведення засудженого з установи виконання покарань в слідчий ізолятор на гауптвахту Військової служби правопорядку у Збройних Силах України при необхідності провадження слідчих дій справі про злочин, вчинений іншою особою. Таким чином, ми спостерігаємо тимчасове і в той же самий час одночасне перебування засудженого в подвійному статусі, в якості свідка та засудженого. Таке становище даного суб'єкта є невідповідним з позиції того, що одним із основних обов'язків свідка являється дача правдивих показань і у випадку дачі ним завідомо неправдивих показань для нього може виникнути небезпека бути притягнутим до кримінальної відповідальності за вказане діяння. В даному випадку предметом показань засудженого виступають відомості про обставини справи і дії своїх співучасників, що може суттєво обтяжити його становище. Крім того співучасник, з приводу дій якого ведеться процес, свою участь у справі може використати для встановлення обставин, що обтяжують у порівнянні з винесеним вироком, становище вже засуджених співучасників. Останні повинні мати можливість захищатись шляхом участі в допиті цього співучасника, в дослідженні інших доказів, порушень клопотань. Проте, у свідка таких прав немає. Таким чином, становище свідка не гарантує захист інтересів співучасника, який є засудженим. Тому в даному випадку є найбільш слушною думка В.О. Попелюшка, що положення ст. 410 КПК жодного стосунку до стадії виконання вироку щодо засудженого не мають. Це є більш характерним для процесу розслідування кримінальної справи. Засуджений до позбавлення волі у розглядуваних випадках, у справі про злочин, вчинений іншою особою, не перебуває у статусі засудженого. Слушною є також думка М.М. Михеєнка, який вказував, що є доцільним закріпити в законі в якості самостійного джерела доказів показання засудженого, а також прямо передбачити право суду допитувати свідків в стадії виконання вироку.

Виходячи із зазначеного, можна зробити відповідні висновки, що в кримінально-процесуальному праві повністю відсутнє поняття засудженого як суб'єкта процесуальних відносин, не регламентований порядок та особливості допиту даної особи на стадіях апеляційного, касаційного провадження, а також на стадії виконання вироку. Наявна прогалина в законодавстві щодо поняття та предмету показань засудженого в кримінальному процесі. Виходячи із наявної ситуації, необхідно внести зміни до Кримінально-процесуального кодексу України в якому чітко визначити правовий статус засудженого в кримінальному процесі і запропонувати включити показання засудженого (виправданого) до переліку джерел доказів.

ПСИХОЛОГІЯ ЖЕРТВИ ЗЛОЧИНУ

Федорчук Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Будь-яка наука розвивається, якщо рухається вперед: аналізуються та досліджуються нові факти і явища оточуючого світу, соціуму, держави. Нова ж інформація в науку поступає не звідки не-будь, а саме з практики.

В даних тезах хотілося б дещо свіжо подивитися на деякі аспекти юридичної психології як науки. На нашу думку, та структура юридичної психології, яка виділяється і підтримується абсолютною більшістю науковців на сьогоднішній день, а це поділ її на «правову психологію», «кримінальну психологію», «психологію кримінального судочинства», «пенітенціарну психологію», «психологію цивільно-правового регулювання» (за Єнікєєвим М.І.) з невеликими відхиленнями від даного структурування не відповідає сучасним реаліям суспільства.

Насамперед і головне, юридична психологія не враховує інтереси потерпілих від злочину. В даних міркуваннях виходимо з того, що в часи заснування та динамічного розвитку науки «Юридична психологія» з кінця 19-го століття і до початку 70-х років суттєву увагу отримав злочинець: безліч праць присвячувалось психологічним особливостям злочинців, засуджених, психологічним основам винуватості тощо. Це було зумовлено загальним зміщенням акценту в бік розшуку і обвинувачення, покарання і виправлення засуджених до позбавлення волі. Роль жертви злочину у кримінальному судочинстві і, відповідно, у юридичній психології була зведена лише до одного із свідків.

Кримінальне судочинство поступово змінюється в бік захисту прав потерпілого від злочину. Не секрет, що на Заході дослідження щодо проблем ролі і статусу жертв злочину в кримінальному судочинстві починаючи з кінця 60-х років минулого століття наголошували на необхідності реформувати кримінальне судочинство. Наука кримінального судочинства в Україні за останні 10 років збагатилася великою кількістю праць, якими вивчається проблема захисту прав та інтересів потерпілого від злочину, обговорюється необхідність зміщення акцентів в сторону захисту прав жертв. В кримінології окремим розділом «Віктимологія» досліджується проблематика жертв злочину. Однак «Юридична психологія» ніяким чином не «реагує» на ці зміни. Багато положень її залишилися шаблонними і буквально переносяться з одного посібника в інший без адаптації до існуючої реальності. До сьогоднішнього дня підручники з юридичної психології об'ємом у 501 сторінку присвячують проблемам психології жертв злочину 3 сторінки, а деякі не містять й цього.

На нашу думку проблема психології жертви злочину повинна знайти гідне вирішення у науці юридичної психології. Це могло б бути реалізовано через введення окремого структурного підрозділу цієї науки, присвяченому цьому питанню, шляхом винесення цих питань для вивчення на практичні заняття.

Оскільки поведінка жертви злочину (після вчинення проти неї злочину) в великій мірі, а то й повністю, залежатиме від її *потреб* і, відповідно, *інтересів*, необхідно визначити ті площини, в яких лежать дані потреби. Достатньо ґрунтовне розуміння, для прикладу, слідчим цих потреб дасть можливість спрогнозувати поведінку потерпілого та при задоволенні інтересів жертви – розраховувати на її співпрацю з правоохоронними органами.

Отож, як показують результати досліджень у галузі соціології права, потреби/інтереси жертв злочину включають:

- всебічне інформування про рух справи та остаточне рішення по справі;
- ввічливе і шанобливе ставлення;
- покриття матеріальної шкоди;
- відновлення психологічного балансу та вибачення правопорушника;
- менш офіційний процес;
- ширша участь у розгляді і вирішенні справи.

Інший важливий аспект психології жертви – процедурний. На наше переконання, психологію будь-якої жертви можна зобразити наступним чином:



Психологія особи до вчинення проти неї злочину формується на основі інформації про злочини та злочинців, отриманої з найрізноманітніших джерел, наприклад, з повідомлень на радіо і телебаченні, з освітніх програм та семінарів, газетних та журнальних статей, від знайомих і близьких людей і т.п..

Психологія особи після вчинення проти неї злочину в близькій перспективі може включати всю різноманітність наслідків психологічного характеру, як от, тривога, стрес, афект. При завданні тілесних ушкоджень також паморочні стани свідомості, амнестичні синдроми.

Психологія особи після вчинення проти неї злочину в далекій перспективі може включати важкі та відносно легкі наслідки. Серед важких, які можуть мати місце після ушкоджень головного мозку, виділяють посттравматичну психопатизацію (пост-травматичні зміни характеру), травматичну енцефалопатію, травматичну епілепсію (після ушкодження головного мозку). До психічних захворювань, не пов'язаними з ушкодженнями мозку, можна віднести пост-травматичний стресовий розлад та депресію.

Крім того, вчинення проти особи злочину може потягти за собою зміни у психологічних реакціях на певні життєві ситуації та відповідно вплинути на зміну поведінки особи у побуті і повсякденному житті. І тут не має значення чи було заявлено про злочин у правоохоронні органи, чи ні, була особа визнана потерпілим, чи ні: дані наслідки настають незалежно від цих формальних ознак. Більше того, дані психологічні захисні реакції вибудовуються у кожної людини окремо, і завдання юридичних психологів в даному випадку буде надати пересічним громадянам, які є потенційними жертвами злочину, необхідну інформацію про те, як поводитися у випадках вчинення проти них злочину, які психологічні інструменти використовувати для подолання агресії правопорушника тощо.

Більшість психологічних реакцій мають наслідком страх та зміну стилю життя особи, на яку було вчинено посягання. Демографічні фактори, серед яких вік і стать є ключовими детермінантами страху. Зокрема, жінки мають більші страхи щодо ризику стати жертвою злочину, а найбільш вразливими до страху перед злочинцем є старші жінки. В результаті страху вчинення проти особи злочину близько двох третин опитаних вказують на це як на причину не виходити з дому пізно ввечері. Страх стати жертвою злочину змушує людей обмежувати свободу в пересуванні, виробляти стратегії уникнення загрози потенційних порушень (виходячи лише в компанії з іншими, уникаючи тісняви у громадському транспорті і т.п.).

Таким чином, ряд психологічних особливостей осіб, як стали жертвами злочину або є потенційними жертвами, можуть бути предметом дослідження юридичної психології з метою вироблення практичних рекомендацій щодо інформування слідчих про необхідність забезпечення надання жертвам психологічної та емоційної підтримки як безпосередньо після вчинення злочину, так і в дальшій перспективі, а також для уникнення загроз вчинення злочинів проти пересічних громадян – потенційних жертв злочинів.

**ОБОВ'ЯЗОК ДОКАЗУВАННЯ І ЙОГО ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ
ЗМАГАЛЬНОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ****Яворський Б.***Львівський національний університет імені Івана Франка*

1. Конституція України встановлює гарантії недоторканності та захищеності особи. У ст. 62 Основного закону закріплено принцип презумпції невинуватості, відповідно до якого особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду. Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину.

Важливим проявом принципу презумпції невинуватості є правило про розподіл між стороною обвинувачення та стороною захисту обов'язку доказування, яке полягає в тому, що обов'язок доказування лежить на обвинувачеві. Тому для того, щоб обвинувальна версія була прийнята і був винесений обвинувальний вирок суду, винуватість особи повинна бути позитивно доказана. Що ж стосується версії захисту, то в силу дії принципу презумпції невинуватості і правила про розподіл обов'язку доказування, для того, щоб вона була покладена в основу вироку, не є обов'язковою її доказаність. Обвинувачений у кримінальному процесі, коли щось і стверджує, то не зобов'язаний його доказувати. Ця вимога стосується лише обвинувача. Від такого обов'язку обвинуваченого звільняє принцип презумпції невинуватості і правило про розподіл обов'язку доказування.

2. Закон забороняє перекладати обов'язок доказування на підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного. Перекладати обов'язок доказування на обвинуваченого – значить покладати на нього обов'язок доказувати свою невинуватість, а це недопустимо: не обвинувачений повинен доказувати, що він не винуватий, а ті, хто його обвинувачують, повинні позитивно доказати його винуватість (М.С. Строгович).

Хоча у сучасній юридичній літературі практично не зустрічається протилежних позицій, однак, у радянський період вони висловлювалися (А.Я. Вишенський, О.Ф. Кістяківський, І.І. Малхазов, Н.Н. Полянський та ін.). Звичайно, не важко помітити, що покладення обов'язку доказування на обвинуваченого значно спростило б завдання сторони обвинувачення, але, одночасно, воно могло б стати фатальним для обвинуваченого, якщо йому не вдалося його виконати. Як правильно було відзначено у процесуальній літературі (А.М. Ларін, І.В. Рогатюк), покладення на обвинуваченого обов'язку доказування неприйнятне, оскільки при цьому зміщується предмет пізнання. Центральне питання кримінального процесу – винний обвинувачений чи ні? – підмінюється іншим питанням: чи виконав він обов'язок доказування? З суто правового погляду перенесення обов'язку доказування ставить рішення суду в залежність від того, зміг чи не зміг, захотів чи не захотів обвинувачений справитися з цим завданням. Зрозуміло, що такий підхід не сумісний із завданнями кримінального процесу. Тому ненадання обвинуваченим доказів своєї невинуватості не може розглядатися як доказ його винуватості.

3. У кримінальному процесі доказування розглядають, як правило, у двох аспектах: доказування як дослідження фактичних обставин справи, що полягає у діяльності відповідних органів і осіб, спрямованої на збирання, перевірку та оцінку доказів та їх джерел, і доказування як логічне й процесуальне обґрунтування певної тези, твердження, висновків, рішення у справі. Думки вчених щодо того, що ж слід розуміти під обов'язком доказуванням, розділилися. Одні вважають, що це є обов'язок особи, яка веде дізнання, слідчого, прокурора обґрунтувати певну тезу, твердження, висновок, рішення у справі (О.Ф. Кістяківський, А.М. Ларін, М.С. Строгович, В.М. Савицький, М. Костін та ін.). Інші наводять аргументи, про те, що під обов'язком доказування слід розуміти обов'язок відповідних органів і осіб збирати, перевіряти та оцінювати докази (І.Л.Петрухін, Д.С. Карев, М.В. Жогін, П.А. Лупінська та ін.).

Системний аналіз норм КПК дає підстави стверджувати, що обов'язок доказування не можна зводити тільки до обов'язку обґрунтувати певну тезу, твердження, висновок, рішення у справі, тобто до суто розумової діяльності особи, яка його здійснює, оскільки у ньому існують норми, що зобов'язують до вчинення практичних дій. Так, наприклад, ст.76 КПК передбачає випадки, коли потрібно обов'язково призначити експертизу, а ст.143 КПК вказує, що слідчий зобов'язаний допитати

обвинуваченого негайно після його явки або приводу і в усякому разі не пізніше доби після пред'явлення йому обвинувачення. Тому, на нашу думку, під обов'язком доказування слід розуміти обов'язок відповідних органів і осіб збирати, перевіряти та оцінювати докази. Обґрунтування ж твердження чи тези буде здійснюватися при виконанні одного з елементів процесу доказування – оцінці доказів.

4. Із завдань кримінального судочинства та обов'язку прокурора, слідчого і особи, що проводить дізнання, вжити всіх передбачених законом заходів для всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи, виявити, як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують і обтяжують його відповідальність, закріплених відповідно у ст. 2 та ч.1 ст.22 КПК, видно, що основною метою діяльності вище зазначених осіб повинно бути не просто обвинувачення особи, а обвинувачення тільки за умови, якщо є достатні підстави вважати, що саме ця особа вчинила злочин. Крім того, згідно ч.3 ст.264 КПК, коли в результаті судового розгляду прокурор прийде до переконання, що дані судового слідства не підтверджують пред'явленого підсудному обвинувачення, він повинен відмовитися від обвинувачення і у своїй постанові викласти мотиви відмови. Тому, на нашу думку, правильно говорити, що перелічені вище особи несуть не просто обов'язок доказування винуватості особи, як зустрічається інколи у літературі, а обов'язок доказування взагалі – як винуватості, так і невинуватості.

5. У цивільному процесі не діє презумпція аналогічна презумпції невинуватості і тому питання про обов'язок доказування тут вирішується інакше: кожна сторона повинна довести ті обставини, на які вона покликається як на основу своїх вимог і заперечень. У кримінальному ж процесі покладення обов'язку доказування тільки на одну сторону – сторону обвинувачення – зумовлене рядом його особливостей (органи досудового розслідування та прокурор наділені владними повноваженнями для розслідування справи; вони мають право застосовувати заходи процесуального примусу; їм належить виключне право проводити слідчі дії тощо), в силу яких сторона захисту не має і не може мати таких можливостей, як сторона, що обвинувачує. А оскільки змагальність завжди передбачає боротьбу сторін, захист повинен бути забезпечений (наділений) такими законними засобами, щоб мати змогу на рівних виступати (змагатися) із обвинуваченням, в протилежному ж випадку змагання втратить зміст. Таким чином, з метою забезпечення змагальності процесу, законодавець змушений покласти обов'язок доказування на особу, що проводить дізнання, слідчого та прокурора.

6. Після внесення змін до ст. ст.22, 260, 261, 282 КПК 21.06.2006 р., законодавець виключив суд із кола суб'єктів, на яких покладається обов'язок доказування, оскільки в умовах змагального судочинства це суперечило розумінню і принципам здійснення правосуддя. Як відзначає А.Р. Белкін: „Суд стоїть над сторонами в процесі, він судить, а не доказує, йому на стадії судового слідства належить тільки функція дослідження і оцінки наданих сторонами доказів. Але реалізація цієї функції ще не означає участі у доказуванні у повному об'ємі, оскільки суд не повинен збирати докази, тобто формувати доказову базу обвинувачення і захисту”. Безперечно, у сучасному змагальному процесі орган правосуддя не повинен бути пасивним. Більшість судових слідчих дій мають проводитися за вимогою сторін, а ініціатива суду повинна мати місце тоді, коли мова йде про перевірку дотримання конституційних прав учасників процесу. Тому активність суду жодним чином не повинна перетворюватися у джерело руху кримінальної справи.

7. Захисник не несе обов'язку доказування, аналогічний до того, який несуть органи дізнання, слідчий та прокурор. Хоча відповідно до ч.1 ст.48 КПК захисник і зобов'язаний використовувати передбачені законом засоби захисту з метою з'ясування обставин, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність підзахисного, але якщо захисник не навів відомостей, які б свідчили на користь обвинуваченого чи підсудного, то це не може бути свідченням винуватості особи і не тягне таких процесуальних наслідків, як скажімо відмова прокурора від обвинувачення.

8. Як відомо, закон не вимагає, щоб до моменту притягнення особи як обвинуваченого чи направлення справи до суду, її винуватість була доведена достовірно і неспростовно. Навпаки, для суду обвинувальний висновок є тільки приводом для обмірковування питання про можливість призначення справи до розгляду. В протилежному ж випадку втратиться взагалі зміст судового розгляду як центральної стадії кримінального процесу і вирішення питання про винуватість особи перенесеться на більш ранню стадію процесу – стадію досудового розслідування. Через це притягнення до кримінальної відповідальності, взяття під варту і т.д., якщо у подальшому обвинувачення не підтвердилось і справа підлягає закриттю чи постановляється виправдувальний вирок, не обов'язково повинно розглядатися як неналежне виконання обов'язку доказування і поганий

показник роботи органів прокуратури, слідства і дізнання. Інакше втрачається стимул до об'єктивного розслідування справи і обвинувальний характер буде домінувати над вимогою об'єктивності.

Таким чином, ведучи мову про обов'язок доказування, хотілося б виділити такі основні моменти:

1. Під обов'язком доказування слід розуміти обов'язок відповідних органів і осіб по збиранню, перевірці та оцінці доказів.
2. З метою забезпечення змагальності процесу законодавець змушений покласти обов'язок доказування на особу, що проводить дізнання, слідчого та прокурора; на захисника не покладається обов'язок доказування.
3. Суд не несе обов'язку доказування і активність суду жодним чином не повинна перетворюватися у джерело руху кримінальної справи.

СЕКЦІЯ МІЖНАРОДНОГО ТА ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВА

ЗАКОН О МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ УКРАИНЫ 2005 Г. В СВЕТЕ СОВРЕМЕННЫХ ТЕНДЕНЦИЙ В РАЗВИТИИ МЧП

Ануфриева Л.

Московская государственная юридическая академия

Международное частное право, в сущности, в той же мере, что и другие системы (подсистемы) или отрасли права, подвержено объективному действию некоторых закономерностей в том, что касается прогрессивного развития и способов совершенствования для достижения целей регулирования. Вместе с тем осознание этих закономерностей и фактическое воплощение определенных решений в рамках указанного в области МЧП отчасти затрудняется рядом обстоятельств, характерных именно для МЧП, в частности, дискуссионностью, а значит, и нерешенностью множества краеугольных его вопросов. Так, не существует единых для всех стран формул, касающихся нормативного состава МЧП, сферы его действия, природы, объекта и предмета регулирования или хотя бы основных их признаков. В отдельных государствах доктринальные расхождения во мнениях между учеными не позволяют выработать приемлемые подходы в рамках правотворческого процесса в том или ином сегменте регулирования с помощью международного частного права. В результате элементарный практический аспект, выступающий в качестве главного при определении предмета систематизации в любой отрасли, в МЧП становится неразрешимой проблемой, поскольку нет окончательного единства у теоретиков и практиков в главном – какие действующие нормы, регулирующие какие отношения, необходимо привести в искомую систему.

В современном мире пути, по которым идут государства, пытаясь совершенствовать свое национальное законодательство в области международного частного права, даже если они выбрали одно и то же направление – кодификацию, – могут весьма различаться. Как известно, кодификация есть наиболее сложная форма систематизации, направленная на внешнюю и внутреннюю переработку действующего законодательства, – объединение в одном акте различных правовых норм, подинститутов и институтов, принадлежащих к одноименной правовой отрасли. В последние десятилетия она активно используется в современном МЧП повсюду, хотя и предстает в виде лишь тенденции, но не общераспространенного явления.

