

ЛЬВІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
імені ІВАНА ФРАНКА
ЮРИДИЧНИЙ ФАКУЛЬТЕТ

ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ
І ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ
В УКРАЇНІ

Матеріали XV регіональної
науково-практичної конференції

(4-5 лютого 2009 р.)

Львів 2009

У збірнику представлено стислий виклад доповідей і повідомлень, поданих на XV 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 4-5 лютого 2009 року. Тези доповідей і повідомлень подані в авторському варіанті.

Редакційна колегія:

- доц. А.М. Бойко,
- доц. В.М. Бурдін (відп. секретар),
- проф. П.М. Рабінович (голова),
- проф. В.М. Коссака,
- 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 XV регіональної науково-практичної конференції.

4-5 лютого 2009 р. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2009. – 412 с.

СЕКЦІЯ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИХ НАУК

ЗАКОН У СИСТЕМІ ДЖЕРЕЛ КОНТИНЕНТАЛЬНОГО ПРАВА: ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ.

Гайова О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Сучасна система джерел права України у значній мірі розвивається під впливом європейських правових цінностей та стандартів, які формуються, насамперед, у межах континентального права. Однією з типологічних ознак континентального права є визнання закону основним джерелом права. Це пов'язано з тим, що саме на закон є засобом забезпечення загальносуспільних інтересів, а також уподібненого регулювання найважливіших суспільних відносин.

Аналіз проблем функціонування законів у правових системах континентального права здійснюється постійно, зокрема ті чи інші аспекти аналізувалися у працях: Ж. Бержеля, А. Міцкевича, М. Марченка, С. Полєніної, Н. Сільченка, Ю. Тихомирова, В. Чіркїна, Г. Шмельової та ін. Проте, у сучасних умовах змінюється роль законів у системі джерел континентального права, спостерігається звуження сфер його дії через зростання питомої ваги міжнародних договорів. А все це вимагає додаткового дослідження як теоретичних, так і порівняльно-правових аспектів функціонування законів у континентальному праві, а також тенденцій розвитку цього правового явища.

У юридичній літературі, як правило, виокремлюють такі ознаки закону як: прийняття його органом законодавчої влади чи народом; особливий порядок прийняття; регулювання найважливіших суспільних відносин; наявність вищої юридичної сили.

При цьому, необхідно зазначити, що закон є різновидом нормативно-правового акту, а тому він має як загальні властивості цього родового явища щодо нього явища (нормативність та загальнообов'язковість, межі дії), так і спеціальні – властиві лише йому.

У правових системах континентального права (зокрема, в Україні) закон приймається парламентом, який визнається єдиним органом законодавчої влади, або ж народом (шляхом референдуму). Водночас, у деяких правових системах цієї групи нормативно-правовим актам глави держави та уряду надається сила закону.

Закони приймаються, доповнюються, змінюються в особливому порядку, який є специфічним та більш складним ніж правотворча процедура в цілому. Так, процес прийняття закону, як правило, передбачений спеціальними законами (регламентами) і складається із послідовних стадій: законодавчої ініціативи (розробки концепції, підготовки законопроекту, внесення до органу законодавчої влади); обговорення законопроекту (підготовка до слухання, прийняття у першому читанні тощо); прийняття закону (прийняття у другому чи третьому читанні; підписання прийнятого закону керівником законодавчого органу); підписання закону главою держави, офіційне опублікування закону та набрання ним чинності.

І хоча вищезазначені стадії є притаманні для законотворчості як такої, водночас у кожній правовій системі континентального права він буде специфічним.

Характерною ознакою закону є специфіка предмету правового регулювання – найважливіші суспільні відносини. Важливою проблемою при встановленні предмету регулювання є визначення критеріїв, за якими ті чи інші відносини повинні бути врегульовані законами або підзаконними актами. У країнах континентального права визначальною є концепція розуміння закону у формальному та матеріальному значенні. Вона була застосована при створенні Конституції Франції 1958 р., що дозволило обмежити законодавчу владу парламенту, шляхом фіксації у тексті конституції кола питань, з яких приймаються закони (ст. 34). Ця концепція, на думку деяких зарубіжних авторів, веде до втрати законом універсального характеру та вищої

юридичної сили. (К. Делаж, К. Хессе, В. Чіркін та інші). Водночас, М. Марченко пропонує використовувати як критерій визначення сфер законодавчого регулювання – загальні принципи.

Важливою ознакою закону є наявність у нього вищої юридичної сили. Як відомо, юридична сила закону – це така його властивість, яка залежить від компетенції та місця законодавчого органу в апараті держави і визначає формальне співвідношення законів між собою. Ця властивість дозволяє визначити ієрархічні зв'язки між різними видами законів у конкретній правовій системі, а також співвідношення законів із підзаконними нормативно-правовими актами та іншими джерелами права; місце законів у системі джерел права. Цьому сприяє і їх класифікація. Основними критеріями класифікації, насамперед, є характерні ознаки: статус суб'єктів законотворчості, предмет регулювання, юридична сила. Так, за суб'єктами законотворення можна виокремити закони, які приймаються органом законодавчої влади або народом; за предметом законодавчого регулювання – закони про громадянство, вибори, місцеве самоврядування, права та обов'язки громадян тощо; за юридичною силою – конституції, конституційні, органічні, звичайні закони. Крім загальних ознак, критеріями можуть бути і видові особливості: форма, галузеві відносини, простір, час, сфера дії, коло суб'єктів (адресатів) тощо.

Так, наприклад, за формою закони бувають: кодифіковані чи некодифіковані, можуть мати форму основного закону чи звичайного або ж основ законодавства. За територіальною ознакою вони бувають загальними (наприклад, загальнофедеральними) або локальними законами суб'єктів федерації чи автономних утворень; за колом суб'єктів(адресатів) – загальними та спеціальними. За галузевим критерієм: ті, що містять норми конституційного, цивільного, кримінального права тощо.

При цьому необхідно зазначити, що класифікація законів обумовлюється конкретними пізнавальними чи практичними завданнями і має відносний характер. Проте вона дозволяє різносторонньо характеризувати будь-яку систему законодавства та визначити проблеми її функціонування та способи їх розв'язання.

Так, для правових систем континентального права – наявність конституції (основного закону) – ідентифікаційна ознака. Поряд з цим, у низці цих систем приймаються і конституційні закони (наприклад, ФРН, Румунія, Молдова, Португалія). В деяких країнах конституційні закони трактують дещо ширше, ніж ті, що вносять зміни і доповнення до конституції (Австрія, Нідерланди, Чехія). Ще більш широке їх трактування практикується у Франції. Органічні закони, які займають місце між конституційними та звичайними законами є характерними для Франції, Румунії, Іспанії, Португалії, Молдови, Угорщини, РФ. Так, ст.34 Конституції Франції вказує, що закони, які визначають прибутки та видатки держави є органічними.

Звичайні закони притаманні всім правовим системам континентального права і приймаються вони з питань про судоустрій, конкуренцію, страхування, охорону навколишнього середовища, банкрутство, цінні папери, свободу асоціації тощо.

Звичною формою для цієї групи правових систем є кодифіковані закони. Майже у всіх правових системах континентального права діють Цивільний, Кримінальний, Цивільний процесуальний та Кримінальний процесуальний кодекси. У деяких країнах діє Торгівельний кодекс (Іспанія, Греція, Польща, Франція), Трудовий кодекс (Угорщина, Румунія, Франція, РФ, Україна), Кримінальний виконавчий кодекс (Польща, Україна, РФ), Сімейний (РФ, Україна), Навігаційний кодекс (Італія). Створюються кодекси і у межах певних правових інститутів: Митний, Податковий, Бюджетний, Виборчий кодекси.

У правових системах континентального права поширеною є група актів делегованого законодавства (акти глави держави та уряду, що мають силу закону).

Наприклад, конституція Іспанії передбачає можливість прийняття президентом декретів, що мають силу закону. Водночас, доволі широко використовується делегування законодавчих повноважень уряду (наприклад, Вірменія, Греція, Румунія, Португалія). У Франції законодавчі повноваження делегуються як главі держави, так і урядові.

За загальним правилом, акти глави держави та уряду, що мають силу закону, затверджуються парламентом, і лише це надає їм юридичної сили закону. Видається, що важливим при цьому залишається питання щодо забезпечення престижу та авторитету закону. Адже поява їх значної кількості та різноманітних видів хоча і дозволяє розширити предмет законодав-

чого регулювання, проте веде до інфляції законів у національній системі джерел права. Можливо, саме це викликає підвищення значимості судових прецедентів. Адже саме вони дозволяють розширити зміст законодавчих приписів, доповнити їх, конкретизувати. Все це знижує потребу у прийнятті великої кількості законів, забезпечує їх верховенство та авторитетність, надає гнучкості системі джерел права.

Ці та інші питання є важливими в контексті таких тенденцій розвитку континентального права як підвищення ролі правового судового прецеденту, його конкуренції із певними видами законів.

СПІВВІДНОШЕННЯ ФУНКЦІОНАЛЬНОГО ТЛУМАЧЕННЯ ЮРИДИЧНИХ НОРМ З ІНШИМИ СПОСОБАМИ ТЛУМАЧЕННЯ

Гончаров В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Тлумачення юридичних норм є необхідною ланкою в механізмі правового регулювання. Потреба в ньому виявляється не тільки на стадії реалізації та застосування права, але й на стадії правотворчості. У зв'язку з цим, актуальною є проблема співвідношення способів тлумачення юридичних норм, послуговуючись якими суб'єкти дізнаються про їх зміст.

Традиційно теорія тлумачення юридичних норм спирається на способи тлумачення, що були запропоновані ще в першій половині XIX ст. Ф. Савіні в праці «Система сучасного римського права». Вчений виділяв граматичне тлумачення, що необхідне для реконструкції використаних законодавцем мовних правил, систематичне тлумачення, що використовується для аналізу взаємозв'язку законів між собою, історичне тлумачення для з'ясування стану права в конкретній історичній ситуації та телеологічне тлумачення для аналізу мети закону.

Цей «базовий набір» способів тлумачення знаходить і нині широку підтримку в літературі. Розуміючи зміст норми права як вкладеної в її текст волі законодавця, можна дійти висновку, що тлумачення є завданням історичним, вирішуючи яке, інтерпретатор шар за шаром рухається до пізнання цієї волі. З цієї позиції норма права відривається від функціонального контексту і набуває статичних, незмінних рис та розглядається як самостійне, не пов'язане із соціальними реаліями явище, а тому його пізнання не потребує звернення до зовнішніх по відношенню до нього чинників. У науці ця точка зору отримала назву «логічна замкненість права» (*logische Geschlossenheit des Rechts*). На практиці ж реалізація цієї теорії викликає чималі труднощі, однією з яких є необхідність інтерпретації оціночних понять. Спроби пов'язати встановлення змісту, наприклад таких понять як понять «справедливий судовий розгляд», «розумний строк», «крайня необхідність» виключно із філологічним тлумаченням породжують сумніви, оскільки жоден тлумачний словник не здатен вказати на значення цих слів, якщо вони набувають в кожному конкретному випадку. Встановлення їх змісту можливе лише крізь призму функціонального контексту або, іншими словами, за посередництвом функціонального способу тлумачення. Місце ж останнього в методології інтерпретації залишається поки що малодослідженим.

Юридична норма знаходить своє вираження в правових приписах, які викладаються у знаках мови. Тому очевидною є необхідність філологічного (лінгвістичного) тлумачення, яке аналізує особливості мовних засобів складання тексту нормативно-правового акту на лексичному, морфологічному, синтаксичному рівнях, визначення тих частин (фрагментів) тексту, в яких виражено зміст окремих елементів норми чи норми в цілому. Проте філологічний спосіб тлумачення не дає повного уявлення про зміст юридичної норми. Слова та словосполучення за посередництвом цього способу розкривають лише свій нормативний зміст, що базується на прийнятному слововжитку. Конкретний же зміст будь-яке слово отримує лише в ході його пристосування до конкретної ситуації, тобто з урахуванням функціонального контексту. Таким чином тісний зв'язок та взаємодія цих способів не спричиняють їх взаємопоглинання.

Системне тлумачення продовжує лінгвістичний аналіз тексту, яке зумовлене тим, що позитивне право є системою норм, що об'єднуються за посередництвом ієрархічних, генетичних, функціональних та інших зв'язків. Від їх урахування залежить повнота результату тлумачення. Відповідно до герменевтичної парадигми, розуміння базується на передрозумінні. Функціональний контекст, до якого конкретна норма застосовується, як раз і виступає таким передрозумінням, а отже, так би мовити, «задає тон» системному тлумаченню. Функціональний спосіб тлумачення може змінюватися системним і навпаки, адже герменевтичне коло, якому підпорядковане розуміння, знаходиться в постійному русі.

Особливої уваги заслуговує співвідношення функціонального тлумачення юридичних норм з історичним. Зміст та форма юридичної норми залежать від волі історичного законода-

вця, у зв'язку з чим існує необхідність звернутися до умов прийняття того чи іншого правового припису для з'ясування намірів цього законодавця. Функціональне та історичне тлумачення звертаються до обставин, що лежать поза межами тексту джерела права. Вони пов'язані зі з'ясуванням змісту норми через призму фактичних обставин. Різниця між фактичними обставинами, які досліджуються цими способами тлумачення, експліцитно простежується за наявності часового інтервалу між обставинами прийняття норми та обставинами, за яких відбувається її інтерпретація. Коли ж ця відстань незначна, функціональне та історичне тлумачення частково спрямовуються на один і той самий предмет – обставини прийняття-функціонування норми. Проте історичне тлумачення переслідує мету, яку Ф. Шлесермахер називає «герменевтикою свідомості», та базується на змісті норми як волі історичного законодавця. Функціональне ж тлумачення спирається на розуміння змісту норми права з об'єктивних стосовно законодавця позицій: законодавець хоч і створив текстуальний вираз норми, проте тлумачення її іншими суб'єктами здійснюється вже незалежно від його намірів. Таким чином, історичне тлумачення не поглинає функціональне навіть якщо немає істотної темпоральної дистанції між часом її прийняття та часом її інтерпретації.

Малодослідженим є і співвідношення функціонального та телеологічного тлумачення. Американський дослідник У. Ескрідж виділяє «авторську» та «приписану» мету законів. «Авторська» мета виходить із розуміння цілей закону як таких, що вкладалися «батьками-засновниками» та відповідно встановлюються в рамках історичного тлумачення. Теорії ж «приписаної» мети намагаються об'єктивізувати останню, роблячи таким чином її гнучкішою для забезпечення динамічного тлумачення законодавства. Відповідно можна констатувати, наприклад, що виходячи з об'єктивного розуміння мети юридичних норм, Європейський суд з прав людини здійснює паралельне застосування функціонального та телеологічного тлумачення. Обидва ці способи якраз і опосередковують динаміку правового регулювання, проте здійснюють це по-різному. Функціональне – через врахування нового соціального контексту, що є зовнішнім по відношенню до позитивного права, телеологічне ж – через розуміння мети, яка вбачається інтерпретатору у відповідній конкретній юридичній нормі.

На практиці використання різних способів тлумачення здійснюється, зазвичай, у згорнутому вигляді, що, однак, не заперечує пізнавальної цінності їх виокремлення.

ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ЛЮДСЬКОЇ ГІДНОСТІ

Гришук О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Проблема взаємозв'язку людини і права є однією з найбільш актуальних у філософії права. Вона включає в себе дослідження сутності, природи та призначення людини, її сучасного та майбутнього буття, а також особливостей буття права, розуміння його змісту та структури. Сьогодні право розглядається як невід'ємне від форм буття людини, воно органічно вплетене у суспільні відносини і є ефективним засобом для задоволення потреб та інтересів людей.

Особливістю права є те, що воно, з одного боку, випливає з сутності людини, є результатом гармонізації між її біологічним, соціальним та духовним буттям та формується в результаті діяльності спрямованої на впорядкування суспільних відносин. З іншого боку, право формує ті умови і способи життєдіяльності, які об'єктивно необхідні для нормального існування людини, функціонування суспільства і держави. Отже, людина формує у своїй свідомості право як ідеальну модель, прагнучи, в той же час, відповідати цій моделі. Такий взаємозв'язок на сьогодні можна вважати вирішальною та визначальною умовою прогресивного розвитку суспільства в цілому, конкретної людини і права як ефективного регулятора суспільних відносин. Саме тому важливим є дослідження підстав, які визначають високозначуще місце права у людському бутті. Справедливим видається шукати ці підстави у людській природі, а саме у духовній її складовій, що і визначає цінність людини, – людській гідності.

Людська гідність є постійно змінюваним суспільним явищем. Її сутність може бути теоретично виражена лише поняттями, що розвиваються, перетворюються, змінюють одне одного. Вона склалась як відображення в свідомості людей того особливого положення, яке займає людина, а також як відображення її соціальної цінності. Хоча свобода, рівність та справедливість, безперечно, є базовими цінностями сучасного суспільства, однак слід виявити чим повноність, зумовлюється таке їх високе значення. Оскільки природа соціальних цінностей зумовлена тим, що всі форми суспільного життя виникають на основі самоусвідомлених ціннісних суджень автономних індивідів, то логічно припустити, що саме в усвідомленні людиною своєї цінності, тобто своєї гідності як автономного суб'єкта суспільства, слід шукати їх коріння.

Автономія є кінцевою метою, стосовно якої всі інші цінності є або її складниками, або ж засобами її досягнення. автономна особа, яка має чітко виражену індивідуальність, чіткий життєвий план, сформовані погляди на життя, власну систему цінностей, здійснює зважений, самостійний вибір, є носієм гідності. Саме автономія вирізняє людину з-поміж інших форм буття, формує ідеал, до якого слід прагнути кожній людині. Таким ідеалом, беззаперечно, виступає людська гідність, природа якої є двоякою. З одного боку, людська гідність втілює всі найкращі ціннісні здобутки людства, виражає рівень гуманістичного розвитку автономної людини як родової істоти. З іншого боку, людська гідність вчиняє прямий і безпосередній вплив на кожну людину, впливаючи на її поведінку через базові цінності суспільства, формуючи її погляди на життя, формуючи особисту систему цінностей, ціннісні орієнтації і, таким чином, зумовлює та формує особисту гідність кожної людини.

Через такий двоякий процес і проходить духовний розвиток суспільства. Саме таким чином духовність людини, її індивідуальність відображаються в духовності (культури) соціуму, а базові позитивні характеристики і риси гідності людини виражаються в тому морально-правовому ідеалі, який і має назву людська гідність. Отже, людська гідність є тим духовним та культурним ідеалом, цінністю, з якої випливають інші соціальні цінності, такі як свобода, справедливість, рівність. Людська гідність, таким чином, поєднуючи в собі всі найкращі здобутки соціуму на конкретно-історичному етапі його розвитку, виступає найбільш загальною, базовою соціальною цінністю, яка визначає й скеровує подальший розвиток людини і суспільства на загальнолюдських гуманістичних засадах.

Поняття гідності людини пов'язується з цінністю людини та оцінкою її значення і місця у суспільстві та державі. Саме оцінний момент у вигляді моральної чи правової оцінки є суттєвим засобом впливу на поведінку людини, на основі якого формуються еталон вимог, що ставиться до дій людей в конкретній ситуації з конкретного приводу. Ці вимоги стають особистими нормами дій лише у випадку, коли вони забезпечуються перш за все внутрішнім переконанням людини в їх корисності, вигідності, цінності як для неї самої, так і для інших людей.

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 статусу. 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.

Видається за можливе запропонувати тлумачення гідності, що складається з таких компонентів: суб'єктивна сторона; об'єктивна сторона; суб'єкт (носії) та об'єкт (зміст, змістовна сторона) гідності.

1. *Об'єктивна сторона гідності* – тобто людська гідність, яка притаманна кожній без винятку людині, безвідносно до її індивідуальних особливостей. Лише внаслідок того, що людина є біосоціодуховною істотою, її правого статусу. 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.

2. *Суб'єктивна сторона гідності* відображає власну гідність конкретної людини. Гідність, що розуміється в такий спосіб не належить автоматично кожному, а залежить від її поведінки у щоденному житті. При характеристиці гідності людини визначальне місце займає самооцінка (внутрішню оцінку), тобто судження людини про міру наявності у неї тих чи інших якостей, властивостей у співвідношенні з певним еталоном, зразком. Можна сказати, що це внутрішня оцінка (суб'єктивне відображення) об'єктивно існуючої (схваленої суспільством) цінності людини. Саме оцінний момент у вигляді моральної чи правової оцінки є суттєвим засобом впливу на самосвідомість людини, на основі якого формується еталон вимог, що висувається до дій людей в конкретній ситуації з конкретного приводу. Враховуючи ці вимоги, людина самостійно набуває особисту (власну) гідність і може її втратити як у власних очах, так і в оцінці інших людей.

Отже, *гідність людини* – це внутрішня оцінка нею власної цінності, яка ґрунтується на схваленій домінуючою частиною суспільства моральній самосвідомості і готовності її охорони за будь-яких умов, а також очікування з цього приводу поваги зі сторони інших.

3. *Суб'єкт (носії) гідності*. Ним є кожна людина незалежно від її біологічних чи соціальних характеристик, про що говорить Загальна декларація прав людини, яка розпочинається з вказівки на те, що “визнання гідності, притаманної всім членам людської сім'ї, і рівних та невід'ємних прав їх є основою свободи, справедливості та загального миру”.

4. *Об'єкт гідності* – це змістовна сторона самооцінки, або об'єкт свідомого самооцінювання. До них, в першу чергу, слід віднести: моральні, розумові, фізичні якості, здібності; риси характеру; зовнішній вигляд; предметна діяльність та її результати; поведінка людини; місце людини у системі взаємин з навколишнім світом (в тому числі місце у суспільстві і державі); самооцінка людиною її честі – тобто суспільної оцінки цінності особи, міри соціальних, духовних якостей людини як члена суспільства.

Таким чином, людська гідність є тією визначальною ознакою, яка вивисує людину над всім оточуючим світом, заставляє постійно прагнути до розвитку. Людська гідність супроводжується повагою інших людей, а також повагою до самого себе, при цьому залишає обов'язок непорушним, залишає імператив самим собою, проте виявляє його мотиви. Мораль людської гідності не надає значення щастю, вона покликає прагнути до ідеалу. Цим ідеалом є ідея людської особистості, що самоутверджується в своїй гідності і поважає цю гідність як в собі, так і в інших людях. Людська гідність закликає людину до безперервного самовдосконалення.

Крім того, людська гідність впливає на формування, зміст та призначення інших правових цінностей (справедливості, формальної рівності та свободи). Останні набувають великого

регулятивного значення, насамперед, у сфері правосвідомості, яка є необхідним елементом генезису, функціонування та розвитку права. Аксиологічне ж дослідження права дає можливість звернути увагу на соціальні, культурні детермінанти права, а також дослідити його духовну основу, відображені ним ідеали.

Серед цінностей, котрі становлять онтологічну основу права і є похідними від людської гідності, визначальне місце займає справедливість. Справедливість виступає показником співвідношення протилежних інтересів у суспільстві, є визначальним чинником, що підпорядковує собі функціонування права та суспільства в цілому. Важливим є також співвідношення справедливості і соціальної справедливості, яке особливо гостро постає у випадку необхідності розподілу між однойменними суб'єктами обмеженої кількості певних ресурсів. Тому в умовах побудови демократичної, соціальної, правової держави вибір на користь однієї з найважливіших соціально-політичних цінностей, а саме – соціальної справедливості розглядається як основоположна передумова забезпечення людської гідності.

Філософсько-правове бачення справедливості включає: рівність людської гідності кожного, взаємозв'язок діяння і покарання та справедливий обмін. Таким чином, справедливість тісно переплетена з такою правовою цінністю, як формальна рівність. Правова рівність не є абсолютною. Це є відносна (формальна) рівність гідності вільних і незалежних людей на підставі єдиних норм і однаковою мірою, на підставі того, що вони є носіями людської гідності. З цієї причини розвиток суспільства і права характеризується саме відношенням до рівності людей (за фізичним, економічним розумовим станом, за статевою та віковою ознакою), а, отже, визначається змістом формальної рівності, її межами та мірою свободи, яку вона визначає.

Крім того, право є фактором, що реально забезпечує форми, види і межі реалізації людиною свободи. Таким чином, свобода стає сутнісною характеристикою права. Однак така свобода повинна бути певним чином визначена і забезпечена, що дало б можливість найбільш оптимально проявитися людській гідності, як онтологічній основі права. Така свобода повинна бути пов'язана з необхідністю та об'єктивними законами розвитку суспільства. Право ж повинно виступати тим простором, в якому людина має можливість реалізувати свою свободу, не порушуючи свободи інших людей.

Таким чином, гармонійне поєднання таких правових цінностей як справедливість, формальна рівність та свобода є необхідною умовою ефективного забезпечення людської гідності в праві.

СУЧАСНА КОНЦЕПЦІЯ ПРАВ ЛЮДИНИ (ДО ХАРАКТЕРИСТИКИ ВИТОКІВ)

Добрянський С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Однією із невід'ємних складових життя як міжнародної спільноти, так і кожного політично організованого суспільства нині виступають права людини. Останнім часом поняття прав людини настільки вкоренилося у політико-правове і навіть побутове спілкування, стало такою мірою звичним для використання у програмних документах різноманітних суб'єктів політичної діяльності, що "неозбрисним оком" його смислове навантаження іноді видається самоочевидним. Проте це далеко не так, про що свідчить, зокрема, практика судових органів України або ж міжнародних судових інстанцій, зокрема, Європейського суду з прав людини та Суду Справедливості Європейських Спільнот.

Одним із ключів до більш глибокого осмислення сучасного інституту прав людини виступає дослідження витоків його формування, відтак видається за доцільне порівняти сучасну концепцію прав людини (II пол. XX ст.) із, так би мовити, «класичною» доктриною природного права (XVII – XVIII ст.).

Значення такого дослідження, як нам видається, полягає у тому, що воно зможе допомогти більш зважено підійти до розуміння тих проблем, які нині рельєфно прослідковуються у теорії прав людини. До таких проблем, на нашу думку, слід віднести:

- передбачування закономірних тенденцій розвитку прав людини;
- співвідношення «універсального» та «конкретно-історичного» у змісті прав людини;
- прогнозування появи нових категорій прав людини;
- визначення системи вихідних засад прав людини;
- з'ясування меж застосовуваності концепції прав людини при вирішенні актуальних соціальних завдань.

Принципового значення набуває відповідь на запитання у історичну епоху з якими філософсько-світоглядними орієнтирами з'являється власне цілісна концепція прав людини? Вважаємо за потрібне наголосити на тому факті, що мова йде власне про концепцію як про окреме, самостійне, комплексне правове начало, а не відокремлені свободи людини, які не могли «повноправно конкурувати» з домінуючими на той час усталеними правовими поглядами і виступати самостійним елементом правової ідеології.

Поняття прав людини як *окрема категорія* з'явилося лише в епоху Просвіти (XVIII ст.), хоч окремі положення, які дотичні ідеї прав людини, можна виявити задовго до того вже у творах грецьких філософів та й у деяких релігіях світу. Зокрема, згадаємо, епохи деякі країни Європи, де було ухвалено декілька хартій, що кодифікували певні свободи людини. Приміром, такі документи, як Magna Charta Libertatum 1215 р., датська Erik Klippings Handfaestning 1282р., не стільки виголошували права людини, які можна було відстоювати за тих чи інших обставин, скільки визначали *межі* втручання державної влади у життєдіяльність певної, кількісно обмеженої групи осіб. Відтак вони ще не містили всеосяжної філософської концепції свободи – концепції, в якій права людини виступали б як *самостійне правове начало*, а не лише критерій визначення легітимності державної влади.

В епоху Просвіти набула поширення думка про те, що саме *природа* наділяє людину певними фундаментальними правами, які можуть бути протиставлені урядові, але разом з тим мають ним й охоронятися. З того часу права людини, їх здійснення, стали розглядатися як елементарні передумови гідного людського існування.

Гадаємо, що саме в епоху Просвітництва визріли ті передумови, котрі згодом могли бути покладені в основу концепції природних прав людини.

Перші кроки на шляху до появи природних прав людини були закладені ще у період Ренесансу, коли середньовічна теоцентрична концепція світу, в якій Бог був мірилом усіх речей,

змінилася на антропологічний світогляд, у якому людина стала мірилом усіх речей. Акцент робився на славі людській замість слави Божої. Міське життя середнього класу стало важливішим аніж давнє сільське аграрне суспільство, успадковане від феодальної епохи. Торгівля як засіб заробітку стала важливішою, аніж сільське господарство. Став загальноприйнятним гуманістичний, оптимістичний і експериментаторський підхід до реалій життя. Новий середній клас з вільним капіталом хотів зробити своє життя більш приємним та комфортним. Серед важливих історичних подій слід вказати на падіння Константинополя у 1453 р., що привело до того, що багато грецьких вчених разом з тисячами грецьких манускриптів переселилися в Італію, намагаючись уникнути загибелі від мусульман.

Відтак намітилася тенденція до поступового відходу на задній план теологічного світогляду і натомість зростання віри у пізнавальні можливості людського розуму.

Спочатку спробуємо виділити складові концепції природних прав та сучасної концепції прав людини, а потім порівняємо їх принаймні на двох рівнях: термінологічному та правозастосовному.

Одним з перших принципів концепції природних прав є їхній *загальний*, тобто *універсальний*, характер: такі права торкаються всіх без винятку людей, – лише завдяки їхньої належності до роду людського; *вічність (позаісторичність)* змісту таких прав, який із плином часу не змінюється – адже, породжені одного разу і назавжди, такі права є незмінними; *абсолютність (невід’ємність)* таких прав, заперечення наявності яких є неприпустимим з огляду на їхню “вмонтованість” у природу людини і тому може кваліфікуватися як посягання на саме існування людської істоти як такої; такі права також кваліфікувалися як “св’ященні”.

Тепер простежимо основні характеристики сучасної концепції прав людини, зокрема, ті, що відображені у рішеннях міжнародних судових органів, найперше – Європейського Суду з прав людини. Ця концепція деякими авторами позначається як “*соціально-конструйована доктрина*” прав людини.

До положень згаданої концепції можна віднести тези щодо: а) *соціальної зумовленості* змісту прав людини, тобто їхньої залежності від *рівня* та *характеру* розвитку суспільства, який визначається, з одного (*внутрішнього*) боку, діалектикою взаємодії людини та суспільства, а з іншого (*зовнішнього*) – взаємодією того чи іншого політично організованого суспільства з міжнародним співтовариством, мірою залученості цього суспільства до глобальних процесів; б) *історичного характеру* зумовленості як *змісту*, так і *номенклатури* прав людини, чим визначається можливість виникнення нових прав людини, яких до певного часу взагалі не існувало, і модифікування з плином часу *змісту* чи *обсягу* прав людини.

“Генна спадковість” класичної доктрини прав людини найяскравіше виявляється стосовно так званих особистих та політичних прав і свобод: неважко простежити, вони без істотних змін “перекочували” у новітню (соціально-конструйовану) доктрину прав. Однак й у цьому аспекті варто зробити певні зауваги.

Основною посилкою концепції природних прав людини служить положення про *автономію* індивіда, тобто вважалося, що політичні та особисті права і свободи визначають ту сферу буття індивіда, в яку не допускається втручання жодних інших суб’єктів, передусім держави та суспільства. А відтак обов’язки усіх, хто, умовно кажучи, протистоїть індивіду, зводяться до *негативних*: утримуватися від таких дій, які посягали б на цю окреслену сферу автономії індивіда. Сучасна ж концепція прав людини робить уже дещо інші акценти, відображаючи інші тенденції щодо цих, “випробуваних часом” прав людини. Як показує практика міжнародних органів контролю за станом здійснення прав людини, покладення на державу “простого” обов’язку лише не втручатися у здійснення прав особистого та політичного характеру в деяких випадках ще не є достатньою гарантією того, що вони не будуть порушені. Європейський суд з прав зазначає що, людини, за певних умов держава повинна вживати заходів не лише негативного, але й позитивного характеру задля забезпечення навіть таких, тобто “негативних”, прав.

Істотна відмінність між класичною доктриною прав людини та їх сучасною концепцією спостерігається також і в питаннях щодо тих суб’єктів, яких можна вважати потенційними порушниками прав людини, що пов’язано, зокрема, з розвитком міжнародних відносин та незнанням на час існування згаданої доктрини певних суб’єктів міжнародних відносин. Якщо

права, проголошені у французькій Декларації прав людини та громадянина 1789 р. і в американській Декларації Незалежності 1776 р. стосувалися головно *держави та суспільства*, то нині можливими суб'єктами притягнення за порушення прав людини визнаються *транснаціональні корпорації* й деякі інші *міжнародні організації* та утворення (зокрема, такі, як Європейський Союз).

Принципово відмінними рисами сучасної концепції прав людини є те, що вона є значно ширшою за номенклатурою прав людини, оскільки охоплює права соціально-економічні, соматичні, а також так звані *солідаристські*, колективні (відповідно права другого і третього покоління).

Включення соціально-економічних, соматичних прав людини як елементів сучасної концепції прав людини свідчить, на нашу думку, про значну зміну у трактуванні сутності природи людини, котра нині не зводиться лише до її раціональності.

Підсумовуючи викладене, можна дійти таких висновків: права людини є одним з важливих інститутів права будь-якої сучасної держави і завдячують своїй появі певній системі історично зумовлених факторів (зміна світоглядних засад певної історичної епохи, трактування природи людини), а відтак за жодних обставин їх не можна розглядати як породження діяльності чистого людського розуму у відриві від соціальних процесів.

Відтак стає зрозумілою спадковість сучасної концепції прав людини, яку можна вважати продовженням доктрини природних прав принаймні щодо низки ключових її моментів: а) визнання універсальності носіїв таких прав, якими (носіями) виступають усі люди, незалежно від існуючих між ними відмінностей, б) визнання таких прав природними, тобто констатація незалежності їхнього існування від держави (хоч, як зазначалося, розуміння такої "природи" не є тотожним у класичній та сучасній доктринах прав людини).

ПРАВОВОРЧІ ПОМИЛКИ – ЯК НАСЛІДОК ПОМИЛОК У ПРАВОВОРЧІЙ ТЕХНІЦІ

Косович В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Розвиток сучасної української держави супроводжується зростанням значимості правового регулювання суспільних відносин. Інтеграція в європейські та загальносвітові структури, становлення ринкових відносин, боротьба між різними політичними силами, конкуренція гілок влади, певний правовий нігілізм зумовлюють необхідність інтенсивної правотворчості. Стрімкий процес видання різноманітних нормативно-правових актів спричиняє до незавжди належної їх якості, зокрема до правотворчих помилок.

У силу названих обставин, тема правотворчих помилок почала активно досліджуватись у юридичній літературі саме в останні десять років. Актуальність питання зумовлює доцільність його короткого теоретичного аналізу.

Пропоновані у літературі визначення поняття правотворча помилка певною мірою різняться між собою. Правотворча помилка – це таке відхилення від юридичної техніки, логіки і граматики, яке понижує якість правового акта, викликає труднощі в тлумаченні його змісту, перешкоджає його реалізації на практиці. Правотворча помилка – це неадекватний (такий, що відстає або випереджає) економічним, політичним, психологічним, організаційним завданням, логіко-гносеологічним закономірностям правосвідомості результат офіційного оприлюднення юридичної норми, інституту права, який через добросовісну помилку чи винні протиправні дії порушує загальні принципи чи конкретні правила правотворчості, зумовлює чи може зумовити негативні соціальні та юридичні наслідки, і виступає підставою для усунення допущених помилок й відшкодування нанесеної шкоди. Як бачимо друге визначення значно ширше. У ньому крім розуміння правотворчої помилки закладено причини виникнення та певні її види, наслідки помилки та спосіб її компенсації. Щоб підтримати якусь із позицій видається необхідно детальніше зупинитись на сутності, причинах, видах, передумовах та засобах подолання правотворчих помилок.

Насамперед необхідно чітко розмежувати правотворчі і юридичні помилки. Юридичні крім правотворчих, включають також правореалізаційні, правозастосувальні, правосистематизаційні та правоінтерпретаційні. Наприклад, помилка в індивідуально-правовому акті, ще не показник неналежної якості відповідного нормативно-правового акта, хоча наявність системи тотожних помилок чинник, що заставляє з'ясувати чи не має помилки в самому нормативно-правовому акті.

Існують різні способи виявлення правотворчих помилок – шляхом наукового аналізу нормативно правового акта, його оцінки зацікавленими суб'єктами, інтерпретації й упорядкування, вивчення причин правозастосувальних помилок тощо.

У теорії права і держави, як відомо, процес правотворчості включає три основні етапи. Отож, помилки можуть бути допущені як у процесі підготовки проекту та прийняття нормативно-правового акта, так і під час його оприлюднення.

Розрізняють різні види правотворчих помилок. С.В. Полєніна залежно від якості закону виділяє соціальні, політичні та юридичні помилки. Помилки можуть бути мовними, логічними і гносеологічними. Пропонується також досить широка класифікація помилок за найрізноманітнішими критеріями:

- за галузевою приналежністю – помилки в публічному і приватному праві, матеріальному і процесуальному праві;
- за ступенем юридичної урегульованості – пов'язані із відсутністю регулювання, недостатнім регулюванням, надмірним регулюванням;
- за психологічним механізмом формування – умисні і неумисні;
- за видами нормативно-правових актів – законодавчі помилки та помилки у підзаконних нормативно-правових актах;

- за соціальною значимістю та юридичними наслідками – суттєві та несуттєві;
- за структурними елементами юридичної норми – помилки при формуванні диспозицій, гіпотез санкцій;
- за способом допущення – логічні і фактичні;
- за ступенем поширення – поширені (типові) і непоширені;
- за способом виявлення – явні та латентні.

Існуючі класифікації потребують певного уточнення, оскільки не розмежовують природу (першопричини) і форми прояву правотворчих помилок. Видається, що усі помилки необхідно розмежовувати за змістом (сутністю, вихідними засадами, що лежать в їх основі) та формою зовнішнього прояву (закріплення, фіксації, оформлення); оскільки тільки такий підхід дозволить обрати максимально ефективний напрям та засоби їх подолання. Наприклад, чимало критичних зауважень лунає на протязі тривалого часу стосовно податкового законодавства України. Постає питання: що необхідно зробити – чи змінити розміри окремих податків (внести корективи до окремих юридичних норм), тобто вдосконалити формальні параметри законодавства, чи запровадити нові принципи податкової системи в Україні (провести перш за все змістовні зміни)?

До змістовних (сутнісних) відносять економічні, політичні, гносеологічні, аксіологічні, психологічні.

До формальних логічні і помилки правотворчої техніки.

Кожна з категорій помилок має свої особливості і потребує окремого дослідження. Хоча необхідно зазначити, що всі вони прямо чи опосередковано пов'язані із юридичною технікою. Так, серед вимог, що ставляться перед правотворцями, вимог, які виступають правилами правотворчої техніки, є і така як відповідність змісту правових норм аксіологічним установкам суспільства.

Розглянемо окремі групи можливих правотворчих помилок, зумовлених недоліками в правотворчій, зокрема, законодавчій техніці. Законодавча техніка включає дві основні групи правил. Перша група – це система вимог до змісту правових норм та прийомів створення загальнообов'язкових правил поведінки: відповідність аксіологічним установкам суспільства; оптимальність; обґрунтованість й доцільність; логічність правових норм; правові конструкції, правові презумпції; принципи права; правові аксіоми; правові фікції. Друга – правила, що використовуються при створенні текстуальної форми виразу правових норм – структурні, мовні та реквізитні. Недотримання названих правил законодавчої техніки зумовлює у значній мірі наявність правотворчих помилок. В силу обмежених обсягів дослідження звернемо увагу лише на окремих помилках.

Так, неналежне *врахування аксіологічних орієнтацій суспільства* при створенні правових норм зумовлює їх нездатність ефективно регулювати суспільні відносини. Показовим у цьому плані є податкове законодавство України, яке дуже часто суперечить інтересам платників податків і як наслідок – велика питома вага тіньової економіки.

Обґрунтованість правових норм означає, що вони приймаються із врахуванням об'єктивних та суб'єктивних факторів у відповідності із закономірностями і тенденціями розвитку суспільства. *Доцільність* крім того передбачає формування такої норми, яка б найбільш правильно регулювала певну групу конкретних суспільних відносин у складних та суперечливих конкретно-історичних умовах. Ймовірно недостатнє врахування даних вимог спричинило те, що Указ Президента України "Про дострокове припинення повноважень Верховної Ради України XI скликання та призначення позачергових виборів" від 09.10.2008 р., будучи юридично підставним, однак прийнятим в умовах економічної кризи та небажання більшості виборців знову госусувати, так і залишився нереалізованим.

Важливою передумовою належного правового впливу на суспільство є оптимальний вибір та *ствідношення системи дозволяючих та забороняючих норм*. Це можна простежити на прикладі правового регулювання підприємницької діяльності. Розвиток малого бізнесу, на думку багатьох економістів, – один із найперспективніших напрямів розвитку економіки. Найбільш сприятливе для цього правове середовище – широка дозвольна ситема. Незначна питома

вага дрібного бізнесу в економіці сучасної України вказує на необхідність вдосконалення правової регламентації підприємництва у напрямку лібералізації.

Особливим засобом формування типових моделей правового регулювання виступають *юридичні конструкції*. Їх недосконалість зумовлює труднощі при застосуванні нормативно-правових актів. Так, російські вчені вважають, що недостатня розробленість конструкції змішаної відповідальності у цивільному праві є причиною помилок у випадках визначення порядку відшкодування матеріальної шкоди, нанесеної винними діями декількох осіб.

Один із прийомів юридичної техніки, який використовували ще у древньоримському праві – *правові фікції*. Як відомо, правова фікція – це юридичні твердження, які визнають неіснуючі чи сумнівні, однак такі, що мають юридичну значимість положення існуючими (наприклад, визнання особи безвісно відсутньою чи оголошення померлою відповідно до статей 43 та 46 Цивільного кодексу України). Завідомо неістинність фікцій вимагає від законодавця особливої обережності при використанні останніх в текстах нормативно-правових актів.

Юридична термінологія. Низка статей Цивільного кодексу України (статті 684, 688, 690, 846, 858, 939, 1017, 1041, 1101 та інші) містять оціночне поняття „розумний строк”. Використання даного оціночного поняття видається загалом виправданим, однак створює широкі можливості для суб’єктивізму правозастосовувача. Зауваження викликають використувані законодавцем напівоціночні (проміжні, у повній мірі невизначені поняття). Так, стаття 48 Конституції України вказує: „Кожен має право на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім’ї, що включає достатнє харчування, одяг, житло”. Постає питання: чи можна вважати достатнім рівень забезпечення матеріальних потреб пенсіонера, який отримує пенсію за віком, або безробітного, який лише певний час отримує допомогу по безробіттю? Таке формулювання конституційної норми не конкретизує обов’язки держави перед громадянином і вимагає уточнення.

Прийоми і правила викладу юридичних норм в тексті закону як компонент правотворчої техніки суттєво впливають на стан правового регулювання у сучасній державі. Так, абстрактний спосіб викладу норм чинної Конституції України, що закріплюють правовий статус Президента України та Верховної Ради України, викликав тривалу юридичну дискусію після видання указів Президентом України про дострокове припинення повноважень Верховної Ради України у скликання та призначення позачергових виборів.

Поряд з правотворчою технікою важливу роль у правотворчому процесі відіграє правотворча технологія. Не вдаючись до теоретичного аналізу даного терміну, розкриємо її важливість для істинності нормативно-правового акта, навівиш конкретний приклад. *Технологія оприлюднення нормативно-правових актів*. Згадаймо юридичну суперечку між представниками Президента України та Верховної Ради України про приналежність до офіційних друкованих видань нормативно-правових актів газети „Голос України” після видання Президентом України у 1997р. Указу „Про порядок офіційного оприлюднення і набрання чинності нормативно-правовими актами України”.

Які види правотворчих помилок мають місце у юридичній практиці? Оскільки в Україні фундаментальних досліджень по цьому питанню не проводилось, то можна використати узагальнення російських теоретиків, які до найбільш поширених помилок відносять такі:

- неправильне обґрунтування необхідності розробки нормативно-правового акта;
- наявність великої кількості нормативно-правових актів, що регулюють аналогічні правовідносини;
- дублювання нормативно-правових приписів;
- фактографічні помилки;
- термінологічні, грамаітичні і стилістичні помилки;
- логічні помилки;
- тавтологія.

Як бачимо значна частина помилок є наслідком неналежного використання правил та прийомів юридичної техніки.

Наявність правотворчих помилок в практиці правового регулювання зумовлюється низкою об’єктивних та суб’єктивних причин. До об’єктивних можна віднести радикальне онов-

лення законодавства України у короткі терміни, необхідність поєднання існуючих правових традицій та правової свідомості із принципами європейського та загалом і міжнародного права, складність правотворчого процесу, проведення правової реформи на тлі економічної і політичної нестабільності тощо.

Суб'єктивними причинами виступають такі, як: юридична некваліфікованість законодавців, неналежне використання законодавчої техніки, домінування корпоративних інтересів над загальнодержавними, помилки в оцінці суспільних відносин, потребуючих правового регулювання і в засобах такого регулювання й таке інше.

Потреби ефективного правового регулювання суспільних відносин вимагають усунення як самих помилок так і причин, що їх породжують. До засобів подолання помилок у правотворчій діяльності видається можна віднести:

- вивчення правил правотворчої техніки і їх використання суб'єктами правотворчості;
- чітку юридичну регламентацію усіх видів правотворчості;
- підвищення кваліфікації та правосвідомості правотворчих суб'єктів;
- розробку системи заходів для подолання лобізму в правотворчих органах;
- запровадження практики проведення юридичної експертизи проектів нормативно-правових актів;
- відкритість правотворчого процесу і широкі залучення науковців і практиків;
- проведення аналізу правотворчої практики і правотворчих помилок;
- запровадження контролю за процесом творення нормативно-правових актів і встановлення відповідальності за правотворчі помилки.

Наведені міркування також дозволяють запропонувати визначення правотворчої помилки. Правотворчі помилки – це недоліки у змісті та формі нормативно-правових актів, зумовлені неналежним використанням засобів правотворчої техніки, в основі яких лежить комплекс політичних, економічних, гносеологічних, соціальних, юридичних та інших факторів.

НОРМАТИВНО-ПРАВОВИЙ ІНСТИТУТ: ГАЛУЗЕВІ АСПЕКТИ*Левицька Н.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Розвиток сучасної правової системи України потребує створення ефективного механізму правової регламентації суспільних відносин. Особливе місце у такому механізмі займає система джерел права.

Система джерел права як комплекс взаємопов'язаних та взаємоузгоджених нормативно-правових приписів має внутрішню будову (структуру). Первинним елементом у цій системі є нормативно-правові приписи, які угруповуються в інститути, галузі та інші системні утворення, первинним системним утворенням є нормативно-правовий інститут.

Ті чи інші аспекти формування та функціонування інститутів право досліджувалися як у вітчизняній так і зарубіжній літературі, зокрема: С. Алексєєвим, Д. Бахрахом, Д. Керімовим, О. Киримовою, В. Кудрявцевим, М. Марченко, С. Полєніною, П. Рабіновичем, О. Скакуном, Ю. Тихомировим та ін.

Проте, малодослідженими і дотепер залишаються проблеми становлення та функціонування нормативно-правових інститутів як складової частини галузі та системи джерел права.

Нормативно-правовий інститут є підсистемою нормативно-правових приписів, що регулює певний вид (групу) однорідних суспільних відносин. Він повинен забезпечити викінчене регулювання відповідного виду відносин.

Це зумовлює включення нормативно-правових приписів до складу інституту, а стійкі, закономірні зв'язки між ними визначають структуру нормативно-правового інституту (у межах відповідної юридичної конструкції), а також місце у галузі та системі джерел права в цілому. При цьому, у межах галузі, між нормативно-правовими інститутами можуть виникати як координаційні, так і субординаційні зв'язки.

Як відомо, нормативно-правовий інститут характеризується такими ознаками: утворюється із нормативно-правових приписів; є складовою частиною нормативно-правової галузі; має суб'єктивний характер, бо у значній мірі залежить від суб'єкта правотворення; формується з врахуванням як галузевої, так і ієрархічної структури системи джерел права. Нормативно-правовий інститут є зовнішньою формою інституту права, хоча значно ширшим від останнього за обсягом.

Для визначення місця та ролі конкретних нормативно-правових інститутів у межах галузі важливе значення мають критерії їх угруповання. Вони можуть бути різними: характер відносин, обсяг приписів, функції та предмет правового регулювання тощо. Серед них, насамперед, виокремлюється галузевий критерій (за предметом та методом правового регулювання). Цей критерій дозволяє виокремити галузеві нормативно-правові інститути: конституційно-правові, цивільно-правові, адміністративно-правові, кримінально-правові та інші.

Юридичним критерієм об'єднання приписів у нормативно-правові інститути на думку В. Сирих, є така сукупність ознак: змістовна єдність нормативно-правових приписів (проявляється у загальних положеннях, правових принципах, правових поняттях, правовому режимі); повнота врегулювання (проявляється в унікальності функцій інституту, відсутності дублювань інших інститутів); якісна виокремленість у структурі відповідного джерела права (главі, розділі чи іншій частині).

Як правило специфіка та автономність нормативно-правового інституту не виходять за межі відповідної галузі. Отже, критерієм виокремлення нормативно-правових інститутів у межах галузі є не лише однорідність суспільних відносин, але і специфіка застосування загальногалузевого методу до певного виду відносин, який набуває особливого характеру. Наприклад, специфіка предметів сприяє утворенню інститутів трудового договору, заробітної плати, трудової дисципліни та інше (трудове законодавство); інституту потерпілого, підозрюваного, звинуваченого (кримінально-процесуальне законодавство) тощо. Водночас, щодо кожного із них спостерігається застосування у специфічній формі загальногалузевих методів регулювання. Крім цього, між приписами існує тісний взаємозв'язок як у межах інституту, так і між ін-

ститутами у межах галузі. І такий взаємозв'язок є характерним для структурних частин системи джерел континентального права, яка завжди має чітку галузеву структуру.

Наприклад, до основних конституційно-правових інститутів відносяться правовий статус людини та громадянина, вибори та референдум, правове положення державних органів (парламенту, глави держави, уряду та ін.), місцевого самоврядування тощо. А до основних цивільно-правових інститутів відносять правовий статус особи (суб'єктів права), зобов'язальні, спадкові, сімейні інститути та інститут власності. Основними фінансово-правовими інститутами є такі інститути: бюджет, податки та фонди, тарифи, збори та інші, а адміністративно-правовими – інститути освіти, науки, культури, охорони здоров'я, транспорту, інформації та зв'язку та ін.

На відміну від континентального права, де нормативно-правові інститути розвиваються у межах галузі, в системі загального права перевага надається інституційній структурі: праву особи (шлюб, національність та ін.), контрактів, власності, представництва, трасту доказів, процедури тощо. І хоча сформовані такі галузі як цивільне, кримінальне, земельне та ін. у структурі переважаючу роль відіграють інститути. Разом з тим, у загальному праві відсутні деякі правові конструкції: батьківська влада, юридична особа, непереборна сила властиві континентальному праву.

Специфічними властивостями характеризуються міжнародні нормативно-правові інститути: міжнародних договорів, міжнародних організацій, мирного розв'язання міжнародних спорів, міжнародної відповідальності. Щоправда, нормативно-правові комплекси, які називаються у міжнародному праві галузевими: дипломатичне, морське, повітряне, космічне, ядерне, транспортне, митне, захист прав людини та інші, є більш подібними до нормативно-правових інститутів. Ідентично до універсального міжнародного права формуються і митне, торговельно-податкове, корпоративне, банківське, авторське, бюджетне, соціальне, охорона навколишнього середовища, конкурентне тощо.

Інститути та галузі універсального та регіонального міжнародного на даний час формуються більш інтенсивно, адже міжнародні організації регулюють доволі значні сфери відносин. І хоча міжнародне право має не таку тривалу історію становлення та розвитку, все ж вже можна виокремити сталі нормативно-правові інститути, а також прослідкувати процеси розширення їх у підгалузі чи галузі. Можна прослідкувати і те, що часто їх сфери регулювання не співпадають із внутрішньо-державними галузями та інститутами. Крім цього, ми можемо прослідкувати процеси угруповання нормативно-правових приписів в інститути та тенденції перетворення їх у галузі.

Саме у міжнародному праві, яке ще формується можна прослідкувати таку закономірність, як утворення стійких зв'язків між приписами та можливість виключного регулювання відносин у межах нормативно-правового інституту. При цьому, нормативно-правовий інститут формується за тими ж критеріями, що й галузь: предмет та метод правового регулювання. І якщо при функціонуванні нормативно-правових інститутів у межах галузі деякі із елементів предмету та методу правового регулювання чи правового режиму є менш витребувані за рахунок загальногалузевих, то їх самостійне функціонування вимагає наявності всіх властивостей та елементів. Наприклад, договірний нормативно-правовий інститут у межах цивільного права містить конкретні права та обов'язки суб'єктів, підстави та процедури їх реалізації. Водночас, такі елементи як: коло та статус суб'єктів, цивільно-правова відповідальність фіксуються у загальногалузевих цивільних нормативно-правових інститутах. Отже, формування особливостей того чи іншого інституту у межах галузі пов'язане із розвитком системи правових зосіб в цілому, загальногалузевому методу, а також міжінституційних зв'язків. Іншими словами у межах галузі інститут не може бути абсолютно автономним, бо є окремою структурною частиною галузі. Тут він відображає процес диференціації нормативно-правових приписів, а у галузі – інтеграції. Якщо ж інститут є автономним явищем, він, повинен відображати процеси інтеграції нормативно-правових приписів.

В цілому нормативно-правові інститути співвідносяться із галуззю, як особливе та загальне, а логічні зв'язки між ними обумовлюються характером, обсягом, структурою суспільних відносин, опосередкованих правом і спрямовані на забезпечення несуперечливості, гармонійності відповідної галузі. Ці та інші галузеві аспекти потребують поглибленого дослідження і мають важливе значення для правотворення.

КОНСОЛІДАЦІЯ ЯК СПОСІБ СИСТЕМАТИЗАЦІЇ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ ПРИПИСІВ: ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ.

Луць Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Формування сучасної системи джерел права України пов'язане не лише з узгодженням нормативно-правових приписів, подоланням та усуненням розбіжностей, забезпеченням системної єдності, а й з подоланням її відставання від динамічного розвитку суспільних відносин. Все це викликає потреби у систематизації нормативно-правових приписів. Як відомо, основними способами систематизації є облік нормативно-правових актів та інших джерел права, інкорпорація, кодифікація, консолідація. В Україні використовуються такі способи як облік, інкорпорація та кодифікація. Водночас, витребуваним є і такий спосіб систематизації як консолідація.

У юридичній літературі аналізуються різноманітні проблеми систематизації нормативно-правових приписів, проте такому її способу як консолідація не приділяється достатньої уваги. Насамперед, це, мабуть, пов'язано з тим, що цей спосіб не застосовується у національній юридичній практиці. Проте, аналіз вітчизняного нормативно-правового масиву свідчить, що використання такого способу систематизації не лише є можливим, а й потрібним у низці випадків.

Звичайно, створення консолідованих актів зазвичай є характерним для правових систем загального права (англо-американського типу правових систем). Наприклад, Консолідований акт про охорону природи (Англія).

Консолідація, на думку англійських правознавців, є більш зручною формою систематизації для Великобританії, так як її система права є доволі складною. Вона складається із норм загального права, права справедливості, статутного права. Крім цього, у правових системах англо-американського типу створюється велика кількість судових прецедентів. Все це утруднює проведення кодифікації. На думку р. Давіда, кодифікація в Англії видається неможливою, оскільки норма права є недостатньо абстрактною та загальною, відсутній поділ на імперативні та диспозитивні норми. Консолідація ж дозволяє об'єднати в одному акті на основі єдиного предмету регулювання, без зміни змісту та тексту, декілька актів.

Ці та інші причини зумовили широке використання такого способу систематизації як консолідація. Особливо швидкими темпами вона розвивалася в Англії у період др. пол. XIX ст. – поч. XX ст. За період з 1870 по 1934 р., як стверджується в історичній літературі, було прийнято понад 100 консолідованих актів, зокрема, у галузі кримінального права (7 консолідованих актів було прийнято лише 1871 р.).

В кінці XIX ст. англійський парламент прийняв спеціальний Закон про консолідацію статутного права. А тому у Великобританії існує стала практика об'єднання актів парламенту, що прийняті з одного і того ж питання (за предметом правового регулювання) шляхом консолідації.

Проте аналіз світової практики свідчить, що консолідовані акти приймаються не лише в англо-американських правових системах. Цей спосіб систематизації використовується і в романо-германських правових системах. Так, у Франції видані такі консолідовані акти як Кодекс доріг громадського користування, Кодекс ощадних кас та інші. І хоча ці акти мають назву «кодекс» за юридичною природою вони є консолідованими актами.

Консолідація – це такий спосіб систематизації, метою якого є усунення множинності нормативно-правових приписів, їх уніфікація, та створення у системі джерел права об'єднаних нормативно-правових масивів за предметом правового регулювання. Це проміжна ланка між кодифікацією та інкорпорацією, але водночас це є специфічна правотворча діяльність. Консолідація не змінює змісту правового регулювання, не вносить змін у діючу систему джерел права. Разом з тим, вона дозволяє усунути множинність та подрібненість нормативно-

правових приписів у системі джерел права, а також об'єднати їх на підставі загальних принципів права в більш об'ємні групи.

В процесі підготовки проекту консолідованого акту нормативно-правові приписи об'єднуються в однопрофільні статті, глави, параграфи, розміщуються в логічній послідовності у межах загальної структури майбутнього акта. При цьому здійснюються редакційні правки, вносяться загальні стильові зміни, уніфікується термінологія, усуваються суперечності, дублювання, звужується текстуальний об'єм, а близькі за змістом нормативно-правові приписи об'єднуються в одну статтю, параграф та інші структурні підрозділи, відбувається заміна застарілої термінології. Об'єднанню ж підлягають нормативно-правові приписи, що мають однакову юридичну силу.

Консолідований акт подається до правотворчого органу, який повинен його прийняти як нове самостійне джерело права, а попереднє джерело права, приписи якого ввійшли до консолідованого акту, мають бути визнані такими, що втратили юридичну силу.

Видається, що на даному етапі розвитку правової системи України у таких сферах як податкове, пенсійне, приватизаційне законодавство тощо більш доцільним було б прийняття не кодифікованих, а консолідованих актів. І особливо витребуваним такий спосіб систематизації мав би бути у сфері відомчого правотворення, а також для об'єктивації нормативно-правових приписів міжгалузевих інститутів та комплексних галузей законодавства. Так, аналізуючи Основи законодавства України про охорону здоров'я, про культуру можна зробити висновок, що форма об'єктивації нормативно-правових приписів обрана невдало. Консолідований акт, який об'єднав би ці приписи, дозволив би їх об'єктивувати таким чином, щоб вони відповідали меті і завданням правового регулювання в даній сфері суспільних відносин.

А наявність у правовій системі України лише законів у кількості понад 3000, не говорячи вже і про інші джерела права, свідчить про перевантаження цієї системи. Видається, що сучасна система джерел права України потребує ревізії нормативно-правового масиву, об'єднання нормативно-правових приписів у межах системи в більш об'ємні блоки, що забезпечить компактність та ефективність правового регулювання. І у цьому контексті консолідація як спосіб систематизації нормативно-правових приписів стає одним із пріоритетних напрямків впорядкування системи джерел права України. Витребуваність таких актів юридичною практикою ставить певні завдання і перед юридичною наукою в цілому, і зокрема і перед теорією права (в частині виявлення природи як такого способу систематизації як консолідація, так і консолідованих актів).

На підставі викладеного та враховуючи те, що систематизація нормативно-правових приписів це правотворча діяльність зі зведення їх у єдину систему, під консолідацією необхідно розуміти такий спосіб систематизації, який полягає в об'єднання нормативно-правових приписів, що регулюють одну і ту ж саму сферу суспільних відносин в єдиний звідний акт без зміни змісту. До ознак, що характеризують консолідацію як спосіб систематизації нормативно-правових приписів можна, зокрема, віднести такі: нормативно правові приписи об'єднуються за предметом регулювання; їх об'єднання здійснюється в єдиному звідному акті; при цьому не змінюється зміст нормативно-правових приписів, що зафіксовані в чинній системі джерел права; ці приписи розташовуються у певній послідовності у межах загальної структури консолідованого акту; щодо цих приписів застосовуються лише редакційні та стильові зміни; усуваються дублювання, суперечності, змінюється застаріла термінологія; цей спосіб систематизації є проміжним між інкорпорацією та кодифікацією.

**НОРМАТИВНО-ПРАВОВА УНІФІКАЦІЯ ТА СПЕЦІАЛІЗАЦІЯ:
ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА***Монастирський О.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Інтеграційні процеси, які є характерною ознакою сучасного етапу розвитку людської цивілізації, викликають потребу в уніфікації права. Правова уніфікація є важливим способом пристосування, зближення правових систем в межах відповідного правового простору. І як ефективний спосіб правової інтеграції є доволі витребуваним у Європі.

Як у вітчизняній, так і в зарубіжній юридичній науці проблемам правової інтеграції, в цілому, та проблемам уніфікації права, зокрема, приділяється достатня увага. Ці питання знайшли своє відображення у працях: Бахіна С., Базедова Ю., Давіда р., Дороніної Н., Ентіна Л., Луць Л., Садікова О., Сенякіна І., Тіхомірова Ю. та ін. Проте, і дотепер малодослідженими залишаються проблеми співвідношення нормативно-правової уніфікації та спеціалізації.

В сучасних умовах нормативно-правова уніфікація, що є одним з різновидів правової уніфікації (у широкому розумінні), набуває особливого значення, насамперед, у контексті формування європейського правового простору. Вона застосовується для зближення міжнародного та національного права (крім неї використовуються і такі форми: гармонізація, синхронізація, стандартизація, координація). А її метою є забезпечення ефективного правового регулювання. У мовних словниках "уніфікація" (походить від латинських слів "unio" та "facere") трактується як зведення чого-небудь до єдиної форми, системи, єдиних нормативів, приведення до уподібненості (однаковості). У юриспруденції цей термін набуває специфічного значення в контексті поняття "уніфікація права". В юридичній літературі висловлюються різноманітні позиції щодо цього поняття: "це уподібнене нормативне регулювання" (Лебедєв С., Маковський А.), "процес утворення однакових, тотожних, єдиних норм" (Довгерт А., Садіков О., Коровіна О., Тіхоміров Ю.). Водночас, необхідно зауважити, що часто зустрічаються отождолення понять "уніфікація права" та "гармонізація права" або ж одне виводиться із іншого. Наприклад, Дороніна Н. вважає, що гармонізація є лише специфічним методом уніфікації права.

Аналізуючи джерела права, що містять уніфіковані нормативно-правові приписи, можна звернути увагу на те, що метою їх утворення є забезпечення уподібненого правового регулювання однорідних суспільних відносин, усунення дублювання, розбіжностей тощо.

Отже, розкриваючи природу нормативно-правової уніфікації, необхідно зазначити, що вона є одним із способів правової інтеграції, який забезпечує зближення різноманітних нормативно-правових приписів.

Метою нормативно-правової уніфікації є забезпечення ефективного правового регулювання. Така мета досягається шляхом створення однакових (уподібнених) нормативно-правових приписів, які дозволяють запобігати юридичним колізіям, усувати дублювання.

В процесі нормативно-правової уніфікації здійснюється переопрацювання змісту нормативно-правових приписів, які фіксувалися у різних джерелах права. Результати нормативно-правової уніфікації фіксуються у різноманітних джерелах права, і стають загальнообов'язковими.