Поскольку же это не единственная известная мировой практике МЧП форма кодификации, стоит отметить и другой имеющийся в арсенале средств кодификации вариант, который сводится к разработке отраслевых законодательных актов, объединяющих наряду с «титальными» нормами и близкие им нормы международного частного права. В условиях XX столетия государства все больше прибегают к всеобъемлющей кодификации международного частного права. Это явление носит закономерный характер, т.к. с расширением международного общения до поистине глобальных размеров потребности в целостном, системно ориентированном и, наконец, соотношенном с международными тенденциями регулировании частных международных отношений становятся более явственными и, следовательно, все более настойчиво требуют отказа от методов спорадической или «точечной» регламентации.

Вообще говоря, кодификация норм МЧП исторически осуществлялась тремя путями: с помощью обобщения и систематизации соответствующих норм в определенных разделах общего материально-правового акта, в разделах отраслевых законодательных актах (гражданских, торговых, семейных, гражданско-процессуальных и иных кодексов и законов), в едином специальном акте. Последнее, пусть на данном этапе и не образует массового явления, заставляет все большее количество стран пристальнее изучать подобный опыт. К числу тех, кто разработал и принял еще в конце XIX столетия специальные (хотя и не слишком развернутые) акты по международному частному праву (Швейцария, Япония и Германия), сегодня примыкает значительное число стран, выходящих за пределы Европы (Австрия, Венгрия, Италия, Лихтенштейн, Польша, Румыния, Чехия, Швейцария, некоторые республики бывшей Югославии, совсем недавно Бельгия, а также Таиланд, Южная Корея, Тайвань, отдельные штаты США (Луизиана), Турция, Тунис, Венесуэла, Эстония и др).

Как видно, приняв 23 июня 2005 г. специальный акт – Закон о международном частном праве, который достаточно быстро вступил в силу (с 1 сентября того же года), – Украина в отличие от большинства других стран постсоветского пространства, объединившихся в Содружество Независимых Государств, избрала путь не отраслевой, а всеобъемлющей кодификации норм международного частного права. Правда, на этом пути она оказалась не одинокой – в 1998 г. Грузия, а в 2000 г. Азербайджан включению отдельных положений в гражданские кодексы также предпочли альтернативу иметь самостоятельные законы о международном частном праве.

Доктрина различных стран весьма разнообразна в отношении оценки недостатков и преимуществ того и другого путей кодификации. В принятии специального акта, объединяющего нормы международного частного права, многими специалистами усматривается «возможность более подробно и, что особенно важно, системно осуществить такую кодификацию, поскольку при этом в специальный нормативный акт включаются положения, относящиеся не только к отдельным видам правоотношений (как при отраслевой кодификации), но и общие нормы, которые в этом случае не дублируются многократно в разных актах».

Представляется, что так называемая отраслевая кодификация норм МЧП (в противовес специальной, или всеобъемлющей) так или иначе должна квалифицироваться как частичная. Этот вывод связан прежде всего с тем, что в таком случае законодателю удается решить только общие проблемы для «титальной» отрасли (гражданского, семейного, трудового и т.п.) права, а не всей совокупности вопросов, относящихся к систематизации норм МЧП.

Стремление иметь единый акт, с той или иной степенью полноты вмещающий в себя основные правовые предписания, укладываемые в соответствии с доминирующими в данной стране концепциями в рамки международного частного права, и его фактическая и юридическая реализация в конечном итоге без преувеличений формируют одну из нынешних тенденций в развитии МЧП, которая активно получает выражение в мировом масштабе. В этом смысле осуществление предложений, в свое время делавшихся в науке МЧП СССР, а затем РФ по поводу необходимости создания отечественного закона о международном частном праве, а также закона о внешнеэкономических связях, никоим образом в своем существе не противоречила бы имеющимся глобальным процессам и тенденциям развития в современном международном частном праве. Разработчики российского Гражданского кодекса и его VI раздела «Международное частное право» (соответственно и модельного акта для стран СНГ) иногда объясняют свой выбор форм опосредствования отечественного МЧП тем, что «включение в Гражданский кодекс раздела VI обусловлено целесообразностью подчинения норм международного частного права основным началам и принципам гражданского права, выраженным в предшествующих частях Кодекса, и сложившейся в России законодательной традицией, связанной с особым положением Кодекса в системе российского гражданского законодательства».

В данной позиции, думается, проявляется главное заблуждение, касающееся глубинной природы МЧП, его функций, задач, роли и т.д., которое, к сожалению, присутствует в среде специалистов, стоящих на «формально-цивилистической» платформе МЧП. Замыкание МЧП на устои, принципы и инструментарий регулирования, свойственные гражданскому праву, обрекает МЧП на статус «придатка» гражданского права, во всяком случае лишает его той самостоятельности, которая отстаивалась отечественной наукой на протяжении многих последних десятилетий и выступала, несмотря на споры, в конечном итоге доминирующим постулатом.

Небесспорным является и мнение разработчиков ГК РФ относительно того, что «начатая у нас дискуссия о целесообразности самостоятельной кодификации международного частного права не вызвала большого интереса». В действительности же ей не могло быть уделено соответствующего внимания, поскольку практически незамедлительно были начаты подготовительные работы по созданию основного акта гражданского права – Гражданского кодекса. В том же обстоятельстве, что с изданием в 1995 г. Семейного кодекса, сохранившего в своем составе специальные нормы международного частного права в области семейных отношений и «даже умножившего их число», дискуссия на указанную тему «фактически была пресечена», отражается такой ход событий, который первоначально был заложен концептуально, следовательно, и зафиксирован планом законодательских работ в нашем государстве. Вместе с тем вряд ли можно сбрасывать со счетов упомянутый факт состоявшейся в лоне тогда еще союзного государства дискуссии о путях развития МЧП, потому что он безусловно оказал свое воздействие на идейный фундамент строительства соответствующих основ правовых систем в некоторых государствах – бывших союзных республиках в последующем. Представляется, что как раз Украина в этом вопросе не прошла мимо, что проявилось в принятии ею

как специального акта, регулирующего внешнеэкономическую деятельность, так и самостоятельного закона о международном частном праве.

Разумеется, предположение, что в некоем кодифицирующем акте можно отразить все нормы, имеющие отношение к международному частному праву, утопично. Безусловно, если и можно говорить о «всеобъемлющей» кодификации, то в любом случае таковая должна пониматься с известной долей условности. Ее осуществление никоим образом не снимает с повестки дня издание каких-либо иных отраслевых или специальных актов, в которых могут также присутствовать нормы международного частного права. Так, во многих государствах, в которых действуют отдельные законы по международному частному праву, принимаются и кодексы торгового мореплавания, и воздушные кодексы, и законы о внешнеэкономических договорах или внешнеторговой/внешнеэкономической деятельности, об иностранных инвестициях, концессиях, свободных экономических зонах и т.д., содержащие в себе предписания, относящиеся к сфере действия МЧП. Пример Украины доказывает справедливость подобной констатации с достаточной убедительностью.

Однако в мировой практике ни одно государство не ставило да и не может ставить в качестве реалистичной цели задачу включения в один нормативный документ всех положений, которые с учетом указанных обстоятельств предназначены для регулирования общественных отношений, обладающих признаками «частных» и «международных». Наличие в нормативном массиве соответствующих государств, даже и располагающих в области МЧП отдельным кодификационным актом, специальных законов, посвященных отдельным аспектам регулирования рассматриваемых отношений, не препятствует использованию других средств прогрессивного развития и совершенствования системы норм. В этом смысле можно, думается, говорить о систематизации норм, касающихся отдельных институтов МЧП. В частности, заметным явлением в международной практике стало издание в различных государствах (развитых, развивающихся, таковых, только что вступивших на рыночный путь организации экономики) специальных законов, посвященных предпринимательству с участием иностранного капитала, актов в области допуска иностранных физических и юридических лиц к хозяйственной деятельности на территории конкретного государства и вообще иностранных инвестиций.

В зависимости от правовых воззрений, преобладающих в каждой отдельной стране в области МЧП, в различных государствах по-разному выглядит объем и система его норм. Поскольку в большинстве стран мира кодификация международного частного права осуществляется частично, наиболее распространенными источниками его норм являются гражданские и/или торговые кодексы. Закономерно, что в этом случае сфера действия МЧП ограничивается традиционными институтами гражданского и семейного права. За его рамками в подобной ситуации остаются вопросы трудового права, трансграничных банкротств и в целом международного гражданского процесса и международного коммерческого арбитража.

Напротив, новейшие примеры кодификации МЧП, обеспечиваемой за счет создания единого акта, произошедшие в последнее время в европейских и иных странах, свидетельствуют о том, что постепенно расширяются легальные конструкции границ МЧП за счет включения в него предписаний о «конфликтах юрисдикций», процессуальном положении иностранных участников споров, в том числе и государств, – иными словами, процессуальных отношений и регулирующих их норм, образующих понятие «международного гражданского процесса». Содержание швейцарского, венгерского, венесуэльского, итальянского, румынского, грузинского, бельгийского (2004 г.), тунисского, турецкого, югославского и др. специальных актов, опосредствующих кодификацию норм МЧП, в полной мере отражает данный факт. Украинский закон 2005 г., включивший в свою структуру раздел «XI «Производство по делам с участием иностранных лиц», безусловно должен быть отнесен к такого рода иллюстрациям, лежащим в русле обозначенной тенденции.

Давая общую характеристику регламентации, присущей украинскому закону и оценивая последний прежде всего с позиций учета им современных тенденций в развитии международного частного права, следует обратить внимание на то, что принятый акт исходит из сочетания «гибких» и «жестких» начал регулирования, что обеспечивает присутствие в нем как прикрепление к территориальному закону, имевшему солидную базу в «классическом» международном частном праве, так и «новых» принципов определения применимого права, обусловленных поисками «объективного» результата, что во многом стало свойственно МЧП вследствие так называемой «американской революции конфликтного права» и распространения ее влияния даже на страны континентальной системы.

Закон України «О международном частном праве», олицетворяя собой новейшую кодификацию, без сомнения в значительных масштабах вобрал в себя характерные черты современного этапа развития МЧП. Это заключается в следующем. Во-первых, Закон отвел институту автономии воли сторон (ст. 5) роль одного из общих начал международного частного права, выразив это текстуально, *expressis verbis*; во-вторых, воспринял уже укоренившийся в мировой практике подход, основанный на использовании объективных начал при определении права, подлежащего применению к регулируемому отношению, в частности, такие средства коллизионного регулирования, как гибкие коллизионные привязки (закон наиболее тесной связи), нормы-квалификации (иногда именуемые нормами-презумпциями) (ч. 2 и 3 ст. 32, ст. 44), новые коллизионные принципы (закон страны продавца в широком смысле слова); в-третьих, ввел в инструментарий регулирования международных частноправовых отношений наряду с оговоркой о публичном порядке и институт императивных норм не только украинского права, но и права иностранных государств, существенно тем самым расширив область действительности юридических отношений, событий, актов и фактов, основанных на украинском праве, для целей их признания за границей; в-четвертых, предусмотрел механизм соотношения национального коллизионно-правового и международного (унифицированного) материально-правового регулирования (ст. 3-4). Думается, что с учетом этого нынешнее состояние международного частного права в Украине с полной уверенностью можно характеризовать как обеспечивающее стабильность и предсказуемость в регламентации особой категории общественных отношений – таковых, в которых юридически проявляется связь с правопорядками двух и более государств.

ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ПОТЕРПІЛОГО ЗА КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ ПОЛЬЩІ, РОСІЇ ТА УКРАЇНИ

Герасимчук О.

Національний університет "Острозька академія"

Тенденції міжнародної інтеграції та розвитку співпраці країн зумовлюють процес зближення законодавства різних держав. Не завжди запозичені норми дають очікуваний ефект, оскільки запроваджуються без врахування національних особливостей правової системи, без визначеної концепції чи без докорінного реформування відповідної галузі, де це необхідно. З іншого боку, порівняння правових інститутів різних країн і навіть різних правових систем дозволяє краще пізнати сутність цих інститутів, виявити прогалини, визначити позитивні риси.

Прийняття наприкінці 2004 року "Концепції забезпечення захисту законних прав та інтересів осіб, які потерпіли від злочинів" засвідчило, що одним із пріоритетів у кримінальному процесі України є захист прав потерпілого від злочину. Цікаво, на нашу думку, порівняти нормативне закріплення правового статусу потерпілого в законодавстві України, Російської Федерації та Польщі.

Згідно ст. 49 КПК України потерпілим визнається особа, якій злочином заподіяно моральну, фізичну або майнову шкоду. Відповідно до КПК Російської Федерації (ст. 42) потерпілим є фізична особа, якій злочином спричинено фізичну, майнову, моральну шкоду, а також юридична особа, у випадку спричинення злочином шкоди її майну і діловій репутації. КПК Польщі визначає, що потерпілим є особа фізична або юридична, законні інтереси якої були безпосередньо порушені або поставлені під загрозу злочином (арт. 49). Таким чином, російське законодавство звертає увагу і диференціює види шкоди для фізичної і юридичної особи, що є достатньо обґрунтованим в світлі дискусії щодо неможливості заподіяння юридичній особі моральної шкоди (оскільки мораль властива лише фізичній особі). В кримінально-процесуальних нормах Польщі береться до уваги більш широка категорія – "законні інтереси", а також допускається можливість визнання особи потерпілим, коли шкода реально не настала (зокрема, при готуванні до злочину чи замаху на злочин).

Невизнання в Україні юридичної особи потерпілим, очевидно, є тимчасовим явищем, оскільки в проекті КПК ця прогалина усувається. Також можна додати, що у Польщі потерпілим може бути визнана будь-яка державна, муніципальна або громадська установа, навіть якщо вона юридично не відокремлена. Крім того, потерпілим вважається заклад страхування, який покрити або зобов'язаний покрити шкоду, завдану злочином потерпілому. Зрозуміло, що коли потерпілим виступає юридична особа, її інтереси представляє уповноважений представник.

В Україні та Росії права, які має потерпілий, закріплені в одній статті, на відміну від Польщі, де права потерпілого виводяться зі змісту різних розділів: "Потерпілий", "Приватний обвинувач", "Допоміжний обвинувач", "Цивільний позивач" тощо. З іншого боку, ст. 42 КПК РФ якісно відрізняється від ст. 49 КПК України – у нормі нашого кодексу зазначено 11 прав, а в наших сусідів – 22 права та 3 персональні процесуальні обов'язки потерпілого. Скажімо, в нормі КПК Росії додатково передбачені право знати про обвинувачення, яке пред'явлене обвинуваченому, право не свідчити проти себе, подружжя чи інших близьких родичів, право безкоштовно користуватися послугами перекладача, право отримувати копії визначених процесуальних рішень тощо. Все ж, на нашу думку, більше значення має не кількість закріплених прав (хоч і це є важливим показником рівня законодавства), а реальні механізми їх здійснення.

Основними обов'язками потерпілого в Російській Федерації є обов'язок з'явитися на виклик дізнавача, слідчого, прокурора та до суду, обов'язок давати показання (які до того ж мають бути правдивими) і обов'язок не розголошувати дані попереднього слідства (якщо він був попередньо попереджений в порядку, встановленому ст. 161 КПК РФ). На відміну від Росії, в Україні потерпілий несе кримінальну відповідальність лише за дачу завідомо неправдивих показань, а давати чи не давати показання – це його не обов'язок, а право. В Польщі ж потерпілий не звільнений від обов'язку давати показання, якщо він став свідком злочину.

Практично однотайно в законодавстві визнається, що у справах, наслідком яких стала смерть потерпілого, його права переходять до одного з близьких родичів. В КПК Польщі, щоправда, не акцентується увага на родичах, а вживається поняття “найближчі особи”, що допускає наявність не лише родинних стосунків особи-представника і потерпілого. На нашу думку, таке розширення кола осіб, які можуть бути допущені до кримінального процесу, має достатнє обґрунтування. У випадку відсутності найближчих осіб, чи їх невиявлення, права потерпілого реалізує прокурор під час публічної діяльності.

Одним з найбільш важливих прав потерпілого є право на заявлення цивільного позову. Право подати цивільний позов за кримінально-процесуальним законодавством Польщі має як потерпілий, так і прокурор. Цим правом вони можуть скористатись до закінчення першого допиту потерпілого на основному розгляді справи в суді. Якщо потерпілим є малолітній або недієздатний (повністю або частково), його права виконує законний представник або особа, під постійною опікою якої перебуває потерпілий.

Вітчизняне законодавство передбачає право пред'явити цивільний позов лише для особи, яка зазнала матеріальної шкоди від злочину (це може бути як юридична, так і фізична особа). КПК Росії (ст. 44) подібно до польського законодавства передбачає право прокурора пред'явити цивільний позов, але це повноваження поширюється лише на випадки необхідності захисту інтересів недієздатних, обмежено дієздатних чи осіб, які з інших причин не можуть самостійно захистити свої права та законні інтереси.

В кримінальному процесі Польщі у справах про злочини з публічного обвинувачення потерпілий може діяти як допоміжний обвинувач поряд із обвинувачем публічним або замість нього. Інститут допоміжного обвинувача не відомий в кримінальному процесі України чи Росії. Він не виключає приватне обвинувачення з боку потерпілого, яке так само як в нас (рівно як і в Росії) здійснюється у визначених категоріях справ.

За кримінально-процесуальним законодавством Польщі потерпілий (у випадках пред'явлення публічного обвинувачення) може до початку судового розгляду подати заяву, що він буде діяти в якості допоміжного обвинувача. Відмова публічного обвинувача від обвинувачення не позбавляє потерпілого повноважень допоміжного обвинувача.

У випадку повторного винесення прокурором постанови про відмову порушення справи або про закриття провадження, потерпілий в місячний строк після вручення йому повідомлення згідно КПК Польщі може внести акт обвинувачення до суду, долучивши по одній копії для кожного обвинуваченого, а також для прокурора. Такий акт обвинувачення повинен бути підготовлений і підписаний адвокатом (для юридичних осіб акт обвинувачення може підготувати також юрисконсульт). Варто також додати, що суд може обмежити число допоміжних обвинувачів.

У випадку відмови допоміжного обвинувача від обвинувачення він не може повторно приєднатись до процесу. Про відмову допоміжного обвинувача від обвинувачення в справі, в якій публічний обвинувач не бере участі, суд повідомляє прокурора. Якщо той не вступає до процесу в 14-денний строк, це спричиняє закриття процесу. Після смерті допоміжного обвинувача найближчі особи можуть приступити до процесу в якості допоміжного обвинувача на будь-якій стадії. Тож наявність інституту допоміжного обвинувача дозволяє говорити про достатньо самостійний статус потерпілого в кримінальному процесі Польщі.

Відмінності правового статусу потерпілого в різних країнах проявляються також під час його процесуальної діяльності. Різниця зумовлена особливостями правових систем і детальний порівняльний аналіз цих питань вимагає окремого дослідження.

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ РЯДА ОСНОВНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ КОНСТИТУЦИЙ РОССИИ И УКРАИНЫ

Гусев А.

НовГУ им. Ярослава Мудрого

Существующие противоречия в современном обществе неизменно затрагивают важнейшие институты государственного строительства, основы конституционного строя, а также играют большую роль в формировании правового государства со стабильной Конституцией, выступающей в качестве главного гаранта защиты прав и свобод граждан.

Безусловным является тот факт, что существование неизменной Конституции во многом зависит от единства конституционно-правовых отношений и развивающихся, в этой связи, международных отношений между государствами. Принимая во внимание современное состояние конституционной законности в России и Украине, представляется актуальным исследование особенностей регулирования общественных отношений в контексте действующих Основных законов, выявление внутренних противоречий и предложение возможных путей восполнения имеющих место правовых пробелов.

Объективный анализ отдельных положений российской и украинской Конституции позволяет указать, в частности, на следующие выводы:

1. Конституция Украины принята на пятой сессии Верховной Рады Украины 28 июня 1996 года. Российская же Конституция принята по результатам всенародного голосования 12 декабря 1993 года. Вместе с тем, депутаты Верховной Рады, принимая Конституцию, выражали суверенную волю народа. В Российской Федерации Конституция принята на референдуме, являющимся, по сути, одним из главных составляющих компонентов в реализации власти народа.

Таким образом, если российская Конституция не наделяет Федеральное Собрание РФ правом пересмотра и внесения изменений во все главы Основного закона и прямо предусматривает, что новая Конституция может быть принята только на референдуме, то раздел XIII Конституции Украины декларирует, что внесение изменений в Основной закон допускается после представления соответствующего законопроекта в Верховную Раду Украины Президентом или не менее чем одной третьей депутатов Украины от конституционного состава Верховной Рады. Одной из особенностей украинской Конституции является также и то, что Парламент обладает исключительным правом внесения изменений практически во все положения Конституции кроме I, III, и XIII разделов, изменения в которые утверждаются на всеукраинском референдуме, назначаемом Президентом.