При цьому необхідно зважати на те, що нормативно-правова уніфікація не завжди є доцільною. Вона повинна застосовуватися лише у тих сферах, де врегулювання суспільних відносин іншим способом не буде ефективним. Критерієм доцільності нормативно-правової уніфікації може бути складність відносин, велика кількість суб'єктів, обов'язковість такого способу інтеграції при виконанні зовнішніх зобов'язань державами, здійсненні завдань міжнародної організації тощо.

Виявленню сфер, в яких нормативно-правова уніфікація є доцільною, сприяє виокремлення її конкретних видів.

Так, за просторовим критерієм виокремлюється міжнародна та національна (внутрішньо-державна) нормативно-правова уніфікація. Міжнародно-правова уніфікація здійснюється у межах міжнародної організації (наприклад, у межах Європейського Союзу). Прикладом міжнародної нормативно-правової уніфікації також може бути уніфікація вексельного, торгівельного та іншого законодавства в межах скандинавських правових систем. Міжнародна нормативно-правова уніфікація може бути субрегіональною, регіональною, універсальною.

Внутрішньо-державна нормативно-правова уніфікація використовується при систематизації національних нормативно-правових приписів, насамперед, при кодифікації.

За характером врегульованих суспільних відносин правова уніфікація – може бути матеріальною (Цивільний кодекс України) чи процесуальною (Господарський процесуальний кодекс України).

За методом правового регулювання – публічно-правова уніфікація та приватно-правова уніфікація.

За спрямованістю результатів уніфікації – цілеспрямована та ситуативна.

Результати нормативно-правової уніфікації об'єктивуються у джерелах права: міжнародно-правових договорах, нормативно-правових прецедентах, модельних законах, кодексах тощо.

Все це дозволяє зробити висновок, що нормативно-правова уніфікація – це спосіб створення однакових (уподібнених) нормативно-правових приписів з метою забезпечення ефективного правового регулювання.

Проте, ефективність правового регулювання забезпечується не лише завдяки нормативно-правовій уніфікації, але і завдяки правильному поєднанню її із правовою спеціалізацією.

Термін "спеціалізація" (походить від лат. "особливий") трактується як зосередження діяльності на певному виді заняття, поділ праці на окремі операції, а термін "спеціалізуватися" – закріплюватися за будь-якою однією галуззю, мати спеціальне, особливе призначення.

Спеціалізація є елементом прогресивного розвитку. Вона дозволяє звужити сферу людської діяльності, обмежити параметри та зосередити зусилля суто на конкретному напрямку. Це дозволяє підібрати найбільш ефективні засоби здійснення відповідного виду діяльності, а потрібні результати є більш якісними і досягаються з найменшими затратами.

Проте, спеціалізація має відповідні межі, за якими будь-яка сфера суспільних відносин, вид діяльності тощо, втрачають можливість розвитку. Отже, спеціалізація у будь-якій сфері має контролюватися, регулюватися та окреслюватися, а це досягається завдяки використанню уніфікації. Таким чином, спеціалізація та уніфікація є парними категоріями.

Так, метою правової спеціалізації є виявлення всіх особливостей, динаміки суспільних відносин з метою створення комплексу правових засобів, які б виконували суто спеціалізовані функції, враховували специфіку регульованих суспільних відносин. Саме завдяки спеціалізації відбувається диференціація нормативно-правових приписів у системі джерел права.

У юридичній літературі висловлюється думка, що сутність та зміст спеціалізації дозволяють виокремити такі її види: предметна, функційна, регіональна, змішана, а також такі форми як: диференціація, конкретизація, деталізація (Сенякін І.). При цьому кожний суб'єкт має бути наділений спеціальною компетенцією.

Диференціація нормативно-правових приписів повинна супроводжуватися об'єднанням їх у відповідні системні утворення, зменшенням правового масиву. Обмежити надмірну диференціацію в стані саме уніфікація права, яка усуває дублювання, розбіжності, надмірну диференціацію, переважання велику кількість нормативно-правових приписів та інші недоліки.

Разом з тим, спеціалізація є передумовою нормативно-правової уніфікації, так як дозволяє здійснити диференціацію нормативно-правових приписів залежно від специфіки предмета правового регулювання (суспільних відносин, що регулюються правом). А нормативно-правова уніфікація дозволяє угрупувати нормативно-правові приписи у певні структурні підрозділи, упорядкити способи та правила регулювання суспільних відносин.

Таким чином, і нормативно-правова спеціалізація, і нормативно-правова уніфікація є складовими єдиного процесу правотворення, що забезпечують збалансованість та упорядкованість, а відтак – ефективність правового регулювання.

СУДОВИЙ ПРЕЦЕДЕНТ У КОНТИНЕНТАЛЬНІЙ ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ

Мочульська М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Актуальність теми судового прецедента як джерела права в континентальній правовій системі зумовлена низкою чинників. Перший – тема має прикладний характер. Дослідження теорії права має охоплювати дослідження не лише смислів права в статичній, але й їх реалізації в динаміці. Сучасні наукові методи роблять можливим вирішення питання про місце судового прецеденту в системі джерел права, яке поставила правотворча практика. Другий – тема є актуальною для сучасної України. Теоретико-правові дослідження в Україні може бути поглиблено спрямованістю на осмислення актуальних для становлення права та держави України питань, зокрема, становлення судової влади та її ролі у творенні права. Третій – розвиток міжнародного права та конвергенція правових систем. Історичні правові системи, які умовно можна назвати класичними, збагачуються результатами діяльності міжнародних судів, які творять по суті міжнародне прецедентне право. Зрештою, уточнюються підходи науки до джерел права і у межах класичних правових систем. Відомий американський вчений В. Беркхем у своїй праці «Вступ до права та правової системи США» зазначає, що «на прецедентне право часом посилаються як на «неписане право», тому що правовий принцип встановлений судовим рішенням, часто лише передбачається. Існують два види прецедентного права: загальне право і прецедентне право, яке інтерпретує чинні закони. Ці два джерела законотворення перебувають на різних сходинках ієрархії права.»

Така класифікація поглиблює розуміння прецедентного права як окремого джерела законотворчості, відмінних від існуючих інтерпретацій певного закону. Саме таке прецедентне право розвивається у сучасній континентальній правовій системі.

Загалом у континентальній правовій системі зустрічаються ситуації, коли судова практика офіційно не визнається джерелом права, однак фактично існує і застосовується в такому аспекті. Така ситуація типова для Німеччини, Італії, Норвегії, Фінляндії, Швеції, Нідерландів.

Особливо вирізняється ситуація з судовим прецедентом в Скандинавії, де судді, по суті, виконують функцію правотворчості, «прикриваючись» видимістю тлумачення закону. Варто також згадати про Нідерланди, де судові рішення відіграють велику роль, по-перше, підвищуючи авторитет міжнародного права, по-друге, не зважаючи на те, що вищестоящі суди не зобов'язані слідувати рішенням Верховного Суду, на практиці вони керуються ними, по-третє, неможливо недооцінити правотворчу функцію судової влади в цій країні.

Загалом аналіз національних правових систем показує, що в світі посилюються процеси конвергенції, тобто відбувається поступове зближення континентальної правової системи з системою загального права. Це в першу чергу виявляється в зростаючій ролі нормативно-правових актів в англо-американській правовій системі і відповідно судових прецедентів в континентальній правовій системі.

Варто зазначити, що перетворення судового прецеденту в самостійне джерело права в континентальній правовій системі пов'язано насамперед зі зміною ролі суду як в Європі загалом, так і в Україні. Саме постійне посилення незалежності правосуддя має своїм наслідком те, що суд, здійснюючи правосуддя, формалізує нагромаджений досвід та традиції народу в вигляді конкретних судових рішень.

При цьому суд здійснює правосуддя в межах закону та на основі закону, прийнятого вищим законодавчим органом держави. Правотворчість суду в значній мірі пов'язана з тлумаченням права і заповненням прогалин в праві. Окрім цього судові прецеденти створюються лише на основі вже існуючих правових норм та принципів і не можуть їм суперечити, і що особливо важливо – існують чітко визначені межі судової правотворчості, передбачені законом.

Щодо ролі судової практики в Україні, то варто зазначити, що ще з радянських часів узагальнення судової практики приймалося до уваги при створенні та удосконаленні нормативно-правових актів. Також судова юридична кваліфікація та конкретизація оціночних понять

відбувалася на основі прийнятих раніше судових рішень (наприклад, методика визначення розміру моральної шкоди не регламентована жодним нормативним документом – суди визначають її розмір, керуючись своїм внутрішнім переконанням та суддівським розсудом, враховуючи при цьому положення судової практики).

Необхідно відзначити, що у вітчизняній юридичній науці точаться дискусії про правову природу постанов Пленуму Верховного Суду України. Навіть за радянських часів визнавалася керівна роль постанов Верховного Суду СРСР та Верховних судів радянських інстанцій в процесі здійснення правосуддя, однак, незважаючи на те, що науковці визнавали вагоме значення даних документів для здійснення правосуддя, вони не були офіційно визнані джерелом права. З моменту здобуття Україною незалежності постанови Пленуму Верховного Суду не тільки не втратили своєї значущості, а й почали відігравати більш вагому роль в процесі здійснення правосуддя. Однією з причин цього є велика кількість прогалів в законодавстві, а також наявність в законодавстві формулювань, які дають підстави двоюко тлумачити їх зміст.

Про важливість постанов Пленуму Верховного Суду України свідчить ставлення нижчих інстанцій до них, як до формально-обов'язкових при розгляді конкретних справ. Ігнорування роз'яснень нижчими судами нерідко призводить до скасування рішень цих судів. У своїх постановках Пленум Верховного Суду України досить часто звертає увагу нижчих судів на необхідність виконання своїх роз'яснень, вимагає вжити заходів до посилення контролю за їх виконанням.

Загалом можна зробити висновок, що постанови Пленуму Верховного Суду України, формально не створюють нових норм права, однак фактично мають обов'язкову силу. Головним завданням постанов Пленуму Верховного Суду України виступає дача роз'яснень про застосування чинних норм права. Правові позиції Верховного Суду України, які є змістом постанов Пленуму, можуть лише розширити або уточнити зміст чинної правової норми.

Основною метою постанов Пленуму Верховного Суду є забезпечення однакового застосування судами норм права. В Кримінальному кодексі, наприклад, не розкривається визначення деяких понять (наприклад, «особлива жорстокість»). Розкриття подібних понять дається в постановках Пленуму Верховного Суду України. В даному випадку, відсутність вказаної постанови не дозволяла б кваліфікувати діяння, як вчинені з особливою жорстокістю. Необхідно зазначити, що згадані документи фактично тлумачать та доповнюють зміст нормативно-правових документів всіх рівнів.

Іншими документами, які могли би одержати статус судового прецеденту в Україні є акти Конституційного Суду України. Компетенція КСУ та правова природа його рішень прямо говорять про те, що рішення Конституційного Суду України не тільки роз'яснюють чинне законодавство на предмет конституційності, але й змінюють і доповнюють закон. Ряд науковців вважають, що рішення Конституційного Суду України, якими скасовуються правові акти (або їх частини) на підставі їх неконституційності, а також рішення щодо офіційного тлумачення Конституції та законів, відносяться до джерел права України і у вказаних випадках цей орган займається правотворчістю.

За час свого існування Конституційний Суд України створив чимало прецедентів, які активно використовуються.

Окрім цього Україна стала учасницею багатьох міжнародно-правових документів, проаналізувавши які, можна зробити висновок про можливість визнання в якості джерел права прецедентів, створених Європейським судом з прав людини. Зокрема відповідно до ст. 46 Європейської конвенції про захист прав людини і основних свобод рішення Європейського суду є обов'язковими для держав-учасниць Конвенції. При цьому Україна офіційно визнала юрисдикцію Європейського суду з питань тлумачення і застосування Конвенції та протоколів до неї. Отже, українським судам необхідно враховувати в своїй діяльності судову прецедентну практику Європейського суду з прав людини. Так, наприклад, згідно із ст. 46 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року держави-учасниці (зокрема Україна) зобов'язуються виконувати рішення Європейського суду з прав людини в будь-яких справах, у яких вони є сторонами. А в ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» № 3477-IV від 23 лютого 2006 р. прямо зазначено, що суди України застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Європейського суду з прав людини як джерело права.

Ще однією підставою для дискусій у вітчизняній науці щодо ролі судових прецедентів в національній правовій системі стало положення ст. 111-15 Господарського процесуального кодексу України, що містить перелік підстав для оскарження до Верховного Суду України постанов чи ухвал Вищого господарського суду України, серед яких є їх невідповідність рішенням Верховного Суду України чи Вищого суду іншої спеціалізації з питань застосування норм матеріального права та виявлення різного застосування Вищим господарським судом України одного й того самого положення закону чи іншого нормативно-правового акта в аналогічних справах. Закріплюючи дане положення, законодавець дуже близько наблизився до визнання судового прецедента джерелом права в Україні, фактично визнавши за судовими рішеннями вищих судових інстанцій прецедентну силу.

Якщо розглядати введення прецеденту в континентальній правовій системі, то даний процес повинен бути поступовим і супроводжуватися змінним незалежності судової влади, підвищенням професійних вимог до суддів (особливо вищих судів), забезпеченням належного рівня правової культури населення. Загалом для того, щоб судовий прецедент зміг «прижитися» в країнах континентальної правової системи, потрібно в першу чергу законодавчо закріпити за судами правотворчу функцію; створити і затвердити відповідну процедуру, яка сприятиме швидкому закріпленню судових рішень в якості прецеденту; створити орган, який би скасовував прецеденти, які не відповідають (або перестали відповідати) реаліям суспільного життя.

Щодо надання судовому прецеденту статусу джерела права в Україні, то варто зазначити, що судовий прецедент може бути лише другим за юридичною силою джерелом права після закону; критерії відбору судами своїх рішень, які стають прецедентами, а також порядок їх офіційної публікації та процедури їх скасування, повинні закріплюватися у законі; судовий прецедент не повинен мати зворотньої сили. Окрім цього варто детально регламентувати правила застосування прецеденту спеціальним законом, при цьому обмеживши застосування прецеденту при розгляді кримінальних справ.

Варто відзначити переваги судового прецеденту, оскільки від є гнучкішим, й тому більш оперативним враховує правову дійсність, яка змінюється. Окрім цього прецедентне право характеризується високим рівнем визначеності, нормативності, а також динамічності.

Однак, не зважаючи на наведені переваги, чимало дискусій точиться навколо того, що судовий прецедент є малоефективним, перш за все тому, що він не сприяє об'єктивному (всєбічному та повному) дослідженню обставин по конкретній справі, наслідком чого може стати несправедливе рішення або вирок суду. Хоча, напевно, суддям було б набагато легше, коли б під рукою у них була основа вирішення конкретної справи, представлена у вигляді джерела права – судового прецеденту, який сприятиме більш оперативному реагуванню на ту чи іншу ситуацію. Адже суддя при розгляді конкретних справ змушений вирішувати казуси, що виникають у правовій дійсності, які законодавець не завжди встигає врегулювати. У зв'язку з безліччю прогалин у праві, в судді досить часто відсутня правова норма, якою можна вирішити спір. Відмовити у здійсненні правосуддя суд не може – він зобов'язаний вирішити спір, ґрунтуючись на загальних принципах права.

Окрім цього потрібно визнати, що природа прецедентного права така, що в ньому не в повній мірі може реалізуватися ряд властивостей права – наприклад, системність.

Загалом можна зробити висновок про можливість визнання судового прецедента субсидіарним (додатковим) щодо діючих основних джерел права в континентальній правовій системі, оскільки законодавство, навіть найдосконаліше, не може всього передбачити і містити неминучі прогалини, які зможуть бути успішно заповнені судовими прецедентами.

Світові тенденції у напрямку зближення основних правових сімей, яке виражається у зростанні ролі судів у правоутворенні у країнах романо-германської правової сім'ї на фоні збільшення питомої ваги законів у державах англо-американської правової сім'ї, є підтвердженням того, що майбутнє розвитку правової системи окремої держави – за поєднанням закону та судового прецеденту, що призведе до ефективності дії всього механізму правового регулювання.

СФЕРИ ТА МЕЖІ ПРАВОТВОРЧОСТІ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ

Ничка Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Розвиток Європи на початку ХХІ століття характеризується такими тенденціями як зближення правових систем загального (англійського), континентального та скандинавського права, зростання питомої ваги міжнародних договорів, урізноманітнення системи джерел права. Важлива роль у формуванні ефективної системи джерел права належить правотворчій діяльності. Правотворчість є різновидом юридичної діяльності, яка спрямована, насамперед, на створення (об'єктивацію) нормативно-правових приписів.

Ця проблематика є об'єктом постійної уваги як зарубіжної, так і вітчизняної юридичної науки. Вона дістала своє відображення у працях С. Алексєєва, В. Буткевича, р. Гриннока, М. Ентіна, Д. Ковачова, В. Копейчикова, р. Лівшица, І. Лукашука, Л. Луць, М.Марченка, А. Міцкевича, А. Нашиц, О. Скаун, П. Рабіновича, В. Селіванова, Г. Тункіна, р. Халфіної та ін.

Проте, під кутом зору тенденцій правового розвитку в цілому та європейських міжнародних та національних правових систем зокрема, залишаються малодослідженими питання визначення сфери та встановлення меж міжнародної та національної правотворчості.

Відомо, що правотворчість здійснюється спеціально уповноваженим правотворчим суб'єктом. Вона є процедурною діяльністю правотворчого органу держави чи міжнародної організації, складається із послідовних стадій, спрямована на створення нормативно-правових приписів та об'єктивацію їх у відповідних зовнішніх формах (джерелах) права. При цьому, необхідно зазначити, що правотворчість поділяється на різні види, зокрема, на міжнародну та національну (внутрішньодержавну). Вони суттєво відрізняються, насамперед, за суб'єктами. Суб'єктами національної правотворчості є народ, органи держави, недержавні організації спеціально уповноважені на правотворення. Процес правотворення та правотворча компетенція фіксуються у внутрішньодержавному законодавстві, де встановлюються і відповідні межі такої діяльності.

Що ж до міжнародної правотворчості, то цей процес є значно складнішим, оскільки тут відсутній єдиний спеціально уповноважений суб'єкт правотворення. Такими суб'єктами є держави, як суб'єкти міжнародного права. Основним способом створення міжнародних нормативно-правових приписів є угода суб'єктів міжнародного права, а найбільш витребуваними формами – звичай та договір. Інколи – це акти відповідних інституцій міжнародних організацій та судової правотворчості. Специфічною є і сама процедура утворення відповідних форм. Характерним для сучасного міжнародного права є зростання кількості та значимості багатосторонніх міжнародних договорів. Водночас, національна правотворчість є формою імплементації міжнародних нормативно-правових приписів.

Отже, щоб забезпечити безколізійне функціонування у єдиному правовому полі джерел міжнародного та національного права необхідно чітко визначити сфери та встановити межі міжнародного та національного правотворення.

А для цього, насамперед, потрібно з'ясувати, що розуміється під сферами та межами правотворчості.

У тлумачних словниках *сфера* визначається як 1) район дії, межа поширення чогонебудь; 2) сукупність умов, середовище, в якому що-небудь відбувається; 3) область фізичного або духовного життя, діяльності людини чи суспільства; галузь знання, виробництва, мистецтва, праці.

Видається, що використання понять область (галузь), середовище, поле діяльності найбільш вдало слугуватиме характеристиці сфери правотворчості

Таким чином, *сферу правотворчості* можна охарактеризувати як певне правове поле, в якому здійснюється правотворча діяльність компетентного суб'єкта. Для здійснення правотворчої діяльності суб'єкт має бути компетентним, тобто спеціально уповноваженим на здійснення такого виду діяльності. Таку діяльність правотворчий суб'єкт здійснює лише у межах

своїх повноважень та завдань конкретного виду правотворення. Так, наприклад, у статті 12 Конституції Австрійської Республіки передбачається, що до відання Федерації відноситься питання встановлення загальних принципів законодавства, а до відання федеральної землі – видання конкретизуючих законів з таких питань: демографічна політика, земельна реформа, електроенергетика, трудове право тощо. У Статуті Ради Європи передбачається, що завданнями цієї організації є: укладання угод та здійснення спільних заходів в економічній, соціальній, культурній, науковій, правовій, адміністративній галузях, а також у галузі захисту та подальшого здійснення прав людини та основоположних свобод.

Крім цього, для повної характеристики сфери правотворчості необхідними є умови, вимоги, правила, згідно з якими буде здійснюватися відповідний вид правотворчої діяльності. Такими необхідними умовами будуть виступати нормативно встановлені правила здійснення правотворчої діяльності певного виду.

Характеризуючи поняття сфери правотворчості, слід розмежувати його із поняттям самої правотворчості. Якщо поняття *правотворчості* дає узагальнену абстрактну характеристику відповідної діяльності щодо створення (зміни, припинення, систематизації) нормативно-правових приписів, відображає статичну сторону цього правового явища, то поняття *сфери правотворчості* розкриває необхідні умови, поле, в якому відповідний вид правотворчості буде здійснюватися. Абстрактна *правотворчість* через поняття *сфери правотворчості* набирає конкретних індивідуалізуючих рис, так би мовити, втілюється в життя.

Водночас, сфера правотворчої діяльності не є безмежною. Саме поняття сфери завжди включає в себе поняття меж, що її окреслюють. Не буде тут винятком і сфера правотворчості.

Отже, межами правотворчості будуть виступати ті правові явища, які окреслюють правотворчу діяльність, вірніше, правове поле, в якому вона здійснюється.

Такими межами можуть бути необхідні умови правотворчої діяльності, зокрема:

- статус правотворчого суб'єкта (здійснювати правотворчість може лише уповноважений суб'єкт);
- мета і завдання, що ставляться перед компетентним правотворчим суб'єктом, на досягнення і реалізацію яких компетентний суб'єкт наділяється відповідними правотворчими повноваженнями;
- простір, у якому здійснюються правотворчі повноваження;
- процедура, порядок (кожен вид правотворчості здійснюється за відповідними технологічними правилами);
- засоби і прийоми здійснення правотворчої діяльності (правотворча техніка).

В сучасних умовах спостерігається зростання ролі міжнародної правотворчості. Отже, сфери правотворчості не є незмінними. Вони можуть і будуть змінюватися залежно від правового розвитку людства в цілому. Цілком обґрунтовано можна припускати, що сфера міжнародної правотворчості буде розширятися, а сфера національної правотворчості – звужуватися. Саме тому проблема розмежування сфер міжнародної та національної правотворчості в сучасних умовах набуває важливого не лише теоретичного, але і практичного значення. Як бачимо, сфери національної та міжнародної правотворчості є доволі взаємозалежними, оскільки розширення чи звуження однієї неминуче тягне за собою зміну параметрів іншої.

Межі ж міжнародної правотворчості окреслюються метою та завданнями міжнародної організації, а також зовнішніми зобов'язаннями держав-учасниць. В той же час національні предметні та суб'єктні межі окреслюються компетенцією та завданнями національного правотворчого органу.

Важливе значення для окреслення меж як міжнародної, так і національної правотворчості мають принципи права. Для міжнародної правотворчості – це загальновизнані принципи міжнародного права, загальні принципи права конкретних міжнародних організацій, принципи міжнародної правотворчості, а для національної правотворчості – загальновизнані принципи міжнародного права, принципи конкретних національних правових систем, принципи національної правотворчості, загальні принципи національного права.

Проблема окреслення міжнародної та національної правотворчості є важливою і з точки зору формування сучасної системи джерел права України, з метою забезпечення її належного функціонування та розвитку у європейському правовому просторі.

ЄВРОПЕЙСЬКІ ПРАВОВІ СТАНДАРТИ: СПОСОБИ ТА РІВНІ ВПРОВАДЖЕННЯ (ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ).

Онишко Є.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Формування сучасної системи джерел права України значною мірою відбувається під впливом європейських правових стандартів. У зарубіжній та вітчизняній юридичній літературі досліджувалися ті чи інші аспекти впровадження європейських правових стандартів, зокрема у працях С. Глотова, С. Горшкова, Л. Луць, В. Муравйова, В. Опришка, М. де Сальвіа, В. Туманова, та ін. Проте і дотепер недостатньо дослідженими є питання щодо способів та рівнів впровадження.

Європейські правові стандарти у юридичній літературі переважно розглядаються як єдині, типові принципи та норми щодо поведінки суб'єктів права, що зафіксовані в основних джерелах європейського міжнародного права і є мінімальними правовими вимогами для держав-учасниць. Саме такі правові вимоги використовуються для адаптації національного права до міжнародного.

Європейські правові стандарти формуються регіональними чи субрегіональними міжнародними організаціями у межах їх цілей і завдань. Вони є різноманітними і класифікуються за різними критеріями: суб'єктами утворення, сферою правового регулювання, дією у часі, за колом осіб тощо.

Важливим критерієм є форма їх об'єктивації, яка вказує на нормативний, загально-обов'язковий характер чи відсутність такого.

Європейські правові стандарти, що об'єктивуються у джерелах міжнародного права є формально-обов'язковими, нормативно-правовими на відміну від ненормативних стандартів (об'єктивованих у заявах, деклараціях, тощо). Європейські правові стандарти – це норми та принципи, що зафіксовані в джерелах європейського міжнародного права і є обов'язковими правовими вимогами для держав-учасниць. Вони відображають найкращі провові здобутки; фіксуються у вигляді принципів та норм права; об'єктивуються через основні джерела міжнародного права; є обов'язковими вимогами для держав-учасниць; є основою для узгодження міжнародного та національного права. Нормативно-правові стандарти можна класифікувати за суб'єктами утворення – стандарти Ради Європи, ЄС, НБСЄ та ін.; за галузевою належністю – конституційно-правові, цивільно-правові, кримінально-правові; за зовнішньою формою виразу – ті, що фіксуються у міжнародних договорах, правових судових прецедентах, актах інституційного права.

Не лише види і форми об'єктивації європейських нормативно-правових стандартів, але і визначення меж їх дії є важливими з точки зору впровадження у національну юридичну практику, адже це вказує на рівень їх юридичної сили та місце у системі джерел права. Наприклад, фіксація правових стандартів у міжнародних договорах (статутах, установчих договорах, конвенціях, хартіях, угодах тощо) вказує на те, що така форма об'єктивації має пріоритет щодо інших, так як визначає доволі високе місце у національній системі джерел права і залежить від змісту принципу співвідношення міжнародного та національного права у конкретних правових системах. Для європейських правових систем зміст цих принципів є різним, зокрема: в ньому визнається пріоритет міжнародного права чи міжнародного договору щодо національного права або вони визнаються складовою частиною національного законодавства. Поряд з цим межі їх впровадження будуть визначатися завданням міжнародної організації, зовнішніми зобов'язаннями держав-учасниць та юридичною силою і межами дії міжнародних договорів у національній системі.

Водночас, ненормативні стандарти можуть бути лише зразками, на основі яких змінюється національне законодавство. Такі стандарти не можуть бути складовою частиною внутрішньодержавного законодавства, а тим більше не можуть мати пріоритетного становища щодо національних джерел права.

Ступінь та повнота впровадження правових стандартів у національне законодавство у значній мірі залежить від ефективного механізму впровадження. Такий механізм визначається як система правових засобів, за допомогою яких європейські правові вимоги вводяться у національ-

ну юридичну практику. При цьому виокремлюється міжнародний та національний рівні впровадження.

У межах міжнародного рівня впровадження міжнародна спільнота самостійно розробляє і пропонує державам-учасникам відповідну систему заходів щодо введення правових стандартів у національну практику з врахуванням внутрішньодержавної специфіки. Наприклад, впровадження загальнозвизнаних норм і принципів міжнародного права через їх фіксацію у національному законодавстві; безпосередня дія загальних принципів права ЄС у національній юридичній практиці держав-учасниць. Що ж до національного рівня впровадження європейських правових стандартів, то тут важливе значення мають порядок та способи впровадження. Так, наприклад, порядок реалізації державами-учасниками міжнародних зобов'язань залежить від конкретного змісту принципу співвідношення міжнародного та національного права, який є притаманним тій чи іншій державі та національних способів впровадження міжнародно-правових принципів у власну систему. В залежності від цього держави умовно поділяються на три групи. Перша – ті держави, що реалізують міжнародні зобов'язання шляхом матеріального впровадження (Великобританія, Канада, Австралія, Ірландія, Норвегія, Швеція, Данія). Друга – ті держави-учасниці, що дотримуються формального впровадження (ФРН, Австрія, Італія, Греція, Фінляндія, Японія). Третя – ті, що автоматично інтегрують міжнародні договори у національну правову систему (Франція, Бельгія, Нідерланди, Іспанія, Португалія, Кіпр, Польща, Росія, Туреччина, Угорщина, Україна, Швейцарія). Так, Україна, яка автоматично інтегрує міжнародні договори у правову систему, не повинна створювати додаткових джерел права, якими впроваджуються міжнародні договори у національне законодавство. Згідно зі статтею 9 Конституції України складовою частиною національного законодавства є міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Закон України «Про міжнародні договори України» передбачає, що міжнародний договір вводитьсь у національне правове поле законом про ратифікацію, прийняття чи присудження, тобто автоматично. При цьому потреба у прийнятті додаткового закону чи підзаконного акту не виникає.

Щоправда, національний механізм впровадження буде ефективним лише тоді, якщо крім названих законів він міститиме акти офіційного тлумачення та правозастосувальні акти, а також чітку юридичну процедуру. Процес впровадження європейських правових стандартів є доволі складним і здійснюється шляхом правотворчої, правороз'яснювальної та правозастосувальної діяльності. А відтак, у літературі зазначається, що він містить такі основні стадії: внутрішньодержавної правотворчості, правотлумачення та правозастосування. На стадії внутрішньодержавної правотворчості відбувається виявлення параметрів введення міжнародних правових положень у національне правове поле та їх конкретизації до умов національного права. На другій стадії (правотлумачення) виявляється зміст високоабстрактних, загальних юридичних конструкцій та положень міжнародного права з метою їх правильного застосування. І на третій стадії відбувається їх застосування у національній юридичній практиці.

Основними способами впровадження є: *введення* джерел європейського права у національну правову систему, а також *фіксація* міжнародних норм та принципів права у національному законодавстві. При цьому введення джерел міжнародного європейського права у національну юридичну практику здійснюється у зв'язку з виконанням державою міжнародних зобов'язань, а фіксація міжнародних норм та принципів права здійснюється в процесі гармонізації чи уніфікації національного законодавства. А як відомо, правова гармонізація та уніфікація це основні способи адаптації національного законодавства до міжнародних правових стандартів в цілому, і європейських зокрема.

Поряд з цим, відомим способом впровадження є і *рецепція* права (одностороннє запозичення принципів та норм, правових термінів, понять, джерел права тощо). Європейське право у широкому його розумінні (як нормативно комплекс міжнародного та національного права) історично, у значній мірі, формувався саме завдяки рецепції права. Хоча у нинішніх умовах рецепція права є менш витребуваною, але досить, нехай і стихійно, але використовується як спосіб введення правових стандартів у національну юридичну практику. Як рецепція, так і гармонізація права можуть застосовуватися і при запозиченні кращих правових здобутків. Хоча на будь-яких рівнях та при застосуванні будь-яких способів впровадження європейських правових стандартів у національну практику важливим є формування цілісного, ефективного механізму впровадження та фіксування основних його положень у національному законодавстві.

ПОНЯТТЯ «ПРАВОВЖИВАННЯ» ЯК ЕЛЕМЕНТ КАТЕГОРІЇ «ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ»

Полянський Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Вступні зауваги. Феномен зловживання правом характеризується принаймні трьома основними сутнісними ознаками. Першою ознакою цього феномена є те, що суб'єкт права, не порушуючи конкретних законодавчих юридичних норм, вчиняє такі діяння, які суперечать принципам права («духові закону»). Суперечність принципам права проявляється у тому, що в результаті цих діянь заподіюється шкода юридично охоронюваним суспільним відносинам – це є другою ознакою зловживання правом. Зловживаючи правом, суб'єкт права завжди здійснює (використовує, «вживає») яке-небудь своє суб'єктивне право, тобто здійснює можливість поведінки для задоволення своїх певних потреб, яка забезпечується та охороняється державою. Іншими словами, зловживання правом виникає лише в результаті реалізації суб'єктом права юридичних норм – саме в цьому проявляється третя ознака зловживання правом.

У цій статті ми зосередимо свою увагу на третій ознаці цього явища та спробуємо, по-перше, обґрунтувати доцільність наукового юридичного дослідження реалізації юридичних норм при зловживанні правом і, по-друге, виокремити основні проблемні питання, які постають у процесі такого дослідження та здійснити їх короткий аналіз.

«Правовживання» та «правореалізація»: співвідношення понять. У термінологічному словосполученні «зловживання правом» реалізація юридичних норм відображається словом «вживання». Термін «вживання» не є самостійним спеціальним юридичним терміном, а у законодавстві слово «вживання», використовується лише у сполученні з іншими словами, з якими воно утворює спеціальні терміни.

Автори сучасних монографічних досліджень зловживання правом, а також підручників із загальної теорії права, в яких розкривається сутність цього феномена, зазначають, що зловживання правом є використанням суб'єктом свого права, тобто зловживання правом є лише однією із форм реалізації юридичних норм.

Використання юридичних норм характеризується тим, що це, по-перше, здійснення певних можливостей суб'єкта, його суб'єктивних юридичних прав і, по-друге, таке здійснення є активною поведінкою. Однак деякі з дослідників, наводячи відповідні приклади, вважали, що зловживання правом може проявлятися й у пасивній поведінці; і навіть більше – що зловживати можна своїм обов'язком. Відтак, виникає питання чи справді зловживання правом характерне лише для використання юридичних норм як однієї із форм їх реалізації? Можливо зловживання правом проявляється також при виконанні та дотриманні юридичних норм?

Одними із найбільш поширених зловживань на практиці є зловживання, вчинювані владними органами та їх службовими особами, які реалізують свої права шляхом застосування юридичних норм, а тому можна вести мову про те, що зловживання правом проявляється і при застосуванні юридичних норм.

З огляду на викладене вище, видається, що явище «правовживання» як елемент категорії зловживання правом потребує детального аналізу на предмет його співвідношення із явищем «правореалізації».

Зловживання обов'язком. Один із найбільш відомих дослідників явища зловживання правом В. Грібанов у своїй монографії «Межі здійснення та захисту цивільних прав» (1972 р.) кілька разів використовує словосполучення «зловживання обов'язком» та аналізує його нарівні зі «зловживанням правом». Зокрема, досліджуючи сімейне законодавство на предмет наявності норм, які б забороняли зловживання правом, вчений порівнює змістове наповнення законодавчих термінів «зловживання опікунськими обов'язками» та «зловживання опікунськими правами», а стосовно складу злочину «зловживання владою чи службовими повноваженнями», передбаченого кримінальним законодавством, зазначає, що владні та слу-

жбові повноваження державних службовців містять у собі також і обов'язки, якими вони зловживають.

Між тим, як зазначалось вище, сучасні науковці можливість існування загальнотеоретичної конструкції «зловживання обов'язком» або повністю відкидають, або не приділяють їй належної уваги. Причиною цього, як видається, є неоданкове розуміння юридичного поняття «обов'язку», а точніше змісту зобов'язуючого виду регулятивних юридичних норм.

С. Алексєєв дає наступне визначення такого виду норм: це юридичні норми, які встановлюють обов'язок особи здійснити визначені позитивні (активні) діяння. Якщо характерною особливістю використання юридичних норм, як однієї із форм реалізації права, є те, що це активна поведінка, яка стосується суб'єктивних прав, зокрема права на свою, «власну» активну поведінку, на використання наданих правом юридичних можливостей, то при виконанні юридичних норм особа виконує, покладені на неї обов'язки стосовно активної поведінки.

Проте інколи можливими є ситуації, коли зобов'язуюча норма одночасно є й уповноважуючою (наприклад, у випадку із повноваженнями (компетенцією) службових осіб). Л. Спіридонов безспідставно, на нашу думку, стверджує, що диспозиція зобов'язуючих норм містить приписи, які є своєрідним синтезом заборони й дозволу: суб'єкт не тільки має право здійснити нормативний припис, але й зобов'язаний зробити це; йому заборонено утримуватися від того, на що він уповноважений. Більше того, він вважає, що будь-яка правова норма має уповноважуючий характер: норма, яка зобов'язує здійснити те чи інше діяння або забороняє його здійснення, і навпаки, норма, яка забороняє здійснення цього діяння та зобов'язує його здійснити, уповноважує кого-небудь вимагати відповідно здійснення чи утримання від здійснення цього діяння.

Відтак можна зробити висновок, що у вищевказаному розумінні юридичного обов'язку та зобов'язуючих юридичних норм можливими є зловживання ними.

Зловживання пасивною поведінкою. Найбільш характерною особливістю ще однієї форми реалізації права – дотримання юридичних норм – є те, що це пасивна поведінка суб'єктів: вони не здійснюють діянь заборонених юридичними нормами, тобто виконують покладені на них пасивні обов'язки.

Прикладів зловживання правом, що вчиняються у формі дій є багато, але, на жаль, серед значного масиву проаналізованої літератури, зловживання правом у формі бездіяльності майже не зустрічається. Більшість авторів ухиляється від розв'язання проблеми чи можливою є така ситуація, коли особа зловживає яким-небудь пасивним обов'язком. Проте на практиці такі випадки мають місце: так, наприклад, постановою судді Місцевого суду Шевченківського району міста Львова від 21 серпня 2004 року відповідно до ч. 4 ст. 61 Кримінально-процесуального кодексу України було усунуто захисників від участі у кримінальній справі на підставі їхніх діянь, спрямованих на затягування розслідування кримінальної справи через зловживання своїми процесуальними правами. До таких діянь суд зокрема відніс: зрив та нез'явлення на окремі слідчі дії, безспідставні відмови від підписування протоколів слідчих дій тощо.

У цій справі очевидним є те, що діяння захисників були вчинені у формі пасивної поведінки, а це, у свою чергу, розв'язує проблему можливості вчинення зловживань під час дотримання суб'єктами права юридичних норм.

Зловживання правом як форма застосування юридичних норм. В юридичній літературі склалось кілька різних визначень поняття «застосування права». Деякі вчені застосування права трактують як «особливу форму» реалізації права, здійснювану державними чи суспільними організаціями в межах їх компетенції у формі владно-організуючої діяльності стосовно конкретизації правових норм на основі чіткого дотримання законності. Інколи застосування права трактується як «владна діяльність» органів держави чи інших органів уповноважених державою, які, використовуючи свої спеціальні повноваження, видають акти індивідуального значення на основі норм права, вирішуючи тим самим по суті конкретні питання життя суспільства. Досить часто застосування права розглядається як така форма його реалізації, яка полягає у складній, юридично та організаційно відповідальній діяльності держави з приводу «обгрунтованого здійснення правових норм відносно конкретних суб'єктів», фактів, відносин реального суспільного життя в рамках закону.

На нашу думку, будь-яка діяльність державних органів з приводу застосування юридичних норм завжди є формою реалізації цими органами своїх прав. Однак після того як відповідний орган приймає певне рішення («конкретизує правову норму»), «видає акт індивідуального значення» чи «здійснює правову норму відносно конкретних суб'єктів, фактів, відносин реального життя») воно немовби «відривається» від цього суб'єкта та починає діяти незалежно від нього («об'єктивується»). Виходячи саме з цих підстав, можна вважати, що застосування права є специфічною або особливою формою реалізації права, суб'єктом якого є владний орган чи окрема особа із чітко визначеними повноваженнями.

Зловживанням владою (так у літературі називають зловживання правом вчинене в процесі застосування права) є найбільш дослідженим у юридичній науці, а випадки прояву цього явища на практиці є настільки поширеними, що багато дослідників виокремлюють їх в окремий вид чи навіть форму зловживань правом. Зрештою сама доктрина зловживання правом у європейському праві, «виросла» як противага позитивно-правовим тенденціям початку і середини XIX ст., сформованим в результаті діяльності тодішніх законодавчих органів влади, які зловживали своїми «абсолютними» можливостями по створенню юридичних норм. Найчастіше предметом аналізу є зловживання судовою владою, зловживання посадових осіб органів виконавчої влади різного рівня та зловживання, вчинювані контрольно-наглядовими органами.

Слід відзначити, що зловживання владою проявлятися у всіх трьох формах реалізації права (використанні, виконанні та дотриманні), проте автори-дослідники цього явища зазвичай не беруть до уваги цю її особливість.

Висновки. Встановлення того, що феномен зловживання правом може проявлятися у всіх трьох формах реалізації права та в його особливій формі – застосуванні юридичних норм, має важливе загальнотеоретичне значення та дає змогу більш глибоко з'ясувати змістовну сутність цього юридичного феномена (зокрема, розширити сучасні уявлення про можливу сферу поширення зловживань і визначити нові напрямки юридичних досліджень цього явища), а також «переглянути» значення поняття «право» у терміні «зловживання правом».

**ОРГАНІЗАЦІЯ АДВОКАТУРИ ДЕРЖАВ – ЧЛЕНІВ
ЄВРОПЕЙСЬКОГО СПІВТОВАРИСТВА (НІМЕЧЧИНА,
ФРАНЦІЯ)****Святоцька В.***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Дослідження зарубіжного досвіду організації адвокатури дає змогу виявити певні особливості цього інституту, напрямки, тенденції його розвитку, які ще не властиві українській адвокатурі. Разом з тим, вивчення організації адвокатури за законодавством європейських держав може вказати на ті недоліки, що існують у організації адвокатури України, а також окреслити напрямки вдосконалення цього інституту у рамках вітчизняного правового поля.

Порівняння організації інституту адвокатури у Європейських державах, видається, найбільш вдало буде проводити за законодавством таких країн, як Німеччина та Франція. Саме у цих державах адвокатура відіграє особливу роль у суспільстві, має принципове значення для представництва законних інтересів громадян як у суді, так і у інших можливих юридичних процесах. Розвиток інституту адвокатури саме у цих державах обумовлений багатьма правовими традиціями, догмами, суспільними перетвореннями, тривалим часом розвитку. Тому, видається, саме вивчення та порівняння організації інституту адвокатури у цих країнах буде цікавим з точки зору удосконалення вітчизняної адвокатури.

Так, адвокатські палати у Німеччині організовані при Вищих судах Землі під правовим наглядом органів управління юстиції Землі, усі вони об'єднуються у Федеральній адвокатській палаті. Остання має істотний вплив на територіальні адвокатські палати, у результаті чого для адвокатури в цілому характерний централізований характер. Федеральна адвокатська палата очолюється президентом та займається справами спільними для інших палат, представляє у цілому адвокатуру у установах та організаціях, дає висновки, відповіді на запити федеральних органів, які беруть участь у законодавчій діяльності.

Органами територіальних адвокатських палат є виборна президія, правління та збори адвокатів. У Федеральній палаті правління немає.

Правління територіальної адвокатської палати складається з семи або і більше членів, які обираються зборами адвокатів строком на чотири роки. Функціями правління є здійснення посередництва у вирішенні спорів між членами палати, між членами палати та клієнтами; нагляд за виконанням адвокатами покладених на них обов'язків; надання відповідей на запити, що поступають з органів юстиції.

Президію утворюють президент, віце-президент, секретар, касир, які обираються правлінням з осіб, які входять до його складу, кожен раз після нових виборів правління. На президію фактично покладено оперативне управління справами палати. Президент представляє палату у суді та інших зовнішніх зносинах, щорічно спрямовує у відділ юстиції Землі звіт про діяльність палати та правління.

Збори адвокатів палати скликаються президентом або ж на вимогу ніж десятої частини членів колегії. На зборах вирішуються питання, які мають принципове значення, а зокрема вибори правління, розмір та строки сплати членських внесків, надання майнової допомоги, заслуховування фінансового та майнового звіту правління (§ 60 Положення про адвокатуру).

При палаті для вирішення спірних питань, пов'язаних із дисциплінарною відповідальністю адвокатів і зі вступом у адвокатуру, створюються спеціальні суди.

Ці суди у справах адвокатів, діють у тому ж окрузі, що і територіальна палата. Вони виступають судами першої інстанції по справах дисциплінарної відповідальності. Справи у ньому розглядаються колегіально – трьома судьями, які призначаються відділом юстиції з числа адвокатів. Судова палата у справах адвокатів діє при вищому суді Землі (апеляційному суді). Ця палата у справах адвокатів виконує функції суду першої інстанції по справах, пов'язаних з оскарженням рішень про допуск до адвокатури, та другою інстанцією по перевірці законності та обґрунтованості рішень суду по справах адвокатів. Розгляд справ здійснюється колегіально

у складі п'яти суддів, троє з яких є непрофесійними суддями, призначеними з адвокатів, а двоє є професійними суддями.

Для здійснення ревізійного провадження по відповідній категорії спорів у Федеральному суді створено Сенат у справах адвокатів. Провадження відбувається у присутності семи суддів – чотирьох професійних і трьох непрофесійних, які призначаються із адвокатів (§175 Положення про адвокатуру).

Адвокати Франції згруповані навколо Трибуналу великої інстанції і утворюють палату.

На національному рівні адвокатура Франції представлена Радою палат адвокатів. Рада володіє статусом юридичної особи, складається із 60 членів, які обираються адвокатами за складною двоеступеневою виборчою системою.

На Раду палат адвокатів покладено забезпечення наступних функцій: координація діяльності навчальних центрів із підготовки кандидатів у адвокати; представництво інтересів адвокатури у інших державних чи громадських органах чи організаціях; вироблення моральних та естетичних норм діяльності адвокатських палат.

Регіональні палати входять у склад Національної ради палат, запровадженої Законом 1990 року. У кожному судовому регіоні існує тільки одна палата. Існує 181 регіональний суд і відповідно стільки ж адвокатських палат. Палати відрізняються за своїм кількісним складом, так у найменшій нараховується тільки 7 баристерів (адвокатів), тоді як у найбільшій – 11 тисяч баристерів. Кожна палата є незалежною, самостійною організацією, яка виробляє свій внутрішній регламент своєї діяльності та володіє своїм майном.

Кожна палата очолюється деканом, який обирається членами палати шляхом таємного голосування строком на два роки. До компетенції декана палати входить:

- представництво інтересів палати перед державними органами і громадськими організаціями;
- вирішення спорів між адвокатами;
- застосування дисциплінарних стягнень до адвокатів палати;
- керівництво службами палати.

Декан є головою Ради палати, яка обирається членами палати таємним голосуванням строком на три роки. До компетенції Ради належить управління різними галузями діяльності палати. Члени Ради здійснюють щоденне керівництво різними справами палати.

Окрім вище перелічених органів, які формують інститут адвокатури у Франції та Німеччині у цих країнах, адвокати з метою здійснення їх спільної діяльності об'єднуються у певні форми товариств.

Так, адвокати у Німеччині з міркувань, пов'язаних із вартістю створення власної канцелярії та необхідністю витримувати конкуренцію на насиченому ринку праці, створюють товариства різної правової форми: товариства, товариства з обмеженою відповідальністю, бюротовариства, партнерські товариства, Європейське господарське об'єднання інтересів і ін.

Натомість, форми спільної роботи адвокатів у Франції надзвичайно багатоманітні і класифікуються за ступенем відповідальності адвоката за діяльність його партнера, а також за формою оплати праці.

Традиційно найбільш поширеними є палати і цивільно-професійні товариства (далі – ЦПТ).

Палата – це об'єднання адвокатів, кожен з яких персонально відповідає перед своїм клієнтом. Права члена палати мають особистісний характер і не можуть передаватись. Члени палати у повній мірі зберігають свою самостійність. Договір про утворення палати доводиться до відома Ради палат адвокатів.

Об'єднуючись у палати, адвокати зберігають свою самостійність. Кожен з них несе самостійну відповідальність перед клієнтом, має індивідуальні права у палаті, які не можуть передаватись (ст. 124 Декрету 1991 року).

Цікаву форму об'єднання адвокатів представляють цивільно-професійні товариства (ЦПТ), які підлягають реєстрації як юридичні особи та вносяться у списки палати адвокатів. Члени ЦПТ відповідають за борги ЦПТ солідарно та повністю. Клієнтура, яку мав кожен адвокат ЦПТ, перебуває у загальному користуванні ЦПТ. Адвокат не отримує гонорару за по-

слуги, а лише частину прибутку ЦПТ у відповідності до його долі у статутному капіталі ЦПТ. Поточні та виробничі затрати несе ЦПТ. Кожен адвокат персонально оподатковуванню не підлягає.

Видається, що централізований характер організації адвокатури у першу чергу характерний саме для Німеччини. Таку тезу підтверджує та обставина, що саме у структуру органів Німеччини окремо включаються спеціальні суди у справах про порушення вчинені адвокатами. Інтерес виявляє та обставина, що склад таких судів утворюють не тільки адвокати, але і професійні судді, що у принципі забезпечує об'єктивність у роботі таких спеціалізованих судів. У цілому ж організація адвокатури у досліджуваних країнах спрямована на вирішення таких питань як вступ у адвокатуру, контроль за рівнем адвокатських послуг, вирішення конфліктів серед адвокатів, серед адвокатів та клієнтів, а також реагування на дисциплінарні порушення адвокатів. Принципи виборності органів адвокатури, строковості перебування осіб на ключових посадах органів адвокатури, наявності певних цензів для зайняття таких посад забезпечують ефективну роботу адвокатури у Німеччині та Франції та у цілому сприяють кваліфікованому рівню адвокатських послуг у цих країнах.

Дослідження організації адвокатури у таких країнах, як Німеччина та Франція доводить ту обставину, що організація досліджуваного інституту зною мірою залежить від традицій, звичаїв, особливостей розвитку держави та специфіки її механізмів управління. Організація адвокатури у цих країнах спрямована на досягнення цілей існування цього інституту, яким є і надалі залишатиметься забезпечення законності та правопорядку, реалізації та захисту прав, свобод та законних інтересів юридичних та фізичних осіб, удосконалення правових норм та відносин між особою, суспільством та державою.

ДО ПИТАННЯ ПРО ПЕРЕДУМОВИ ВИНИКНЕННЯ ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ПРАВИЛ МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРІВ У ВНУТРІШНЬОДЕРЖАВНИХ ВІДНОСИНАХ

Соловійов О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Проблема застосування у внутрішньодержавних відносинах правил міжнародних договорів як джерела права належить до однієї із старіших у загальній теорії права і держави. Звісно, її актуальність щораз залежить від міри відкритості тих чи інших країн міжнародній спільноті, масштабу участі держав у міжнародному спілкуванні, глибини їх інтегрованості до міждержавних та наддержавних регуляторних інституцій. У свій час в СРСР, де можливість застосування міжнародного права всередині країни заперечувалася взагалі або ж не мала помітного поширення, практичної значимості ця проблема не була. Що ж до демократичних країн континентальної Європи, то постановка цієї проблеми своїм корінням сягає щонайменше часів Французької буржуазної революції, тобто кінця XVIII століття. Це той період, коли було ухвалено Декларацію прав людини і громадянина, прийнято перші конституції, якими запроваджувався принцип незалежності народу від монарха, а звідти проголошувалась відома максима – “суверенітет народів не пов’язаний із договорами тиранів”. Хоча буде справедливим відзначити, що у той час у практичному плані більш значимим для науки було загальне питання про співвідношення міжнародного і національного права як вияв стрімкого розвитку інститутів конституціоналізму, парламентаризму, утвердження законодавчого суверенітету народів, розподілу державної влади.

Проте вже з XIX століття, внаслідок інтернаціоналізації капіталу й укріплення соціокультурних зв’язків між цивілізованими народами, ростом особистих контактів громадян і організацій, посиленням транскордонного співробітництва значно інтенсифікується юридичний діалог держав щодо прав і обов’язків суб’єктів внутрішніх правовідносин; укладаються перші конвенції з міжнародного приватного права, правового статусу торгових представництв, режимів міжнародного транспортного сполучення тощо. Загальне проблема співвідношення міжнародного і національного права, уособлена у проблемі належного парламентського контролю за прийняттям зовнішньополітичних зобов’язань президентами і урядами країн, доповнюється ще й питаннями національного застосування правил міжнародних договорів у відносинах з іноземним елементом.

Власне, внаслідок появи конвенцій з міжнародного приватного права класичне міжнародне право доповнюється правилами, призначеними не для регулювання взаємних прав і обов’язків між державами, а адресованих безпосередньо приватним особам. Відповідно, норма міжнародного права набуває ознак джерела суб’єктивних прав і обов’язків приватних осіб – поряд з законодавчими актами парламенту. Саме у цьому контексті відбувається «сполучення предмету регулювання міжнародного і національного права», поширення міжнародного права на «нетрадиційну сферу», вторгнення міжнародного права у «ядро внутрішньої суверенної юрисдикції держави». Можна стверджувати, що з часу появи конвенцій з міжнародного приватного права, проблема національного застосування правил міжнародних договорів проявляється з усією практичною очевидністю. У судах європейських країн накопичується відповідна практика, що дозволяє розглядати проблему означеного застосування поза контекстом співвідношення міжнародного і національного права як предмету конституційного (державного) права.

З іншого боку, проблема застосування правил міжнародних договорів як джерела права у внутрішньодержавних відносинах одразу набуває чітко вираженого процесуального характеру. Адже вона постає в першу чергу саме у діяльності національних судів, рідше – органів законодавчої та виконавчої влади. Ця проблема виявляється у питаннях визначення придатності міжнародного права до безпосереднього застосування, встановлення факту набрання та втрати чинності норм міжнародного права для приватних осіб, вирішення колізій між поло-

женнями міжнародних договорів і національними нормативними актами, встановлення рангу міжнародного права у системі джерел права національного.

В контексті проблеми, що розглядається, безперечно важливим став факт появи і подальшого розвитку міжнародного права з прав людини. Користуючись поділом прав людини на окремі «покоління», можна стверджувати, що принаймні більшість громадянських і політичних прав людини першого покоління та деякі з соціально-економічних прав другого покоління, закріплених у ратифікованих міжнародних конвенціях і пактах, є достатньою мірою конкретизованими і, відповідно, не потребують певних додаткових заходів з виконання всередині країн. В цьому плані норми міжнародних конвенцій, в яких такі права закріплені, можуть вважатися «самовиконуваними», а відповідні норми – нормами прямої дії. Відповідно, такі міжнародні акти є придатними до застосування судами як джерело права у внутрішньодержавних відносинах. Власне, з часу появи самовиконуваних норм міжнародного права з прав людини проблема застосування правил міжнародних договорів у внутрішньодержавних відносинах набуває загальнотеоретичного характеру, оскільки вона стосується не лише відносин з іноземним елементом. Слід окремо відзначити, що, окрім розвитку міжнародного права з прав людини, у післявоєнний період відбулося становлення міжнародного економічного права, насамперед системи митного регулювання міжнародної торгівлі – ГАТТ/СОТ. За окремими нормами права Світової організації торгівлі у літературі і практиці визнається самовиконуваний характер. За відсутності протилежно спрямованої волі національного законодавця, правила, що містяться у таких нормах, можуть застосовуватися приватними господарюючими суб'єктами і національними судами при вирішенні відповідних спорів.

Зрештою, у сучасному міжнародному праві виділяють окремий вид так званих «вторинних суб'єктів», а саме міжнародних організацій. Деяким з них держави надали функції контролю за дотриманням норм міжнародного права та вирішення відповідних суперечок. Звичайно, належні механізми міжнародного контролю є різними за своєю суттю, глибиною та наслідками. Однак в контексті проблеми, що розглядається, є важливим те, що в результаті використання таких механізмів у міжнародній сфері сформувався масив офіційних рішень із застосування і тлумачення міжнародних договорів. Особливого значення набули рішення міжнародних судів, зокрема, Європейського суду з прав людини. Отож проблема застосування правил міжнародних договорів у внутрішньодержавних відносинах доповнюється низкою нових аспектів, пов'язаних із використанням рішень міжнародних судів у національній юридичній практиці. До таких аспектів можна віднести: співвідношення національного та міжнародного тлумачення міжнародних договорів, застосування національними судами правил міжнародних договорів, яким надано розширювальне тлумачення у рішеннях міжнародних судів, співвідношення автентичних текстів і офіційного перекладу міжнародних договорів у практиці їх національно-правового застосування.

СУДОВИЙ ПРЕЦЕДЕНТ: ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ.

Стецик Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Глобалізаційні процеси викликали зміни у європейських правових системах. Зокрема, в даний час спостерігається суттєве зближення правових систем романо-германського та англо-американського типу, а у кожному із типів – конкуренція таких джерел права як закони та судові прецеденти. І якщо, ще дотепер, така ознака як «визнання основним джерелом права» для континентальних правових систем – закону, а для правових систем загального права – судового правового прецеденту, то нині вона не може у повній мірі використовуватися як ідентифікаційна чи така, що дозволяє відрізнити правові системи континентального та загального права.

Проблеми становлення та функціонування прецедентів в англо-американських, романо-германських та міжнародно-правових системах не обділені увагою юридичної науки. Зокрема, ці питання аналізуються у працях: р. Давіда, Т. Апарової, І. Богдановської, Е. Дженкса, р. Кроуса, р. Уолкера, В. Туманова, Б. Малишева, С. Шевчука, М. Марченка та ін. Проте, проблеми юридичної природи судових прецедентів, їх функційні можливості, технологія їх утворення потребують постійної наукової уваги і особливо в контексті сучасних змін, що відбуваються у європейському правовому просторі.

У словниках термін «прецедент» розуміється як: вчинок, випадок, що стався у минулому і є прикладом для наступних вчинків, випадків; у праві – рішення суду щодо певної справи, яке у подальшому є взірцем для судів при розв'язанні аналогічних справ.

У юридичній літературі висловлюються різні позиції стосовно поняття «правовий прецедент», але, як правило, зводяться до того, що це письмовий юридичний акт правозастосовчого органу держави чи міжнародної організації, що є взірцем для вирішення аналогічних справ. При цьому серед правових прецедентів можна виокремити: нормативно-правові, правотлумачні та правозастосувальні.

Водночас, для визнання будь-якого з них джерелом права, необхідно мати відповідний набір властивостей, які характеризують його як джерело (форму) права. І таким є нормативно-правовий прецедент. До таких властивостей можна віднести, насамперед те, що нормативно-правовий прецедент повинен містити норму чи принцип права. Відомо, що норму чи принцип права може утворювати лише спеціально уповноважений на це суб'єкт. Але, відомо, що нормативно-правові прецеденти утворюються правозастосовчими органами поряд із функціями правосуддя і нормотворчих функцій. Але функціями нормотворення наділені не всі судові інстанції. Так, в Англії – це Палата Лордів, Апеляційний та Високий суди, а в США – це Верховний Суд США та вищі судові інстанції конкретних штатів. У правових системах континентального права – це конституційні суди та вищі суди загальної юрисдикції. У міжнародно-правових системах – це спеціально утворені суди, наприклад, Суд ЄС та ін. Необхідно зазначити, що юридичну силу судові прецеденти набувають саме від суб'єктів правотворчості.

Характерною ознакою є і форма об'єктивації норми чи принципу права, які утворені у процесі судової правотворчості. Адже такі норми чи принципи фіксуються у рішеннях суду (актах застосування права). Отже, вони одночасно містять нормативно-правовий та індивідуальний припис щодо вирішення конкретної справи. Водночас, як джерело права таке рішення суду повинно мати письмову та юридичну форму виразу. Такою формою є рішення суду, в якому розмежовується нормативна та індивідуальна частини. Так, р. Крос зазначає, що англійська доктрина прецеденту (суд повинен дотримуватися рішення більш високого суду в аналогічній справі) передбачає обов'язковість для суду лише такої частини, як «ratio decidendi» (містить норму чи принцип права).

Поряд з цим, необхідно вказати і на те, що потреба у створенні прецеденту виникає лише за певних обставин, тобто коли відсутня нормативно-правова регламентація. І це підтверджує історія англійського права, оскільки саме королівські, а потім і канцлерські суди створили

правові норми та принципи впродовж тривалого часу, за відсутності спеціального уповноваженого правотворчого суб'єкта. І навіть у даний час, англійський парламент має доволі обмежені параметри законотворення. На думку, англійських правознавців, деякі галузі національного права майже повністю утворені в процесі судової правотворчості, а рішення суддів публікувались у судових звітах протягом семи століть. Норми інститутів та інших галузей права хоча і фіксуються у статутах, проте інтерпретаційні рішення судів є важливими для їх розуміння та застосування.

Необхідно звернути увагу і на те, що нормативно-правовий прецедент має обов'язковий характер і поширює свою дію лише щодо суб'єктів та відносин в аналогічній справі. А тому, можна зробити висновок, що його нормативно-правова природа має дещо спеціальний характер на відміну від інших джерел права, які мають загальнообов'язковий характер. Судовий прецедент є обов'язковим, насамперед, для суддів, які його застосовують.

Судові нормативно-правові прецеденти можуть бути різноманітними. За предметом правового регулювання вони можуть містити норми міжнародного, цивільного, адміністративного, конституційного права тощо. За суб'єктами правотворення – це можуть бути вищі судові інстанції у національній правовій системі або судові інстанції у міжнародних правових системах.

Разом з тим, судові нормативно-правові прецеденти будуть відмінними у континентальному та загальному праві, а також міжнародному праві, оскільки для кожної з цих груп є відмінними доктрини прецедентного права. Так, в англо-американському праві існують відмінності між нормативно-правовими прецедентами: в Англії – судовий прецедент є формалізованим (не підлягає відміні), а у США – він може змінюватись залежно від низки факторів (є менш формалізованим). Водночас в американському праві існує стійка практика стосовно надання конкретного розуміння положенням Конституції США рішеннями Верховного суду США. Особливо виокремлюють 20 рішень Верховного суду США, які є основоположними для американського права. Наприклад, рішення «*Marbury v. Madison*» (1803 р.), згідно з яким закон, що суперечить конституції, є недійсним.

У континентальному праві прецедентне право має модифікований характер («судова практика»), проте рішення конституційних судів (ФРН, Італія), вищих судових інстанцій у системі судів загальної юрисдикції мають джерельний характер (наприклад, ФРН). Проте у Франції судовий прецедент визнається джерелом публічного (адміністративного) права, але у сфері приватного права не визнається. Водночас, у континентальному праві судова практика стає джерелом права лише після стійкого використання та уподібненого регулювання відповідних сфер відносин.

Судові прецеденти визнаються додатковими джерелами міжнародного права (стаття 38 Статуту Міжнародного суду ООН). Незважаючи на це, міжнародно-правові судові прецеденти відіграють важливу роль у формуванні цілої низки норм і принципів права в конкретних його галузях та інститутах. Зокрема, принципи права ЄС були створені у ході судової правотворчості (Судом ЄС – Court of Justice). Так, у справі № 26/62 *Van Gend & Loos* (1963) встановлено принцип прямої дії права ЄС на території держави-учасниці: «згідно духу, загальному сенсу та букві Договору ЄЕС ст. 12 повинна розумітись як така, що має пряму дію та створює права, що захищаються національними судами».

Важливе значення для характеристики судового прецеденту має і його структура. Відомо, що нормативно-правовий судовий прецедент (*stare decisis*), який відрізняється від судового звичаєвого права та судової практики, містить необхідну частину *ratio decidendi* (лат.) та похідну *obiter dictum* (лат.). Саме необхідна частина і визначає джерельний характер судового прецеденту. Вона ж є і обов'язковою при застосуванні судового прецеденту в аналогічній справі. При цьому, необхідно додати, що судовий прецедент утворюється лише у контексті розгляду конкретної юридичної справи.

Під *ratio decidendi* розуміють правове обґрунтування, яке покладено в основу рішення і прийнято більшістю суддів. Саме у цій частині і містяться норма чи принцип права. Під *obiter dictum* розуміються «похідні висловлювання суддів про право». Вони не мають обов'язкового значення, не створюють судовий прецедент, але є важливими при вирішенні наступних аналогічних справ.

На відміну від англо-американського права у правових системах континентального права судовий прецедент є дещо модифікованим, а судова правотворчість як спосіб правотворення визнається частково. Проте, визнання можливостей за вищими судовими інстанціями права на правотворчу діяльність та можливостей створення таких джерел права як судові нормативно-правові прецеденти є проявом демократизму при формуванні державного апарату: визнання судової системи окремою гілкою державної влади. А створювати такі джерела права можна та необхідно з позиції стійкості права, у період глобальних змін, що охоплюють усі правові системи світу.