На наш взгляд, подобный подход в Конституциях связан с различными уже устоявшимися традициями осуществления государственной власти и неодинаковым толкованием основного значения понятия «демократическое, правовое государство».

2. Конституция РФ объявляет Россию демократическим федеративным правовым государством с республиканской формой правления. Регламентируя в статье 1 основополагающие начала конституционного устройства, российская Конституция, во-первых, изначально провозглашает принципы единства и целостности государства и, во-вторых, прямо утверждает республиканскую форму правления, признавая самостоятельность и независимость национальных территориальных единиц в составе РФ.

В отличие от российской Конституции, Основной закон Украины провозглашает Украину суверенным и независимым, демократическим, социальным, правовым государством (статья 1). Кроме того, статья 2 Конституции объявляет Украину унитарным государством, а статья 5 – республикой.

По мнению авторов, подобный разброс основных характеристик государства несколько оригинален, поскольку исторически признанным является точное и последовательное отражение в Основном законе исследуемых дефиниций, что обеспечивает системность и единообразие Конституции.

3. Согласно статье 8 Конституции Украины «Обращение в суд для защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина непосредственно на основании Конституции Украины гарантируется». Вместе с тем, Конституция не конкретизирует в разделе XII полномочия

Конституционного Суда Украины по рассмотрению и разрешению индивидуальных и коллективных жалоб граждан на предмет нарушения их прав и свобод. Данное конституционное закрепление института защиты прав и свобод личности является, на наш взгляд, не совсем точным, поскольку, как видно из текста Конституции, Основной закон содержит нормы скорее отсылочного характера, нежели прямо указывающие на возможность восстановления нарушенных прав посредством отправления конституционного судопроизводства. Думается, что недостаточным является и существование одного лишь закона о Конституционном Суде без соответствующего закрепления полномочий высшего судебного органа конституционного контроля в Конституции, так как, признавая человека, его жизнь и здоровье, честь и достоинство, неприкосновенность и безопасность наивысшей ценностью, государство должно стремиться обеспечить механизм защиты правового статуса личности, в частности, посредством осуществления конституционного правосудия. Однако, в условиях конституционного кризиса в Украине, процедура защиты конституционных прав и свобод граждан существенно затруднена в виду неуккомплектованности персонального состава Конституционного Суда.

Что же касается российской Конституции, то пункт 4 статьи 125 Основного закона устанавливает основания обращения граждан и судов в Конституционный Суд Российской Федерации с жалобой или запросом в порядке, определяемом в федеральном законе. В данном случае прослеживается явный правовой пробел, поскольку в России до сих пор не принят федеральный закон, регламентирующий порядок обращения в Конституционный Суд граждан либо судов в связи с нарушением конституционных прав и свобод и необходимостью проверки конституционности закона, примененного или подлежащего применению в конкретном деле. Безусловно, существование Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде РФ» может показаться достаточным. Однако, имеющий место огромный массив постановлений и определений Конституционного Суда, принятых в последнее время в связи с обращениями по вопросам, не относящимся к ведению последнего, свидетельствует о необходимости принятия отдельного федерального закона. Это, в свою очередь, позволит на более высоком уровне обеспечить процедуру обращения в Суд за защитой нарушенных прав и определить точные основания данного обращения.

4. Анализируя недостатки Конституций двух государств, позволим себе выделить общее для России и Украины внутреннее конституционное противоречие.

Общеизвестно, что полномочия Конституционного Суда определены в Конституции и законе о Конституционном Суде. В этой связи, компетенция Конституционного Суда сводится к проверке соответствия нормативно-правовых актов, принимаемых органами государственной власти, Конституции страны. Таким образом, возникает вопрос о том, в чью же компетенцию входит проверка соответствия одних норм Конституции другим, закрепленным, кстати говоря, в самой Конституции? К примеру, соответствие какой-либо нормы главы 4 Конституции РФ норме главы 1 Конституции РФ.

Более того, согласно части 2 статьи 16 Конституции РФ «Никакие другие положения настоящей Конституции не могут противоречить основам конституционного строя». Применительно к Украине, статья 8 Конституции Украины декларирует, что законы и иные нормативно-правовые акты принимаются на основе Конституции Украины и должны соответствовать ей.

Считаем необходимым дополнение, в частности, российского конституционного законодательства конкретным положением о субъекте проверки соответствия одних конституционных норм другим, что, несомненно, восполнит указанный пробел правового регулирования возможных коллизий.

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ СУДДІВ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ ДЕЯКИХ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

Дідик С.

Інститут держави і право ім. В.М. Корецького НАН України

В період побудови правової Української держави законодавче вдосконалення регулювання кримінальної відповідальності за посягання на нормальну діяльність правосуддя набуває особливої актуальності. Особливо небезпечними злочинами проти правосуддя, є ті, що вчиняються самими суддями, що використовують свої службові повноваження в злочинних цілях. Для посилення кримінально-правової охорони правосуддя важливим є вивчення сучасного зарубіжного кримінального законодавства. Дослідження зарубіжного кримінального законодавства дозволить виявити позитивні сторони, що можуть бути враховані у подальшій українській правотворчості в цьому напрямку. Як зазначав французький юрист Марк Ансель, вивчення зарубіжного права відкриває перед юристом нові горизонти, дає можливість краще зрозуміти право своєї країни, оскільки, специфічні риси цього права особливо чітко виявляються у порівнянні з другими правовими системами. Порівняння здатне озброїти ідеями і аргументами, яке не можливо отримати навіть при дуже доброму знанні свого права.

Пропонуємо розглянути кримінально-правові норми, що встановлюють відповідальність суддів за злочини проти правосуддя, що передбачені у Кримінальних кодексах Іспанії, Німеччини, Китайської Народної Республіки, Голландії і Франції.

Розпочнемо аналіз із КК Іспанії, який містить досить детальний перелік статей, що передбачають відповідальність за злочини проти правосуддя, зокрема, що вчиняються суддями. Так, у КК Іспанії дані норми містяться у главі 1 «Посадові злочини» розділу XX «Злочини проти правосуддя». Іспанський законодавець до їх числа відносить: умисне винесення суддею чи магістром незаконного вироку чи рішення (ст. 446); винесення суддею або магістром явно незаконного вироку або рішення через грубу необережність або через невивчальне незнання (ст. 447). Як бачимо КК Іспанії, на відміну від КК України, передбачає відповідальність суддів за постановлення незаконного акту не лише з прямим умислом, а й через необережність. У КК України кримінальна відповідальність судді (суддів) настає лише за умисне постановлення неправосудного акту (ст. 375). Також КК Іспанії у ст. 448 передбачає відповідальність за відмову судді або магістра від винесення вироку без законних підстав або під приводом неясності, неповноти або непередбачуваності законом; п. 1 ст. 449 передбачає відповідальність за злісне затягування правосуддя суддею або магістром або секретарем суду. У главі VII «Обструкція правосуддя та порушення професійного обов'язку» XX розділу КК Іспанії передбачена відповідальність за нез'явлення, зокрема, судді без поважних причин до суду або трибуналу в кримінальному провадженні, для провокації призупинення усного провадження по справі, коли підсудний по дані справі перебуває у попередньому ув'язненні (п. 3 ст. 463); за розголошення суддею секретних даних (п. 2 ст. 466). Як бачимо КК Іспанії закріплює ряд складів злочинів проти правосуддя, що вчиняються суддями, які у КК України відсутні.

Заслужує на увагу і Кримінальний кодекс Німеччини. Норми які передбачають кримінальну відповідальність за злочини проти правосуддя у КК Німеччини не об'єднані в межах одного розділу, а містяться у шести розділах. Кримінальна відповідальність за деякі злочини проти правосуддя, що вчиняються суддями, передбачені поряд із загальнослужбовими злочинами у розділі 30 «Службові злочини». Так, у § 339 передбачена відповідальність за винесення неправосудного вироку або рішення суддею при здійсненні судових повноважень на користь або шкоду однієї із сторін. Також з аналізу статей даного розділу видно, що за злочинні діяння суддів і третейських суддів передбачається більш тяжкі покарання ніж для всіх інших категорій службових осіб. Наприклад, в абз. 1. § 332 за хабарництво службових осіб передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк від шести місяців до п'яти років. Абз. 2 § 332 за хабарництво, що вчинюється суддями передбачає покарання у виді позбавлення волі на строк від одного року до десяти років. Передбачаючи дане діяння окремим абзацом і встановлюючи більш тяжке покарання законодавець відзначає особливу державну і суспільну значимість діяльності судових органів.

Кримінальний кодекс Китайської Народної Республіки містить спеціальний параграф «Злочини проти судового порядку» у якому передбачено кримінальну відповідальність за більшість злочинів

проти правосуддя. Деякі злочинів проти правосуддя, що вчиняються суддями містяться у § 9 «Службові злочини». Наприклад: притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності, незаконне звільнення від кримінальної відповідальності внаслідок винесення незаконного вироку. Так, частиною 1 статті 399 передбачається відповідальність суддів за перекручування законів з корисливих мотивів, для переслідування і обвинуваченні завідомо невинної особи, з метою усунення переслідування і обвинувачення завідомо винної особи. Також передбачена відповідальність судді якщо він в процесі судового розгляду по кримінальній справі відступить від реальних фактів і закону, або постановляє неправосудний вирок на підставі вільного тлумачення закону. У частині 2 ст. 339 законодавець встановлює відповідальність за такі ж діяння тільки у процесі судового розгляду по цивільних чи адміністративних справах. Якщо суддя вчинює злочин передбачений ст. 399 КК КНР, його дії слід кваліфікувати не лише за цією статтею, а й одночасно за ст. 385 гл. 8 «Корупція і хабарництво» КК КНР. Але цим КК КНР не обмежується. Додатково передбачає відповідальність за винесення завідомо незаконного рішення у зв'язку з отриманням хабара, що передбачає призначення більш м'якого покарання або призначення незаконних умов звільнення або призначення незаконного відстрочення виконання вироку особі яка на це не має законних підстав. Також судді можуть нести відповідальність за загальнослужбовими злочинами: зловживанням службовим становищем, недбале відношення до службових обов'язків, хоч і ці злочини не відносяться до злочинів проти правосуддя. З наведених прикладів видно, що КК КНР криміналізує не лише загальнослужбове хабарництво, а й хабарництво суддів, відзначаючи цим підвищену суспільну небезпечність даних злочинів.

Кримінальний кодекс Голландії передбачає злочини проти правосуддя, що вчиняються посадовими особами органів правосуддя у розділі 28 «Злочини пов'язані із зловживанням за посадою». Так, у § 1 ст. 364 встановлюється кримінальна відповідальність за отримання суддею винагороди чи прийняття ним обіцянки винагороди, якщо він усвідомлює, що це робиться щоб здійснити вплив на його рішення по даній справі. § 2 ст. 364 передбачає кваліфікуючий вид цього діяння – вчинення тих самих дій при умові, що суддя знає про те, що це діяння (хабар) щоб добитися засудження у кримінальній справі. Передбачаючи у спеціальні статті відповідальність за хабарництво суддів Кримінальний кодекс Голландії акцентує увагу на особливій суспільній та державній значимості діяльності органів правосуддя.

КК Франції аналогічно КК КНР, КК Німеччини, КК Голландії, розрізняє хабарництво загально службове та хабарництво суддів, передбачаючи відповідальність за його вчинення у окремих кримінально-правових нормах. Глава 4 ст. 434-9 КК Франції передбачає відповідальність за вчинення чи утримання від діяння, що входить в обов'язок магістра, присяжного чи іншого арбітра у зв'язку з отриманням хабара. Передбачається також відповідальність за відмову магістрату здійснювати правосуддя (ст. 434-7-1).

Також слід зазначити, що Римський статут Міжнародного кримінального суду 1998 року також визначає злочином, зокрема, діяння пов'язане з вимаганням або одержанням хабара посадовою особою суду. Конвенція про корупцію у контексті кримінального права від 27 січня 1999 р. пропонує криміналізувати хабарництво суддів і посадових осіб міжнародних судів.

Отже, з аналізу норм зарубіжного кримінального законодавства даних країн, що передбачає відповідальність за злочини проти правосуддя, які вчиняються суддями, можна зробити висновок.

Дані склади злочинів проти правосуддя виділяються зарубіжним кримінальним законодавством в окремі норми, у зв'язку з їх підвищеною суспільною небезпечністю. Об'єднання даних норм у межах одного розділу (наприклад, КК Іспанії розділ XX «Злочини проти правосуддя»), безперечно є доречним і полегшує їх застосування.

Виходячи з викладеного вище варто розглянути питання про обґрунтованість встановлення кримінальної відповідальності суддів, використовуючи приклад зарубіжного кримінального законодавства. Наприклад, у КК Іспанії передбачена відповідальність за винесення явно незаконного судового акту з необережності чи по невивачальному незнанні. На нашу думку, подібна стаття повинна міститися і в КК України. Тому, що наслідки такого роду діяння можуть бути дуже тяжкими, незворотними, суспільно небезпечними, а кримінальної відповідальності судді за це не передбачено. Також є актуальним встановлення кримінальної відповідальності суддів за хабарництво окремою статтею у розділі XVIII «Злочини проти правосуддя» КК України. Оскільки, хабарництво суддів порівняно з загальнослужбовими злочинами має специфіку, підвищену суспільну небезпечність. Наприклад, повинна бути звернена увага на характер діяння, яке суддя вчиняє за хабар.

Такі норми покращили б правове забезпечення охорони порядку суспільних відносин здійснення правосуддя, зокрема, від злочинних посягань суддів.

ГАРМОНІЗАЦІЯ КОРПОРАТИВНОГО ЗАКОНОДАВСТВА КРАЇН ЄВРОПИ ТА ЇЇ ВПЛИВ НА РЕФОРМУВАННЯ КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА В УКРАЇНІ.

Захарук Р.

КНУ ім. Тараса Шевченка

Із сучасним розвитком ринкових відносин не можна недооцінити роль корпоративного права. Стабільність, зрозумілість корпоративного законодавства і надійність функціонування корпорацій надає впевненості інвесторам здійснювати вклади у вітчизняні підприємства, що не тільки зміцнює підприємство і збільшує його конкурентноздатність, а й стимулює економіку країни, посилює зовнішньоекономічні зв'язки та сприяє укріпленню її міжнародного статусу.

Однак, для досягнення взаємовигідного співробітництва у сфері підприємницької діяльності на міжнародному рівні необхідне узгодження законодавчих положень корпоративного права різних держав. Країни Європи хоча і належать до однієї правової системи, все ж таки мають розбіжності у правових традиціях, в тому числі і в сфері корпоративного регулювання, які є результатом специфічних характеристик ринків, історичного розвитку економіки та інших структурних відмінностей. Розбіжності у законодавстві створювали складнощі для врегулювання відносин між корпораціями країн Європи, які склалися внаслідок поглиблення інтеграційних процесів. Довгий час в Європі при встановленні корпоративного законодавства не враховувалися потреби самих господарських товариств і не опікувалися ефективністю такого законодавства для підприємницької діяльності, що гальмувало розвиток корпоративних відносин і призвело до поступового залишення бізнесом (особливо малим та середнім) корпоративної форми. Дотепер не було сформовано єдиного підходу до корпоративного права для всієї Європи і у країнах Європейського Союзу (ЄС) збереглися чотири різних моделі регулювання в галузі корпоративного права, а саме:

- германська (Німеччина, Австрія, Швейцарія, частково-Нідерланди)
- французька (Франція, Бельгія, Іспанія, Португалія, Італія, Греція)
- англосаксонська (Великобританія, Ірландія)
- скандинавська (Фінляндія, Швеція, Данія, частково – Нідерланди).

Спроби узгодити законодавства Європейських держав у сфері права товариств проводилися ще до створення ЄС шляхом використання уніфікованих інструментів міжнародного приватного права у різних правових системах. Таке узгодження мало на меті, зокрема, уніфікувати роз'яснення спорів та запровадити надійну інвестиційну політику із гарантіями задоволення інтересів кредиторів. Проте офіційне проголошення про проведення фундаментальної реформи корпоративного права на рівні ЄС відбулося лише 2003 року. Хоча завершення процесу фундаментального реформування корпоративного права планується у 2009 році, Європейська Комісія вже розробила і прийняла чимало важливих актів у цій сфері, як, наприклад, Регламент Ради (ЄС) №1435/2003 від 22 липня 2003 р. про Статут Європейського Кооперативного Товариства (SCE) (ЄТК); Директива Ради 2003/72/ЄС від 22 липня 2003 р., яка доповнює Статут Європейського Кооперативного Товариства стосовно залучення працівників; Директива 2004/25 про пропозиції про поглинання від 21 квітня 2004 р. та ін. Однак, вищезазначені нормативні акти окрім значних здобутків у сфері корпоративного права мають певні недоліки, серед яких можна виділити обмежений підхід до проблем гармонізації законодавства – за головну мету ставиться ліквідувати законодавчі прогалини, які існували в національному законодавстві окремих держав-членів та усунути найбільш явні розбіжності, що могли мати негативні наслідки при діяльності компаній в межах спільного ринку; а також регулювання діяльності виключно великих компаній, створених у формі акціонерних товариств, які активно діють в межах спільного ринку, залишаючи поза увагою товариства з обмеженою відповідальністю, товариства з додатковою відповідальністю, командитні товариства.

Крім гармонізації та уніфікації узгодження законодавства у ЄС здійснювалося шляхом приєднання до конвенцій, підписання договорів та набуття членства у міжнародних організаціях, використання модельних законів. Однією з таких організацій стала Організація економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР), створена 1960 року.

1998 року ОЕСР розробила стандарти та норми корпоративного управління (Принципи корпоративного управління ОЕСР), які є результатом багаторазових обговорень між представниками усіх країн-учасниць з метою надати допомогу урядам усіх зацікавлених країн щодо удосконалення корпоративного управління на національному рівні.

В Україні, як свого часу і в Європі, назріла необхідність докорінно реформувати корпоративне законодавство, але внаслідок інших специфічних причин, притаманних лише нашій державі:

1. Україна визначила орієнтиром рівень розвитку європейських держав, чим визначається особлива важливість узгодження законодавства України із законодавством країн Європи. Перед нашою державою постала необхідність довести членам європейської співдружності реальну готовність закріпити правові позиції Європейського Союзу на власній території і тим самим виправдати здатність України бути членом ЄС.

2. В результаті завершення процесу приватизації, величезна кількість крупних та середніх підприємств було перетворено у відкриті акціонерні товариства. Підприємства, приватизовані через оренду з подальшим викупом, як свідчить практика, в своїй більшості обрали організаційно-правову форму закритих акціонерних товариств, а заново створювані крупні підприємницькі структури, як правило, реєструються у формі відкритих акціонерних товариств. Таким чином, інфраструктура українського бізнесу має чітку орієнтацію на корпоративний устрій. В свою чергу, корпоративний устрій, що займає таке значне місце у державній економіці, потребує якісного законодавчого регулювання.

3. Українська економіка відчуває хронічну недостатність інвестицій, в тому числі іноземних. А приплив інвесторів в значній мірі залежить від того наскільки зрозумілим і впізнаваним є законодавство, що регулює діяльність компаній, у розвиток яких він має намір вкласти кошти. Управління інвестицією через реалізацію корпоративних прав передбачає, що ці права будуть схожі на ті, якими інвестор володіє у себе на батьківщині чи, як мінімум, в інших державах, де він провадить інвестиційну діяльність.

4. Критична маса постійно виникаючих проблем правового характеру дає підстави стверджувати, що корпоративне законодавство більше за інші галузі потребує реформування.

З метою закріплення свого міжнародного статусу та забезпечення свого подальшого державного розвитку більше десяти років тому Україною було підписано Угоду про партнерство та співробітництво з Європейським Співтовариством, що зобов'язує привести вітчизняне законодавство у відповідність із сучасними Європейськими стандартами, в тому числі і у сфері корпоративного управління. До того ж, Державною Комісією з цінних паперів і фондового ринку України (Рішення №571 від 11 грудня 2003 року) було затверджено Принципи корпоративного управління ОЕСР. Однак, досягнення України у виконанні взятих на себе зобов'язань майже не відчутні – в Україні й досі відсутня законодавча база, що регулює корпоративні відносини і встановлює принципи корпоративного управління, а наявні нормативно-правові акти занадто застарілі і не відповідають сучасним реаліям суспільного життя, залишаючи поза увагою вирішення багатьох важливих питань.

Серед найбільш вражаючих негараздів українського корпоративного законодавства можна виділити наступні:

1. При прийнятті Цивільного Кодексу України у корпоративному праві відбулося зближення з європейськими правовими цінностями, а саме закріплення класифікації юридичних осіб як юридичних осіб публічного та приватного права із наступним поділом юридичних осіб приватного права на товариства і установи, а товариств – на підприємницькі та непідприємницькі. Однак, здробутки Цивільного Кодексу фактично перекреслили положення Господарського Кодексу, в якому заперечується вищезгадана кваліфікація юридичних осіб та реставруються збанкрутілі концепції радянського господарського права.

2. Основу українського корпоративного законодавства сьогодні складає Закон «Про господарські товариства», розроблений у 1991 р., до якого протягом останніх десяти років вносилися численні зміни та доповнення переважно «косметичного» характеру;

3. Регулюванню такої складної організаційної форми підприємства, якою є акціонерне товариство, в Законі «Про господарські товариства» присвячено лише 26 статей, а весь комплекс відносин, пов'язаних з діяльністю товариств з обмеженою відповідальністю, врегульований 14 невеликими статтями.

4. Все ще залишається нез'ясованим питання, за яким законодавством мають функціонувати компанії, створені в процесі приватизації. Оскільки в законодавстві про приватизацію присутня значна

кількість норм, які є суперечливими, непослідовними, викладеними безсистемно, а також таких, які вимагають пріоритетного застосування перед нормами Закону «Про господарські товариства». Отже, підприємства, що складають ліву частку української промисловості, не мають остаточної впевненості щодо законодавчих норм, якими регулюється їх діяльність;

5. Чинний Закон «Про підприємства в Україні», прийнятий у 1991 р., який наслідує стару радянську концепцію «соціалістичного підприємства» і фактично підриває цілісність правового регулювання господарських товариств, оскільки розглядає підприємство одночасно і як юридичну особу, і як комплекс майна.

Декілька років проводилася робота над проектом Закону України «Про акціонерні товариства», який мав на меті частково вирішити проблемні питання регулювання діяльності господарських товариств. Нажаль, спроби прийняти вищезгаданий Закон виявилися безуспішними.

Отже, сучасне корпоративне право України являє собою заплутаний і суперечливий конгломерат нормативних приписів, результатом яких є відсутність визначеності практично у будь-якій сфері регулювання. Вирішення цих проблем можливе лише шляхом якнайшвидшого реформування власного корпоративного законодавства із приведенням його у відповідність до європейських стандартів.

**КРИТЕРИИ РАЗГРАНИЧЕНИЯ ДОГОВОРОВ КУПЛИ И ПОДРЯДА ПО
ГРУЗИНСКОМУ ПРАВУ И МЕЖДУНАРОДНОМУ ПРАВУ КУПЛИ***Кандашвили И.**Тбилисский государственный Университет имени Ивана Джавахишвили*

Право купли занимает значительное место по сравнению другими институтами права.

С развитием рыночной экономики все больше растет нагрузка на право купли, заключаются много договоров купли не только внутри страны, но также соглашения международных масштабов, чем роль и актуальность права купли растет вдвойне.

В 1980 году была принята конвенция Вены «О договорах международной купли-продажи товара», которая представляет собой самую широкую международную торговую кодификацию и самую высшую ступеньку унификации права купли.

Развитие сотрудничества между странами дал сильный толчок к развитию торговых отношений между ними, именно с целью упорядочения существующих договоров купли

международного масштаба, и основания общих условий в этой сфере в 1980 г. от 10 Марта до 11 Апреля дипломатическая конференция в Вене приняла конвенцию ООН «О договорах международной купли-продажи товара». На сегодняшний день конвенция объединяет 67 стран-участников договора.¹ Конвенция состоит из четырех частей и вмещает 101 статей, чем представляет собой самую широкую международную торговую кодификацию и самую высшую ступеньку унификации права купли.

На вопрос, чем обусловлена постановка подобной конвенции в повестку дня, что послужило причиной этого явления и объединения многих государств вокруг одной точки зрения – ответ однозначен: право купли настолько жизненно важно для развития сегодняшнего мира, что с целью избегания дополнительных осложнений и была принята вышеупомянутая конвенция.

Известно, что соглашения, заключенные с иностранными контрагентами, регулируются правовыми нормами той или иной страны и примененное право определяется соглашением сторон, хотя при его выборе возникают серьезные осложнения не только для неопытных в области права людей, но также для опытных юристов, которые недостаточно знакомы с иностранным правом, регулирующем коммерческие отношения.

В первую очередь это вызвано тем, что при решении одних и тех же вопросов есть существенная разница между разными системами и национальными законодательствами.

Следует отметить, что участник иностранных – экономических действий должен достаточно хорошо разбираться в существующих в практике правовых нормах, которые регулируют данный тип договора.

Необходимость принятия подобной конвенции вытекала из того, что в случае заключения международного договора купли, продавец и покупатель живут в разных, имеющих разные правовые порядки государствах. Естественно, они требуют согласования с применением права собственной страны. Это нередко приводило к согласованию с правом нейтральной, чужой для обеих сторон страны; а недостаточное знание права третьей страны и сложности, связанные определения и разъяснения содержания норм обуславливало непреодолимые проблемы.

Следует отметить то обстоятельство, что Грузия является подписавшей вышеупомянутой конвенции страной, и она имеет обязательную юридическую силу для Грузии.

По Грузинскому законодательству, а именно гражданским кодексом предусмотрены нормы, регулирующие договора, как купли, так и подряда (обслуживания); а именно в соответствии 477 статьи Грузинского гражданского кодекса: «По договору купли продавец обязан передать покупателю право собственности на имущество, связанные с ним документы и доставить товар». В соответствии 629 статьи Грузинского гражданского кодекса подрядчик обязан выполнить предусмотренную договором работу, а заказчик обязан заплатить подрядчику согласованную плату, а если подрядный договор предусматривает изготовления какого-нибудь изделия, и подрядчик изготавливает его

приобретенным им самим материалом, тогда он передает изготовленное изделие в собственность заказчика. Если изготавливается фамильная вещь, применяются правила купли.

Как это видно из цитированной статьи, по Грузинскому законодательству решающее значение придается тому обстоятельству, какого типа вещь была изготовлена вследствие обслуживания и при изготовлении фамильной вещи применяются правила купли.

Следует отметить, что появилось много противников этой статьи в нашем законодательстве из-за простой причины, что имеется определенный казус. Этот вопрос рассматривается по-другому Венской конвенцией. В частности, договор купли, заключенный стороной заказчиком об изготовленном или производимом имуществе относится к сфере действия конвенции, но Венская конвенция не применяется, когда в договоре купли о таком товаре «покупатель» берет на себя обязательство предоставить «существенную часть» материала, необходимого для изготовления или производства товара. В таком случае решающее значение придается форме действия покупателя в отношении выполнения договора, тип оказанного им содействия, под чем подразумевается доставка «материала»; а то, что надо считать существенной частью содействия, следует определить в каждом индивидуальном случае.

Из этого ясно видно, что договор доставки-подряда, когда доставщик должен изготовить или произвести предусмотренное договором имущество собственным материалом, уравнивается к договору купли. Однако, в отличие от Грузинского законодательства, согласно первому пункту третьей статьи конвенции: «Договором купли-продажи считается договор, заключенный на доставку такого товара, который возможно изготовить или производить, если сторона-заказчик не берет на себя обязательство доставки существенной части материала, необходимого для изготовления или производства данного товара. Согласно второму пункту этой же статьи: «Конвенция не применяется к тем договорам, где обязанности стороны-доставщика в основном заключается в выполнении работ или других типах обслуживания».

Можно заключить, что определяющее значение не придается к тому, является эта вещь фамильной или нет. Определяющим критерием является то, что большая часть предстоящего стороне договора действия не должно выражаться в выполнении работ или подобного рода обслуживании. Итак, конвенция распространяется на все такие договора, в которых не преобладают чуждые для купли элементы.

Согласно третьей статье первой части конвенции «Договором купли-продажи считается договор, заключенный на доставку такого товара, который возможно изготовить или производить, если заказчик товара не берет на себя обязательство доставки существенной части материала, необходимого для изготовления или производства».

Итак, существуют разные позиции вокруг вопроса и Грузинское законодательство должно склониться к Европейскому, что будет способствовать большей гармонизации права и приближению к Европейским стандартам.

**ДІЯ НОРМ СТАТУТУ МІЖНАРОДНОГО КРИМІНАЛЬНОГО СУДУ
ЩОДО ГРОМАДЯН ДЕРЖАВ-НЕУЧАСНИЦЬ***Кучевська С.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

17 липня 1998 року був прийнятий Римський Статут Міжнародного кримінального суду (МКС), який вступив у законну силу 1 липня 2002 року. Прийняття цього договору викликало чимало дискусій на теоретичній арені та занепокоєння держав у зв'язку з закріпленням ряду положень. З набранням чинності договором неабиякої актуальності набуло питання дії норм Статуту МКС щодо громадян держав, які не надали згоду на його обов'язковість, в тому числі і України, яка підписала даний документ, однак ще не ратифікувала його.

Щодо обґрунтування того, що норми Статуту можуть застосовуватися і без участі у ньому держави, існують різні позиції. Так, висуваються теорія глобального договору, теорія делегованої універсальної юрисдикції та теорія делегованої територіальної юрисдикції. В основі існуючих дебатів щодо юрисдикції Міжнародного кримінального суду стосовно громадян держав-неучасниць знаходиться необхідність мати достатню юрисдикційну владу для притягнення до кримінальної відповідальності винних у злочинах геноциду, воєнних злочинах, злочинах проти людяності та необхідність для держав зберегти достатню свободу вибору методів вирішення внутрішніх ситуацій.

Міжнародне право зобов'язує держави притягувати до відповідальності осіб, які вчинили злочин геноциду, воєнні злочини, злочини проти людяності відповідно до принципу універсальної юрисдикції. Однак у Статуті цей принцип безпосередньо свого закріплення не знайшов. Учасники дипломатичної конференції повноважних представників ООН відхилили схему універсальної юрисдикції для МКС, відповідно до якої громадяни будь-якої держави, незалежно від участі останньої у договорі, могли б бути притягнуті МКС до кримінальної відповідальності за міжнародні злочини. Дія норм Статуту була обмежена «режимом згоди», відповідно до якого вимагається згода держави території або держави громадянства обвинуваченого бути учасницею Статуту або прийняти юрисдикцію суду на *ad hoc* основі, як політичний поступ суверенітету держав з метою зібрати більш широку підтримку Статуту МКС. Одночасно у літературі є чимало висловлювань про те, що здійснення Міжнародним кримінальним судом своєї юрисдикції щодо громадян держав-неучасниць базується на універсальному і на територіальному принципах. З одного боку, тяжкі злочини, які підпадають під юрисдикцію МКС, – злочин геноциду, злочини проти людяності, воєнні злочини – є злочинами універсальної юрисдикції і в переслідуванні винних у їх вчиненні зацікавлена кожна держава. З іншого – суд отримує можливість здійснювати юрисдикцію щодо громадян держав-неучасниць лише за згоди держави, на території якої було вчинено один з названих злочинів. На думку прихильників такої точки зору, територіальний принцип, який знайшов своє відображення у Статуті, лише обмежує всезагальність дії норм Статуту МКС.

Для з'ясування того, яким чином може поширюватися дія норм Статуту МКС щодо громадян держав-неучасниць наведемо приклади ситуацій, які можуть мати місце у зв'язку зі вступом Статуту МКС у законну силу.

Ситуація 1: громадянин держави-неучасниці Статуту вчиняє злочин на території держави-учасниці Статуту. Принцип територіальності, відображений у ст.12 Статуту, уповноважує МКС здійснювати юрисдикцію щодо осіб, які вчинили злочини, передбачені ст.5 Римського Статуту, на території держави-учасниці, і у тих випадках, коли держава громадянства обвинуваченого не є учасницею Статуту і не надала згоди на здійснення юрисдикції МКС *ad hoc*. Так, наприклад, громадянин України, яка не є учасницею Статуту, вчинив злочин на території іншої держави, яка є учасницею Статуту МКС, наприклад, на території Польщі. Згідно з положенням п. «а» ч.2 ст.12 Статуту, ця особа може бути притягнута до кримінальної відповідальності МКС поза згодою України і, як видається, незважаючи на положення ч.1 ст.7 КК. Таким чином, норми Статуту фактично діють щодо громадян держав-неучасниць у випадку вчинення ними відповідних злочинів на території держави-учасниці. З одного боку, загальновизнано, що у випадку вчинення особою злочину на певній території, вона підлягає відповідальності за законами держави цієї території. Однак, з іншого, –

притягнення відповідної особи до кримінальної відповідальності МКС позбавляє держав свободи вибору ряду інших методів вирішення подібних питань.

Ситуація 2: громадянин держави-неучасниці Статуту вчиняє злочин на території держави-неучасниці. Відповідно до п. «b» ст. 13 Статуту МКС у випадку передання ситуації прокурору МКС Радою Безпеки, яка діє відповідно до глави VII Статуту ООН, МКС може здійснювати юрисдикцію щодо будь-якого злочину, передбаченого ст. 5 Статуту, незалежно від місця вчинення злочинного діяння та громадянства особи, яка його вчинила. Дане положення створює ситуацію, за якої МКС може здійснювати свою юрисдикцію без участі держави у ньому. Це свого роду так званий записаний прецедент. Вчинення тяжких міжнародних злочинів зумовлювало створення трибуналів *ad hoc*, і хоча легітимність їх створення дискутується по сьогоднішній день, однак необхідність такого кроку чудово усвідомлюється усіма. Великою перевагою МКС є те, що він не створений *post factum*. МКС створений як перспективний механізм притягнення до кримінальної відповідальності винних у вчиненні злочинів геноциду, проти людяності, воєнних злочинів та злочину агресії. Без такого механізму про реальне дотримання загальноновизнаних положень говорити важко.

Аналіз Статуту дає підстави для висновку, що він, будучи документом, у якому знайшли своє відображення різні компроміси, сконструйований таким чином, щоб отримати якнайбільшу підтримку серед держав. Незважаючи на існуючі у теорії дискусії щодо виправданості закріплення наведених положень Статуту МКС, його норми є відображенням загальної тенденції притягнення до кримінальної відповідальності на міжнародному рівні за вчинення міжнародних злочинів. Прихильники закріплення у Статуті таких положень наводять аргументи про тяжкість міжнародних злочинів, відповідальність за які передбачена у Статуті МКС, про те, що вони є злочинами універсальної юрисдикції, про обов'язковість покарання осіб, винних у їх вчиненні, про те, що такі особи є міжнародними злочинцями і цим втрачають захист своїх держав, про спільність інтересу всіх держав у переслідуванні серйозних порушень міжнародного права. Можливість дії норм Статуту МКС щодо громадян держав, які не є його учасниками, є схваленою міжнародною спільнотою схемою роботи у ситуаціях, що вимагають нагальної реакції з боку міжнародної спільноти у зв'язку з серйозними порушеннями основних прав людини, та у зв'язку з необхідністю ефективного здійснення завдань і досягнення цілей, які поставлені перед МКС та ООН.

**РЕАЛІЗАЦІЯ ІНСТИТУТУ ПОВЕРНЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ
ПРОКУРОРУ В ЗАКОНОДАВСТВІ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН***Луцик В.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Досліджуючи законодавство зарубіжних країн можна прийти до висновку, що інститут повернення кримінальної справи прокурору в тій чи іншій мірі існує в законодавстві більшості країн романо – германської системи права.

Даний інститут відсутній лише у країнах англо – саксонської системи права, що обумовлюється специфікою судового розгляду кримінальної справи з участю присяжних, які не досліджують відповідність обвинувального акту формальним вимогам (оскільки законодавство може їх не визначати), а встановлюють під час попереднього розгляду справи лише достатність доказів для притягнення обвинуваченого до кримінальної відповідальності.

Враховуючи можливість повернення кримінальної справи прокурору з різних судових стадій, можна навести наступну класифікацію:

1. повернення тільки з стадії попереднього розгляду кримінальної справи судом (КПК Вірменія, Македонія, Польща);
2. повернення справи лише з судового розгляду (Казахстан, Молдова, Киргизстан);
3. повернення справи, як зі стадії попереднього розгляду, так і безпосередньо з судового розгляду (Росія).

Розглянемо реалізацію цього інституту на прикладі деяких країн, так КПК Казахстану передбачає можливість повернення кримінальної справи прокурору у випадку зміни підсудності. Зокрема, відповідно до ч. 5 ст. 301 КПК Казахстану, якщо під час попереднього розгляду справи судом прокурор змінює обвинувачення і така зміна обвинувачення тягне за собою зміну підсудності, суддя повертає справу прокурору для перескладання обвинувального висновку і направлення справи за підсудністю. Також, ч. 3 ст. 304 КПК Казахстану передбачено, що суд зупиняє кримінальну справу у випадку ухилення обвинуваченого від суду або якщо місце його перебування не встановлене з інших причин та повертає справу прокурору для вжиття заходів, щодо усунення перешкод до судового розгляду справи.

Відповідно до **ч.2 ст. 326 КПК Молдови**, якщо в ході судового розгляду з'ясується, що підсудним вчинено інший злочин, який впливає на юридичну кваліфікацію пред'явленого йому обвинувачення, суд за клопотанням прокурора відкладає розгляд справи на термін до одного місяця, повертаючи справу прокурору для здійснення кримінального переслідування по даному злочину, складанню нового обвинувального висновку і пред'явленню його підсудному при обов'язковій участі захисника. При цьому суд повертає кримінальну справу без обвинувального висновку, протоколу судового засідання та додатків до нього.

Після проведення всіх необхідних слідчих дій та ознайомлення учасників процесу з новими матеріалами справа направляється в суд для продовження розгляду. Крім того, передбачено право прокурора заявити клопотання про продовження терміну до двох місяців, після закінчення якого справа обов'язково направляється в суд.

Звичайно, можна заперечити, що вищенаведений випадок є нічим іншим як поверненням кримінальної справи для проведення додаткового розслідування. Проте, ми вважаємо, що в даному випадку має місце специфічний випадок повернення кримінальної справи прокурору, оскільки прокурор не вправі закрити дану справу, що можливе при направленні справи на додаткове розслідування, крім того незалежно від результатів проведених слідчих дій, він зобов'язаний направити справу в суд, для винесення обвинувального чи виправдувального вироку.

Ще один випадок повернення кримінальної справи прокурору передбачено ч. 2 ст. 499 КПК Молдови, зокрема у випадку визнання, що неосудність особи недоведена або захворювання особи, яка скоїла злочин, не перешкоджає застосуванню покарання, суд своїм вироком припиняє провадження по

застосуванню примусових заходів медичного характеру і повертає справу прокурору для складання обвинувального висновку.

Відповідно до ч. 3 ст. 259 **КПК Киргизстану** при неявці підсудного суд відкладає справу та зобов'язує обвинувача забезпечити явку підсудного. У випадку незабезпечення явки підсудного у вказаний строк суд своєю постановою повертає справу прокурору. Ця постанова може бути оскаржена у вищестоящий суд.

Ще одну підставу повернення кримінальної справи передбачено ч.3 ст. 256 КПК Киргизстану, згідно якої у випадку якщо по справі притягнуто декілька обвинувачених і один з них переховується, матеріали щодо нього виділяються в окреме провадження, проте якщо окремих розгляд утруднить правильний розгляд справи по суті, то вона повертається прокурору для розшуку підсудного.

Відповідно до ст. 292 **КПК Вірменії** під час попереднього розгляду справи суддя може винести постанову про повернення кримінальної справи прокурору. Дана постанова виноситься у випадку, коли обвинувальний висновок не відповідає вимогам встановленим процесуальним законом. В цій постанові крім підстав її винесення вказується термін впродовж якого прокурор повинен усунути недоліки в обвинувальному висновку. При цьому якщо обвинувачений знаходиться під вартою цей строк не повинен бути більше трьох, а в інших випадках семи діб.

Відповідно до §1 ст. 337 **КПК Польщі**, якщо обвинувальний акт не відповідає формальним вимогам встановленим кодексом, а також у разі відсутності необхідних додатків до обвинувального акту суд під час попереднього розгляду справи повертає справу прокурору з метою усунення недоліків в семиденний термін.

До формальних вимог недотримання тягне за собою повернення кримінальної справи прокурору відповідно до ст. 332 КПК Польщі належать:

- дані про особу обвинуваченого та застосування до нього запобіжного заходу;
- детальний опис вчиненого суспільно – небезпечного діяння з вказівкою часу, місця та способу його вчинення;
- кваліфікація діяння;
- вказівка суду, який уповноважений розглянути справу;
- список осіб, які викликаються в судове засідання.

Згідно з параграфом 195 **КПК Естонії**, якщо обвинувальний висновок складений з порушеннями кодексу, суд під час попереднього розгляду справи виносить постанову про повернення кримінальної справи прокурору для складання нового обвинувального висновку.