Ці та інші питання потребують поглибленого дослідження, зокрема, у контексті зміни як природи судового прецеденту, так і технології судової правотворчості.

ПРАВО НА ДОСТАТНІЙ РІВЕНЬ ЖИТТЯ В ІНТЕРПРЕТАЦІЇ ПРАВОСЛАВ'Я.

Цебенко С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Право на достатній життєвий рівень, що забезпечує свободу від бідності, вітчизняні науковці (наприклад, Рабінович П.М., Колодін А.М., Олійник А.Ю., Поздняков В., Бородін І. та інші) відносять до одного з найважливіших соціально-економічних прав людини.

На універсальному рівні це право знайшло відображення, зокрема, у Загальній декларації прав людини, Міжнародному пакті про соціальні, економічні і культурні права, Конвенції про права дитини тощо.

Право на достатній життєвий рівень – конституційне право громадян України. Воно передбачає забезпечення громадянам достатнього життєвого рівня для себе і своєї сім'ї, що включає достатнє харчування, одяг, житло.

Основним елементом, що визначає життєвий рівень громадян, є одержувана ними заробітна плата – винагорода, яку за трудовим договором роботодавців виплачує працівникові за виконану ним роботу.

Бідність є брутальним порушенням прав людини, через яке унеможливується і конституційне право кожного громадянина України на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї.

Як і держава, так і православна церква вважає, що головним багатством суспільства і держави є люди. Але навіть при швидкому економічному зростанні, держави, в яких немає гідної оплати праці, швидко втрачають це багатство, оскільки багато розумних і працьовитих людей виїжджають за кордон в пошуках більш вигідних умов праці. Причиною цього є і те, що люди відчувають економічну і соціальну несправедливість. За аналогічну працю в пострадянських країнах люди отримують набагато менше, ніж в інших країнах. Пенсіонери, які чесно працювали на благо країни, зараз позбавлені найнеобхіднішого. У такій ситуації церква не може залишатися осторонь тих соціальних проблем, які виникають у державі.

Досліджуючи питання про відношення церкви до матеріальних благ людини, ми можемо згадати слова із Святого Письма «Тяжко багатому ввійти в Царство Небесне». Але чи насправді це так? Попробуємо з'ясувати це питання.

Деякі люди думають, що саме по собі багатство і процес його накопичення відкидаються православ'ям як гріх і недостойне заняття. Однак православ'я без презирства відноситься до матеріального світу, оскільки він створений Богом, а відповідно має цінність і може приносити користь людям. Тут не потрібно ніяких доказів, а достатньо відкрити Біблію на перших сторінках, де написано, що після кожного акту творіння матеріального світу Бог говорить: «Це добре». Після цього Бог вручає людині світ і благословляє його берегти цей світ. Тому людина, яка працює і примножує багатство, робить справу Божу.

Тому бути багатим – це не гріх. Але сам Господь застерігає нас від любові до багатства і до речей, нагадуючи, що життя людини не залежить від достатку її майна. Тому християнство піклується про те, щоб людина навчилася розумно розпоряджатися матеріальними ресурсами, а не «марніти» над ними, бо вони надаються не для накопичення заради накопичення. Якщо накопичення стає для людини чи народу метою життя, поєднується з жорстокістю, несправедливістю, гордістю, глухотою до страждань ближніх, то воно, звичайно, є гріховним. Однак, не потрібно забувати про те, що не тільки багатство, але і бідність може стати сильною спокусою для людини, озлобити її, втягнути в глибину відчаю і навіть підштовхнути на злочинний шлях. Ось чому подолання бідності – є завданням держави і суспільства.

Для викоринення бідності державі необхідно побудувати етично орієнтовану економіку і відлагодити систему соціальної відповідальності. Православна церква вважає, що і Церква, і держава, і підприємці, і суспільство в цілому – повинні потурбуватися про те, щоб серед людей було якомога менше бідних, принижених, безпорадних людей.

Відродження підприємницької свободи, відновлення права людини на власність не можна відокремити від системи моральних цінностей, в яких багатство – це результат тяжкої праці, а праця – це с обов'язок перед Богом і людьми. Тільки при цій умові прагнення до матеріального достатку (забезпечення) врівноважується впливом духовно-моральних принципів.

Проблема багатства і бідності завжди має пряме відношення до проблеми цінностей. Як багаті люди розподілять своє багатство, як вони себе ведуть? Це ж також питання ціннісних орієнтацій.

Необхідно констатувати той факт, що аскетична традиція утвердження пріоритету духовних цінностей над матеріальними вживається, йдучи рука об руку, з іншою потужною традицією – обережно і благородно відноситись до багатства, яке дає можливість здійснювати добрі справи.

Правильне розпорядження багатством завжди вважалося на Русі мистецтвом і даром Божим. В точному перекладі з грецької мови слово «економіка» означає домобудівництво. Крім того, саме так у православній традиції називаються дії Бога по відношенню до тваринного світу і до спасіння людини (економія спасіння). Значить, людина, в турботах по облаштуванню свого будинку чи країни в цілому уподібнюється Богу, який турбується про світ і про людину. Але що означає правильне розпорядження багатством? Хто встановлює цю правильність? Необхідно ствердно сказати про те, що людина – це не тільки матеріальна, але і духовна істота. На відміну від матеріальної сфери, духовні потреби людини безмежні. Якщо людина забуває про свою духовну сутність і цілком заглиблюється в матеріальний світ, тобто вона стає нестримним споживачем. Для такої людини і цілого світу буде мало. В результаті відбувається перегрів соціальної і економічної системи, яка вже не може угнатись за споживчими потребами людини.

Крім того, багаті люди повинні пам'ятати, що їх багатство – це не тільки те, що вони можуть витратити його як хочуть і на що завгодно. Багатство – це разом з тим і відповідальність, багатство – це завжди усвідомлення моральної вимоги поділитися з тими, хто її потребує і хто є в біді.

На думку Російської православної церкви держава, яка намагається боротися з бідністю, постійно стикається з такими умовами, що унеможлиблюють вирішення цієї проблеми. Оскільки, те, що для одного покоління може вважатися достатком то для іншого покоління – це може бути межею бідності. Кожне покоління формує свої уявлення про матеріальне благополуччя. Тому, будь-який уряд, забезпечивши сьогодні один рівень добробуту, завтра буде вже стояти перед необхідністю брати наступну, вищу, планку. Виходить, що вимоги матеріального достатку ростуть швидше, ніж можливості економічної і соціальної системи. В результаті держава завжди ризикує програти.

Вирішення цієї проблеми православна церква вбачає, по-перше, в модернізації суспільства, оскільки майбутнє держави буде залежить від успіхів у економічному розвитку, від розвитку промисловості і сільського господарства, якими будуть інфраструктурні зміни в країні; а, по-друге, в підтримці цінностей, які сприяють суспільному розвитку, а для цього необхідно витрачати національні засоби на підтримку духовної сфери суспільства, але не просто утримувати і відкривати храми, школи, університети, музеї, театри, виставки, концертні зали і культурні центри, а підвищувати престиж культурного життя і пропагувати духовний розвиток людини.

СЕКЦІЯ ІСТОРИКО-ПРАВОВИХ НАУК

ПРАВОВІ ПОГЛЯДИ ІВАНА ДОБРЯНСЬКОГО

Андрусяк Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Розглядаючи розвиток української правової думки в Галичині в період другої половини XIX – початку XX ст. видається неможливим залишити поза увагою постать Івана Добрянського. Його роль і значення обумовлені рядом факторів. По-перше, він тривалий час працював викладачем кафедри кримінального права і процесу з українською мовою викладання Львівського університету, по-друге, Іван Добрянський був одним з перших українських адвокатів, які почали широко використовувати українську мову в судовому процесі, листуванні з державними та крайовими органами влади, по-третє, він був одним з активних громадських діячів, членом правління ряду українських громадських установ та інституцій, по-четверте, він був, хоча й нетривалий час, депутатом (послом) Галицького крайового сейму (сойму). Останнє заслуговує на зацікавлення з огляду на те, що в своїй переважній більшості українська репрезентація в крайовому сеймі складалася головню зі священників та селян.

Народився Іван Добрянський 18 лютого 1842 в селі Валява поблизу Перемишля (нині Республіка Польща). Його батько Антоній Добрянський, греко-католицький священник, один з перших українських громадсько-культурних діячів, депутат віденського парламенту та Галицького крайового сейму. В 1893 Іван, вже по смерті батька, власним коштом видав його працю «Історія єпископів трьох поєднаних єпархій перемишльської, самбірської і сяноцької від найдавніших часів до 1794 р. За джерелами написана Антонієм Добрянським, парохом у Валяві». Крім Івана, середнього сина, в сім'ї було ще два сини: старший Михайло, який пішов по батькових стопах і став священником, та молодший Юліан, також юрист, службовець в системі судових органів. Після закінчення навчався в гімназії в Перемишлі (1852-1859) Іван Добрянський вступив на юридичний факультет Віденського університету, де провчився два роки (1859-1861), пізніше продовжив навчання на юридичному факультеті Львівського університету. У Львівському університеті в 1867 році, після публічного захисту Іван Добрянський здобув ступінь доктора права. З 1868 року працює викладачем факультету. Будучи практиком у своїй викладацькій діяльності основну увагу приділяв виробленню у студентів практичних навиків застосування законодавства.

1 грудня 1870 відкрив власну адвокатську канцелярію у Львові і активно займався адвокатською діяльністю до Першої світової війни. Став першим адвокатом у Львові який вживав українську мову в судових та адміністративних справах. Вже на початках своєї адвокатської діяльності звернувся до Державного Трибуналу у Відні з поданням про обов'язкове вживання українського алфавіту судовими та адміністративними органами краю для відповідей сторонам які звернулися до них українською мовою. Рішенням (ореченням) Державного Трибуналу у Відні від 25.04.1882 ч.54 було усунуто тогочасну практику крайових органів, які писали відповіді українською мовою використовуючи латинський (польський) алфавіт.

8 лютого 1881 року на додаткових виборах по округу Станіславів-Галич Івана Добрянського було обрано депутатом Галицького крайового сейму. Депутатська діяльність Івана Добрянського вимагає поглибленого вивчення оскільки маємо про неї суперечливі відгуки, так, К.Левицький пише: «Один раз вибрано його соймовим послом, але в Соймі Добрянський не проявив замітнішої діяльності, а відтак не хотів уже кандидувати і не йшов у вир політики». А газета «Русское слово» (ч.20, 1890) писала, що будучи послом Іван Добрянський настільки мужньо і безкомпромісно боронив права свого народу, що «Йому до нині не можуть пани забути». Свідченням добросовісності виконання ним своїх депутатських повноважень є повідомлення в газеті «Діло» (ч.34, 1882) наступного змісту: «Від доктора Івана Добрянського, одержали ми слідуєче письмо: «В цілі вислухання справоздання з моєї посольської діяльності маю честь запросити всіх виборців округу виборчого Станіславів-Галич на зібрання, котре

відбудеться в четвер дня 13 (25) мая с.р. о 11 годині перед полуднем в Станіславів в театральній залі». Очевидно що все ж таки мав про що звітувати Іван Добрянський перед своїми виборцями, яких, як повідомляє газета «Діло» (ч.37, 1882) зібралось до 300 осіб, з них більше 250 склали селяни, тобто основні виборці Івана Добрянського. 5(17) жовтня 1881 року на 21 засідання сейму Іван Добрянський виголосив промову в справі крайового іпотечного банку. На початку промови він зазначив, що буде розглядати це питання виключно з позиції інтересів своїх виборців, тобто селян. Створення цього банку мало на меті допомогти селянам, та надати їм можливість отримувати кредити не тільки в лихварів. Проте, аналізуючи статут банку, Іван Добрянський зазначає, що селяни, по суті, позбавлені такої можливості. Банк який створювався для допомоги селянам, при такому статуті не надасть їм такої допомоги. По суті він створювався для вирішення великими землевласниками власних економічних проблем. Депутатська каденція Івана Добрянського тривала тільки два роки 1881-1882 рр. Переконавшись у неможливості в існуючих умовах добитися помітних результатів депутатською діяльністю він втрачає до неї інтерес і зосереджується на адвокатській діяльності. І коли в січні 1883 року були оголошені позачергові вибори до австрійського парламенту по округу Жовква – Рава-Руська – Сокаль не зважаючи на пропозиції і прохання Іван Добрянський відмовився балотуватися.

Як згадує К.Левицький: «По Баденівських виборах у дев'ядесятих роках минулого століття йшли у нас масові політичні кари процеси проти українських виборців і ми, молоді українські адвокати, обіймали без платно оборону тих обвинувачених. А до нас приступав сеніор д-р І. Добрянський і ми його з по-чести вибирали провідником колегії оборонців, що він радо приймав і з нами разом працював як старший товариш з товаришами молодшими. І в цьому не було між нами ніякої партійної суперечки.»

У 1885 р, як пише І.Ю.Гловацький, Іван Добрянський спільно з Михайлом Королем відвідав Петербург, де вони взяли участь у конференції, присвяченій ювілею заснування Кирило-Мефодіївського товариства. Львівська поліція вимагала від Львівської палати адвокатів суворого осуду поведінки І.Добрянського. Натомість рада палати одностайно відмовила в притягненні його до дисциплінарної відповідальності, пославшись на те, що своїми діями він не порушив своїх адвокатських обов'язків або гідності адвокатського стану. На жаль детальнішої інформації про цю конференцію, її учасників та виступи, які на ній прозвучали нам не вдалося знайти.

Іван Добрянський був юрисконсультом «Народного Дому» у Львові, членом правління ряду громадських інституцій, таких як, Товариство імені Михайла Качковського, Ставропійський Інститут, політичного товариства «Руська Рада».

Помер Іван Добрянський 28 лютого 1919 року в Ростов на Дону (нині Російська Федерація), куди його закинули лихоліття Першої світової війни. Тут, очевидно й знаходиться його могила, оскільки інформації про перенесення його праху до Львова чи до рідного села нам не вдалося знайти.

Завершимо короткий огляд життя і діяльності Івана Добрянського словами Степана Барана, який у своїй статті «Шляхами нашого відродження. Українські адвокати в українському національному відродженні Галичини», яка була опублікована в червневому номері журналу «Життя і право» за 1934 рік, писав: «... йому належить сьогодні вдача згадка від української палести як першому оборонцеві рідного народу, – як тому, що один з перших не пішов за прикладом своїх попередників адвокатів українського походження і не пропав як вони серед польського оточення. Його канцелярія була тою, де практикували наші молоді кандидати, як др.Михайло Король, та під його проводом здобували практичне адвокатське знання.»

Іван Добрянський не залишив після себе фундаментальних наукових праць. Весь матеріал для аналізу його правових поглядів це «Тези зі всіх наук правничих і політичних, які з метою осягнення ступеня доктора прав на ц.к. університеті Франці І у Львові Іван Добрянський публічно боронити буде» (Львів, 1867) та його сеймові виступи, судові промови, газетні публікації які ще потрібно зібрати, систематизувати, узагальнити.

Отже зупинимося коротко на деяких з тих тез, які захищав Іван Добрянський у Львівському університету на здобуття ступеня доктора права. Загалом ці тези охоплюють дев'ять, як би ми сьогодні сказали, галузей права або юридичних наук. Перший блок складають філосо-

фія права та міжнародне право. тут, зокрема, Іван Добрянський стверджує, що правовий примус випливає з самої природи права, або «має в природі права свою підставу». Що стосується міжнародного права, то він стверджує, «держави, що дійсно існують не потребують визнання від інших держав». В наступній частині, яка стосується римського права, він розглядав окремі інститути зобов'язального права, що існували свого часу в римському праві, зокрема зобов'язання що виникали при заподіянні шкоди, момент переходу права власності на річ, засоби забезпечення виконання зобов'язань. В третьому блоці який охоплює питання канонічного права, тобто статусу церкви та сімейно-шлюбних відносин, він, зокрема, зазначає, що «заручини не є обов'язковою умовою до укладення шлюбу».

Особливий інтерес викликає четвертий блок, який стосується історії права. В ньому Іван Добрянський стверджує: «Думка, що декотрі положення «Руської правди» взяті з права римського або готського не має жодних підстав». Наступні блоки стосуються австрійського приватного права, торговельного права, судустрою або судового процесу, кримінального права і процесу. Останній блок складають науки політичні і статистика. Тут Іван Добрянський стверджує, зокрема, що «реформа народних шкіл сильно може спричинитися до піднесення матеріального добробуту селянства» або іншими словами освічений народ – багатий народ. На жаль нам не відомо чи велися стенограми публічних захистів. Обґрунтування окремих тез висунутих Іваном Добрянським і сьогодні складає практичний інтерес для сучасної юридичної науки.

Постать Івана Добрянського, його творча спадщина потребують свого подальшого вивчення та повноцінного повернення в науковий обіг. Зрештою як постаті та спадщина десятиків, якщо не сотень інших яскравих представників української правової думки в Галичині від Весни народів до Першої світової війни.

ДЖЕРЕЛА ТА ХАРАКТЕРНІ РИСИ ПРАВА У ГАЛИЧИНІ В СКЛАДІ ПОЛЬСЬКОГО КОРОЛІВСТВА (1349–1569 РР.)

Бойко І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Серед маловивчених історико-правових проблем, що потребують розв'язання у сучасних умовах, можна виділити аналіз джерел та характерних рис права у Галичині в складі Польського королівства (1349–1569 рр.).

У першій половині XIV ст., скориставшись послабленням Галицько-Волинської держави, шляхетська Польща захопила Галичину. Внаслідок такого зовнішньо-політичного акту в 1349 р., Галичина стала частиною володінь Польського королівства. До середини XIV ст. вона зберігала адміністративно-правову автономію і в офіційних документах іменувалася Руське королівство. У 1434 р. ці галицькі землі польські власті об'єднали і створили одне Руське воеводство з адміністративним центром у Львові. Воно складалося з чотирьох земель: Львівської, Галицької, Перемишльської та Сяноцької. У тому ж році привілеєм польського короля Владислава II у Галичині було скасовано "руське право", а замість нього введено польське право і запроваджено такий самий державний лад, який існував у Польському королівстві.

У XIV–XVI ст. в українській Галичині відбулися значні зміни у правовому регулюванні суспільних відносин. Особливістю правового статусу Галичини (1349–1434 рр.) стало співіснування та її території дуалізму правових систем: колишньої Галицько-Волинської держави і Польського королівства.

Правові системи Галицько-Волинської держави та Польського королівства мали ряд відмінностей. Правова система Галицько-Волинської держави сформувалася під впливом правових системи Київської Русі, культура якої була зорієнтована на східноєвропейську цивілізацію, тобто візантійську. Це, зокрема, проявилось у єдності християнства, яке сприяло впливу багатой візантійської культури, що у X–XI ст. переживала певний ренесанс.

Щодо впливу візантійського права на Київську Русь, то його можна охарактеризувати неоднозначно. Аналіз Руської Правди як збіюника норм староруського, зокрема, звичаєвого права, свідчить про незначний вплив візантійського права, оскільки консервативні звичаї не сприймали чужого права. Інша справа, що вплив візантійського права відбувався через русько-візантійські договори. Правова система Київської Русі, на момент активізації її стосунків з Візантією була практично сформована на засадах традицій власного звичаєвого права. Яскравою особливістю правової системи Київської Русі були, зокрема, санкції в кримінальному праві (відсутність смертної кари, широко застосовувалися грошові покарання "віра", "дика віра", "продажа" тощо. Для порівняння візантійське кримінальне право характеризувалося суворішими покараннями, здебільшого спрямованими на тілесні покарання, смертну кару тощо. Саме тому на території Київської Русі була неможлива рецесія візантійського кримінального права, хоч були деякі невдалі спроби замінити традиційні місцеві "віри" на "казні. В ряді статей Руської Правди, яка діяла у Київській Русі, Галицько-Волинській державі, а відтак у Галичині до 1434 р. відчувався гуманний характер, що дає підставу відзначати її переваги, порівняно з європейськими "варварськими правдами" того історичного періоду. Тому польська влада після приєднання у 1349 р. Галичини не запроваджувала в повному обсязі свій державно-правовий лад у Галичині до 1434 р. Правові відносини в Галичині регулювалися джерелами права Галицько-Волинської держави: Українське звичаєве право, Скорочена редакція Руської Правди, грамоти галицько-волинських князів, магдебурзьке право (вже діяло у м.Сянок з 1339 р.).

Проте наступ на територіальну адміністративно-правову автономію Галичини, що почався ще в роки правління Казимира III, а також розвиток правотворчої діяльності польських королів і Вального сейму Польського королівства у XV і особливо у першій половині XVI ст. призвели до того, що, крім українських правових джерел, у Галичині починають застосовуватися деякі нормативні акти правової системи Польського королівства, зокрема статuti і привілеї польсь-

ких королів, статuti та рішення Вального сейму, збірники канонічного права. У свою чергу це призвело до звуження правової автономії Руського королівства, зокрема чинності українських правових джерел та встановлення пріоритету польського законодавства. Польська колонізація, яка виразилася широкими масштабами у Галичині, переносила з собою польську правову систему, яка сформувалася під впливом західної традиції права, що знала безпосередньої рецепції римського права. Правова система Польського королівства накладалася на правову систему колишньої Галицько-Волинської держави, яка діяла у Галичині до 1434 р. Проте більшість норм звичаєвого права продовжували застосовуватися у селах українського права до кінця XVIII ст. Авторитет українського звичаєвого права, зокрема, у Галичині до її приєднання у 1349 р. до Польського королівства і до поширення польського права у 1434 р. був обумовлений архаїчним, консервативним характером, що сприяло захисту староруських традицій правового ладу у Галичині від невинуватих змін або накладаних чужих правових норм Польського королівства. Українське звичаєве право у Галичині не сприяло радикальними змінам, які ініціювалися польськими королями до 1434 р.

Одним з перших нормативно-правових актів Польського королівства, який застосовувався у Галичині, був Вислицький статут 1347 р. Він мав загальнодержавне значення, тому й поширював свою чинність на Галичину. Вислицький статут був виданий королем Казимиром III і оголошений у неділю, 11 березня 1347 р. на генеральному з'їзді (*generale et grande concilium*) представників шляхти Малої та Великої Польщі (прелатів і баронів). Це був перший правовий акт Польського королівства, який було покладено в основу всіх наступних правових актів королівської влади. Структурно він складався з двох частин. До складу першої частини Вислицького статуту входили приписи, які стосувалися судочинства, а також норми, віднесені до цивільного права. Завершувався статут у частині другій кримінально-правовими нормами. В обох частинах налічувалося 59 статей, кількість яких збільшилось до 113. До статуту ввійшли й інші норми. До них належали, зокрема, “преюдицати”, тобто судові рішення, що визнавалися зразковими і мали характер прецеденту, оскільки цих приписів і повинні були у своїй подальшій діяльності дотримуватися суди.

Важливим джерелом права у Польському королівстві був Пйотеркувський статут 1347 р. Однак цей статут не поширював свою чинність у Галичині, а лише на Велику Польщу. Вислицький статут було перекладено на українсько-руську мову, а Пйотеркувський – ні. Польський дослідник р.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 розвитку Польського королівства. Пйотеркувський статут обмежувався лише викладом чинних законів і звичаїв. Тому через свою вузьку юридичну природу він застосовувався лише у Великій Польщі, а Вислицький статут мав загальнодержавне значення і діяв на всій території королівства, зокрема і у Галичині.

Людвиг I Угорський, який був проголошений польським королем у 1370 р., перебував на польському престолі в умовах постійної загрози бунту магнатів і шляхти. Намагаючись забезпечити їх лояльність, король пішов на значні політичні поступки. У 1374 р. він був змушений видати Кошицький привілей. Згідно цього нормативно-правового акту шляхта звільнялася від податків на користь держави, за винятком символічних 2 грошів із ділянки землі чи будівлі. Шляхта могла бути призвана на військову службу лише у випадку “сильного нападу ворогів”, тобто із службової суспільної групи ставала привілейованою. Для порівняння: у Росії право дворян самостійно вирішувати питання про перебування їх на державній службі було надане Катериною II у “Жалуваній грамоті дворянству” аж 1765 р., а до цього часу військова та цивільна служба російських дворян вважалася обов’язковою. Згідно з Кошицьким привілеєм 1374 р., рицарство урівнювалося в правах з магнатами у питаннях володіння землею і звільнення від повинностей. Посада каштеляна ставала пожиттєвою, а призначали на неї лише представників місцевої знаті. Під контроль каштелянів переходили 23 міста, що раніше були опорою королівської влади. Водночас каскувався обов’язок шляхти брати участь у будівництві нових і ремонті старих замків. Умовні утримання земель (на умовах служби королю) знаті були замінені на спадкові. Шляхта звільнялась навіть від обов’язку приймати на постій короля

і його військо. Видання Кошицького привілею 1374 р. стало важливим етапом у подальшому формуванні шляхетського стану, становленні його як суб'єкта державної політики.

У першій половині XIV ст. польські королі намагалися уніфікувати польське законодавство шляхом кодифікації, в основу якої було покладено об'єднання Вислицького і Пйотркувського статутів. Кодифікаційний процес закінчився створенням нового нормативно-правового акту “Повного зводу статутів Казимира III” у 1420–1423 рр. Однак в історико-правовій літературі він згадується частіше як Вартський статут 1423 р. Цей загальний звід польських законів було укладено на основі Вислицького і Пйотркувського статутів 1347 р. Його аналіз свідчить, що норми Вислицького статуту увійшли у цей статут повністю, а норми Пйотркувського лише частково. Із Пйотркувського статуту були перенесені лише ті норми, які не суперечили Вислицькому статуту. Вартський статут 1423 р. складався з 30 артикулів. Він був актом загальнообов'язкової дії на території Польського королівства і характеризувався чіткістю і досконалістю правових норм.

Головна увага у Вартському статуті 1423 р. була приділена регулюванню сімейних, спадкових та опікунських відносин. В окремих статтях визначалася компетенція сільських старост. Дата прийняття Вартського статуту була доволі дискусійним питанням у польській історико-правовій науці. Довгий час вважалося, що Вартський статут був прийнятий у 1423 р., доки цю думку не опротестував польський дослідник А.Клодзинський. Він презюмував, що датою прийняття цього нормативно-правового акту був 1434 р. Згодом цим питанням зацікавився інший польський дослідник С.Роман, який, провівши ґрунтовні дослідження, обґрунтував, що Вартський статут був прийнятий у 1423 р. Аналізуючи оригінальні тексти цього статуту, порівнюючи їх з лонкошинськими та мазовецькими документальними джерелами, польський історик права Ф.Собольський дійшов до висновку, що правильнішою була думка С.Романа, ніж А.Клодзинського, а Вартський статут було прийнято у 1423 р. Статуту Казимира III та Вартський статут, що уточнював їх, стали основними писаними джерелами польського права, які діяли в Руському воєводстві до 1569 р.

4 березня 1430 р. король Владислав Ягайло видав Єдленський привілей, у якому підтвердив права шляхти та духовенства, наданих їм земськими привілеями 1374 р., 1386 р., 1388 р. і 1425 р., та надав нові права цим суспільним верствам. У ньому регламентувався порядок поширення польського права на Галичину, Куяву та Добжин. Зокрема, ст.18 Єдленського привілею говорить про розпорядження права земель польських на “terra Russie”. Подібну норму містили також привілеї короля 1425 р. і 1433 р. Авторитетний польський дослідник С.Кутшеба вважав, що попри прийняття нормативно-правових актів, Руське воєводство перейшло на польське право аж у липні 1434 р., коли було затверджено ще один привілей, який більш докладно регулював порядок цієї правової реформи. Польський дослідник Я.Длугош наголошував, що перед прийняттям рішення про впровадження в Галичині польського права, тривала гостра дискусія між двома політичними угрупованнями впливових польських магнатів. Одні підтримували повне впровадження польського права у Галичині. Інші не підтримували цієї думки, оскільки не хотіли ділитися своїми привілеями з феодальною верхівкою Руського воєводства. Єдленський привілей 1430 р. впроваджував нову судову систему та новий адміністративний апарат. Так, 2 травня 1433 р. перша згадка про каштеляна перемишльського; 7 листопада 1433 р. – каштеляна сяноцького; 16 січня 1434 р. – підкоморія та мечника сяноцьких; 25 липня 1434 р. – підкоморіїв перемишльського та галицького; 23 серпня – хорунжого сяноцького. Прийняття Єдленського привілею мало важливе значення для Галичини. До 1430 р. Руське воєводство не мало своїх представників у королівській раді. Єдленський привілей надавав право Галичині мати таке представництво, передусім, в особі каштеляна та воєводи.

Відповідно до положень Єдленського привілею змінювалася система судоустрою. Були впроваджені земські суди, підкоморські суди, а старостинські суди стали іменуватися городськими судами. Реалізація цієї реформи затрималась на кілька років. У Львівській землі її реалізували 1 січня 1435 р.; у Галицькій землі – 12 вересня 1435 р., а Сяноцькій – 22 вересня 1435 р. Точна дата невідома, але Перемишльські землі теж були організовані в 1435 р.

У 1454 р. польська шляхта отримала право скликати свої сеймики. Це право було надано польським королем Казимиром IV Ягеллончиком (1447–1492 рр.), який змушений був видати Нешавські статuti. За Нешавськими статутами, король не мав права прийняти жодного важ-

ливого рішення без скликання генерального з'їзду шляхти – сейму. Пізніше цей порядок підтвердили Мельницький і Радомський привілеї 1505 р.

У 1523 р. Вальний сейм Польського королівства ухвалив підготовлений спеціальною комісією проект процесуального кодексу. Він був названий “Формула кодексу”, налічував 111 артикулів з чітко викладеними положеннями: усунена архаїчність, формалістика, консерватизм. Текст кодексу поділявся на дві частини. У першій частині (арт. 1–75) містилися приписи про порядок ведення судового процесу, другій (арт. 76–111) зібрано процесуальні формули, докладно розроблено процедуру виконання вироків і рішень.

Внаслідок подальших кодифікаційних робіт у 1532 р. був опублікований проект законів із основних галузей польського права, названий “Коректура права” (*Correctura iurium*). Він складався з 929 артикулів, налічував п'ять книг (перша стосувалася 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).

Творці проекту “Коректури права” при його створенні опиралися на статут Ласького 1506 р. та Зібрання Сигізмунда I 1524 р. Їх метою було редагування діючого права шляхом усунення повторів і суперечностей правових норм, ліквідація партикуляризмів, а також уніфікація своєї правової системи. Безсумнівно, ці наміри були дуже прогресивними.

Заплановане прийняття “Коректури” права на засіданні Вального сейму в Пйотркуві в 1534 р. не відбулося. Шляхта вирішила, що цей нормативно-правовий акт може перешкодити збільшенню її прав та привілеїв. Крім того, він міг стати надійною правовою базою для посилення влади короля. Неприйняття Коректури права у 1534 р. мало негативне значення для подальшого розвитку Польського законодавства, адже наступні кодифікаційні роботи відбулися аж в епоху Відродження.

Окрім цих найважливіших нормативно-правових актів Польського королівства у Галичині, діяли також і менш значущі нормативні акти, але такі, що заслуговують на увагу історико-правової науки, зокрема, привілеї, видані королівською владою з окремих питань державного управління. До них, наприклад, можна віднести привілеї Казимира III про військову та монетну справу, застосування німецького і канонічного права та ін.

Серед підзаконних нормативно-правових актів Польського королівства необхідно виділити також маршалківські статті (артикули). Їх приймали на засіданнях Вального сейму Польського королівства. Ця практика розпочалася під час правління Сигізмунда II Августа. Маршалківські статті здійснювали правове регулювання управління королівським двором, судочинство над шляхтою, справи церемоніальні тощо.

Подібне значення мали гетьманські статті, які приймали гетьмани Польського королівства (керівники збройних сил), починаючи зі середини XVI ст. Вони врегулювали судочинство над військовослужбовцями та деякі організаційні військові питання. Вперше гетьманські статті були прийняті в 1561 р. гетьманом Ф. Зебжидовським.