Зокрема повернення кримінальної справи можливе у випадку не зазначення в описовій частині обвинувального висновку змісту обвинувачення; освіти, сімейного стану, роду занять та попередніх судимостей обвинуваченого або якщо в обвинувальному висновку немає посилань на сторінки справи в яких вказуються докази. Також справа може бути повернута у випадку, якщо прокурором який підписав обвинувальний висновок не вказано місце і час його складання.

В кримінально – процесуальному законодавстві **Австрії** передбачено специфічну форму реалізації цього інституту, яка полягає в тому, що у випадку якщо Вищий суд землі встановить, що в обвинувальному акті наявні суттєві порушення кримінально – процесуальної форми, то він тимчасово відхиляє обвинувальний акт. Обвинувач в цьому випадку зобов'язаний впродовж 14 днів внести на розгляд новий обвинувальний акт.

В кримінальному процесі **Німеччини** аналогом нашої стадії попереднього розгляду справи судом є *проміжне провадження*. Під час цієї стадії суд має три можливості: 1) прийняти обвинувачення до провадження і після цього назначити засідання; 2) винести рішення про відхилення обвинувачення, дане рішення прокуратура може оскаржити впродовж тижня у вищестоящий суд; 3) прийняти обвинувачення зі змінами, при цьому прокуратура зобов'язана або внести відповідні зміни, або оскаржити дане рішення.

Кримінально – процесуальне законодавство **Македонії** встановлює обов'язків колегіальний розгляд всіх кримінальних справ, одноособово суддею розглядаються лише найменш суспільно небезпечні злочини(ст. 18 КПК Македонії).

В кримінальному процесі Македонії можна виділити дві стадії підготовки до судового розгляду:

- перша – перевірка обвинувального акту головою колегії суддів і прийняття заперечень на обвинувальний акт(Глава XIX КПК Македонії);

- друга – підготовка справи до судового розгляду (Глава XX КПК Македонії), на цій стадії визначається день судового слухання, роз'яснюються сторонам права в судовому засіданні, приймаються клопотання учасників процесу.

Інститут повернення кримінальної справи прокурору реалізується на першій стадії, зокрема, відповідно до ч. 2 ст. 255 КПК Македонії негайно після отримання обвинувального акту голова судової колегії, яка буде розглядати справу вивчає правильність складання обвинувального акту. У випадку його невідповідності встановленим вимогам він повертається прокурору для виправлення недоліків у триденний термін, при цьому сама кримінальна справа залишається в суді. За наявності поважних причин на клопотання прокурора колегія суддів може продовжити цей термін, при цьому максимальний термін продовження законодавчо не встановлений.

Отже, як випливає з вищенаведеного інститут повернення кримінальної справи прокурору існуючи в законодавстві багатьох держав, надає додаткові гарантії забезпечення прав та законних інтересів учасників кримінального процесу, забезпечує дотримання кримінально – процесуальної форми при вчиненні процесуальних дій особами, які здійснюють процесуальну діяльність на досудових стадіях кримінального процесу, а також є дієвою формою судового контролю за дотриманням процесуального законодавства.

**УДОСКОНАЛЕННЯ ІНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО МЕХАНІЗМУ
ЗОВНІШНЬОЇ ПОЛІТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ ЗГІДНО З
ПРОЕКТОМ ДОГОВОРУ ПРО ЗАПРОВАДЖЕННЯ КОНСТИТУЦІЇ ДЛЯ
ЄВРОПИ**

Микієвич М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Правові засади розвитку зовнішньополітичної функції Європейського Союзу на найближчу перспективу його держави-члени намагалися сформулювати в проекті Договору про запровадження Конституції для Європи, який було урочисто підписано 29 жовтня 2004 року в Римі.

Залишаючись поки що проектом, через негативні результати референдумів у Франції та Нідерландах, Конституція для Європи все-таки є вагомим результатом розвитку права на певному історичному етапі, коли під впливом процесів глобалізації і всеоб'ємної інтеграції з об'єктивних причин, що чітко проявились в Європі, державам стало вигідніше передати у власних і загальних інтересах у спільне користування, (при збереженні за собою контролю над застосуванням правових механізмів управління цими процесами) елементи свого суверенітету для більш ефективного колективного їх застосування.

Серед ряду важливих аспектів організаційно-правової структури функціонування ЄС, в які пропонується внести зміни згідно з положеннями згаданого проекту Конституції для Європи, особливе місце належить реформуванню правових основ зовнішньополітичної діяльності Європейського Союзу. Так, всі аспекти його діяльності на міжнародній арені кодифіковані в спеціальному розділі V Конституції „Зовнішньополітична діяльність Союзу” частини III. В цьому розділі закріплені загальні принципи і цілі (глава I „Положення загального застосування розділу V”), а також спільні механізми їх реалізації.

До них, зокрема відносяться: процедури укладення міжнародних договорів Союзу з третіми країнами і міжнародними організаціями (глава VI „Міжнародні договори” розділу V) і порядок застосування санкцій проти іноземних держав чи приватних осіб (глава V „Обмежувальні заходи” розділу V); правила стосовно дипломатичних відносин з третіми країнами і міжнародними організаціями (глава V „Відносини Союзу з міжнародними організаціями і третіми країнами. Делегації Союзу” розділу V); порядок надання допомоги державам-членам, котрі потерпіли від терористичної атаки, або стали жертвами природної, або техногенної катастрофи (глава VIII „Реалізація умови солідарності” розділу V).

У проекті Договору про запровадження Конституції для Європи чіткіше визначена система та зміст правових актів Союзу, яка дещо відрізняється від попередніх, зокрема, містить перелік нових актів, які можна ухвалювати в його рамках, а саме: європейські закони, європейські рамкові закони, європейські регламенти, європейські рішення, рекомендації та висновки (ст. 32). У цій системі актів європейський закон діє у формі колишнього регламенту, а європейський рамковий закон замінив у цілому директиву зі свободою для держав-членів вибору форм та засобів його імплементації в їхньому внутрішньому праві. Цією ж статтею Договору передбачено введення практики застосування європейського регламенту як акта загального значення, який, однак, не має характеру закону, оскільки спрямований на виконання законодавчих актів та окремих положень Конституції. Європейський регламент може бути обов'язковий цілісно та мати пряме застосування в цих державах-членах або ж бути обов'язковим лише для держав-членів, яким його адресовано, стосовно результатів, яких потрібно досягти, залишаючи національній владі повну свободу вибору форм та засобів для їхнього досягнення.

Згідно з частиною 2 статті 32 проекту Договору про запровадження Конституції для Європи, “у разі розгляду пропозицій щодо законодавчих актів Європейський Парламент та Рада Міністрів утримуються від ухвалення у відповідній сфері правових актів, не передбачених цією статтею”, що є досить поширеною практикою сьогодні, коли ці інституції ЄС достатньо вільно ухвалюють різноманітні акти, особливо ті, що не є обов'язковими, зокрема, різні “резолуції”, “програми”, “керівні принципи” тощо.

Ще одна новела Договору про запровадження Конституції для Європи стосується форм правових актів ЄС. У статті 36 про- екту Договору держави-члени зобов'язані “ухвалити всі засоби національного права, необхідні для виконання юридично обов'язкових актів Союзу”. Частиною 4 цієї статті передбачено, що “виконавчі акти Союзу мають форму європейських виконавчих регламентів чи європейських виконавчих рішень”. Зазначимо, що після набуття чинності цього проекту Договору правові акти Європейського Союзу підлягають обов'язковому опублікуванню в Офіційному віснику Європейського Союзу і набувають чинності з дати, визначеної у них, чи, якщо такої нема, на двадцятий день після дати оприлюднення.

Згідно зі статтею III-194 та частиною 3 статті III-195 проекту Договору про запровадження Конституції для Європи, головними інструментами Спільної зовнішньої політики та політики безпеки Союзу (СЗППБ) повинні бути: європейські рішення щодо стратегічних інтересів та цілей Союзу, європейські рішення щодо визначення загальних засад, а також, відповідно, європейські рішення про дії Союзу, про позиції Союзу, про реалізації дій та позицій та про зміцнення систематичної співпраці держав-членів у разі здійснення ними спільної політики.

Наприклад, європейські рішення Європейської Ради щодо стратегічних інтересів та цілей Союзу поширюються не тільки на сферу СЗППБ, а й на інші сфери його зовнішньої діяльності і можуть стосуватися відносин Союзу з окремою країною чи регіоном або певної теми; вони обумовлюють тривалість та засоби, які визначають Союз і держави-члени (п. 2 ч. 1 ст. III-194 Договору про Конституцію для Європи).

Європейські рішення щодо загальних засад визнані частиною 3 статті III-195 Конституції інструментами вже безпосередньо СЗППБ, які конкретизуються вже в інших європейських рішеннях, що передбачені цією ж статтею.

Європейські рішення про дії ухвалює Рада ЄС, коли міжнародна ситуація потребує оперативних дій Союзу, і в них, передусім, визначають цілі, обсяг та засоби, які надають Союзу, а також, у разі потреби, тривалість та умови їх виконання (ч. 1 ст. III-198 Договору про Конституцію для Європи).

Європейські рішення про позиції Союзу, згідно зі статтею III-199 згаданого вище Договору, ухвалює Рада ЄС щодо певного питання географічного чи тематичного характеру, і держави-члени забезпечують узгодженість їхньої національної політики та позиції Союзу.

Отже, у Договорі про Конституцію для Європи держави-члени, приймаючи акти СЗППБ ЄС відповідно до загальної системи актів Союзу, у принципі не змінили їхніх змістовних аспектів, передбачених установчими договорами, у тому числі Договором про Європейський Союз. Однак їм ще не вдалося остаточно вирішити головну суперечність між тенденцією централізації, яка є визначальною у розвитку ЄС, і певними прагненнями держав-членів максимально зберегти суверенітет у сферах, які стосуються зовнішньої політики.

У проекті Договору про запровадження Конституції для Європи внесено суттєві зміни в інституційний механізм спільної зовнішньої політики та політики безпеки ЄС з метою надання йому можливостей ефективніше ухвалювати рішення у цій сфері. Головним нововведенням у чинній структурі ЄС, що відповідають за зовнішньополітичну діяльність ЄС, є запровадження посади Міністра закордонних справ Союзу, якого повинна призначати Європейська Рада кваліфікованою більшістю за згодою Президента Комісії і який, згідно зі статтею 27 Конституції, “проводить спільну зовнішню політику та політику безпеки Союзу”. Введення поста Міністра закордонних справ Союзу стало спробою об'єднати СЗППБ та інші зовнішні сфери діяльності ЄС під єдиним керівництвом. Тому Міністр закордонних справ одночасно є одним з віце-президентів Комісії ЄС і відповідає в рамках цього органу за зовнішні зв'язки та координування інших аспектів зовнішніх відносин Союзу (ч. 3 ст. 27 Договору про запровадження Конституції для Європи).

У сфері СЗППБ Міністр закордонних справ Союзу, який головує в Раді ЄС у складі міністрів закордонних справ, сприяє підготовці спільної зовнішньої політики та політики безпеки і забезпечує реалізацію європейських рішень, ухвалених Європейською Радою та Радою Міністрів. У цьому разі він веде політичний діалог від імені Союзу і представляє його позицію в міжнародних організаціях та на міжнародних конференціях (ст. III-197 Договору про запровадження Конституції для Європи).

Щодо співпраці з міжнародними організаціями, то Конституцією обумовлено, що “Союз співпрацює в усіх доцільних формах з Організацією Об'єднаних Націй, Радою Європи, Організацією з безпеки і співробітництва в Європі та Організацією економічної співпраці і розвитку” (ч. 1 ст. III-229). Крім того, у ній передбачено, що Союз підтримує відносини з іншими міжнародними організаціями, а обов'язок втілення цих положень у життя покладено на Міністра закордонних справ Союзу і Комісію

ЄС. Отже, значення міжнародних договорів у реалізації зовнішньополітичної функції Європейського Союзу невпинно зростає.

Таким чином, оцінюючи зміни до правового регулювання зовнішньополітичної діяльності ЄС внесені проектом Договору про запровадження Конституції для Європи, можна стверджувати, що як і в сучасний період діяльності Європейського Союзу, СЗППБ буде характеризуватися достатньою повільністю і обережністю, а деколи можливо і бездіяльністю, враховуючи переважання узгоджувальних процедур міждержавного співробітництва у цій сфері над наддержавним началом.

**ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ
АГРАРНИХ ПРАВОВІДНОСИН В ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ*****Паславська О.****Тернопільський національний економічний університет*

Актуальність проблеми. Звернення до цього питання викликана насамперед тим, що суть, глибина, якість і темпи аграрної реформи знаходяться у прямій залежності від юридичного закріплення основних напрямів земельного реформування. У визначенні мети аграрної політики було єдине прагнення – створити на селі високоефективний багатокладний ринково спрямований сектор виробництва, що зможе забезпечити населення дешевими та якісними продуктами харчування, реалізувати на ділі потенційні можливості та конкурентні переваги України в розвитку сільського господарства, а також істотно розширити експортний потенціал країни. При дослідженні цього питання важливе значення має ознайомлення з зарубіжним досвідом, зокрема правовими аспектами земельної реформи в різноманітних країнах світу.

Аналіз останніх досліджень показує, що проблеми реформування АПК в цілому широко досліджені в працях таких відомих вчених як П.Саблука, В.Янчука, В.Андрійцева, О.Погрібного, М.Гладія, П.Гайдуцького, р.Шмідта та інших. Що стосується питань правового регулювання аграрних правовідносин в зарубіжних країнах, то це питання розглядалося в комплексі тих проблем, які були предметом дослідження. Так, В.З.Янчук в підручнику “Аграрне право України” неодноразово посилається на особливості правового регулювання аграрних правовідносин в зарубіжній практиці. Звертається до зарубіжного досвіду правового регулювання аграрних правовідносин також д.е.н., професор М.Й.Малік у своїй монографії “Основи аграрного підприємництва”.

Завданням цього дослідження є формування рекомендацій стосовно забезпечення дотримання норм національного законодавства у сфері аграрних правовідносин. Йдеться про велику кількість законів і державних програм, які регулюють розвиток сільськогосподарських ринкових відносин, правове становище суб'єктів аграрного підприємництва, права землевласників і землекористувачів. Спираючись на зарубіжний досвід юридичних моделей реформування сільського господарства і земельних відносин, можна застосувати для України найбільш ефективну юридичну модель, яка б допомогла вивести аграрний сектор економіки на належний європейський рівень.

Класичним прикладом правових змін у відносинах земельної власності є Чехія і Словаччина. Конституційні норми про право власності зосереджені в розділі першому “Основні права і свободи” Хартії основних прав і свобод Чеської республіки від 16 грудня 1992 р. У ньому встановлена важлива конституційна основа для всього чеського законодавства, зокрема: для переходу до ринкового високоефективного і конкурентноспроможного на світових ринках АПК; для трансформації сільськогосподарських виробничих кооперативів (СГВК) у нові підприємницькі структури; для приватизації державних господарств; для реституції.

Закон Чехословаччини “Про регулювання майнових відносин стосовно землі й іншої сільськогосподарської діяльності” від 21 травня 1991 р. відмовився від традиційних для соціалізму форм земельної власності і послідовно провів принцип відновлення і оновлення права приватної власності на землю. Цей принцип обумовив неоліберальний варіант трансформації сільського господарства Чехії і Словаччини в ринкову систему на основі внутрішньої приватизації сільськогосподарських угідь виробничих фондів між членами СГВК і реприватизації конфіскованих у повоєнний період земель.

Право на реституцію землі мають громадяни, що мешкають постійно на території Чехії і Словаччини і володіли цією землею. Реституція в Чехії носила широкомасштабний характер як щодо складу повернення майна, так і щодо розширення часових меж. Земельна і майнова реституція здійснювалася безкоштовно і переважно в натурі.

В результаті такого перерозподілу земель земельна реформа дозволила створити на базі реформованих сільськогосподарських кооперативів великі високоефективні і конкурентноспроможні кооперативи нового типу з загальною площею до 1,4 тис.га.

Чеський і словацький шлях формування ринкової земельної економіки можна характеризувати як тривалий процес поетапних перетворень, хід якому був даний Законом “Про землю” 1991 р., що заклав правові основи для внутрішньої приватизації сільськогосподарських земель і виробничих фондів всередині сільськогосподарських кооперативів. У зв’язку з цим було передбачено поновлення виплат по земельному паю (з досвіду ФРН і Австрії такі виплати здійснюються в розмірі 1-2% державної ціни землі за кожний гектар).

Впритул до ідеї трансформації земельного устрою, заснованого колись на постулатах націоналізації землі, одержавленні сільськогосподарського кооперативного сектора, підійшло земельне законодавство Болгарії першої половини 90-х років. Його головна стратегія полягала в тому, щоб забезпечити вільний вихід кооперованих селян із колективних і державних господарств, повернути землю їм попереднім власникам або їх спадкоємцям.

Оцінюючи нову Конституцію Болгарії як найважливіше джерело земельного права, потрібно насамперед відзначити його послідовну спрямованість на формування ринкової економіки, заохочення ділової ініціативи, здорової конкуренції. На основі нового підходу до визначення поняття права власності болгарський законодавець формулює конституційне правило про те, що право власності не може здійснюватися на шкоду суспільному інтересу.

Після прийняття нової редакції Конституції в Болгарії чітко проявилася тенденція до корінних перетворень земельних відносин і зміни соціально-економічної структури сільського господарства. Результатом цього було відродження кооперативної власності і формування приватнопідприємницького сектора на основі сучасного правового механізму, який забезпечував правовий захист кооперативних і селянських господарств від втручання державних органів у їх господарську діяльність.

Законодавство Болгарії в Програмі Болгарського земельного народного союзу визначає центральне місце ідеї повернення землі їм попереднім власникам або їх спадкоємцям, свободи виходу кооперованих селян із колективних господарств. З цим пов’язане відновлення прав власників на землю, передану в ТКЗГ (трудова колективне земельне господарство) і ДЗГ (державне земельне господарство), а також на землю, незаконно вилучену після прийняття Закону “Про трудову земельну власність” 1946 р. З введенням в дію Закону “Про землю” 1991 р. підставами відновлення прав попередніх власників можуть бути визнані також вимоги осіб, що передали добровільно на безплатних засадах землю в ТКЗГ або державі.

При відновленні права власності приймаються до уваги кількість і якість землі, що належала колись власникові. У тих районах країни, де оброблюваної землі стало менше в результаті промислового будівництва й інших видів діяльності, вводиться відповідний коефіцієнт редуції. За бажанням власника, що відмовився одержати земельну ділянку, держава виплачує йому грошову компенсацію в порядку, що встановлюється Урядом Болгарії.

Земельне законодавство Угорщини, як і інших країн Східної Європи, виходило із вимоги максимальної приватизації сільськогосподарських земель, визнання приватного землеволодіння як пріоритетного напрямку земельної реформи.

На відміну від законодавства Болгарії й інших країн Центральної і Східної Європи, яке орієнтоване на натуральну реституцію земельної власності, угорська програма реприватизації земель обмежується лише вимогою виплати колишнім власникам компенсаційних цінних паперів (чеків). Такі цінні папери мають статус державних зобов’язань і можуть бути використані для купівлі у власність нових земельних ділянок та іншої сільськогосподарської нерухомості. Власник цінних паперів може використовувати їх також для купівлі акцій приватизованих державних (в тому числі і сільськогосподарських) підприємств, муніципальних квартир, а також продати за гроші або обміняти на довічну ренту.

Позитивний бік такої реприватизації земель полягає у тому, що вона дозволяє визначити розмір виплаченої компенсації на справедливій основі з врахуванням завданих колишнім землевласникам збитків. Крім того, законодавство надає колишньому власнику земельної ділянки право вільно обирати форму отримання компенсації і брати участь в аукціонах з продажу земельних ділянок і іншої сільськогосподарської нерухомості. Негативний бік угорської моделі реприватизації – це те, що вона не дозволяє судам швидко і оперативно задовольняти вимоги колишніх власників про виплату їм компенсації за втрачені земельні ділянки.

Загальним принципом сучасного земельного законодавства Угорщини є визнання за членами сільськогосподарських кооперативів реальних прав і свобод, включаючи визначення їх конкретної

пайової участі в спільних фондах і спільному виробництві, а також забезпечення можливості виходу з кооперативу і ведення індивідуальної господарської діяльності на наданій земельній ділянці в відповідній частці майна. При цьому на СГВК покладено обов'язок визначити конкретний розмір паю кожного члена кооперативу в спільній вартості майна, а також земельного наділу в залежності від кількості відпрацьованих у кооперативі років, характеру виконуваної діяльності та ін. При цьому не менше 40% всього майна, включаючи землю, розподіляється між членами кооперативу з врахуванням кількості відпрацьованих у кооперативі років і характеру роботи, не менше 20% – з врахуванням майнового внеску члена кооперативу в спільну сумісну власність членів СГВК.