Ординації підскарбів містили конкретизацію положень сеймових конституцій у фінансових справах. Перша ординація підскарбів була прийнята в 1539 р. та визначала права скарбових писарів.

Восводи приймали нормативно-правові акти, які називалися “такси”. У них визначалися ціни та товари у воєводстві. Право прийняття такс було надано воєводам Вартським статутом 1423 р. У XV – першій половині XVI ст. воєводські такси визначали ціни тільки на деякі товари. Починаючи з 1565 р. воєводські такси встановлювали ціни на усі товари за винятком завезеного в місто збіжжя. На деякі товари такси мали право встановлювати Вальний сейм, маршалки та гетьмани.

У XIV ст. старости почали приймати ординації, в яких визначали порядок діяльності городського уряду та суду. Старостинські ординації заносилися в актові книги городських судів. Перші ординації були прийняті краківським старостом в 1562 р. і 1574 р.

Таким чином, головною проблемою польського законодавства, що діяло на території Галичини з 1434 р. до 1569 р. було те, що чіткої кодифікації права не було здійснено. Права 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 “По-

вний звід статутів Казимира Великого”. Причиною недосконалості правової системи Польського королівства 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 держав Європи цього історичного періоду. Найсуттєвішою вирізняючою рисою був значний обсяг прав польської шляхти, що свідчило про існування соціальної нерівності у Польському королівстві.

Порівнюючи право Польського королівства та Великого князівства Литовського за хронологічний період 1349–1529 рр., необхідно зазначити, що польське право перебувало в цей час на значно вищому рівні розвитку, ніж литовське. У Польському королівстві діяли Вислицький, Пйотркувський, Вартський статuti та інші нормативно-праові акти, які були як для того часу прикладом високого рівня законодавчої техніки. Натомість національне законодавство Литви відставало від європейських тенденцій правотворення, про що свідчать тексти актів литовських князів. Великому князівству Литовському довелося використовувати “Руську Правду”, як основне джерело права, що було б неприпустимим для Польського королівства.

Щодо порівняльного аналізу правових систем Польського королівства та Великого князівства Литовського випливає висновок, що ці дві держави спочатку розвивались подібним шляхом. Як і Литва, так і Польща не могли відразу поширювати дію своїх законодавчих актів на українські землі, оскільки цьому перешкоджало українське звичаєве право, яке не сприймало чужих впливів. Проте у 1434 р. Польське королівство на основі Єдленського привілею 1430 р. скасувало у Галичині чинність правової системи колишньої Галицько-Волинської держави, запровадивши там своє право. На відміну цього діяла влада Великого князівства Литовського, яка не лише не скасувала дію українського права, а й запровадила “Руську Правду” як базове джерело права у своїй державі. Правова політика Литви щодо української території будувалася на принципі: “старого не ламаємо, а нового не вводимо”. Більше того, після інкорпорації Литвою українських земель та повної рецепції “Руської Правди” офіційною державною мовою стала руська (давньоукраїнська) мова.

Порівнюючи право Польського королівства та Великого князівства Литовського за хронологічний період 1529–1569 рр., необхідно зазначити, що литовське право не лише наздогнало польське за рівнем розвитку юридичної техніки, але й випередило його. Як зазначалось раніше, у Польському королівстві так і не було здійснено кодифікації законодавства, а в Литві вона була здійснена. Правова система Великого князівства Литовського базувалась на “Руській Правді”, але й 1529 р. був прийнятий Перший Литовський статут, який був першим в тогочасній Європі систематизованим зводом законів різних галузей права. Він юридично закріпив основи суспільного й державного ладу, правове становище класів, станів і соціальних груп населення, порядок утворення, склад і повноваження органів державного управління й суду. Перший Литовський статут послужив міцною основою для розвитку законодавства та був головним джерелом при підготовці Литовського статуту 1566 р.

Аналіз наведених основних історичних аспектів розвитку правових джерел у Галичині в складі Польського королівства, а також окремих положень чинного права на українських землях Великого королівства Литовського дає підставу зробити висновок, що правова система на українських землях формувалася відповідно до романо-германського типу правової системи. Це стосується, зокрема, основного джерела права – нормативно-правового акта (князівські грамоти, привілеї польських королів, статuti Вального сейму тощо), кодифікації як способу систематизації таких актів, їхньої ієрархічності тощо.

«ПОШИРЕННЯ «САКСОНСЬКОГО ЗЕРЦАЛА» НА ТЕРИТОРІЇ СХІДНОЇ ЄВРОПИ (XIII-XVIII СТ.)»

Гуменюк Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У період Середньовіччя та початку Нового часу з «Центральної Німеччини – колиски європейських культур» (за словами Гюнтера Мюльпфорта) виходили потужні імпульси для розвитку історії європейської правової культури. У правничій сфері до них належали: «Саксонське Зерцало», «Швабське зерцало», міське право м. Магдебург та інші. Ці правові джерела наклали відбиток не лише на життя права в Центральній, Східній та Північній Німеччині, а й відчутно вплинули на правові порядки багатьох східноєвропейських країн.

«Саксонське зерцало»- юридична книга досить високого рівня, котра мала велике розповсюдження та вплив на середньовічну та сучасну судову практику не лише в Німеччині, але й далеко за її межами. Воно було складене дворянином-рицарем, суддею Етке фон Репповим і остаточно упорядковане ним же в 1230 р.

Ius Teutonicum (Німецьке право) у Східній Європі. В 1235 р. у правничому повідомленні м. Галле до сілезького міста Ноймаркт вперше знайдено юридичні тексти, які походять з «Саксонського Зерцала». Цей симбіоз міського права та «Саксонського Зерцала» був перспективною на майбутнє, тому що через Сілезію «Саксонське Зерцало» та Магдебурзьке право (саксонсько-магдебурзьке право) поширились у Польщі, Богемії, Моравії, Угорщині, Словаччині й Україні. Правові тексти, які з'явилися в цих країнах, використовували щонайменше три різних позначення у зародженому в області Ельбе-Заале праві, це: «Ius Teutonicum» (Німецьке право), «Ius Maideburgense» (Магдебурзьке право) та «Ius Saxonicum» (Саксонське право). «Ius Maideburgense» (Магдебурзьке право) стало багатогололюючим позначенням для зовсім різних праць над «Саксонським Зерцалом» та Магдебурзьким правом.

«Трансфер права» в Середньовіччі. Цей процес повністю відповідав середньовічній практиці, передавати новозаснованому місту існуюче право старшого, давнішого міста. З сумнівними питаннями звертались до суду присяжних головного (старшого) міста, щоб отримати рішення якогось конкретного правового питання чи повідомлення про діюче там право.

У цьому процесі обміну правовою інформацією щодо практичного вирішення сумнівних чи складних справ Магдебурзький суд присяжних набув з XIII по XV ст. високого авторитету. Опрацювання саксонсько-магдебурзьких джерел у молодих містах було тісно пов'язане з правовою орієнтацією на головне (старше місто). Деякі з них почали згодом самі діяти як «місця надання правової інформації» («Oberhöfe» верховні двори).

В 1356 р польський король Казимир Великий влаштував в замку м. Кракова спеціальний Верховний суд для всіх малопольських міст німецького (саксонсько-магдебурзького) права та заборонив робити запити щодо застосування права до м. Магдебургу, вся правова інформація в Малопольщі почала вимагатися від м. Кракова.

«Дороги права». З цього часу багато міст Волині, Галича, Галичини та Поділля практикували Магдебурзьке право. В німецькому Орденному залі відбувся прийом саксонсько-магдебурзького права перед усім через відоме «Хелмінське право» – міське право-привілей для Торуня та Хелму з 1233 р. (серед свідків цієї події був представник шляхетного роду бургграф фон Магдебург). Можливо саме в Торуні далі відбувався запис міського права у формі «Магдебурзьких питань» між 1386 та 1402 рр.

Починаючи від Хелму Магдебурзьке право було поширене на багато міст Підляшшя. У Литві як містами Магдебурзького права визнали Вільнюс (1387р.), Брест-Литовськ (зараз Брестя)(1390р.) та Гродно (1391р.). Звідси Магдебурзьке право потрапило до Білорусії, де завдяки йому була створена Конституція м. Мінськ (1496р.). «Саксонське Зерцало» та Магдебурзьке право впливали на розвиток права в таких містах як Рига, Таллін, Гапсаль (Естонія). Вплив саксонсько-магдебурзького права в Балтиці виражено передусім в «Лівонському Зерцалі». Тут йдеться про обробку «Саксонського Зерцала» середини XIV ст., зорієнтовану на балтійські

відносини. Її актуалізована збірка навіть послужила за основу для прийняття Цивільного кодексу Республіки Латвія в 1937 р.

Переклади. З Польщі мали сильний вплив друковані видання знаних польських вчених права в латинському перекладі. В XVI ст. з'явилися значні польські видання, серед них «*Artikuly prawa majdeburskiego, ktore zowia Speculum Saxonom*» (Статті Магдебурзького права, які називаються *Speculum Saxonom*) Бартоломеуса Гроїцького (1558 р.), які були дуже популярними в Україні. З XIV ст. Велика кількість українських міст прийняла Магдебурзьке право. Передусім потрібно назвати Львів (1356 р.) та столицю Київ (прибл. 1495 р.).

Після від'єднання України від Польщі в 1654р. «Саксонське Зерцало» та Магдебурзьке право сприяли створенню в 1721р. кодифікованої збірки «Права малороссийские с книг Статута, Саксона і Порядка». Цей текст та на ньому побудовані збірки права інтенсивно застосовувались в судах.

Громадяни української метрополії – Кієва усвідомлювали себе належними до великої родини міст Магдебурзького права. Переповнені гордістю вони спорудили в 1802 р. пам'ятник на березі Дніпра, який ще до сьогодні нагадує про Магдебурзьке право. В Україні дія саксонсько-магдебурзького права була остаточно скасована лише в 1840-1842 рр.

Саксонське зерцало стало в Прусії в 1794 р. основою для створення «Загального земського права», пізніше – в 1865р. в Саксонії «Цивільного зводу законів», і в 1900р. в Тюрингії – «Цивільного зводу законів для Німецької імперії».

Відчутним залишається вплив «Саксонського зеркала» й сьогодні, навіть деякі німецькі приказки беруть свої витоки саме з нього, наприклад, «Хто перший прибуває, той перший розмелює», тут мається на увазі правило, яке мало значення для черги мірошників в млині. Не лише в мовних зворотах, але й в сучасному праві можна знаходити зв'язок з середньовічним «Саксонським зерцалом». Приклади знаходяться й в спадковому праві, праві сусідства, правилах дорожнього руху, чи праві про навколишнє середовище.

Сьогодні «Саксонське зерцало» більше не є діючим правом, проте протягом століть воно творило німецьку і європейську історію в теорії та практиці й заслуговує на проведення подальших наукових досліджень. Кодифікація, відома під назвою «Саксонське зерцало», мала велике поширення у Європі, причому, не тільки Центральній, а й Східній і є одним з важливих пам'яток правової думки XIII ст.

СТАНОВЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНУ ВЛАСНІСТЬ (1991-1994 РР.)

Довгань Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У зв'язку з розпадом СРСР реформа законодавства про інтелектуальну власність, яка розпочалася наприкінці 80-х років ХХ ст., була незавершена. Більшість союзних законів у цій сфері вайв не набрали чинності. Україна, як й інші колишні союзні республіки, не мала власної правової системи охорони результатів інтелектуальної діяльності.

Згідно з постановою ВРУ "Про порядок тимчасової дії на території України окремих актів законодавства Союзу РСР" № 1545-ХІІ від 12.09.1991 р. до прийняття відповідного законодавства України на її території застосовувалися акти законодавства СРСР. У сфері промислової власності продовжував діяти Закон СРСР "Про винаходи в СРСР" від 31.05.1991 р.

Аналіз змісту цього закону свідчить про кардинальні зміни у правовому регулюванні винахідництва. Головною новелою було введення патентної форми правової охорони винаходів. Водночас у законі були й певні недоліки. Професор О.А. Підпригора наголошував на свідомому обмеженні законодавцем прав патентовласника, яке полягало у наданні *виключного права на використання винаходу* (п.1 ст. 3). На його думку, закон повинен був проголошувати *виключне право патентовласника на винахід*, що відповідало би вимогам ринкової економіки та інтересам винахідників. Окрім цього, О.А. Підпригора підкреслював недостатню увагу, яка приділялася у Законі державному стимулюванню винахідництва. Вчений пропонував звернутися до досвіду інших країн, які мають спеціальні нормативні акти, де узагальнені основні форми державного стимулювання винахідництва (США, Японія, Німеччина, Угорщина та інші).

Слід зазначити, що вищезгаданий закон, не дивлячись на його прогресивний характер, не містив норм, у яких би використовувалося поняття "інтелектуальна власність". Вперше це поняття з'явилось у Законі СРСР "Про власність в СРСР" від 6.03.1990 р. У ст. 2 було сказано: "відносини по створенню і використанню винаходів і відкриттів, творів науки, літератури і мистецтва та інших об'єктів інтелектуальної власності регулюються спеціальним законодавством Союзу РСР, союзних і автономних республік".

В українському законодавстві це поняття вперше вжили у Законі України "Про власність" від 7.02.1991 р. Відповідно до ст. 13 цього закону результати інтелектуальної діяльності є об'єктом права власності. У розділі IV "Право інтелектуальної власності" наведено приблизний перелік результатів інтелектуальної діяльності, яким надається правова охорона згідно з цим законом.

Цікавим є те, що у 1991 р. був розроблений проект закону СРСР "Про наукову інтелектуальну власність та посилення її охорони". Відповідно до ст. 1 проекту до права наукової інтелектуальної власності відносилася визнана та охоронювана законом можливість власника на свій розсуд володіти, користуватися та розпоряджатися результатами науково-дослідних, експериментально-конструкторських та експериментально-технологічних робіт, які об'єктивовані у формі знань, ідей, процесів, методів, моделей, зразків або в іншій формі. Науковцями (Є.П. Гаврилов, Г.І. Смірнов, В.П. Рассохін, Г.В. Дмитрієв) була висловлена загальна думка про наявність у проекті значної кількості протиріч, що потребувало серйозного доопрацювання. Наголошувалося на нечіткості визначення об'єкта правової охорони, до якого віднесли різні види інтелектуальної власності; критикували охорону результатів творчої діяльності в межах права власності; визначення суб'єкта наукової інтелектуальної власності.

Восени 1991 р. для подолання кризи у системі правової охорони промислової власності, яка виникла у зв'язку з відсутністю національної нормативної бази та спеціальних відомств у цій сфері, колишні союзні республіки вирішили розпочати роботу зі створення міждержавної патентної системи. Представники незалежних держав підписали спільний протокол про намір

укласти Конвенцію з охорони промислової власності. До її створення було укладено Тимчасову угоду про охорону промислової власності.

Згідно зі ст. 1 Угоди передбачалося створення Міждержавної організації з охорони промислової власності, основним завданням якої була видача міждержавних охоронних документів та регулювання відносин у сфері охорони промислової власності. До об'єктів промислової власності відносили винаходи, промислові зразки, товарні знаки та знаки обслуговування. Була визнана необхідність запровадження правової охорони найменувань місць походження, фірмових найменувань, секретів виробництва, топологій інтегральних мікросхем, сортів рослин і порід тварин, корисних моделей.

Відповідно до ст. 5 Угода не обмежувала прав держав-учасниць видавати національні охоронні документи. Держави-учасниці визнавали на своїй території дію раніше виданих охоронних документів СРСР на об'єкти промислової власності. Органами Організації були Адміністративна рада, Патентне відомство, Патентний суд. В Угоді було вказано на намір держав-учасниць зближувати норми свого законодавства у вказаній сфері з метою створення найбільш сприятливих і рівних умов для підприємництва, обміну технологіями та вільній торгівлі на їх територіях. Окрім цього, держави зобов'язувалися забезпечити відповідність свого законодавства нормам міжнародного права.

Угода була підписана на зустрічі, яка відбувалася у Мінську 25-27 грудня 1991 р. представниками Вірменії, Білорусії, Молдови, Російської Федерації, Таджикистану та України. Угода повинна була набрати чинності після її підписання не менш, як трьома державами.

Формування власної системи правової охорони інтелектуальної власності фактично розпочалося у 1992 р. з появою постанови КМУ "Про створення Державного патентного відомства" від 27.01.1992 р. Передбачалося перетворення патентного фонду України у Державне патентне відомство Комітету по науково-технічному прогресу при КМУ (далі – Держпатент). На Держпатент було покладено забезпечення правової охорони об'єктів промислової власності, видача патентів та інших охоронних документів на винаходи, промислові зразки, а також забезпечення функціонування єдиної патентної системи на території України. Положення про Державне патентне відомство України було затверджене 21.07.1992 р. Держпатент мав статус центрального органу державної виконавчої влади у сфері правової охорони промислової власності і був наділений широкою компетенцією.

18.09.1992 р. було затверджено Тимчасове положення про правову охорону об'єктів промислової власності та раціоналізаторських пропозицій в Україні. Поняття "об'єкт промислової власності" за змістом Положення охоплювало винаходи, промислові зразки, товарні знаки і знаки обслуговування. В частині правової охорони винаходів, Положення повторювало норми Закону СРСР "Про винаходи" від 31.05.1991 р. Прийняття цього акту мало велике значення для розвитку законодавства про промислову власність, оскільки воно заклало правові основи охорони результатів інтелектуальної діяльності і дозволило розпочати приймання заявок.

Перші патенти України на винаходи, промислові зразки, свідоцтва на товарні знаки були видані у грудні 1992 р. А вже у травні 1993 р. було видано патент на винахід № 1000.

У цьому ж році Україна підтвердила свою участь у таких міжнародних угодах як Паризька конвенція про охорону промислової власності, Договори про патентну кооперацію, Мадридській угоді про міжнародну реєстрацію знаків.

Важливі заходи для охорони промислової власності на міжнародному рівні були зроблені на початку 1993 р. – було підписано Угоду про заходи щодо охорони промислової власності й створення Міждержавної ради з питань охорони промислової власності країн СНД. Рада створювалася з метою координації спільної діяльності щодо створення міждержавної системи охорони об'єктів промислової власності, гармонізації національного законодавства в галузі правової охорони цих об'єктів і розробки Конвенції з охорони промислової власності (ст. 1). Передбачалося, що кожен учасник Угоди має право призначати до Ради одного повноважного представника та одного його заступника (п. IV Положення про Міждержавну раду).

Першим законом України у сфері інтелектуальної власності був прийнятий 21.03.1993 р. Закон України "Про охорону прав на сорти рослин", який регулює відносини, що виникають у

зв'язку з набуттям, здійсненням, захистом, відчуженням і припиненням прав інтелектуальної власності на сорти рослин в Україні.

Важливою подією у розвитку законодавства про промислову власність було прийняття 15.12.1993 р. пакета спеціальних законів: “Про охорону прав на винаходи і корисні моделі”, “Про охорону прав на промислові зразки”, “Про охорону прав на знаки для товарів і послуг”.

Оскільки у зазначених законах була передбачена можливість подання заявки через представника у справах інтелектуальної власності, 10.08.1994 р. постановою КМУ було затверджено Положення про представників у справах інтелектуальної власності (патентних повірених).

Одночасно з законом СРСР “Про винаходи” від 31.05.1991 р. були прийняті Основи цивільного законодавства Союзу СРСР і республік, які містили розділ, присвячений авторському праву. Основи були розроблені з урахуванням положень Бернської конвенції і значною мірою вдосконалили і наблизили до існуючих на той час міжнародних стандартів правове регулювання відносин у сфері авторського права. Зокрема, було виключено вільне використання творів у кіно, на радіо та телебаченні, публічне виконання опублікованих творів без згоди авторів, строк правової охорони авторських прав продовжили до 50 років після смерті автора, вперше запровадили правову охорону суміжних прав. Планувалося, що положення Основ будуть розвинуті у кодексах республік або у спеціальних законах про авторське право. Основи повинні були набрати чинності з 1.01.1992 р., однак розпад СРСР цьому завадив. Тому в Україні до прийняття відповідного законодавства відносини у сфері авторського права продовжував регулювати Цивільний кодекс УРСР 1963 р.

Першим нормативно-правовим актом України у сфері авторського права було Положення про Державне агентство України з авторських і суміжних прав (далі – ДААСП) затверджене постановою КМУ 25.03.1992 р. Згідно з п.1 ДААСП створювалося як орган державної виконавчої влади і підпорядковувався КМУ. Як бачимо, на відміну від Держпатенту, ДААСП не було центральним органом державної виконавчої влади. Агентство було наділено широким колом повноважень у сфері авторського права.

У травні 1993 р. Україна підтвердила свою участь у Всесвітній конвенції про авторське право 1971 р.

23.12.1993 р. був прийнятий Закон України “Про авторське право і суміжні права”. У цьому законі вперше в українському законодавстві з'явилось поняття “суміжні права”. Законодавство СРСР та УРСР норм стосовно охорони суміжних прав не мало, хоча вже у радянські часи існувала необхідність надання їм правової охорони.

Таким чином, окреслений етап (1991-1994 рр.) був періодом закладення основ законодавчої бази національної системи правової охорони результатів інтелектуальної діяльності. По-перше, була прийнята група спеціальних законів України, зокрема “Про охорону прав на сорти рослин”, “Про охорону прав на винаходи і корисні моделі”, “Про охорону прав на промислові зразки”, “Про охорону прав на знаки для товарів і послуг”, “Про авторське право і суміжні права”. По-друге, була створена система органів, головним завданням яких була практична діяльність по охороні інтелектуальної власності – Держпатент, ДААСП, Науково-дослідний центр патентної експертизи. Вже у грудні 1992 р. були видані перші охоронні документи України на об'єкти промислової власності. Виник інститут патентних повірених. По-третє, Україна підтвердила свою участь в основних міжнародних угодах у сфері інтелектуальної власності. Окрім цього, була прийнята низка нормативних актів України, які, певною мірою, стосуються питань інтелектуальної власності. Серед них Закони України “Про видавничу справу”, “Про науково-технічну інформацію”, “Про телебачення і радіомовлення”. Усі ці заходи сприяли подоланню кризової ситуації, яка утворилася в механізмі правової охорони інтелектуальної власності в Україні після розпаду СРСР.

ПРАВОВИЙ СТАТУС НАСЕЛЕННЯ МІСТ УКРАЇНИ ЗА МАГДЕБУРЬКИМ ПРАВОМ.

Кобилецький М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Магдебурзьке право в українських містах отримали особи, котрі мешкали у його межах і мали міське громадянство. Всі мешканці міст становили міську громаду (*gemeinde, communas*). Магдебурзьким правом у Львові володіли особи християнського віросповідання, були одруженими, вирізнялись моральністю, яку могли підтвердити видатна особа або лист від органів влади рідного міста, надати письмову поруку двом львівським громадянам, володіти нерухомістю в місті на суму не менше 300 польських злотих, заплатити в касу міської ради певну суму або передати до міського арсеналу зброю. Оплата за міське право надходила на озброєння міста, будівництво та ремонт міських мурів і на потреби радників та міського нотаріуса. Вимагалось також упродовж року привезти до міста дружину і дітей. Українські історики В. Лозинський і С. Білецький писали, що у Львові кандидат на отримання міського громадянства мав володіти нерухомим майном від 3 до 5 тис. злотих, залежно від того, був він ремісником або купцем. В окремих випадках міське громадянство могли набувати шляхтичі, що вимагало відмови від шляхетства. Після цього львівська міська рада приймала присягу: “Я присягаю Всемогутньому Господу Богу, Його Величності королю, панам радникам цього міста і закону міста, що хочу вірним і законопослушним бути, міську тємницю зберігати і нікому її не виявляти; якщо ж би я довідався про лихі замисли проти Його Величності Короля та панів радників і міста цього, того не хочу таїти, але панам радникам моїм хочу об’явити. Якщо ж би я займався купецтвом, тоді користуючись вольностями міста не маю права з жодним іншим співпрацювати, ані також під своїм проводом чужі товари не повинен до міста і з міста возити, ані також як свої продавати і факторій на шкоду міста не повинен складати, так мені, Господи Боже, допоможи, і справедливості його свята”. Взірець присяги для новоприйнятого мешканця містився у праці Бартоломія Гроїцького “Порядок судів і справ міських права магдебурзького в Короні Польській”. У Львові окремим правовим статусом володіли передміщани, котрі також складали присягу. Вона відрізнялася від присяги міщан, – “Присяга на громадянство передміщан, що живуть з дрібної торгівлі”. Львівські передміщани, незважаючи на значно вищі цілі на житло за міськими мурами, намагались переселитись у передмістя. Присягу дещо іншого змісту приймали переселенці з Італії. У Києві й інших українських містах, що були у складі Великого князівства Литовського, магдебурзьке право одержали особи, що постійно мешкали у містах і володіли нерухомістю, а також мали добру репутацію. До кандидатів висувалась також вимога сплати податків і прийняття присяги. Селяни, котрі прибували до міста, повинні були підтвердити особисту свободу або ж мати лист від власника про звільнення. Цей документ могла видавати сільська лава зі солтисом і міська рада найближчого міста. З кінця XV ст., на основі статуту короля Яна Ольбрахта, селяни мали подавати ще звільнення від підданства, яке у королівських маєтках видавали старости, а у селах, що належали шляхті та духовенству, – їхні власники.

Магдебурзьке право у Львові надавалось на підставі рекомендаційних листів “*Litterae recompendatoriae*” або “*Litterae mansionis et conservatoriae*”, де містились дані про походження та попереднє місце проживання кандидата. Ці листи видавали старостинські уряди, магістрати інших міст і керівники сіл. З другої половини XVI ст. мешканці сіл подавали також згоду власника та громади (*consensus tenutarii et possessoris bonorum ma manumissio*). Міське право у Львові могли отримати особи, за яких поручилось кілька львів’ян. З 1424 р. на основі ухвали міської ради поручителі сплачували штраф 10 кіп грошей у випадку недотримання їхніми підопічними зобов’язань. Поруку (*fideiussores*) застосовували у випадку відсутності у день надання міського права всіх необхідних документів. Документи, котрі подавали на отримання міського права, називались “листами про добру поведінку та про походження”. В окремих ви-

падках підставою для набуття міського громадянства стали королівські листи або документи, що надавались цехами, в яких працювали кандидати.

У західноукраїнських містах від кандидатів на отримання міського громадянства вимагали католицького віросповідання, а православних і греко-католиків частково обмежували у правах.

Українці творили окремі міські громади, що мали певні релігійні й економічні права, але вони не набували міського громадянства. У випадку, коли українці або вірмени отримали міське право у Львові, в актових книгах було зазначено: міське право “сягає так далеко”, що поширюється на вірмен і русинів (українців) (“*in quantum se Armenorum et Ruthenorum extentum privilegia*” – наскільки сягають привілеї вірмен і русинів). Міське право могла одержувати особа, яка купувала на території міста нерухомість або одружувалась із мешканкою міста. Підтвердження шляхетства в окремих випадках могло замінити документи з місця проживання особи. Зокрема, 1577 р. у Львові венеціанський пекар Камілло отримав міське право на основі поруки познанського хорунжого Мація Горецького, який знав його родичів. Лише у 1583 р. Камілло подав міській владі відповідний документ, що підтверджував його шляхетне походження. У Львові існував поділ між громадянством ремісників і купців. Ремісник, бажаючи займатися торгівлею, повинен був знову приймати міське громадянство та нову присягу, що передбачалася для ремісників. Шляхтичі набували міського громадянства головню через шлюби з міщанами. Втім, низкою польських конституцій (1505, 1550, 1677 рр. та ін.) шляхті заборонялось набувати міське громадянство перед загрозою втрати шляхетства. В окремих українських містах, зокрема у Львові, траплялися випадки надання міського громадянства жінкам упродовж XIV–XVI ст. Це зазвичай стосувалося вдів і жінок, котрі володіли у місті нерухомим майном.

Порядок оплати за надання міського права у містах неповного магдебурзького права найточніше засвідчує ординація польського м. Любліна, видана 1651 р., в якій заборонялось брати понад 30 злотих, а якщо кандидат добровільно сплачував більшу суму, то її передавали люнару, і вона надходила на міські потреби. Від усіх оплат звільнялись сини міщан або загалом мешканці міста. Рішення про звільнення від сплати коштів за прийняття до міського права могли ухвалювати радники. Від оплати звільнялися окремі особи у випадку зацікавленості в проживанні на території міста. Сюди також зачисляли лікарів, працівників органів міського самоврядування та ремісників професій, котрі були відсутні у місті. Надання міського права відбувалося в ратуші. Його могли здійснювати лише радники. До початку XVI ст. у Львові й Перемишлі присягу приймали німецькою, а згодом – польською та латинською мовами. Міське право надавало низку пільг і привілеїв. У Києві нових міщан вписували до окремого реєстру, і магістрат вживав заходи, спрямовані на захист їхніх прав. Мешканці Києва, що володіли магдебурзьким правом, у реєстрі фігурували як “люди міста Київського, присуду права майдебургського”, “городчанинь юрисдикцій мескоемайдебурское”, “майдеборчки”. Міське громадянство мало і низку обов’язків, пов’язаних із захистом політичних, економічних та оборонних інтересів міста. Деякі вимоги стосувались усіх українських міст з магдебурзьким правом.

Зокрема, у Києві було заборонено продавати нерухоме майно особам, що не належали до магдебурзької юрисдикції, але, як засвідчують історичні джерела, що вимогу нерідко порушували. У прикордонних з Диким Полем містах прийняття до міського права осіб було ліберальнішим, оскільки органи державної влади та власники були зацікавлені у збільшенні міського населення. Наприклад, листом короля Владислава IV було дозволено прийняти під юрисдикцію магістрату нових осіб у випадку виконання ними присяги на міщанство, і їм оголошували королівський захист. Магдебурзького права в усіх українських містах не отримали шляхтичі, духовенство, бідняки та євреї. Магдебурзьке право також не надавали мешканцям юридик.

ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ПОГЛЯДИ СТАНІСЛАВА СЕВЕРИНОВИЧА ДНІСТРЯНСЬКОГО НА ПРОЦЕСИ ФОРМУВАННЯ ПРАВА.

Коваль А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Станіслав Северинович Дністрянський (1870-1935) – унікальна постать у юриспруденції кінця XIX – початку XX ст., його загальнотеоретичні погляди на право та державу становлять оригінальну, цілісну, синтетичну, соціальну концепцію з елементами природної, позитивістської та матеріалістичної теорій походження права та держави, яка є цінним здобутком української та європейської правової науки.

Створюючи власну правову концепцію, С.Дністрянський ґрунтовно вивчив, осмислив та проаналізував розвиток правових та політичних уявлень на право та державу від античності до початку XX ст., зокрема ідеї Аристотеля (теорія природного походження держави), А.Вагнера (органічна теорія права та держави), В.Вільсона (ідея права народів на самовизначення), Г.Слінека (формально-догматична юриспруденція та теорія законів у державному праві), р.Іерінга (теорія „інтересу в праві” та „боротьби за право”), А.Менгера (австромарксистизм), р.Штамлера (теорія „правильного права”), Ф.Цайлера (теорія відродженого природного права), р.Гофмана, р.Пфаффа, та Й.Унгера (історична школа права), а також відомих українських правників та мислителів – М.Драгоманова, Б.Кістяківського, О.Огоновського, Т.Шевченка.

Добре розуміючи становище українського народу в Австро-Угорщині, С.Дністрянський завдяки індуктивному методу запропонував оригінальне теоретичне узагальнення моделювання та ідеалізації життя суспільства. Досліджуючи юридичні явища, С.Дністрянський уперше у праці „Полагода шкоди з огляду економічного та соціального” (1897) застосовує соціологічний метод. У ній він формулює власне бачення, як можна застосовувати принципи соціально-економічної теорії у юридичній науці та розглядає проблему безпосереднього зв’язку науки права з економічними та соціальними науками.