Організаційно-правові перетворення у Східних землях Німеччини проводилися на основі Закону НДР “Про структурне приведення сільського господарства відповідно до соціальної і екологічної ринкової економіки в НДР” від 20 липня 1990 р. Цей Закон, прийнятий ще Народною палатою НДР, охоплював багато, але не всі важливі питання, пов'язані з формуванням нових організаційних структур приватного підприємництва в сільському господарстві, тому 6 липня 1991 р. було прийнято новий Закон ФРН “Про зміну Закону “Про адаптацію сільського господарства (колишньої НДР) до ринкових умов”.

Перетворення земельної власності в нових федеральних землях Німеччини здійснюється в правовому полі, що враховує практику приватизації відповідно до так званої “Берлінської моделі” або “Моделі піклувального товариства з обмеженою відповідальністю щодо нерухомості. У рамках цієї моделі відповідно до положень Спільної заяви Уряду ФРН і Уряду НДР “Про врегулювання відкритих майнових питань” від 15 червня 1990 р. земельна власність у колишній НДР повинна бути повернута колишнім власникам.

З перетворенням колишніх народних господарських одиниць у товариства, засновані на об'єднанні капіталу, земля, що належала колишнім господарським одиницям, перейшла у власність нових товариств, заснованих на об'єднанні капіталу. У період 1991-1995 рр. Відомству по опіці було передано 1,95 млн га сільськогосподарських земель і біля 1,96 млн га лісгосподарських земель.

Основним змістом земельної реформи в Східних землях Німеччини було перетворення СГВК у кооперативи нових власників землі і майна або розпуск СГВК при відновленні економічних і правових основ реалізації приватної власності. У ході структурних перетворень у сільському господарстві Східних земель Німеччини було створено також 246000 селянських господарств і 2300 об'єднань фізичних осіб. У їх власність було передано 25% приватизованих і перерозподілених земель реформованих СГВК.

Польське законодавство про земельну реформу віддає перевагу економічним інструментам регулювання земельних відносин. Законом Польщі “Про продаж сільськогосподарських угідь державного земельного фонду й упорядкування деяких питань щодо проведення сільськогосподарської реформи і сільського поселення” 1998 р. істотно обмежені адміністративно-правові інструменти регулювання земельного ринку в приватному і державному секторах сільського господарства. Розширена сфера дії цивільного права через різні форми економічної і законодавчої підтримки громадян, що виявили бажання купувати і орендувати землю. Цей закон надає можливість місцевим органам селянського самоврядування проводити торги та запроваджувати конкурсну систему розподілу земельних ресурсів, що сприяє максимальній приватизації земельної власності і створенню ринку землі.

В Конституції Румунії (ст. 41 глава 11) основний аспект зроблено на закріплення основних економічних прав і свобод громадян, і, насамперед, права приватної власності, що складає основу для свободи приватної ініціативи, здійснюваної в рамках демократичної і соціальної економіки. Конституція проголошує рівність усіх форм власності, визначені цивільним і земельним законодавством. Одночасно, у Конституцію включені окремі положення, які обмежують право власності іноземних громадян (ч.2 ст.41).

ГОЛОВНЕ ПРО УНІФІКАЦІЮ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА В ЄС

Руденко О.

Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича

За своєю природою уніфікація міжнародного приватного права (МПрП) в Європейському Союзі (ЄС) є правовою реформою, орієнтири якої суттєво змінилися у зв'язку з досягненням «критичної маси» нормативного матеріалу європейського права в останні 5-10 років: «З точки зору гармонізації цивільного права, сукупність правових норм, встановлених директивами ЄС, досягли сьогодні “критичної маси”, і тому необхідно діяти в одному чи іншому напрямку. Існуючий несистематичний підхід, який складається з поєднання директив та міжнародного приватного права, повинен бути суттєво переглянутий, оскільки призводить до збільшення числа ризиків для користувачів. Що ж економічні гравці знаходять, коли вони намагаються залучитися в міжкордонну діяльність, – то це величезна маса міжнародного приватного права, яка складається з 20-30 більших чи менших острівців права Європейського Співтовариства. Як тільки користувачі залишають ці безпечні гавані, вони ризикують сісти на мілину, у зв'язку або з невирішеними конфліктами особистих приватноправових постанов, або ж у зв'язку з відсутністю узгодження між європейським правом та міжнародним приватним правом. В деяких випадках існує ризик осушення океану, так як право директив ЄС, які чудово пристосовані до особистих конфліктних ситуацій, довготривало порушує внутрішню рівновагу національних цивільних кодексів» (Доповідь Комітету з права і внутрішнього ринку від 6 листопада 2001 р. № А5-0384/2001 кінцева “Про зближення цивільного і торгового права держав-членів” (СОМ(2001) 398 – С5-0471/2001 – 2001/2187(COS)) – Обґрунтування).

Керуючись викладеним вище, автором проведено дослідження уніфікації МПрП в ЄС та пропонуються для наукової дискусії такі положення:

1. Пропонується розрізнити уніфікацію МПрП в ЄС та в рамках ЄС на основі критерію поділу правопорядків на супра-, інтер-, транс- та інтранаціональні правопорядки. Уніфікація в ЄС на основі запропонованого критерію в в.с. є супрауніфікацією, а в т.с. – ще й інтеруніфікацією. Уніфікація МПрП в рамках ЄС на основі того самого критерію включає поряд із попередніми двома типами уніфікації ще й трансуніфікацію (уніфікацію в ш.с.) та інтрауніфікацію (уніфікацію в нш.с.) МПрП.
2. На основі аналізу джерел європейського права пропонується, керуючись критерієм законодавчої спеціалізації, розрізнити уніфікацію МПрП в ш.с. і в.с. В першому випадку уніфікація включає такі різновиди, як: зближення (апроксимація, гармонізація, координація та уніфікація в в.с.).

Уніфікація МПрП в в.с. – це такий різновид правової реформи європейського приватного права, який відбувається на такій нормативній основі як міжнародна угода.

1. Вперше після 1992 р., враховуючи зміни, які відбулися в європейському праві (Амстердамський від 1997 р. та Ніццький від 2002 р. Договори), встановлено, що якщо до Амстердамського Договору від 1997 р. уніфікація МПрП, по-перше, відбувалася у формі інтеруніфікації на основі ст. 220 Договору про заснування Європейського Співтовариства (ДЗЄСт), то після 1997 р. уніфікація відбувається у формі супрауніфікації на основі ст. 249 (колишньої 189) у поєднанні зі ст. 61 ДЗЄСт з одночасною поступовою відмовою від інтеруніфікації на основі ст. 293 (колишньої 220) ДЗЄСт. Коротко сучасну тенденцію розвитку МПрП в ЄС можна охарактеризувати як поступовий перехід від інтернаціоналізації (на основі ст. 293 (220)) до європеїзації (на основі ст. 249 (189)) в поєднанні зі ст. 61 та деякими іншими статтями ДЗЄСт). Останнє також означає, що якщо до 1997 р. єдиним джерелом уніфікації МПрП була міжнародна угода, то після цієї дати стандартним джерелом уніфікації стає регламент.

Нами встановлено, що спільним знаменником для як, з одного боку, інтернаціоналізації, так, з іншого боку, європеїзації МПрП є офіційна політика ЄС взаємного визнання, в першу чергу, судових

рішень, а в ш.с. – опосередковано й іноземних правопорядків, з тією лише відмінністю, що раніше йшлося про створення спільного ринку, а нині про створення внутрішнього ринку в ЄС.

1. Доведено, що уніфікація МПрП в ЄС в розвиток прагматичної політики взаємного визнання визначається задачею формування з 1968 р. юридичної визначеності в певних областях раніше спільного, а нині – внутрішнього ринку ЄС.
2. Констатовано, що, зважаючи на приватноправову природу колізійних та конфліктних норм, яка проявляється в тому, що ці два типи норм є зворотною стороною матеріальних та процесуальних норм приватного права, починаючи з 2003 р. відбувається переорієнтація з уніфікації матеріального приватного права на уніфікацію колізійного права, з одного боку, та в замороженому стані залишається уніфікація єдиного європейського процесуального права, що має своїм наслідком розвиток європейського міжнародного цивільного процесуального права (конфліктного права).
3. Розрізняючи поняття колізії законів та конфлікту юрисдикцій (колізійних та конфліктних норм), встановлено, що:
 - колізії законів вирішуються наступним чином:
в рамках інтернаціоналізації – за допомогою міжнародної угоди Рим I;
в рамках супрауніфікації – за допомогою Регламенту Рим II та Проекту Регламенту Рим III.
 - конфлікту юрисдикцій – за допомогою Регламенту Брюссель I, який змінив міжнародну угоду Брюссель I та Регламенту Брюссель III, який змінив Регламент Брюссель II.

В кінцевому рахунку аналіз джерел уніфікації МПрП дозволяє зазначити, що уніфікація на рівні супра-втісняє уніфікацію на рівні інтернаціонального правопорядку, а трансуніфікація МПрП стає основою, минаючи інтернаціоналізацію, супрауніфікацію МПрП в ЄС. Інтрауніфікація МПрП, таким чином, нині визначається супрауніфікацією на основі загальних принципів європейського права – субсидіарності та пропорційності. В останньому випадку, інтра- та супрауніфікації є тотожними поняттями.

1. Встановлено, що в рамках загальної політики ЄС щодо модифікації та актуалізації європейського права взагалі та європейського приватного права, частиною якого є європейське МПрП, зокрема реалізуються в межах, в першу чергу, процесу ухвалення Регламентів Брюссель I та Рим I, такі вимоги до МПрП ЄС, як транспарентність, сімпліцитність та когерентність, тобто вимога щодо прозорості (ясності), простоти та взаємопов'язаності, в першу чергу, колізійних та конфліктних норм, а також власне матеріальних та процесуальних правових норм.

1. Встановлені такі характеристики уніфікації:

- європейського колізійного права: а) перехід від уніфікації колізійних норм у формі міжнародної угоди до уніфікації у формі регламенту; б) незалежність створення ширшого кола колізійних норм (Рим I, II, III) від процесу уніфікації матеріальних норм;
- європейського конфліктного права: а) аналогічний процес переходу як і в колізійному праві; б) розширення предмету визнання – не тільки судових рішень в цивільних і торгових справах, але й публічних та приватних документів, тобто охоплення сфери латинського нотаріату. в) доповнення уніфікації конфліктних норм уніфікацією у формі мінімальних стандартів цивільних процесуальних норм;
- європейського матеріального приватного права – а) практична уніфікація матеріального права відбувається не у формі створення єдиного європейського ЦК, а у формі створення Загальної системи координат тощо. б) ця Загальна система координат має застосовуватися на основі колізійних норм про вибір права;
- європейського формального приватного права – цивільний процес є найменш розвиненою формою уніфікації, яка нагадує форму уніфікації вимог щодо захисту споживачів в ЄС (мінімальні стандарти).

2. Констатовано, зважаючи на події, які характерні для розвитку уніфікації приватного права в ЄС після 2003 р., в першу чергу, опираючись на відмову від створення європейського цивільного кодексу (ЦК) та стагнацію процесу створення єдиного європейського цивільного процесуального кодексу (ЦПК), позитивну тенденцію, відповідно до якої європейському МПрП в в.с. та т.с., тобто європейському колізійному та конфліктному праву, нічого нині в ЄС не загрожує. Це, зокрема, проявляється в тому, що в рамках політики взаємного визнання доповненнями до конфліктних Регламентів-Брюссель I та Брюссель III є колізійні Регламенти Рим I та II та готується Рим III.

Додатковим аргументом щодо позитивної тенденції розвитку європейського традиційного МПрП є той факт, що починаючи з 2001 р. створення когерентного договірної права в ЄС має відбуватися у формі Загальної системи координат, які якщо вони будуть створені в запропонований строк до 2009 р., будуть застосовуватися або на основі їх вільного вибору (Opt-in-Рішення) або на основі Opt-out-Рішення. Обидва рішення є різновидом застосування традиційних колізійних норм МПрП, особливо перше рішення, яке ґрунтується на основі колізійного принципу *lex voluntatis*.

Пропонується таке визначення ключового поняття статті: уніфікація МПрП в ЄС – це результат порівняльних досліджень та процес правової реформи, яка, ґрунтуючись на принципах повного або часткового зближення (апроксимації) європейського приватного колізійного, конфліктного, матеріального та процесуального права, орієнтується на інтернаціоналізацію або європеїзацію МПрП в межах держав-членів ЄС.

Уніфікація МПрП – це процес створення єдиних норм міжнародного приватного права, а також забезпечення їх однакової імплементації, який здійснюється при постійній взаємодії та узгодженні воль контрагентів, які репрезентують держави-члени, що пов'язані певною формою міжнародно-правового співробітництва, і спрямований на гармонізацію правовідносин між фізичними та юридичними особами цих держав у визначених сферах.

Уніфікація у в.с. МПрП в ЄС буде мати місце в двох випадках: по-перше, коли в найменуванні відповідного нормативного акту європейського права вживається термін «уніфікація», по-друге, тоді, коли відповідний процес традиційно прийнято називати уніфікацією, наприклад, на основі ст. 293 (220) ДЗЄСт.

Зміст

СЕКЦІЯ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИХ НАУК

<i>Белякова Е.</i> О ПРИМЕНЕНИИ ИНСТРУМЕНТАЛЬНОГО ПОДХОДА В ПРОЦЕССЕ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА	3
<i>Бернюков А.</i> СУДОВА ГЕРМЕНЕВТИКА – НОВИЙ НАПРЯМОК ДОСЛІДЖЕНЬ В ЮРИСПРУДЕНЦІ	5
<i>Венецька О.</i> ЗАКРІПЛЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ В АКТАХ ПЕРВИННОГО ЗАКОНОДАВСТВА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ	8
<i>Гришук О.</i> ЛЮДСЬКА ГІДНІСТЬ У ПРАВІ: ФІЛОСОФСЬКИЙ АСПЕКТ	11
<i>Гудима Д.</i> ОБРАЗИ ЛЮДИНИ У ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНОМУ ПРАВознавстві: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМИ	14
<i>Гуцуляк В.</i> КОНКРЕТНО – ІСТОРИЧНИЙ ПІДХІД ЩОДО ДОСЛІДЖЕННЯ ПРОЦЕСУ ВИНИКНЕННЯ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ ПРАВ ЛЮДИНИ	16
<i>Данількевич М.</i> ДЖЕРЕЛА ПРАВОВОГО НІГІЛІЗМУ В УКРАЇНІ	19
<i>Демидович М.</i> АДАПТАЦІЯ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ В КОНТЕКСТІ РОЗВИТКУ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ	22
<i>Добрянський С.</i> МЕТОДОЛОГІЯ ДОСЛІДЖЕННЯ ЗМІСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ (ДО ПОСТАНОВКИ ПРОБЛЕМИ)	25
<i>Дудаш Т.</i> ПРАВOROЗУМІННЯ: ГЕРМЕНЕВТИЧНІ ЗАСАДИ ДОСЛІДЖЕННЯ	28
<i>Кольбенко А.</i> СОЦІАЛЬНІ ЗВ'ЯЗКИ ТА ІНТЕРЕСИ ЯК ОСНОВА ІСТОРИЧНОГО РОЗВИТКУ ДЕРЖАВИ	30
<i>Косович В.</i> ПРАВОВИЙ ВПЛИВ І ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ: ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТЬ	32
<i>Кундельська С.</i> ОЗНАКИ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА: ОСОБЛИВОСТІ В ІНФОРМАЦІЙНОМУ СУСПІЛЬСТВІ	34
<i>Левицька Н.</i> КЛАСИФІКАЦІЯ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ ІНСТИТУТІВ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ	36
<i>Левко П.</i> О ПОНЯТТІИ ТЕРМИНОВ «ИСТОЧНИК ПРАВА» И «ФОРМА ПРАВА»	38
<i>Литвинко В.</i> ЭТИМОЛОГИЯ СУБЪЕКТИВНОЙ СОСТАВЛЯЮЩЕЙ В ПРЕДИКТОРАХ ТРАНСФОРМАЦИИ ФЕНОМЕНА «ПРАВОНАРУШЕНИЕ»	41
<i>Луць Л.</i> СИСТЕМА ДЖЕРЕЛ ПРАВА: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА	44
<i>Медвідь Ф.</i> НАЦІОНАЛЬНІ ІНТЕРЕСИ УКРАЇНИ ЗА УМОВ РЕФОРМУВАННЯ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ	47

<i>Мелех Л.</i>	ПРАВАЗАСТОСОВНІ ПОМИЛКИ ПРАЦІВНИКІВ МІЛІЦІ ТА ШЛЯХИ ЇХ УСУНЕННЯ	50
<i>Мелех Б.</i>	СУДИ ЯК ОСНОВНІ ОРГАНИ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ.....	53
<i>Миронова Г.</i>	СУЧАСНА ПОЗИТИВНО-ПРАВОВА СИСТЕМА УКРАЇНИ: ТИПОВІ РИСИ І ВЛАСТИВОСТІ.....	56
<i>Монастирський О.</i>	ВИДИ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЇ УНІФІКАЦІЇ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ.....	59
<i>Панкевич І.</i>	ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧИХ МЕЖ РЕАЛІЗАЦІЇ СВОБОДИ ВІРОСПОВІДАННЯ (ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ).....	62
<i>Пащук Т.</i>	ДОСТУПНІСТЬ ЮРИДИЧНИХ ЗАСОБІВ ЗАХИСТУ ЯК УМОВА ЇХ ЕФЕКТИВНОСТІ.....	63
<i>Рабінович С.</i>	ПРОБЛЕМА СПІВВІДНОШЕННЯ ПРИРОДНОГО І СОЦІОНОРМАТИВНОГО У ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВІЙ ДУМЦІ АНТИЧНОСТІ.....	66
<i>Раданович Н.</i>	ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ ПРАВ ЛЮДИНИ: ПОНЯТТЯ, СТРУКТУРА, ДЖЕРЕЛА ФОРМУВАННЯ.....	69
<i>Сушко Є.</i>	ДЕЯКІ ПИТАННЯ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА У ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІЙ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ.....	72
<i>Толкачова Н.</i>	ПРАВОВИЙ ЗВИЧАЙ – ФОРМА ПРАВА ТА РЕГУЛЯТОР СУСПІЛЬНИХ ВІДНОСИН	74
<i>Трутень В.</i>	ВАДЕМЕКУМ МЕТОДОЛОГІЇ ПРИВАТНОГО ПРАВА.....	77
<i>Цебенко С.</i>	СОЦІАЛЬНА І ПРАВОВА ДОКТРИНА РОСІЙСЬКОЇ ПРАВОСЛАВНОЇ ЦЕРКВИ: ДО ХАРАКТЕРИСТИКИ ДЖЕРЕЛ.....	80
<i>Чорнобай О.</i>	ФІЛОСОФСЬКІ АСПЕКТИ ВПЛИВУ ФОЛЬКЛОРУ НА ПОЗИТИВНЕ ПРАВО.....	83
<i>Шукліна Н.</i>	ПРАВО НА ЕВТАНАЗІЮ ЯК ПРОБЛЕМНИЙ АСПЕКТ РЕАЛІЗАЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА НА ЖИТТЯ.....	86
СЕКЦІЯ ІСТОРИКО-ПРАВОВИХ НАУК		
<i>Андрусяк Т.</i>	НАУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ КОСТЯ ЛЕВИЦЬКОГО.....	89
<i>Бойко І.</i>	ЗАСТОСУВАННЯ ПОЛЬСЬКОГО ПРАВА У РУСЬКОМУ ВОЄВОДСТВІ (1434–1569 РР.).....	91
<i>Гриб Н.</i>	ОСНОВНІ ПОЛОЖЕННЯ КРАЙОВОЇ КОНСТИТУЦІЇ 1850 Р.	94
<i>Довгань Г.</i>	ПРАВОВА ОХОРОНА ОБ'ЄКТІВ ПАТЕНТНОГО ПРАВА НА ЗАХІДНОУКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ У СКЛАДІ ПОЛЬЩІ У 20-30Х РОКАХ ХХ СТ.....	97

<i>Єфремова Н.</i>	ВІЛЕНСЬКО-РАДОМСЬКА УНІЯ 1401 р. ТА ЇЇ ІСТОРИКО-ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ	100
<i>Качур В.</i>	ДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВОСУБ'ЄКТНІСТЬ ОСІБ ЗА ЗВИЧАЄВИМИ ЗБІРНИКАМИ ПРАВА РАННЬОФЕОДАЛЬНИХ МОНАРХІЙ ЄВРОПИ	102
<i>Кобилецький М.</i>	МАГДЕБУРЗЬКЕ ПРАВО ТА РЕЦЕПЦІЯ РИМСЬКОГО ПРАВА В УКРАЇНІ	103
<i>Ковальчук І.</i>	ВИНИКНЕННЯ ІНСТИТУТУ УСИНОВЛЕННЯ У КИЇВСЬКІЙ РУСІ	105
<i>Ковбасюк С.</i>	ЦЕРКОВНА ЮРИСДИКЦІЯ РУСЬКОЇ ПРАВОСЛАВНОЇ ЦЕРКВИ НА ЗЕМЛЯХ НАДДНІПРЯНСЬКОЇ УКРАЇНИ В СИНОДАЛЬНИЙ ПЕРІОД (1721-1917 РР.).	107
<i>Кульчицький В., Пристаєш Л.</i>	ПІДГОТОВКА АДМІНІСТРАТИВНО-СУДОВИХ КАДРІВ КОЗАЦЬКО-ГЕТЬМАНСЬКОЇ ДЕРЖАВИ	110
<i>Липитчук О.</i>	ПРАВОВИЙ СТАТУС УКРАЇНСЬКОЇ ГРЕКО-КАТОЛИЦЬКОЇ ЦЕРКВИ В МІЖВОСННІЙ ПОЛЬЩІ. 1918–1939 рр.	111
<i>Меленко О.</i>	МЕТОДОЛОГІЧНІ ВИМОГИ Б.О. КІСТЯКІВСЬКОГО ДО ІСТОРИКО-ЮРИДИЧНИХ ДОСЛІДЖЕНЬ ПОЛІТИКО-ПРАВОВИХ ЯВИЩ	113
<i>Моряк-Протопопова Х.</i>	ПРАВОВІ ЗАСАДИ ДІЯЛЬНОСТІ ГАЛИЦЬКОГО НАМІСНИЦТВА У 1849-1918 рр.	115
<i>Настасяк І.</i>	ПРО СТАТУС ДЕПУТАТІВ ГАЛИЦЬКОГО СТАНОВОГО СЕЙМУ	118
<i>Панич Н.</i>	СТРУКТУРА ТА КОМПЕТЕНЦІЯ ГАЛИЦЬКОЇ ФІНАНСОВОЇ ПРОКУРАТУРИ	121
<i>Питльована В.</i>	СТРУКТУРА ТА КОМПЕТЕНЦІЯ ГАЛИЦЬКОГО СТАНОВОГО СЕЙМУ (1775-1848 РР.).	123
<i>Попович О.</i>	ПРАВОВІ ЗАСАДИ І ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ СУДЕБНИКА М.ГОША У ВІРМЕНСЬКИХ ГРОМАДАХ НА ГАЛИЧИНІ У СКЛАДІ ПОЛЬЩІ (1349-1569 РР.).	126
<i>Ригіна О.</i>	ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО СТАНОВИЩА ВЕРХОВНОГО СУДУ США НА ПІДСТАВІ КОНСТИТУЦІЇ 1787 Р.	128
<i>Семків В.</i>	ІСТОРИКО-ПОРІВНЯЛЬНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ ЮРИДИЧНОЇ ТЕРМІНОЛОГІЇ	130
<i>Сеньків Ю.</i>	ЗАСТОСУВАННЯ СМЕРТНОЇ КАРИ ЗА КОДЕКСОМ УКРАЇНСЬКОГО ПРАВА 1743 Р.	132
<i>Тицик Б.</i>	“КОНСТИТУЦІЯ 3-ГО ТРАВНЯ 1791 Р. ПОЛЬЩІ – ПЕРША ЄВРОПЕЙСЬКА ДНЮЧА КОНСТИТУЦІЯ”. (ДО 215-РІЧЧЯ ПРИЙНЯТТЯ).	135
<i>Федуцук-Паславська А.</i>	ДО ПИТАННЯ ПРО ТИПОЛОГІЗАЦІЮ ПРАВОВИХ І ПОЛІТИЧНИХ УЧЕНЬ	138
<i>Хомко Л.</i>	ПОРІВНЯЛЬНО-ІСТОРИЧНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ МІСЬКОГО ПРАВА В УКРАЇНІ (XII – XIX): ОСНОВНІ ЗАСАДИ	140

<i>Шандра Р.</i>	КНЕЗ ТА ЙОГО ПРАВОВИЙ СТАТУС ЗА ВОЛОСЬКИМ ПРАВОМ.....	142
<i>Ясінська Л.</i>	ІНСТИТУТ НОТАРІАТУ В ЗАХІДНІЙ УКРАЇНІ У СКЛАДІ ПОЛЬЩІ (1921-1939 РР.).....	145
<i>Mgr. Maciej Jońca</i>	ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA PRZESTĘPSTWO A PRZYNALEŻNOŚĆ SPOŁECZNA SPRAWCY W RZYMSKIM PRAWIE KARNYM W II-V W. N.E.....	147
<i>Dr. Magdalena Pyter</i>	LWOWSKA DZIAŁALNOŚĆ NAUKOWA PROF. WŁADYSŁAWA АВРАНАМА.....	149
СЕКЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ НАУК		
<i>Анохін О.</i>	ДЕЯКІ ТЕОРТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВО – І ЗАКОНОТВОРЧОСТІ.....	152
<i>Баймуратов М.</i>	ЯКІСНІ ПАРАМЕТРИ ІНСТИТУТУ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ЯК ЕЛЕМЕНТА УКРАЇНСЬКОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ.....	154
<i>Бориславська О.</i>	ПРИНЦИПИ ДЕРЖАВНОГО КОНТРОЛЮ ЗА ДІЯЛЬНІСТЮ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ.....	156
<i>Бориславський Л.</i>	ДЕЯКІ МІРКУВАННЯ З НАГОДИ ВІДЗНАЧЕННЯ ДЕСЯТОЇ РІЧНИЦІ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ.....	158
<i>Васильченко О.</i>	ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ КОНСТИТУЦІЙНИХ ЗАКОНІВ ЯК ДЖЕРЕЛ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА УКРАЇНИ.....	160
<i>Дробуш І.</i>	АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ В СФЕРІ РЕАЛІЗАЦІЇ ВИБОРЧИХ ПРАВ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ.....	163
<i>Івановська А.</i>	АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ.....	167
<i>Левецька Г.</i>	ОСОБЛИВОСТІ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ ОКРЕМИХ ВИДІВ ГРОМАДСЬКИХ ОРГАНІЗАЦІЙ В УКРАЇНІ.....	170
<i>Лунь З.</i>	ДЕЯКІ АСПЕКТИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ КОНСТИТУЦІЙНИМ СУДОМ УКРАЇНИ.....	173
<i>Лялюк О.</i>	КОМУНАЛЬНА ВЛАСНІСТЬ – ОСНОВНА СКЛАДОВА МАТЕРІАЛЬНОЇ ОСНОВИ ОРГАНІЗАЦІЇ І ДІЯЛЬНОСТІ МІСЦЕВИХ РАД.....	175
<i>Матвеева Ю.</i>	РОЗУМІННЯ ДУХУ КОНСТИТУЦІЇ ГРОМАДЯНСЬКИМ СУСПІЛЬСТВОМ ЯК УМОВА ЇЇ ЕФЕКТИВНОСТІ.....	178
<i>Подима Я.</i>	АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ РОЗВИТКУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО ПРИНЦИПУ РІВНОСТІ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ.....	181
<i>Семикрас В.</i>	ПРИНЦИП РОЗПОДІЛУ ВЛАДИ – ЦЕНТРАЛЬНИЙ ПРИНЦИП ОРГАНІЗАЦІЇ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ.....	184
<i>Серьогіна С.</i>	ДЕРЖАВНИЙ УСТРІЙ ЯК ФАКТОР ВПЛИВУ НА ФОРМУ ПРАВЛІННЯ.....	186

<i>Тодика Ю.</i>	ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ МЕТОД В КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕННЯХ	188
<i>Тополянська Т.</i>	“ПОПРАВКА ДО ЗАКОНОПРОЕКТУ” – ФОРМА РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ЗАКОНОДАВЧОЇ ІНІЦІАТИВИ	190
<i>Шевченко О.</i>	ДО ПИТАННЯ ЗАКОНОДАВЧОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВПРОВАДЖЕННЯ РЕЛІГІЙНОЇ НАВЧАЛЬНОЇ ДИСЦИПЛІНИ В ЗАГАЛЬНООСВІТНЬОМУ ДЕРЖАВНОМУ ЗАКЛАДІ	192
<i>Янюк Н.</i>	КОНСТИТУЦІЙНІ ОСНОВИ МЕХАНІЗМУ ЗАХИСТУ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА	195
<i>Dr. Bogumil Szmulik</i>	POLSKI MODEL SKARGI KONSTYTUCYJNEJ	199
СЕКЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ТА ФІНАНСОВО-ПРАВОВИХ НАУК		
<i>Башняк О.</i>	ПРИНЦИПИ ПОБУДОВИ ТА УДОСКОНАЛЕННЯ ПОДАТКОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ (ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ СИСТЕМАТИЗАЦІЇ)	202
<i>Білінський Д.</i>	ЩОДО ПИТАННЯ ПРО ЛОГІКУ ПОБУДОВИ ПРОЕКТУ ПОДАТКОВОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ	204
<i>Бауман Ю.</i>	ЩОДО ДЕЯКИХ ПИТАНЬ ІДЕНТИФІКАЦІЇ НЕ БАНКІВСЬКИМИ ФІНАНСОВИМИ УСТАНОВАМИ СВОЇХ КЛІЄНТІВ	206
<i>Головашевич О.</i>	ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО ВИЗНАЧЕННЯ ПОДАТКУ З ДОХОДІВ ФІЗИЧНИХ ОСІБ	208
<i>Гуржій Т.</i>	МІСЦЕ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА У ВІТЧИЗНЯНІЙ СИСТЕМІ ПРАВА	210
<i>Дамірчиев Мушфік Іскендер Огли</i>	ВИЗНАЧЕННЯ ПОДАТКУ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ РЕСПУБЛІКИ АЗЕРБАЙДЖАН	213
<i>Коленик В.</i>	ЗАКОНОДАВЧЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОСНОВНИХ ЕЛЕМЕНТІВ ПРАВОВОГО МЕХАНІЗМУ ПОДАТКУ НА ДОДАНУ ВАРТІСТЬ	215
<i>Лазюк С.</i>	ЗАКОНОДАВЧЕ РЕГУЛЮВАННЯ МИТА	217
<i>Латковська Т.</i>	ВЗАЄМОДІЯ НОРМ ПУБЛІЧНОГО ТА ПРИВАТНОГО ХАРАКТЕРУ ПРИ ФУНКЦІОНУВАННІ БАНКІВСЬКОЇ СИСТЕМИ	219
<i>Левкович В.</i>	ІНСТИТУТ НЕПОДАТКОВИХ ДОХОДІВ	222
<i>Мартьянов І.</i>	ПРОБЛЕМИ ІНСТИТУТУ АДМІНІСТРАТИВНОЇ-ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ	225
<i>Наулік Н.</i>	РЕЧНИК ГРОМАДЯНСЬКИХ ПРАВ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ	227
<i>Пацурківський П.</i>	НАЧАЛА ФІНАНСОВОГО ПРАВА	229

<i>Романюк Л.</i>	ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ЮСТИЦІЇ В УКРАЇНІ	233
<i>Саленков А.</i>	МІСЦЕ БЮДЖЕТНОГО ВІДШКОДУВАННЯ У ЗАБЕЗПЕЧЕННІ ВИКОНАННЯ ОБОВ'ЯЗКУ ЗІ СПЛАТИ ПОДАТКУ НА ДОДАНУ ВАРТІСТЬ	235
<i>Сенюта І.</i>	ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ МЕДИЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У ГАЛУЗІ НАРОДНОЇ І НЕТРАДИЦІЙНОЇ МЕДИЦИНИ	237
<i>Синкова О.</i>	МІЖНАРОДНІ НОРМИ ПРО ПІДЗВІТНІСТЬ У СФЕРІ ОХОРОНИ ПРАВОПОРЯДКУ	240
<i>Стаценко А.</i>	ПІДСТАВИ КЛАСИФІКАЦІЇ СИСТЕМ ОПОДАТКУВАННЯ В УКРАЇНІ	242
<i>Степанов В.</i>	ЗАКОНОДАВЧЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОКРЕМИХ ЕЛЕМЕНТІВ ПРАВОВОГО МЕХАНІЗМУ АКЦИЗНОГО ЗБОРУ В УКРАЇНІ	244
<i>Стеценко С., Яременко А.</i>	ОБМЕЖЕННЯ ПРАВА НА СВОБОДУ ЗІБРАННЯ В ЗАКОНОДАВСТВІ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН	246
<i>Терешко Х.</i>	МЕДИЧНЕ СТРАХУВАННЯ: ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ	249
<i>Чанух Е.</i>	ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗАГАЛЬНОДЕРЖАВНИХ ЗБОРІВ СОЦІАЛЬНОГО ХАРАКТЕРУ В УКРАЇНІ	252
<i>Якимчук Н.</i>	ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ КОЛА ГОЛОВНИХ РОЗПОРЯДНИКІВ КОШТІВ ДЕРЖАВНОГО БЮДЖЕТУ УКРАЇНИ	254
СЕКЦІЯ ЦИВІЛІСТИЧНИХ НАУК		
<i>Адамовська О.</i>	СПІВВІДНОШЕННЯ ТЕРМІНІВ «ШТРАФНІ САНКЦІЇ» ТА «НЕУСТОЙКА»	258
<i>Бауман Ю.</i>	ЩОДО ДЕЯКИХ ПИТАНЬ ІДЕНТИФІКАЦІЇ НЕ БАНКІВСЬКИМИ ФІНАНСОВИМИ УСТАНОВАМИ СВОЇХ КЛІЄНТІВ	261
<i>Верба О.</i>	ПРАВОСУБ'ЄКТНІСТЬ СУДУ У ВИКОНАВЧОМУ ПРОВАДЖЕННІ: ПОНЯТТЯ ТА СТРУКТУРА	263
<i>Гамбург І.</i>	СВІТОВИЙ ДОСВІД ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ТЕХНІЧНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ	267
<i>Герц А.</i>	ДЖЕРЕЛА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ІПОТЕКИ ЄДИНОГО МАЙНОВОГО КОМПЛЕКСУ ПІДПРИЄМСТВА	268
<i>Гетманцев О.</i>	ФУНКЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ	271
<i>Гнатів О.</i>	МАЙНОВІ ПРАВА, ЯКІ ПОСВІДЧУЮТЬСЯ ПАЙОВИМИ ЦІННИМИ ПАПЕРАМИ	274
<i>Гигоровська-Якубівська Л.</i>	ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПЕРЕДАННЯ ПРАВ ЗА ВЕКСЕЛЕМ	277

<i>Демчук А.</i>	ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОБІГУ СКЛАДСЬКИХ СВИДОЦТВ.....	280
<i>Зеліско А.</i>	ОКРЕМІ АСПЕКТИ СТВОРЕННЯ СПОЖИВЧИХ ТОВАРИСТВ.....	283
<i>Кандашвили І.</i>	КРИТЕРИИ РАЗГРАНИЧЕНИЯ ДОГОВОРОВ КУПЛИ И ПОДРЯДА ПО ГРУЗИНСКОМУ ПРАВУ И МЕЖДУНАРОДНОМУ ПРАВУ КУПЛИ	285
<i>Коссак В.</i>	ПРОБЛЕМИ УДОСКОНАЛЕННЯ ПОНЯТТЄВОГО АПАРАТУ В ЦИВІЛЬНОМУ КОДЕКСІ УКРАЇНИ.....	287
<i>Коссак С.</i>	ЗАОЧНЕ ПРОВАДЖЕННЯ ЗА НОВИМ ЦПК.....	290
<i>Левенець І.</i>	ОБСЯГ ДІЄЗДАТНОСТІ В ЦИВІЛЬНОМУ КОДЕКСІ УКРАЇНИ (СУДОВО-ПСИХІАТРИЧНИЙ АСПЕКТ ЗМІН)	293
<i>Лемик Р.</i>	КОНСУЛЬТАЦІЯ СПЕЦІАЛІСТА, ЯК ОДНА З ФОРМ ЗАСТОСУВАННЯ СПЕЦІАЛЬНИХ ЗНАТЬ ЗА НОВИМ ЦИВІЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ КОДЕКСОМ	296
<i>Лепех С.</i>	ЕЛЕМЕНТИ ДОГОВОРУ ПРО СПЛАТУ АЛІМЕНТІВ НА ДИТИНУ	299
<i>Логвінова М.</i>	ПОНЯТТЯ УСИНОВЛЕННЯ В СІМЕЙНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ.....	301
<i>Лукашевич-Крутник І.</i>	ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ДОГОВОРУ ПІДРЯДУ НА ПРОВЕДЕННЯ ПРОЕКТНИХ ТА ПОШУКОВИХ РОБІТ З ІНШИМИ ДОГОВОРАМИ ПІДРЯДНОГО ТИПУ.....	303
<i>Луцик М.</i>	ПОРЯДОК УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ ТРАНСПОРТНОГО ЕКСПЕДИРУВАННЯ.....	306
<i>Мацько М.</i>	ПРАВОВЕ СТАНОВИЩЕ СПОЖИВЧИХ ТОВАРИСТВ ТА ЇХ СПЛОК.....	309
<i>Михайлів М.</i>	ВСТАНОВЛЕННЯ СЕРВІТУТУ НА ПІДСТАВІ РІШЕННЯ СУДУ	311
<i>Навроцька Ю.</i>	МОЖЛИВІСТЬ ЗАОЧНОГО РОЗГЛЯДУ СПРАВИ ПРИ СПВУЧАСТІ ВІДПОВІДАЧІВ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ.....	313
<i>Некрасова О.</i>	СПОСОБИ ЗАХИСТУ ПРАВ І ІНТЕРЕСІВ В ЦИВІЛЬНОМУ ТА СІМЕЙНОМУ ПРАВІ.....	316
<i>Нігрєєва О.</i>	ЩОДО ПИТАННЯ ЗАКОНОДАВЧОГО ВДОСКОНАЛЕННЯ ДЕЯКИХ АСПЕКТІВ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ІПОТЕКИ МОРСЬКОГО СУДНА В УКРАЇНІ.....	319
<i>Ніколів М.</i>	ПРОЦЕСУАЛЬНО-ПРАВОВА ПРИРОДА УКРАЇНСЬКОЇ МОДЕЛІ АПЕЛЯЦІЇ.....	322
<i>Панталієнко Я.</i>	ГАРМОНІЗАЦІЇ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО НОТАРІАТ З ПРАВОМ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ: СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ.....	326
<i>Панько М.</i>	ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ОСНОВНОГО ДОКУМЕНТА У ВАНТАЖНИХ ПЕРЕВЕЗЕННЯХ.....	328