Вдалим, на нашу думку, є бачення С.Дністрянського місця правознавства у системі науки та її структуру. Під поняттям „наука” він розуміє систему знань про навколишній світ, а саме про природу, суспільство та всі явища, які в них відбуваються. За цим критерієм усі науки він ділить на „природні” та „суспільні”, які залишаються інтегральними частинами єдиної науки. Юриспруденцію С.Дністрянський розуміє як найважливішу серед усіх суспільних наук, бо вона досліджує й розробляє регулятивні закони для співіснування людей та різних форм їх організації у суспільстві. Особливу увагу він звертає на взаємозв’язки різних наук між собою. Через відкритість та взаємозв’язок знань юриспруденції з іншими суспільними та природними науками учений обґрунтовує появу таких нових наук як філософія права, соціологія права, судова медицина та ряду інших. Такий підхід С.Дністрянського до розуміння науки та її структури дозволив йому передбачити подальший процес розвитку науки в цілому та правознавства зокрема.

С.Дністрянський одним із перших виступив проти „позитивістського” трактування правознавства як відокремленої науки. Його основні ідеї на цю проблему викладені у працях „Границі науки права”, „Загальна наука права та політики”, „Погляд на теорію права та держави”. Він наголошував: правознавство охоплює не тільки знання про позитивне право, але й повинно з’ясовувати співвідношення права і суспільства, права й економіки, а також з’ясовувати, в чому полягає суть права в історії людства, народів та держав.

У праці „Звичаєве право – а соціальні зв’язки. Причини до пояснення § 10 австрійської книги законів цивільних” (1902), аналізуючи суспільно-економічні відносини, С.Дністрянський зробив висновок про вирішальну роль норм звичаєвого права в економічних або цивільно-правових відносинах суспільства. У ній уперше визначено засади, на яких функціонує та співіснує між різними соціальними групами „звичаєве право”. Учений підкреслював,

що суспільство виступає фактичним джерелом права, яке, на його думку, виступає як чинник найважливіших соціальних, етичних та моральних норм, які „авторитарною” силою тої чи іншої соціальної групи визнаються правовими. На них, стверджував С.Дністрянський, новоутворена держава повинна звертати найважливішу увагу і відповідно визнавати їх на державному рівні як джерело права. Учений з'ясував різницю між звичаєм, етичними нормами й правом, встановлював відношення права до держави та звичасвого права до закону.

Первинні норми суспільного життя, на думку С.Дністрянського, мали релігійно-етичний характер. Лише після них з'являються норми економічного та правового характеру. Різниця між нормами релігійно-етичного та правового характеру полягає у способі забезпечення цих норм, перших – лише через переконання, других – через примус. Саме потреби людей у межах різних форм організації суспільства обумовлюють згодом появу прав людини.

Первинні регулятивні норми в суспільстві, в яких зосереджений і релігійно-етичний, і економічний, і правовий характер, С.Дністрянський називає звичаями. Вони виникали для задоволення потреб членів суспільства та безпосередньо впливали на формування правових норм. Як наслідок, в таких умовах право первинно виникає у найелементарніших соціальних групах із релігійно-етичних норм. Найважливіші релігійно-етичні норми окремих соціальних груп перетворюються на право, коли авторитетна влада тої чи іншої групи (чоловік, батько, родоначальник, вождь племені) визнає ту чи іншу соціально-етичну норму як правову, тобто загальнообов'язкову.

Отже, первинна система правових норм у концепції С.Дністрянського – це „звичаєве право”. Така система права виникла до появи перших державних утворень. Навіть після виникнення держав, на думку С.Дністрянського, звичай зберігає свою регулятивну функцію. Саме йому повинно відповідати, або принаймні не суперечити, новостворене та діюче державне (позитивне) право.

Порівнюючи юридичну силу правової норми, встановленої у державі, із силою норм звичасвого права, С.Дністрянський підкреслює, що через нестабільність, плинність та недосконалість норм позитивного права, норми звичасвого права користуються більшим авторитетом у членів суспільства.

У розумінні С.Дністрянського право – це універсальне явище і природне, і соціальне, і економічне, і політичне, яке існує як у державі, так і поза нею. Право поза державою відрізняється від права в державі лише тим, що державне право забезпечується державним примусом, а природне, соціальне та економічне право – суспільним примусом. Критерієм розмежування права й інших соціальних норм є наявність примусу, при цьому примус може бути як фізичним, так і психологічним чи моральним. З розвитком цивілізації та правової держави, на думку С.Дністрянського, роль морального, а не фізичного примусу постійно зростатиме. Право – це обов'язковий атрибут життя суспільства, який завжди виконував регулятивну функцію. У зв'язку з цим учений виділив потреби окремих суспільних груп та індивідів як безпосередні джерела права. Вони зумовлюють, на його переконання, такі форми права – „звичаєве право”, „закони” та „право юристів”. С.Дністрянський наголошував, що „право юристів” (як практиків так і теоретиків) виступає посередником між „звичаєвим правом” та „законами”. Така точка зору ученого є, на нашу думку, новаторською, перспективною як для того часу, так і для сьогоднішнього. Вона передбачає розширення меж поняття, видів та форм права, а також перспективу зближення романо-германської з англо-саксонською системою права, зокрема щодо визнання доктрини та судового прецеденту як джерел права.

Значну увагу С.Дністрянський приділяв питанням поділу права на публічне й приватне. За ним, критерієм такого поділу є інтерес приватної особи або держави чи суспільства в цілому. Під цим оглядом він підкреслює подвійний характер єдиного права, яке водночас є й абстрактним, і конкретним, і публічним, і приватним.

Отже, створюючи власну правову концепцію, С.Дністрянський вивчив, осмислив та проаналізував правові та політичні вчення, ідеї, погляди та концепції від античності до початку XX століття. С.Дністрянський створив власну правову концепцію. Так, С.Дністрянський формує власну методологію правознавства, в основі якої є історико-генетичний, соціально-економічний, історичний, філософський та соціологічний методи. Суттєвими у системі загальнотеоретичних поглядів С.Дністрянського є проблеми осмислення місця, ролі та значення

правознавства у структурі науки, зв'язків між різними науками, які зумовлюють постійну появу нових наук. Так, він обґрунтував появу філософії права, соціології права, судової медицини тощо.

Право, в концепції С.Дністрянського, є складовою частиною культури та цивілізації, тому його розвиток та існування безпосередньо пов'язані із загальним розвитком культури та прогресом цивілізації. Воно є обов'язковим атрибутом життя суспільства, бо завжди виконує регулятивну функцію. Інші види соціальних норм мають доповнюючий і допоміжний характер.

С.Дністрянський виділяв такі форми права як: „звичаєве право”, „закони” та „право юристів”. Під „правом юристів” він розумів як ідеї, концепції, правові доктрини, наукові розробки вчених-права, так і діяльність юристів-практиків. При цьому „право юристів” виступає посередником між „звичаєвим правом” та „законами” (позитивним правом).

ОСНОВИ ДЕМОКРАТИЧНОГО УСТРОЮ АНТИЧНИХ ДЕРЖАВ ТА СУЧАСНА УКРАЇНА (ПОРІВНЯЛЬНО – ІСТОРИЧНІ АСПЕКТИ).

Кольбенко А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В сучасній Україні досить часто вказується на необхідність дотримання демократичних засад при формуванні та діяльності державних органів влади. Це передбачено у чинній Конституції України, зокрема у преамбулі, першій статті та інших конституційних положеннях.

Але вперше демократичний державний устрій був запропонований та використаний у такій античній державі як Афіньська рабовласницька республіка.

Саме тут було закладено основи для становлення і розвитку сучасної демократії. Одним із основних її постулатів було якнайширше залучення більшості населення до управління державою. Звідси і походить поняття демократії, як влади народу (“демос” – народ, “кратія” – влада).

Про це наголошують і різноманітні словники та довідники, які висвітлюють це поняття, як форму політичної системи суспільства, побудовану на визнанні народу джерелом влади, існуванні в державі найвищих виборних органів влади.

Але такі визначення є досить поверховими, які не завжди дають змогу зрозуміти та прослідкувати змістовну характеристику цього поняття.

Тому, для того, щоб зрозуміти його справжню і глибоку суть, потрібно заглибитися в античну історію.

Насамперед слід звернути увагу на те, що античні держави велику увагу приділяли інституту громадянства. Бути громадянином для афінянина значило набагато більше ніж, зокрема, для громадянина сучасної України.

Набуття громадянства Афін відбувалося, насамперед, через народження від батьків, котрі перебували у законному шлюбі і самі були громадянами. Громадянство було пов'язане не тільки із користуванням відповідними правами, але й виконанням багатьох обов'язків. Зокрема, афіньські юнаки у віці від 18 до 20 років були зобов'язані відбувати військову службу, і тільки після цього їх допускали до участі у народних зборах.

Велике значення для громадян мали також прямі натуральні обов'язки у вигляді літургій. Згідно цих обов'язків громадяни платили відповідні кошти на загальносуспільні потреби: для навчання молоді, на театральний хор, на загальні святкування і т. д. Крім цього, найбагатші афіняни повинні були виділяти кошти для будівництва кораблів, посилення обороноздатності держави, ремонту доріг, мостів і т. д.

За здійснення проти поліса злочину, релігійного чи сімейного проступку, громадяни могли бути покарані атімиею, тобто позбавлянням прав громадянина без вигнання з держави.

Найбільш часто атімія застосовувалась внаслідок проявлення боягузтва у бою, неправдивого свідчення, розтрати громадських коштів, підкупу посадових осіб та ін.. Атімія полягала у позбавленні прав доступу до ринку, у храм і, звичайно, в органи влади.

Крім повної атімії, застосовувалась і часткова, у вигляді позбавлення частини деяких з вище перелічених прав.

Доступ до участі в управлінні державою в Афінах проводився через низку передумов формального і неформального характеру. Усі посадові особи повинні були перед вступом на посаду проходити попередню перевірку, яка здійснювалася судовим органом – гелією, або Радою П'ятсот. Така процедура називалася докімасією. Вона мала на меті в'яяснити не тільки здатність відповідної особи виконувати повну роботу, але і його благодійність. При цьому з'ясувалися і перевірялися батьки кандидата та інші родичі, аналізувалася його попередня діяльність на інших посадах, його вік, освіченість та інші характеристики.

Докімасія завершувалась відкритим голосуванням у Раді, або закритим у гелієї.

Перед вступом на посаду посадова особа зобов'язана була принести присягу.

Більшість посад в Афінах були оплатними, але існували також такі, які виконувалися без отримання винагороди. Це, зокрема, посада стратега.

Вибори на посаду відбувалися відкритим голосуванням на народних зборах, або за жеребом.

Посади, за деякими винятками, заміщались на один рік.

Ніхто не міг займати дві посади одночасно, або займати одну і ту ж посаду двічі, за винятком військових.

Усі посадовці були підзвітні. Важливу роль у цьому відіграла Рада П'ятисот, котра не тільки готувала нові законопроекти і попередньо їх розглядала, але також контролювала діяльність посадових осіб і мала права судити їх за злочини. Про свою діяльність Рада звітувалась перед народними зборами.

Рада П'ятисот була поділена на десять пританій по 50 осіб. Кожна пританія працювала по чергово протягом однієї десятої року. На перших засіданнях кожної пританії ставилося запитання – чи добре виконують посадові особи свої обов'язки. Відбувалася так звана епіхейротопія цих осіб, котра завершувалася висловлюванням довіри до них, або передачею їх до суду. Всі посадові особи після завершення терміну служби звітувалися про свою діяльність і, насамперед, про розпорядження фінансами.

Так само звітувалися і члени Ради П'ятисот. І якщо з'ясувалося, що вони зловживали своїми повноваженнями, то Рада могла виключити їх зі свого складу і віддати до суду.

Особливо важливою була також робота народних зборів – вищого представницького органу. Вони відбувалися на площі, спочатку один раз на місяць, а згодом – чотири. На них могли бути присутніми усі громадяни – чоловіки з 20 – ти річного віку.

Головними були перші збори місяця, де проводилась перевірка діяльності посадових осіб, обговорювались питання оборони, постачання продовольством та ін.. Крім цього, кожен учасник зборів міг заявити про державні злочини зі сторони окремих осіб та про свої особисті прохання.

Наступні збори місяця вирішували усі інші громадські проблеми.

Основним повноваженням народних зборів була законодавча діяльність.

Кожен учасник зборів мав право виступити із законодавчою пропозицією. Згодом її повинна була розглянути Рада П'ятисот, де проходило обговорення та голосування підняттям рук. Автор законопроекту підлягав кримінальній відповідальності у тих випадках, коли запропонований закон суперечив уже існуючим і про це не було заявлено.

В деяких випадках йому могла загрозувати навіть і смертна кара, за протиправний умисел, котрий доказувала геліся.

Якщо звинувачення у протизаконності не було, то народні збори призначали офіційних захисників старого закону, а автор або автори нового виступали у ролі їх противників. Після цього геліся тасним голосуванням висловлювалася про ці дебати. І якщо воно було позитивним для нового закону, то він вступав у силу.

Обов'язками ораторів, які виступали “за” чи “проти” прийняття нового закону були :

- не повторюватися;
- не торкатися питань, котрі не стосувалися справи;
- не дозволяти собі образливих висловлювань щодо опонента.

Цим самим цінувалася політична культура та ораторське мистецтво державного діяча.

Таким чином, розглянувши тільки основні засади афінської демократії, можна зробити відповідні висновки щодо використання їх в умовах побудови сучасної української держави. Зокрема :

- необхідно підвищувати правовий зміст наповненості статусу громадянина не тільки відповідними правами і свободами, але й реальними обов'язками перед суспільством і державою;
- запроваджувати такі формальні способи відбору на усі державні посади, які б давали можливість обирати чи призначати найбільш достойних і підготовлених осіб;

- забезпечити можливість населенню України приймати участь у творенні та обговоренні законів через визнання відповідної кількості громадян суб'єктом законодавчої ініціативи;
- добиватися підзвітності та відповідальності посадових осіб за неналежно виконані обов'язки; при чому ця відповідальність повинна містити не тільки політичний, але й юридичний зміст.

Добившись здійснення хоча б деяких вищевказаних пропозицій, можна буде стверджувати, що сучасна українська держава справді може вважатися демократичною за зразком основоположної афінської демократії.

РЕГУЛЮВАННЯ ЦИВІЛЬНИХ ВІДНОСИН У ГАЛИЧИНІ ЗА АВСТРІЙСЬКИМ ЦИВІЛЬНИМ КОДЕКСОМ 1811 Р.

Кульчицький В., Левицька І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У сучасних умовах розвитку України важливим є врахування національного історичного правового досвіду. Певний інтерес має вивчення і врахування в доцільних межах правотворення в Австрії та його застосування у Галичині (1772-1918 р.р.).

Споконвічні українські землі – Галичина, Буковина та Закарпаття тривалий час входили у склад Австрії (1772-1867 р.р.), а з 1867 р. по 1918 р. у склад Австро-Угорщини. Однак ще до захоплення Австрією Галичини у XVII ст. були здійснені заходи щодо об'єднання цивільного права різних австрійських народів (провінцій). В останній чверті XVIII ст. після 1763 р. особливо поживалася робота над кодифікацією цивільного права. Галичина, що увійшла в склад Австрійської держави стала місцем випробування нових законів, чинність яких відтак поширювалася і на інші Австрійські адміністративно-територіальні одиниці.

Австрійське право розвивалося під впливом німецького права. Перші спроби щодо кодифікації права австрійських земель були зроблені ще за Максиміліана I. Їх результатом став *Codex Austriacus* (1704-1777 р.р.). Першим, хто систематизував австрійське право у формі інкорпорації і видав у Відні у 1704 р. всі нормативні акти, що були прийняті або затверджені, починаючи з правління Фердинанда I, був Франц фон Карієнт. На території Галичини і Буковини діяли джерела права колишньої Речі Посполитої. Однак у 1753 р. в Австрії була створена кодифікаційна комісія, що мала скасувати партикуляризм у праві й створити єдині кодекси: цивільний, цивільно-процесуальний та кримінальний, що містив норми матеріального та процесуального права. Це свідчило, що тогочасна австрійська система права поділялася на галузі, а тому цивільний, кримінальний та процесуальний кодекси розроблялися окремо.

У 1763 р. в Австрії було затверджено кодекс вексельного права, чинність якого у 1775 р. поширювалася на Галичину та Буковину, де раніше вексельні відносини регулювалися звичаєвим правом. Вексельний кодекс 1763 р. налічував усього 53 статті та містив норми, що регулювали питання кредитних відносин. Однак, в міру свого формалізму та складності, кодекс вексельного права був нездатним забезпечувати ефективне правове регулювання вексельних відносин, що у свою чергу перешкоджало здійсненню вексельних операцій.

План кодифікації австрійського права розробив професор Акціоні із Праги та передбачив у ньому 3 частини: особисте, майнове та облігаційне (боргове) право. Перший проект цивільного кодексу під назвою Терезіанський кодекс був завершений у 1766 р., проте не отримав затвердження ні з боку самої імператриці, ні з боку Державної ради.

У 1772 р. було віддано розпорядження переробити проект цивільного кодексу, для чого була створена нова кодифікаційна комісія. При переробці цивільного кодексу імператриця Марія-Терезія вимагала, зокрема, уникати наукових положень, зайвих роз'яснень та повторень, не прив'язуватися до римського права, а також якомога більше спростити зміст ряду правових норм. Незважаючи на те, що робота комісії просувалася вкрай повільно, у 1783 р. був виданий патент про шлюб, який регулював також сімейні відносини, а в 1786 р. – про порядок спадкування за законом. Декретом від 1 листопада 1786 р. була затверджена і оприлюднена перша частина цього кодексу, яка отримала назву “Йозефінського кодексу законів”, оскільки її затвердив імператор Йосиф II. У 1787 р. було затверджено другу і третю частини Терезіанського кодексу. 1 січня того ж року цивільний кодекс було введено в дію у німецьких спадкових землях Габсбургів, а з 1 травня і в Галичині.

Продовження Йозефінського кодексу після 1787 р. не було. У 1790 р. імператор Леопольд II розпустив компіляційну комісію, та створив замість неї “придворну комісію з питань законів”. Її робота над укладанням повного цивільного кодексу Австрії завершилася у 1796 р. Цісарським патентом від 13 лютого 1797 р. його ввели в Західній Галичині, населеній поляками, а придворним декретом від 8 вересня 1797 р. – і у Східній Галичині, населеній українцями.

Таким чином, старе польське феодальне право припинило свою дію, а цивільний кодекс став основою для подальшого удосконалення австрійського цивільного законодавства.

Значний вплив на кодифікаційні роботи в Австрії мало запозичення французького правотворчого досвіду. Так, 21 березня 1804 р. було введено в дію цивільний кодекс Франції, який, із змінами та доповненнями, чинний і понині. Безпосередню участь у розробці цивільного кодексу взяв Наполеон Бонапарт, у зв'язку з чим він отримав другу назву – Кодекс Наполеона. В його основу було покладено принципи римського права, французькі нормативні акти, а також правові звичаї. Кодекс вирізняється стрункістю викладу, чіткістю трактувань основних понять та інститутів цивільного права, стилістю юридичних дефініцій. Переважну більшість статей викладено коротко, ясною мовою, за винятком деяких термінів, успадкованих від римського права та дещо застарілих, навіть для того часу, зворотів мови. Характерними рисами кодексу Наполеона є те, що він включає багато норм цивільно-процесуального та сімейного права, а також деякі положення, що стосуються трудових правовідносин.

Одночасно проект австрійського цивільного кодексу був переданий на розгляд особливих провінційних комісій, які мали надані права для вироблення зауважень і пропозицій. Робота цих комісій завершилась, однак “галицький кодекс” був розглянутий ще тричі на основі подальших експертиз у 1801-1806, 1808 і 1810 рр. Досвід застосування його в Галичині був узагальнений і 7 липня 1810 р. схвалено, а патентом від 1 червня 1811 р. обнародовано.

1 січня 1812 р. Цивільний кодекс Австрії введений в дію для всієї Австрії. Діюче до того моменту загальне приватне право (перейняте римське право, йозефінський кодекс, провінційні статути і звичаєве право) було скасоване.

Джерелами австрійського цивільного кодексу стали пандектне право (рециптоване і пристосоване до нових умов римське право), пруське земське (цивільне) уложення 1794 р. і провінційне право деяких австрійських земель, що нерідко піддавалися істотній переробці і змінам. Деякі правові аспекти було запозичено з цивільного кодексу Франції 1804 р. Австрійський Кодекс Австрії 1811 р. (у певній частині діючий донині), на відміну від Пруського уложення, присвячений цивільному праву.

Австрійський цивільний кодекс 1811 р. складався з трьох частин, які поділялися на 1502 статті. У вступі (ст.1-14) викладено загальні міркування про цивільний закон, а саме: предмет цивільного права, провінційний статус, судові вироки, привілеї, тлумачення закону тощо. Перша частина (ст.15-284) присвячена особистим правам, правам подружжя, правам між батьками і дітьми, а також правам опікунів та сиріт (тобто сімейному і опікунському праву). Друга (ст.285-1341) – майновим (речовим) і особисто-майновим правам: праву власності, праву застави, праву на відшкодування шкоди і праву на задоволення позову тощо. Третя частина (ст.1342-1502) присвячена спільним постановам, що стосувалися особистих і майнових прав (про затвердження, зміну і скасування прав і обов'язків, а також про давність і прострочення).

Характерною рисою австрійського загального цивільного кодексу є його дещо громіздка структура, яка може видатись довільною. Однак в цілому лаконічність та недостатня теоретична база кодексу дозволяють проявити гнучкість при тлумаченні. Важливою рисою цивільного кодексу було те, що як і інші кодекси кінця XVIII – початку XIX ст. в інших країнах, він був результатом розпаду феодального і формування буржуазного права, причому деяка перевага віддавалась першому, оскільки австрійське загальне цивільне уложення закріплювало найважливіші правові інститути феодальної власності. До того ж цивільний кодекс 1811 р. представляв собою модернізований формулами буржуазного права дворянський звід законів, метою якого була охорона дворянської власності.

Після введення загального цивільного кодексу в дію появилось чимало додаткових, доповнюючих розпоряджень, які, по-перше, частково модифікували правові засади, наявні у самому кодексі, а по-друге, частково належали до категорії тих політичних розпоряджень, які безпосередньо чи опосередковано впливали на приватне право.

У середині XIX ст. австрійський цивільний кодекс 1811 р. у нових історичних умовах застарів. У 1904 р. було створено комісію під керівництвом відомого австрійського юриста, професора Й. Унгера для перегляду ряду положень цивільного кодексу 1811 р. Робота просувалася повільно, були лише розроблені проекти змін і доповнень, але їх затвердженню перешкодила Перша світова війна. Окремі норми кодексу в роки війни (1914-1916 р.р.) були змі-

нені в порядку надзвичайних урядових актів (новел), що стосувалися певного розширення прав жінок, позашлюбних дітей та дальшого розвитку зобов'язального права тощо.

У червні 1917 р. з відновленням парламентського життя в Австрії було утворено парламентську комісію на чолі з професором С. Дністряньським. Новели були передані до юридичної комісії австрійського парламенту. Проте у зв'язку з розпадом Австро-Угорщини у 1918 р. розгляд її пропозицій щодо удосконалення кодексу 1811 р. не було втілено в життя.

Австрійський цивільний кодекс 1811 р. діяв з деякими змінами на території Галичини і в період її приєднання після I світової війни до складу Польщі за Ризьким мирним договором 1921 р. У 1933 р. був затверджений обширний за своїм обсягом польський кодекс зобов'язань, який припинив дію значної частини австрійського цивільного кодексу. 1811 р. На Буковині, яку загарбала Румунія, цей кодекс діяв аж до 1938 р. Однак на території Австрії цивільний кодекс 1811 р. із змінами та доповненнями чинний і досі.

Введення цивільного законодавства спершу на території Галичини перед поширенням їх дії на решту частин Австрії справило значний негативний вплив на їх правові системи. Чинність цивільного законодавства в окремих частинах держави, її повільне поширення на решту територій Австрії та Угорщини та невідповідність норм цивільного кодексу тогочасному рівню розвитку цивільно-правових відносин зумовлювало недосконалість правових систем Австрії та Угорщини. Австрійське цивільне законодавство, що діяло на території Галичини, після його оновлення та реформування, а також закріплення на законодавчому рівні окремих демократичних принципів та інститутів однаково залишалось недосконалим, застарілим та сприяло утвердженню позицій Австрії та Угорщини у використанні та експлуатації західноукраїнських земель.

РОЛЬ ЧАСОПИСУ «GTOS SADOWNICTWA» В ОРГАНІЗАЦІЇ І РОЗВИТКУ СУДОВОЇ СИСТЕМИ МІЖВОЄННОЇ ПОЛЬЩІ (1929 – 1939 РР.)

Липитчук О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відновивши у 1918 р. державну незалежність, Польща приступила до створення та організації в рамках національної держави єдиної судово – правової системи.

Залишені у спадок різні судові і правові системи потребували кодифікації та уніфікації. Тому міжвоєнний період в Польщі позначився значними змінами в судовій системі та у всіх галузях права. Згідно із Законом “Про устрій загальних судів” від 6 лютого 1928 р., впроваджувалася судова реформа, метою якої було створення єдиної системи загальних судів на всій території Польщі. Були розроблені і прийняті нові польські кодекси : кримінальний процесуальний кодекс (чинний з 1 липня 1929 р.), кримінальний кодекс (чинний з вересня 1932 р.), цивільний процесуальний кодекс (чинний з січня 1933 р.) та інші.

Значний вплив на розвиток судової системи мали політичні процеси, які відбувалися у міжвоєнній Польщі. Все це вимагало мобілізації широкого загалу правників (теоретиків і практиків), всебічного обговорення правниками положень нових законодавчих актів, пошуку оптимальних варіантів прийняття рішень.

Важливо також було здійснити аналіз застосування нового польського законодавства в практичній діяльності, виявити як позитивний досвід, так і прогалини та суперечності. Відтак, перед польськими правниками постала потреба у виданні нових друкованих правничих часописів, які б могли висвітлювати значне коло питань, що стосувалися б практично усіх галузей права і судової практики.

Вагома роль у вирішенні цих завдань належала щомісячному друкованому органу Варшавського відділу Товариства суддів і прокурорів Речі Посполитої “«Gtos Sadownictwa»”, який був присвячений суспільно – правовим та професійним проблемам (1929 – 1939 рр.). В кожному номері цього видання (за обсягом більше як 800 стор. кожний) редакція розміщувала різноманітний матеріал, присвячений проблемам теорії права і судового процесу; здійснення судової реформи; аналізу досвіду судової практики. На сторінках часопису друкувалися відомості із суддівських кіл, висвітлювалася діяльність правничих товариств, подавалася хроніка судових процесів, друкувалися рішення Найвищого суду, здійснювали огляд правничої преси та нових видань, подавалася судова статистика.

Значну увагу редакція “«Gtos Sadownictwa»” присвятила аналізу змісту, положень та принципів судової реформи 1928 р. Передусім, зверталася увага на проблему організації загальних судів усіх рівнів та шляхи їх вирішення, ефективність роботи суддів, становище та рівень кваліфікації суддівського корпусу. На сторінках часопису були вміщені статті відомих правників, суддів, адвокатів, в яких аналізувалися проблеми організації та діяльності загальних судів та містилися пропозиції щодо їх вирішення.

Зокрема, редакція підняла проблему призначення гродських суддів та начальників (1929, № 6). Гродські суди не мали постійного штату начальників : їх призначав міністр юстиції тимчасово з – поміж суддів. Такий спосіб призначення викликав сумніви у польських правників. Не менш важливою проблемою польські правники вважали розгляд гродськими та окружними судами кримінальних справ неповнолітніх (1931, № 2). Оскільки розгляд кримінальних справ неповнолітніх доручали одному гродському суду для округів кількох гродських судів, то неповнолітні, які проживали в інших округах, змушені були б витратити значні кошти на дорогу. Внаслідок, вони б зазвичай не з’явилися б до суду і треба було б їх доставляти примусово.

Кримінальні справи в окружних судах розглядатися суддею одноособово. Ця обставина серед правознавців викликала певний сумнів щодо гарантії справедливого вироку. Викликала сумнів і діяльність Найвищого суду щодо здійснення принципу суддівської належності, бо

вважалося, що недоречно нав'язувати шаблони нижчим судам, оскільки суддя мав самостійно розглядати кожну справу і виносити індивідуальний вирок.

Проте, як підкреслював у своїй статті Л. Вуйцик (1935, № 3; 1937, № 10), в судовій практиці майже протягом усього міжвоєнного періоду зберігалися розбіжності у застосуванні та тлумаченні законів, що було наслідком впливів “духу законів” держав – окупантів, почуття ворожості до юридичних нововведень, застосування нових законів за старими шаблонами. Найвищий суд міг тлумачити положення, які “спричиняють на практиці сумніви або різне застосування”. Разом з тим, це часто приводило до перевищення цим судом своєї компетенції, що наближало Найвищий суд до законодавчого органу.

Особливу увагу редакція часопису звертала на спроби обмеження ліберальних та демократичних засад судової реформи, принципу незалежності суддів та суддівського самоврядування, обмеження компетенції судів, посилення правового тиску влади на суди.

Зокрема, позитивним явищем було те, що згідно з Законом 1928 р., в окружних, апеляційних та Найвищому суді утворювалася інституція суддівського самоврядування – загальні збори суддів, що виконували функцію адміністративного самоврядування.

Однак поступово компетенція загальних зборів була обмежена на користь інших органів, зокрема, адміністративних колегіумів, які також здійснювали поділ праці, визначали річні терміни судів присяжних, представляли кандидатів на суддівські посади, вносили рішення про звільнення суддів на пенсію. «Gtos Sadownictwa» (1930, №3) писав з цього приводу, що польській владі легше було впливати на такий досить вузький суддівський орган, особливо, коли йшлося про кадрові питання.

Проблема гарантії незалежності суддів стала однією з провідних на сторінках часопису. Більшість правників зазначали, що Закон “Про устрій загальних судів” 1928 р., хоч і проголосив формально конституційні положення про незалежність суддів (ст.79), однак містив положення, які значно її обмежували (1930, №4). Це було найнегативнішим наслідком для системи правосуддя. Підкреслювалося, що Закон надавав президенту і міністру юстиції упродовж трьох місяців з дня його оголошення переводити (без згоди зацікавлених) на інше місце праці або звільняти на пенсію суддів Найвищого суду.

«Gtos Sadownictwa» (1929, №4), розкриваючи причини цих звільнень, навів слова одного із послів сейму: «Яка є необхідність усунути суддів Найвищого суду?... Найвищий суд в новому суспільстві має величезне значення. Його голова є водночас головою Державного трибуналу. Слідство проти міністра... проводить суддя Найвищого суду... Найвищий суд розглядає протести під час виборів до сейму... Коли посол зловживає своїм мандатом, справи розглядає Найвищий суд. Тому так багато значить для уряду склад Найвищого суду...»

«Gtos Sadownictwa» щоразу акцентував на значенні інституції незалежності суддів як необхідного чинника демократії. Зокрема відзначалося, що спотворення засад судочинства триватимуть завжди через зростаючі зловживання влади щодо суддів. Висловлювався сумнів, щодо реальності дотримання принципу суддівської незалежності, наводячи ст. 102 § 3 Закону, за якою суддя, всупереч його волі, міг бути переведений в інше місце або відправлений на пенсію “для добра правосуддя або для поваги суддівського становища” – на підставі рішення загальних зборів вищого суду за поданням міністра юстиції. Вважалося це порушенням ст.78 Березневої конституції (1937, № 4).

Адже загальні збори суду не були судом з компетенцією до видання судових вироків, а лише адміністративною судовою інституцією, яка мала виконувати певні адміністративні дії. Загальні збори суду могли передати справу до адміністративного колегіуму (складався з п’яти осіб), який теж був тільки адміністративним, а не судовим органом.

Безперечно, в судочинстві “можна було знайти осіб, яких треба усунути, але для цього існують – писав «Gtos Sadownictwa» – положення про дисциплінарний суд, а не методи постійної суддівської усувальності” (1937, № 5).