<i>Рабінович А.</i>	НОРМАТИВНО-ЮРИДИЧНИЙ МЕХАНІЗМ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА ЛЮДИНИ НА ЯКІСНІ ПРОДУКТИ ХАРЧУВАННЯ: МОЖЛИВОСТІ УДОСКОНАЛЕННЯ	330
<i>Рабчинська Л.</i>	ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ПІДСТАВ, ЩО ЗАБЕЗПЕЧУЮТЬ НАБУТТЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ СУБ'ЄКТАМИ ГОСПОДАРЮВАННЯ НА ВЖЕ СТВОРЕНІ БУДІВЛІ, СПОРУДИ ТА ЇХ ЧАСТИНИ	332
<i>Радченко Л.</i>	ОСОБЛИВОСТІ ІНВЕСТУВАННЯ БУДІВНИЦТВА ЖИТЛА ЧЕРЕЗ МЕХАНІЗМ ФОНДІВ ФІНАНСУВАННЯ БУДІВНИЦТВА	335
<i>Рим Т.</i>	ІНФЛЯЦІЙНІ ЗБИТКИ У РАЗІ ПРОСТРОЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ГРОШОВОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ СУБ'ЄКТАМИ ПІДПРИЄМНИЦТВА	338
<i>Свідерська М.</i>	СУДОВИЙ НАКАЗ ЯК ВИКОНАВЧИЙ ДОКУМЕНТ	341
<i>Сеник С.</i>	ПЕРЕДАННЯ-ПРИЙНЯТТЯ ВИКОНАНИХ ЗА ДОГОВОРОМ СУБПДРЯДУ РОБИТ У КАПІТАЛЬНОМУ БУДІВНИЦТВІ	344
<i>Солом'яний В.</i>	РЕСТИТУЦІЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ: МИНУЛЕ ТА МАЙБУТНЄ	347
<i>Тарасенко Л.</i>	ПРАВОВА ПРИРОДА ТА СФЕРА ЗАСТОСУВАННЯ ДОГОВОРІВ НАЙМУ (ОРЕНДИ) ТРАНСПОРТНИХ ЗАСОБІВ	350
<i>Угриновська О.</i>	ЗАМІНА НЕНАЛЕЖНОГО ВІДПОВІДАЧА В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ	353
<i>Хорт Ю.</i>	ТИПИ АКЦІЙ ЗА УКРАЇНСЬКИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ: ПЕРСПЕКТИВИ ВДОСКОНАЛЕННЯ	356
<i>Шама Н.</i>	ЗАСТЕРЕЖЕННЯ ПРО ЗМІНУ СПАДКОВОГО ДОГВОРУ	358
<i>Шевердіна О.</i>	ПРАВО В СИСТЕМІ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ	361
<i>Яворська О.</i>	ОСОБЛИВОСТІ НАБУТТЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА НЕРУХОМЕ МАЙНО	364
<i>Якубівський І.</i>	ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ	367
СЕКЦІЯ ТРУДОВОГО, АГРАРНОГО ТА ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА		
<i>Баран О.</i>	ПРАВА НА ЗЕМЕЛЬНУ ДІЛЯНКУ ЯК САМОСТІЙНИЙ ОБ'ЄКТ ЗЕМЕЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН	370
<i>Бусуйок Д.</i>	ДО ПИТАННЯ ПРО ПОНЯТТЯ ОБМЕЖЕНЬ ПРАВ ІНВЕСТОРІВ НА ЗЕМЛІ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕННЯ	373
<i>Ващишин М.</i>	ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЛІЗИНГУ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОЇ ТЕХНІКИ В УКРАЇНІ	375
<i>Грицишина Л.</i>	ПРОБЛЕМИ ДОСУДОВОГО ЗАХИСТУ ПРАВА НА ПРАЦЮ В УМОВАХ РИНКОВОЇ ЕКОНОМІКИ	378

<i>Жиравецький Т.</i>	ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ЗЕМЕЛЬ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕННЯ	380
<i>Жолнович О.</i>	ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ СИСТЕМАТИЗАЦІЇ ЗАГАЛЬНИХ НОРМ ТРУДОВОГО ПРАВА.	382
<i>Засць О.</i>	СИСТЕМА ЗЕМЕЛЬНОГО ПРАВА ТА СИСТЕМАТИЗАЦІЯ ЗЕМЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ: СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ СТАНОВЛЕННЯ	385
<i>Ковтун О.</i>	АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО ПРИРОДНО-ЗАПОВІДНИЙ ФОНД	388
<i>Краснова М.</i>	ЮРИДИЧНІ ЗАСАДИ КОМПЕНСАЦІЇ ШКОДИ, ЗАПОДІЯНОЇ ПОРУШЕННЯМ ПРИРОДОРЕСУРСНОГО ЗАКОНОДАВСТВА СУЧАСНОЇ ДОБИ (1991-2006 РР.)	390
<i>Краснова Ю.</i>	ГЕНЕЗА НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЕКОЛОГІЧНО НЕБЕЗПЕЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ НА ТРАНСПОРТІ ДО ПРОГОЛОШЕННЯ НЕЗАЛЕЖНОСТІ УКРАЇНИ	392
<i>Кульчицька О.</i>	ПРАВОВІ ОЗНАКИ СІМ'Ї ЯК СУБ'ЄКТА ПРАВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ	395
<i>Кучма О.</i>	ЗНАЧЕННЯ МІНІМАЛЬНОГО СТРАХОВОГО ВНЕСКУ ПРИ ОБЧИСЛЕННІ СТРАХОВОГО СТАЖУ	397
<i>Луцький Р.</i>	СОЦІАЛЬНИЙ ЗАХИСТ ДЕРЖАВНИХ СЛУЖБОВЦІВ У СФЕРІ ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИН	399
<i>Парпан Т.</i>	ПРОБЛЕМИ ЗАЛУЧЕННЯ ПРАЦІВНИКІВ ДО РОБОТИ У РАЗІ ВИРОБНИЧОЇ ПОТРЕБИ	404
<i>Повзун С.</i>	УДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПЕРЕВЕДЕНЬ НА ІНШУ РОБОТУ У РАЗІ ПРОСТОЮ	407
<i>Синчук С.</i>	ПРОЦЕДУРНІ ПРАВОВІДНОСИНИ У СФЕРІ СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ	410
<i>Статівка А.</i>	ПРО ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ІНЖЕНЕРНО-ТЕХНІЧНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ АПК УКРАЇНИ	415
<i>Уркевич В.</i>	ДО ПИТАННЯ ПРО ДИФЕРЕНЦІАЦІЮ ВНУТРІШНІХ АГРАРНИХ ПРАВОВІДНОСИН	417
<i>Федорович В.</i>	ЗЕМЛЯ ЯК ОБ'ЄКТ ЗЕМЕЛЬНИХ ВІДНОСИН	418
<i>Чопко Х.</i>	ЗАГАЛЬНО – СОЦІАЛЬНІ ФУНКЦІЇ ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА	421
<i>Чудик-Білоусова Н.</i>	ОКРЕМІ ПИТАННЯ НАДАННЯ ДЕРЖАВНИХ ДОПОМОГ СІМ'ЯМ З ДІТЬМИ	424
<i>Шмигова О.</i>	ПРАВО ЗАГАЛЬНОГО РЕКРЕАЦІЙНОГО ПРИРОДОКОРИСТУВАННЯ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ	426

**СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО, КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО
ПРАВА ТА КРИМІНОЛОГІЇ**

<i>Авраменко О.</i> КОНСТРУКЦІЯ САНКЦІЇ НОРМИ ПРО УМИСНЕ ВБИВСТВО, ВЧИНЕНЕ В СТАНІ СИЛЬНОГО ДУШЕВНОГО ХВИЛЮВАННЯ	429
<i>Антонюк Н.</i> РОДОВИЙ ОБ'ЄКТ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ВЛАСНОСТІ: ДИСКУСІЙНІ ПИТАННЯ	432
<i>Боднарчук Р.</i> «РОЗГОЛОШЕННЯ КОМЕРЦІЙНОЇ АБО БАНКІВСЬКОЇ ТАЄМНИЦІ» (СТ. 232 КК УКРАЇНИ): ХАРАКТЕРИСТИКА ОБ'ЄКТИВНИХ ОЗНАК СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ	435
<i>Бойко А.</i> ОСОБЛИВОСТІ ТРАНСФОРМАЦІЇ ЕКОНОМІКИ УКРАЇНИ ЗА РИНКОВИМ ТИПОМ ТА ЇХ КРИМІНОЛОГІЧНЕ ЗНАЧЕННЯ	438
<i>Брич Л.</i> РОЗМЕЖУВАННЯ СУМІЖНИХ СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ ЗА ОБ'ЄКТОМ	440
<i>Бурдін В.</i> ДО ПИТАННЯ ПРО ЕМОЦІЙНУ ОЗНАКУ ОСУДНОСТІ	444
<i>Василяш В.</i> ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ ЗА ЗЛОЧИН, ВЧИНЕНИЙ У СПІВУЧАСТІ	446
<i>Герасименко В.</i> ДЕЯКІ ПИТАННЯ ЗАМІНИ ПОКАРАННЯ НА ПІДСТАВІ АКТА ПРО АМНІСТІЮ АБО ПРО ПОМИЛУВАННЯ	449
<i>Гордієнко В.</i> СЛУЖБОВА ОСОБА СУБ'ЄКТА ГОСПОДАРЮВАННЯ ЯК СПЕЦІАЛЬНИЙ СУБ'ЄКТ ЗЛОЧИНІВ ПЕРЕДБАЧЕНИХ СТ.СТ. 218-221 КК УКРАЇНИ.	452
<i>Гриниха І.</i> ПРОБЛЕМА СПІВВИКОНАВСТВА У ЗЛОЧИНАХ ЗІ СПЕЦІАЛЬНИМ СУБ'ЄКТОМ	455
<i>Гулкевич В.</i> СУБ'ЄКТ КРИМІНАЛЬНО-КАРАНОГО ПОРУШЕННЯ АВТОРСЬКОГО ПРАВА І СУМІЖНИХ ПРАВ	458
<i>Денисова Т.</i> ПОГЛЯД У МИНУЛЕ ДЛЯ КРОКУ У МАЙБУТНЄ	460
<i>Довгань Н.</i> ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПОТЕРПІЛОГО ВІД ВТРУЧАННЯ В ДІЯЛЬНІСТЬ СУДОВИХ ОРГАНІВ	463
<i>Калинин С.</i> ОСНОВЫ МЕТОДОЛОГИИ ИССЛЕДОВАНИЯ КРИМИНОГЕННОСТИ ПРАВОВЫХ НОРМ	465
<i>Косінов В.</i> ДО ПИТАННЯ ПРО СУБ'ЄКТ ЗЛОЧИНІВ У СФЕРІ ОХОРОНИ ДЕРЖАВНОЇ ТАЄМНИЦІ	468
<i>Максимович Р.</i> ОСУДНІСТЬ ЯК ЗАГАЛЬНА ОЗНАКА СЛУЖБОВОЇ ОСОБИ	471
<i>Марисюк К.</i> КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ ПОТРЕБУЄ ВДОСКОНАЛЕННЯ	474
<i>Марін О.</i> ПРО СИСТЕМАТИКУ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ	476

<i>Маркін В.</i>	ПРОБЛЕМИ З'ЯСУВАННЯ ОЗНАК ЗЛОЧИНІВ, ЩО ПОСЯГАЮТЬ НА СВОБОДУ ВІРОСПОВІДАННЯ, В КОМЕНТАРЯХ КК УКРАЇНИ.....	479
<i>Мостепанюк Л.</i>	ПРОБЛЕМИ ДОВІЧНОГО ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ РОЗВИТКУ ВІТЧИЗНЯНОГО ЗАКОНОДАВСТВА	482
<i>Панчак О.</i>	ТЕРМІН “ПЕРЕДАЧА” В СТАТТЯХ ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ: ДОКТРИНАЛЬНЕ ТЛУМАЧЕННЯ	484
<i>Саванович Н.</i>	О СОВЕРШЕНСТВОВАНИИ УГОЛОВНО-ПРАВОВЫХ НОРМ ОБ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА БАНДИТИЗМ ПО УГОЛОВНОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ.....	487
<i>Сіра Є.</i>	ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ ДІЯНЬ, ПЕРЕДБАЧЕНИХ СТ.СТ. 231, 232 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ	490
<i>Сорока С.</i>	ЗМІСТ СУБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ КОНТРАБАНДИ НАРКОТИЧНИХ ЗАСОБІВ, ПСИХОТРОПНИХ РЕЧОВИН, ЇХ АНАЛОГІВ І ПРЕКУРСОРІВ	493
<i>Устрицька Н.</i>	РОЗМЕЖУВАННЯ ПОВТОРНОСТІ ЗЛОЧИНІВ ТА ПРОДОВЖУВАННЯ ЗЛОЧИНУ	496
<i>Хилюк С.</i>	РОЗВИТОК ВЧЕННЯ ПРО КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВУ ОХОРОНУ ДОВКІЛЛЯ В НАУЦІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА НЕЗАЛЕЖНОЇ УКРАЇНИ	499
<i>Цюра А.</i>	ДО ПИТАННЯ ПРО ОЗНАКИ ПОТЕРПІЛОГО У ЗЛОЧИНАХ ПРОТИ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ.....	503
<i>Шикеринець Р.</i>	ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ НОРМ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА В ЗАГАЛЬНУ ЧАСТИНУ КК УКРАЇНИ	506
СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ТА КРИМІНАЛІСТИКИ		
<i>Бартусяк І.</i>	ПОНЯТТЯ ІНСТИТУТУ ПРИМИРЕННЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ.....	509
<i>Бобечко Н.</i>	КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПИТАННЯ АПЕЛЯЦІЙНОГО ТА КАСАЦІЙНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ЗА ЧИННИМ КПК УКРАЇНИ: НЕОБХІДНІСТЬ НОВОГО ПІДХОДУ	511
<i>Ващук Б.</i>	РОЗМІР ШКОДИ, ЩО ПІДЛЯГАЄ ВІДШКОДУВАННЮ, ЯК ЕЛЕМЕНТ СТРУКТУРИ ПРЕДМЕТА ДОКАЗУВАННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПОЗОВІ.....	515
<i>Гогусь О.</i>	ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЩОДО ДЕРЖАВНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ БЕЗПЕКИ СУБ'ЄКТІВ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА У СПРАВАХ ПРО ХАБАРНИЦТВО	517
<i>Гонгало С.</i>	НОВІТНІ ДОКУМЕНТИ: ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ	519
<i>Єзерський Р.</i>	ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ МОЖЛИВОСТІ ВИКОРИСТАННЯ ПОЛІГРАФА В ПРОЦЕСІ РОЗКРИТТЯ І РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ.....	522

<i>Жолнович І.</i>	АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ УЧАСТІ СПЕЦІАЛІСТА У ДОСЛІДЖЕННІ ОЗНАК ЗОВНІШНОСТІ ОСОБИ.....	525
<i>Калужна О.</i>	КРИМІНАЛІСТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЗЛОЧИНІВ ЯК УНІФІКОВАНА ФОРМА КРИМІНАЛІСТИЧНОГО ДОСЛІДЖЕННЯ ЗЛОЧИННОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ОКРЕМИХ ВИДІВ: ТРАДИЦІЇ І НОВАЦІЇ.....	528
<i>Кваснікевич Л.</i>	ПОНЯТТЯ І СУТЬ ІНСТИТУТУ ЗУПИНЕННЯ ПРОВАДЖЕННЯ У КРИМІНАЛЬНІЙ СПРАВІ.....	531
<i>Когутич І.</i>	ПОНЯТТЯ ТА СТРУКТУРА КРИМІНАЛІСТИЧНИХ ЗНАНЬ.....	533
<i>Ковальчук С.</i>	ОПИТУВАННЯ ЗАХИСНИКОМ ГРОМАДЯН: ПОРЯДОК ПРОВЕДЕННЯ ТА ФІКСАЦІЇ РЕЗУЛЬТАТІВ.....	536
<i>Кульчак Л.</i>	НЕДОПУСТИМІСТЬ ПОГІРШЕННЯ СТАНОВИЩА ЗАСУДЖЕНОГО (ВИПРАВДАНОГО) В СТАДІЇ КАСАЦІЙНОГО ПРОВАДЖЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ СУДОЧИНСТВОМ УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ.....	538
<i>Кучер В.</i>	ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ МОЖЛИВОСТІ ЗАХИСНИКА ЗБИРАТИ ДОКАЗИ ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ.....	542
<i>Лавренюк В.</i>	ОСОБЛИВОСТІ СПОСОБУ І ОБСТАНОВКИ КРАДІЖОК, ВЧИНЕНИХ ОРГАНІЗОВАНИМИ ЗЛОЧИННИМИ ГРУПАМИ.....	544
<i>Лідовець Т.</i>	ОСОБЛИВОСТІ ЗАБЕЧЕННЯ БЕЗПЕКИ БЕЗПОМІЧНИХ ПОТЕРПІЛИХ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ.....	548
<i>Маланюк А.</i>	ПРОБЛЕМИ ВОЛЕВІЯВЛЕННЯ ОСОБИ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ.....	550
<i>Мармаш В.</i>	МІСЦЕ ПОПЕРЕДНЬОГО РОЗГЛЯДУ СПРАВИ СУДОМ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЇ В СИСТЕМІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ УКРАЇНИ.....	553
<i>Михайлишин О.</i>	ВИЯВЛЕННЯ І УСУНЕННЯ СЛІДЧИХ ПОМИЛОК ПІД ЧАС АПЕЛЯЦІЙНОГО ТА КАСАЦІЙНОГО РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ.....	556
<i>Мурадов В.</i>	ПРОБЛЕМИ ТЕХНІЧНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВЕДЕННЯ ПРОТОКОЛУ СУДОВОГО ЗАСІДАННЯ ПРИ РОЗГЛЯДІ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ.....	558
<i>Навроцька В.</i>	ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ.....	560
<i>Нор Н.</i>	РОЗ'ЯСНЕННЯ ПЛЕНУМУ ВЕРХОВНОГО СУДУ УКРАЇНИ В МЕХАНІЗМІ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО РЕГУЛЮВАННЯ.....	562
<i>Павлишин А.</i>	ПЕРЕВІРКА СУДОМ ДОПУСТИМОСТІ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВАХ.....	564
<i>Попелюшко В.</i>	КОГО ТРЕБА ДОПУСКАТИ ДО ЗДІЙСНЕННЯ ЗАХИСТУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ?.....	567

<i>Сайнчин О.</i>	СПОСОБИ І ОБСТАНОВКА ВЧИНЕННЯ СЕРІЙНИХ ВБИВСТВ	569
<i>Сегедін В.</i>	ВІДНОВНЕ ПРАВОСУДДЯ В УКРАЇНСЬКОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ	573
<i>Сопронюк І.</i>	ЗМІСТ ПРИНЦИПУ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ЕКОНОМІЇ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ	576
<i>Стеценко В.</i>	СУДОВО-МЕДИЧНА ЕКСПЕРТИЗА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ТЕОРЕТИЧНИЙ АСПЕКТ	578
<i>Стрельбіцька Л.</i>	ЗНАЧЕННЯ ПОКАЗАНЬ ЗАСУДЖЕНОГО (ВИПРАВДАНОГО) В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ	580
<i>Федорчук Н.</i>	ПСИХОЛОГІЯ ЖЕРТВИ ЗЛОЧИНУ	582
<i>Яворський Б.</i>	ОБОВ'ЯЗОК ДОКАЗУВАННЯ І ЙОГО ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗМАГАЛЬНОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ	584
СЕКЦІЯ МІЖНАРОДНОГО ТА ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВА		
<i>Ануфриєва Л.</i>	ЗАКОН О МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ УКРАИНЫ 2005 Г. В СВЕТЕ СОВРЕМЕННЫХ ТЕНДЕНЦИЙ В РАЗВИТИИ МЧП	587
<i>Герасимчук О.</i>	ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ПОТЕРПІЛОГО ЗА КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ ПОЛЬЩІ, РОСІЇ ТА УКРАЇНИ	591
<i>Гусев А.</i>	СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ РЯДА ОСНОВНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ КОНСТИТУЦИЙ РОССИИ И УКРАИНЫ	593
<i>Дідик С.</i>	ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ СУДДІВ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ ДЕЯКИХ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН	595
<i>Захарук Р.</i>	ГАРМОНІЗАЦІЯ КОРПОРАТИВНОГО ЗАКОНОДАВСТВА КРАЇН ЄВРОПИ ТА ЇЇ ВПЛИВ НА РЕФОРМУВАННЯ КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА В УКРАЇНІ	597
<i>Кандашвили І.</i>	КРИТЕРИИ РАЗГРАНИЧЕНИЯ ДОГОВОРОВ КУПЛИ И ПОДРЯДА ПО ГРУЗИНСКОМУ ПРАВУ И МЕЖДУНАРОДНОМУ ПРАВУ КУПЛИ	600
<i>Кучевська С.</i>	ДІЯ НОРМ СТАТУТУ МІЖНАРОДНОГО КРИМІНАЛЬНОГО СУДУ ЩОДО ГРОМАДЯН ДЕРЖАВ-НЕУЧАСНИЦЬ	602
<i>Луцик В.</i>	РЕАЛІЗАЦІЯ ІНСТИТУТУ ПОВЕРНЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ ПРОКУРОРУ В ЗАКОНОДАВСТВІ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН	604
<i>Микієвич М.</i>	УДОСКОНАЛЕННЯ ІНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО МЕХАНІЗМУ ЗОВНІШНЬОЇ ПОЛІТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ ЗГІДНО З ПРОЕКТОМ ДОГОВОРУ ПРО ЗАПРОВАДЖЕННЯ КОНСТИТУЦІЇ ДЛЯ ЄВРОПИ	607
<i>Паславська О.</i>	ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ АГРАРНИХ ПРАВОВІДНОСИН В ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ	610
<i>Руденко О.</i>	ГОЛОВНЕ ПРО УНІФІКАЦІЮ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА В ЄС	613

Наукове видання

**ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ
І ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ
В УКРАЇНІ**

Матеріали XIII регіональної
науково-практичної конференції

(8-9 лютого 2007 р.)

Формат 60x84/8. Папір друк. Гарн. Таймс. Наклад 300.
Віддруковано з готових діапозитивів у ЛА „Піраміда”.
м. Львів, вул. Стефаніка 11