«Gtos Sadownictwa» постійно звертав увагу на те, що окрім законодавчого обмеження гарантії суддівської незалежності, значна частина суддів опинилася у складному матеріальному становищі. Особливо це стосувалося найчисленнішої групи – городських суддів. Їх заробітна платня була значно нижчою від зарплатні повітового начальника поліції чи начальника відділу фінансів.

Окружні судді не були в кращому становищі. За невеликої чисельності суддів в апеляційних судах та Найвищому суді, значна частина суддів закінчувала свою службову кар'єру на посаді окружного судді. Усе це могло призвести, як писав «Głos Sadownictwa», до падіння судівництва в “яму”. (1939, № 2).

Отже, «Głos Sadownictwa» на своїх сторінках піднімав найактуальніші проблеми розвитку судової системи в міжвоєнній Польщі. Часопис твердо захищав принципи суддівської незалежності та демократичні засади судоустрою.

СОЦІАЛЬНО-ЕКОНОМІЧНІ ТА ПОЛІТИЧНІ ПЕРЕДУМОВИ СТВОРЕННЯ ГАЛИЦЬКОГО НАМІСНИЦТВА (ВИБРАНІ АСПЕКТИ)

Моряк-Протопопова Х.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У даному викладі буде проаналізовано тільки певний обмежений проміжок часу, а власне, становище Австрійської монархії перед революцією 1848-1849 рр., зміни, що відбулись під час та після неї і безпосередньо передували утворенню Галицького намісництва у 1849 р.

Напередодні березневої революції в Австрійській монархії склалась тяжка соціально-економічна ситуація. Високі податки, інфляція, безробіття, обмеження трудової міграції між різними частинами величезної монархії зумовили соціальну напруженість у суспільстві. Обурені існуючим становищем були широкі верстви населення: селяни, міщани, інтелігенція і студенти, частина ліберально налаштованого дворянства. І тут і там виникали локальні заворушення та бунти для втихомирення яких необхідно було застосовувати навіть внутрішні війська країни. Окремі виступи мали місце як у великих містах, так і в селах. І хоча селяни різних частин держави не були поєднані між собою єдиним рухом протесту, такі локальні внутрішні протистояння влади і народу завдавали уряду чималого клопоту.

Ще одним важливим аспектом були внутрішні міжнаціональні конфлікти в країні. Австрія об'єднувала цілий ряд земель, що свого часу були незалежними державами чи їх самостійними частинами. Серед інших і Східну Галичину з її українським населенням. Вагомі у політичному розумінні національні меншини склалися з угорців, італійців та поляків. Національний рух перших був найбільш розвинутим у Австрії і провадив свою боротьбу з найбільшим успіхом.

Що стосується фінансово-економічної діяльності уряду імператора Франца I, очолюваного К. Меттерніхом, то станом на 1812 р. державний борг країни становив 3 600 млн. шилінгів., для зменшення державного боргу національна валюта була знецінена на 20 відсотків, відсоток по державній позиції уряд знизив у двічі, а напередодні 1848 р. австрійська валюта знецінювалась ще тричі. Зрозуміло, що такі дії правління не тільки погіршили і без того важке становище міської і сільської бідноти, а й викликали незадоволення середнього класу та промислових кіл.

Смерть Франца I у 1835 р. та коронація його сина Фердинанда I ситуації не покращили. Новий монарх страждав від епілепсії, був розумово відсталим і фізично не міг займатися державними справами. Державою керують канцлер Меттерніх і граф Коловрат, які не знаходять спільної мови та ерцгерцог Карл Людвиг, який у суперечках стає то на бік Меттерніха то на бік Коловрата, а з часом і зовсім перестає втручатися у державні справи. Отож, економічну кризу, що охопила Європу у 1846 р., Австрія зустріла з фактично паралізованим урядом.

Після кількох неврожайних років, зимою 1846-1847рр. розпочинається голод. Селяни не можуть платити податків і подекуди не платять незважаючи на примус, у містах розпочинаються масові демонстрації зубожілих робітників, а війська, які мають їх розганяти, відмовляються застосовувати зброю проти голодного натовпу.

Зазначені події відбуваються на тлі дедалі більшого ускладнення міжнаціональних стосунків у Австрії та зростання національної самосвідомості поневолених і штучно поділених чи об'єднаних монархією у певні адміністративні одиниці народів.

Дедалі більшої сили набирала угорська опозиція. Та, не зважаючи на постійні домагання більш широких автономічних прав для Угорщини, уряд країни зробив їй тільки єдину поступку, що стосувалася угорської мови, яку запровадили в офіційних установах, зокрема і в шкільництві.

Стосовно слов'янських народів, що становили більшість населення Австрійської монархії, ситуація була наступною: німці в північній частині країни, а угорці – в південній зуміли повністю підпорядкувати їх собі (словенців, хорватів, сербів і словаків, поляків, українців від-

повідно). Однак, ні жорстока політика мадяризації з одного боку ні онімечування з іншого, не змогли стримувати молоді національні рухи.

В країні посилювалась цензура, поліцейський нагляд. Студентам заборонили отримувати освіту за кордоном, оскільки багато з них згодом, після навчання, брало активну участь у антиурядових демонстраціях.

Після революційних подій в Сицилії, у лютому 1848 р. в Парижі скидають з трону короля Луї-Філіпа та проголошують утворення республіки. Звістка про французьку революцію надійшла до Відня 29 лютого 1848 р. і справила вибухове враження. На вулиці столиці вийшли величезні юрми людей. Демонстранти серед іншого вимагали встановлення прямого та загального (не обмеженого майновим цензом) виборчого права, створення однопалатного парламенту, прийняття конституції, погодженої загальнонаціональними зборами, встановлення основних демократичних прав і свобод.

Зважаючи на революційну ситуацію в країні, уряд був змушений піти на деякі поступки. Було прийняте рішення про проведення нових виборів та скликання нового парламенту, скасовано цензуру. У пресі починається активне обговорення актуальних політичних проблем, серед яких прийняття нової конституції, проведення нових виборів до загальноавстрійського парламенту, скасування панщини.

25 квітня 1848 р. імператор змушений «дарувати» народу конституцію. За нею Австрія перетворювалась у конституційну монархію з майже необмеженою владою монарха. Таке не могло влаштувати радикально налаштованих революціонерів і вже у травні цісар Фердинанд зупиняє введення у дію Основного закону та скликає спеціальний парламент для переробки конституції. Щодо впровадження у життя більш докорінних змін у державному управлінні, то консервативно налаштована правляча верхівка, усяляко намагалася тягнути час і постійно під різними приводами відкладала проведення реформ. Політика обіцянок і вічкування знекровлювала революційний рух і знеохочувала до продовження боротьби середній клас.

Першими на боротьбу піднялися угорці. Угорський сейм розробляє і приймає Конституцію (затверджену австрійським імператором 11 квітня), 18 квітня ухвалює закон про скасування селянських повинностей, проголошує ряд демократичних прав та свобод (слова, друку і ін.).

3 червня у Празі розпочав свою діяльність Слов'янський конгрес. Своїх представників, на ньому мали і українські Галичани. 12 червня розпочалися кількадевні збройні сутички між радикально налаштованими демонстрантами та військом. Празькі виступи були криваво придушені.

Ще одною надією революції стає парламент скликаний 22 липня 1848 р. у своєму зверненні до парламенту цісар зацікавив питання рівності усіх народів монархії та збереження тісного зв'язку з Німеччиною. У даному парламенті були представлені не тільки різні стани суспільства (вперше до нього були обрані депутати від села), а й різні народи, які входили до складу монархії. Представники селян відразу ж поставили питання про скасування панщини та запровадження на селі нових відносин. Вже 26 липня парламент приймає рішення про скасування панщини, яке 12 серпня затверджує імператор. В Галичині, як відомо, панщина була скасована з 15 травня 1848 р.

Галичина, складова частина Австрійської монархії, була розділена не тільки за національною приналежністю її населення (на той час у ній проживає майже порівну поляків і українців), а й поляризована за соціальним становищем жителів: з одного боку – невелика кількість заможних магнатів-землевласників (переважно поляків за національністю), а з іншого – збідніле і часто безземельне селянство замучене трьома поспіль неврожайними роками 1844-1846 (переважно – українці).

Губернатор Галичини граф Стадіон, виступає з проектом поділу Галичини на західну і східну частини. Такі наміри викликали схвалення з боку українського населення краю, та різке несприйняття з боку польського населення краю. Цей крок можна вважати класичним для політики Австрії. За його допомогою уряд відразу отримав подвійну вигоду: відвернув увагу польських національно налаштованих кіл від спроб створити на території Галичини власну хоча б автономію, звернувши її на внутрішні проблеми краю (поляки не хотіли допустити поділу Галичини); здобув прихильність українського населення, яке на той час не претендувало

на політичну незалежність і саме по собі не становило загрози для територіальної цілісності монархії. Українці Галичини, схвально зустріли наміри, монархії поділити Галичину бо зазнавали культурних, економічних та політичних утисків з боку поляків. При виділенні східної частини краю в окрему адміністративну одиницю, у якій би вони становили більшість, могли б вирішити давно наболілі питання впровадження української мови у адміністрацію, суди, школи, створити україномовні середні та вищі навчальні заклади.

Наслідком революційних заворушень було повалення уряду Меттерніха 15 березня 1848 р., скасування панщини, проголошення демократичних прав та свобод, звільнення політичних в'язнів. Очевидним є і той факт, що революція 1848 р. у Австрії носила незавершений характер. Монархії вдалося вчасно загасити широкі народні виступи, частково шляхом їх збройного придушення, частково шляхом задоволення вимог революціонерів, як от у питанні скасування панщини.

Вже осінню 1848 р. монархічні сили імперії переходять у наступ. 3 жовтня імператор Австрії своїм рескриптом оголосив угорців бунтівниками. На прохання цісаря російський цар Микола I скеровує до Угорщини свої війська. 1 листопада 1848 р. відбувається звільнення Відня з рук революціонерів, а 5 січня 1849 р. імператорські війська займають Будапешт. Так відбулося придушення революції.

Кардинальна зміна курсу Австрії стосувалася і найвищої особи в монархії. 2 грудня 1848 р. цісар Фердинанд змушений відмовився від корони. Новим монархом в обхід батька (Франца Карла рідного брата Фердинанда) стає 18-річний племінник бувшого імператора Франц Йосиф, що керував країною майже 70 років, аж до глибокої старості. Новий імператор виявився людиною, непересічною і рішучою, здатною відстоювати інтереси монархії.

Франц Йосиф не зупинив конституційні перетворення у Австрії, але і не продовжив їх у заданому напрямку, чим задовольнив консервативно налаштовану верхівку. В березні 1849 р. він розпускає парламент і дарує народу нову Конституцію розроблену урядом, яка так і не увійшла в дію. В країні надовго запроваджується поліцейний режим під керівництвом міністра внутрішніх справ А. Баха. Відбувається повернення до абсолютизму.

Також у 1848 році розпочалась реформа державних органів монархії. Був реалізований принцип централізації управління і розподілу його за категоріями справ замість попереднього, який відповідав географічному складу монархії. На загальнодержавному рівні були створені міністерства. Колегіальний розгляд справ замінено одноособовим. З 1848 Галичина (одне з 9 австрійських намісництв), управляється імператорсько-королівським намісником, який призначається імператором за поданням Ради Міністрів і є вищим управлінським органом краю.

Революція в Австрії носила незавершений характер, докорінної перебудови соціальних та політичних інститутів не відбулось. Була збережена абсолютна монархія, а перебудова державного апарату мала на меті не допустити в подальшому повторення революційних подій 1848-1849.

ОСНОВНІ ТЕНДЕНЦІ У РЕГУЛЮВАННІ ШЛЮБНО-СІМЕЙНИХ ВІДНОСИН У КОДИФІКАЦІЯХ ЄВРОПЕЙСЬКИХ ДЕРЖАВ ХVІІІ-ХІХ СТ.

Новосядло І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У Європі ХVІІІ-ХІХ ст. було здійснено багато кодифікацій у різних сферах, в т.ч. у цивільному праві. Простежити конкретні зміни, які відбулися у цей період можна за кодифікаціями Франції та Німеччини. Разом з тим, не можливо оминати і інші кодифікації, які виступали передумовою, в певному розумінні були пробними, оскільки випереджали в часі великі кодифікації ХVІІІ-ХІХ ст.

З доби Просвітництва виникають тенденції до надання інституту шлюбу світського характеру та до охоплення світським законодавством цієї сфери. Ця тенденція сягає за часів Реформації, але тепер вона одержала нове теоретичне обґрунтування у доктрині новітнього цивільного права, представники якої починаючи від Г. Гроція представляли концепцію шлюбу як цивільну угоду, з усіма випливаючими з цього наслідками, в тому числі і в сфері його розірвання.

Надання світськості інституту шлюбу стало важливим пунктом політики держав освіченого абсолютизму. У Австрії за часів Йосифа II це відобразилось у межах загальної політики підпорядкування церковної організації державній владі у всіх сферах життя. Першим у Європі своє законодавче закріплення одержав і світський інститут шлюбу. Патент Йосифа II про шлюб 1783 р. проголошував, що шлюб є цивільна угода, яка регулюється державними законами як стосовно дійсності, так і наслідків. З того часу юрисдикція стосовно питань шлюбу належала виключно до державного судочинства.

Так, Пруське земельне право (1894 р.) інститут шлюбу трактує як цивільноправову угоду, регульовану законодавством держави. Але, разом з тим, зберігалось церковну форму укладання шлюбного союзу.

Протягом ХІХ ст. у цій сфері виникли три системи правового регулювання інституту шлюбу: 1) інститут шлюбу повністю регулювався правом держави, тобто цьому інституту надавали світський характер; 2) шлюбне право підпадає під право релігійне з дотриманням релігійного характеру шлюбу; 3) мішана система, тобто світсько-релігійна. У Франції та Німеччині шлюбне право регулювалося на засадах чисто світських.

У Франції Конституція 1791 р. оголосила шлюб з правової точки зору цивільною угодою, а декрети 1793 р. надавали світської форми укладання шлюбу перед муніципальними службовцями, також врегульовували справу припинення шлюбного союзу через розлучення.

Кодекс Наполеона (1804 р.) санкціонував цивільний характер шлюбу через форму укладання (перед службовцем цивільного стану); через можливість припинення шлюбу (шляхом розлучення) та юрисдикції (виключна компетенція світських судів у шлюбних справах). Лише в певних випадках (наприклад, стосовно умов укладання шлюбу) посилався на канонічне право на давнє французьке право.

Згідно з Німецьким цивільним уложенням (1900 р.) шлюб мав характер цивільної угоди, укладеної перед службовцем цивільного стану, а судочинство у шлюбних справах належало до компетенції загальних судів.

Мішаний характер (тобто світсько-релігійний) мав цей інститут у Австрійському кодексі. Він відійшов від Закону шлюбного (1783 р.), про який йшлося вище і зайняв компромісну позицію. За австрійським кодексом шлюб є угодою, у якій дві особи різної статі заявляють свою волю. Кодекс містив норми, які утримували світський характер загальних засад, що стосуються суті шлюбу, як цивільної угоди, здатності до укладання шлюбу, перешкод до його укладання та ін. Тут також передбачена світська юрисдикція стосовно справ, які стосуються дійсності шлюбу, розлучення (наскільки воно допускалося).

Натомість, укладання шлюбу виступало в альтернативній формі: релігійний (для віросповідання, визнаних у державі) або світський (для осіб, які не належали до жодного визнаного у державі віросповідання).

Відмінності шлюбного права залежно від віросповідання були й у сфері припинення шлюбу. Якщо розлучення (сепарація) було доступне всім, то розвод був дозволений лише для некатоликів.

Кодекс передбачав окремі засади виникнення та припинення шлюбів єврейських, із застосуванням запозиченого із Талмуду (§ 5) інституту так званого «розводного мита» (§ 135 АВГВ означає, що «якщо буде доведено, що дружина допустила перелоб, чоловік має право віддалити її від себе через розводний лист, навіть проти її волі»). Поза цивільним кодексом було врегульоване на світських засадах шлюбне право осіб, що не належали до жодного визначеного законом віросповідання. Також було запроваджено інститут так званого цивільного шлюбу з необхідності, серед інших і у випадку, коли духовник відмовляв у наданні шлюбу з причин невідомих цивільному праву.

У цивільному праві XVIII-XIX ст. особисті відносини між подружжям були встановлені на засадах пануючої ролі чоловіка. Зокрема, яскравим прикладом нерівноправної позиції подружжя були приписи Кодексу Наполеона, який визнавав за чоловіком, як головою союзу, владу над жінкою.

На тій самій засаді, верховенства чоловіка, будувалися і майнові відносини. Це питання було відокремленим від особистих відносин подружжя, але займало визначне місце у приватному праві.

Майнові відносини між подружжям у шлюбі могли базуватися на одній із двох систем: 1) система законна, яка зобов'язувала подружжя, якщо їх відносини не були врегульовані договором; 2) договірна система, що визначалася сторонами довільно.

Також виділяють і системи регулювання майнових відносин між подружжям у шлюбі: 1) система спільності, при якому все майно є спільним; 2) система повного відокремлення майна, при якій майно подружжя залишалося розділним.

На практиці ж частіше приймали мішані системи, які були модифікацією вище названих способів врегулювання майнових відносин у шлюбі.

Система спільного майна була прийнята у Кодексі Наполеона. Це була так звана «законна спільність», що охоплювала нерухомість та речі, набуті під час шлюбу. Право управління, використання і розпорядження спільним майном належало чоловікові.

Приписи Австрійського цивільного кодексу впроваджують презумпцію розділення майна, при тому, що чоловік за законом управляв майном дружини.

Німецький цивільний кодекс, виходячи з так званої системи управління та одержання прибутків, також віддавав принесене дружиною майно в управління чоловікові.

Тобто, система роздільності майна подружжя, будучи формально, базувалася на засаді рівноправності подружжя у майновій сфері фактично санкціонувала перевагу чоловіка через надання йому домінуючої ролі у сфері управління і використання майна дружини.

У сфері сімейних відносин між батьками і дітьми помітними були залишки попередніх епох. Так, сімейне право у кодексі Наполеона було підпорядковане ідеям забезпечення міцності, непорушності законної сім'ї і підтримання сильної, патріархальної влади батька у сім'ї.

З ідеї міцності законної сім'ї випливали конкретні приписи кодексу, які повинні були забезпечити цю міцність формальним способом, хоча б навіть із прийняттям фікції. До таких способів належали, за зразком римського права, припущення шлюбного походження дитини та інші правові способи запобігання порушення міцності законної сім'ї. Кодекс Наполеона забороняє встановлення батьківства, який тлумачили редактори кодексу як такий, що запобігає скандалам, що можуть порушити домашній спокій і також для «охорони поважних людей перед нападами жорстоких жінок та чужих дітей».

Принцип міцності законної сім'ї також відобразився на обмеженнях стосовно нешлюбних дітей. Французький цивільний кодекс відрізняв дві категорії нешлюбних дітей: 1) позашлюбні діти, зазвичай яких називали природніми; 2) діти від позашлюбних зв'язків. Природні діти могли одержати юридичне становище законних дітей при укладенні шлюбу ба-

тьками, яке було відоме ще римському праву (узаконення, внаслідок укладення шлюбу) або внаслідок добровільного визнання.

Природні діти, не визнані добровільно, могли встановлювати своє походження в судовому порядку за допомогою процедури пошуку стану. Визнані природні діти, однак не входили до сім'ї своїх батьків, а одержували лише обмежені спадкові права.

Діти від позашлюбних зв'язків (порочних зв'язків) мали лише право на аліменти, але не могли шукати стану чи права на спадкування.

Австрійський цивільний кодекс не так сильно обмежував права позашлюбних дітей як це було за кодексом Наполеона, але однак позбавляв їх будь-яких можливостей мати права, які виникали з сімейних відносин.

Фундаментом міцності законної сім'ї у Франції була сильна батьківська влада. Протягом існування шлюбу влада над дітьми належала виключно батькові, він також управляв майном дитини. Міг використовувати «засоби виправлення» через фізичний примус з боку судової влади.

Пруський цивільний кодекс використовує так звані «домашні покарання», дозволяючи обом батькам, які незадоволені поведінкою дітей карати їх «способом, який не шкодить їх здоров'ю і розвиткові». Разом з тим у кодексі запроваджено санкцію за надуживання батьківською владою, чого не знав Кодекс Наполеона.

В останні десятиліття XIX ст. у сімейному праві позначилися нові тенденції, які на перший погляд були протилежних напрямків. З одного боку, йшлося про індивідуалізацію та лібералізацію тих приписів сімейного права, які ще носили відбиток патріархальних та антигегалітарних традицій. З другого боку, була помітною тенденція до запровадження нових обмежень, які полягали у зростанні втручання держави у сферу сімейних відносин.

Згідно з внесеними змінами й доповненнями до Австрійського цивільного кодексу малолітня особа, що не перебувала на утриманні батьків, могла самостійно домовлятися про надання послуг. Батько (опікун) при наявності поважних причин міг вимагати визнання договору недійсним.

Німецький цивільний кодекс, який визнавав за малолітніми значну самостійність, зокрема у сфері майнових відносин, дозволяв навіть за певних умов самостійне ведення підприємництва для заробітку.

Із загальним покращенням правового становища жінок зростала їх роль у сімейних відносинах, а також їх участь у здійсненні батьківської влади, хоч це відбувалося дуже повільно.

Також змінилося і становище позашлюбних дітей. Найбільше змін сталося, зрозуміло у законодавстві Франції.

Друга тенденція – втручання держави у питання сім'ї – також пов'язана була із обмеженням батьківської влади патріархального типу. Було прийнято багато законодавчих актів, які контролювали здійснення батьківської влади з боку держави і судової влади.

Французький закон 1889 р. захищає дітей, яких били і морально принижували батьки і дозволяє втручання суду у всіх випадках, які дають підставу побоюватися про «здоров'я, моральність та виховання» дітей включно аж до позбавлення батьківської влади.

Новела 1 до Австрійського цивільного кодексу також значно розширила, порівняно з попереднім текстом австрійського цивільного кодексу, сферу судових рішень у справах обмеження чи позбавлення батьківської влади або щодо долі дітей у випадках сепарації чи розводу батьків.

Німецький цивільний кодекс також передбачав широкий контроль суспільства над виконанням батьківської влади, виконанням батьком функцій законного представника чи управлінням майном дитини.

Проявом втручання державної влади у сімейну сферу були також зміни стосовно інститутів опіки, яку, як правило, згідно з нормами цивільного кодексу здійснювали родичі. З часом нагляд за здійсненням опіки перейшов до публічних органів.

Цією ж новелою було запроваджено інститут так званої генеральної опіки, яка полягала у можливості через суд доручити опіку над малолітньою особою органам публічної адміністрації або товариству охорони молоді. Передбачався також інститут опікунських рад, які були

державними органами, що співпрацювали з опікунськими судами (однак, у життя впроваджені не були).

У Німецькому цивільному уложенні діяльність опікуна піддавалась всесторонньому і дріб'язковому наглядові опікунського суду.

У кодифікаціях європейських країн XVIII-XIX ст. у шлюбно-сімейних відносинах простежуються наступні тенденції: шлюб набув світського характеру, хоча і надалі залишалось важливим його релігійне оформлення; розширились права жінки у сфері особистих і майнових відносин у шлюбі; змінюється характер відносин між батьками і дітьми, особливо між матір'ю і дітьми.

МІСЦЕ І РОЛЬ ОРГАНІВ ПРОКУРАТУРИ В ГАЛИЧИНІ У СКЛАДІ АВСТРІЇ ТА АВСТРО-УГОРЩИНИ В ДЕРЖАВНО-ПОЛІТИЧНІЙ СИСТЕМІ КРАЇНИ (1849-1918 РР.)

Панич Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Дослідження становлення та розвитку інституту прокуратури на українських землях у складі іноземних держав дозволяє констатувати актуальність даного питання. Особливої уваги заслуговує утворення та функціонування органів прокуратури на західноукраїнських землях, зокрема, в Галичині у складі Австрії та Австро-Угорщини у 1849-1918 рр., оскільки сучасними українськими вченими-правознавцями даній проблематиці достатньої уваги ще не приділялося.

Запровадження в Галичині у 1849 році посад державних прокурорів, а також утворення у 1851 році Галицької фінансової прокуратури спричинило значний позитивний вплив на здійснення правосуддя у Галичині. Законодавчі нововведення 1851-1868 років, коли було остаточно визначено структуру державних прокуратур, Вищих державних прокуратур та фінансових прокуратур лише покращили ефективність діяльності і взаємодію цих інституцій.

Так, починаючи з 1873 року в імперії встановлювалася трирівнева система органів прокуратури:

1. Державні прокуратури, які очолювалися державними прокурорами і діяли при крайових судах;
2. Вищі державні прокуратури, очолювані Вищими державними прокурорами, які функціонували при Вищих крайових судах;
3. Генеральна прокуратура, що функціонувала при Верховному судовому та касаційному трибуналі у м. Відні і керівництво якою здійснював Генеральний прокурор.

Органи прокуратури, в тому числі і в Галичині, належали до судової гілки влади попри те, що у своїй діяльності були підзвітними і підпорядкованими (за винятком фінансових прокуратур) міністру юстиції імперії. Фінансові прокуратури звітували і підпорядковувалися імперському міністру фінансів.

Досконала система прокурорських органів та добре продумана політика австрійського уряду щодо підбору кадрів сприяла притоку у ці органи, в основному, висококваліфікованих прокурорських службовців. Позитивними факторами при цьому була не лише престижність прокурорської роботи, але і її висока оплачуваність. У зв'язку з цим ефективність діяльності органів прокуратури у Галичині певним чином відповідала тій характеристиці, яку давав органам прокуратури у 1911 році професор кримінального права університету Гієсен В. Міттермаєр, кажучи, що «... прокуратура не лише переслідує..., але й захищає невинного, спокійно сприймаючи пристрасті сторін... Вона стоїть у центрі боротьби проти злочину, через що має достатньо багато роботи по допомозі і захисту того, хто падає, а її діяльність вказує дорогу ... правосуддю...».

Водночас діяльність органів прокуратури, зокрема, у Галичині характеризувалася також цілою низкою недоліків. Так, попри жорсткі правила прийому на роботу, не всі службовці володіли достатніми теоретичними практичними знаннями. Про такі факти свідчать, насамперед, відгуки окремих прокурорів, які проводили відповідні перевірки або давали характеристики на своїх підлеглих Вищим державним прокурорам або міністру юстиції імперії. Наприклад, державний прокурор у м. Львові, звертаючись до Вищого державного прокурора у м. Львові 25 березня 1904 року, стверджував, що ад'юнкт державної прокуратури у м. Львові володіє «... убогими знаннями законодавства ...» (spärliche Gesetzeskenntnisse), а також не має достатніх навиків для повсякденної роботи (Mangel an hierzu erforderliche Routine), внаслідок чого є явно непридатним для праці у цій державній прокуратурі.

На прикладі органів прокуратури у Галичині знаходив своє відображення також і факт дискримінації жителів Галичини за національною ознакою. Для органів прокуратури був при-

таманим факт зайняття більшості посад особами польської та німецької національності. І лише деякі посади, насамперед, нижчого рівня, посідали українці. Українські депутати у австрійському парламенті зазначали, що «... при організації органів адміністрації та юстиції кадри для них підбираються виключно з поляків, у зв'язку з чим полякам надається величезна влада над українцями...». Депутати також зазначали, що на українськомовне населення Східної Галичини (близько 65 % усього населення Східної Галичини) припадає лише 25 % українців – суддів та прокурорів, в той час як решту 75 % посад займають представники інших національностей.

У своєму документообігу органи прокуратури користувалися виключно німецькою та польською мовами. Той факт, що населення Східної Галичини, в основному, становили українці, до уваги не брався. Зрештою, такий стан речей був закономірний, оскільки твердження більшості службовців органів прокуратури про їх володіння крім німецької, польської ще й українською мовою насправді не відповідали дійсності. Український депутат у австрійському парламенті Ю. Романчук наголошував, що достовірність даних щодо володіння українською мовою службовцями суду та прокуратури у Галичині ніколи не проводилися і наводив показовий приклад рівня знань української мови службовцями Крайового суду у м. Львові та державній прокуратури у м. Львові при розгляді ними подання державного прокурора про конфіскацію тиражу україномовної газети: «... Цілий штат ... був не в змозі читати українською мовою, внаслідок чого судовий розгляд цієї справи тривалий час не міг розпочатися до тих пір, поки не був найнятий тимчасовий секретар...».

Ще одним чинником, який негативно впливав на діяльність прокуратур, був політичний або замовний характер участі цих органів у окремих справах. Доволі часто органи прокуратури використовували свої повноваження з метою стримування або придушення державотворчих процесів у Галичині. Такі дії насамперед полягали в безпідставному порушенні і розслідуванні органами суду, прокуратури і поліції сфабрикованих кримінальних справ щодо видатних українських суспільно-політичних діячів, як от Івана Франка та Михайла Павлика, в активній діяльності яких уряд вбачав загрозу австрійському пануванню у Галичині.

Попри окремі позитивні зрушення у кримінальному та кримінально-процесуальному законодавстві Австро-Угорщини у другій половині XIX ст., австрійський уряд не відмовився від використання органів прокуратури як репресивного інструменту щодо засобів масової інформації. Так, органи прокуратури в Галичині продовжували здійснювати заходи щодо оперативної конфіскації тих засобів масової інформації, які містили небажані або небезпечні для імперського правління статті та порушили встановлені законом вимоги щодо їх реєстрації або розповсюдження.

Крім видачі органам поліції особистих наказів про конфіскацію друкованих видань, органи прокуратури неодноразово зверталися у відповідні суди з заявами про встановлення судових заборон їх подальшого розповсюдження або друку окремих статей. Так, 22 листопада 1892 року редакція часопису «Народ» повідомила своїм читачам, що згідно вироку суду було накладено заборону на друк статті видатного українського письменника та публіциста М. Павлика внаслідок аналізу автором фактів еміграції селян з Галичини у Росію.

Не сприяв підвищенню рівня судочинства у Галичині і той факт, що органи прокуратури активно впливали на суди в Галичині при здійсненні ними своїх повноважень. І хоча заступник державного прокурора у м. Тешен Вебер писав, що «... запровадження в Австрії інституту прокуратури було зумовлене необхідністю підтримання законності та достоїнства судочинства без порушення інтересів вільного прийняття судових рішень незалежним суддею», вплив органів прокуратури на суди в Галичині був очевидним. Наприклад, державні прокурори, за вказівкою міністра юстиції, були уповноважені *вимагати* у крайових судів зупинення досудового слідства в окремих категоріях справ. Суди були зобов'язані брати до уваги такі заяви державних прокурорів і зупиняти досудове слідство.

Непоодинокість таких випадків впливу та їх позитивні результати призводили навіть до того, що до прокуратур зверталися інші органи влади з проханнями пришвидшити вчинення тих чи інших процесуальних дій судами. Наприклад, 28 серпня 1870 року Президія Галицького намісництва у м. Львові звернулася до Вищого державного прокурора у м. Львові з проханням про

«...вчливив вплив ...» на окружний суд у м. Станіслав при розгляді ним справи про зловживання урядовців у справі військового призову до австро-угорської армії.

Аналізуючи виконання покладених на органи прокуратури функцій, слід також відзначити, що для усіх органів прокуратури в імперії була характерною велика завантаженість роботою. Так, зокрема, у 1894 році до імперських прокуратур усіх рівнів надійшло 146 123 заяви про вчинення діянь, що містили ознаки злочинів, в той час як у минулому, 1893 році, таких заяв було лише 128 133. У 1896 році кількість таких заяв збільшилася на 3 539 заяв та становила 149 662 заяви, які було подано у прокуратури імперії.

Не була винятком у даному аспекті і зайнятість органів прокуратури в Галичині. Більш того, по окремих категоріях злочинів на суди Галичини припадала ледь не половина усіх кримінальних справ, порушених в австро-угорській імперії. Так, у 1884-1885 роках судами у Галичині було розглянуто 28 545 кримінальних справ по обвинуваченню осіб у заподіянні легких тілесних ушкоджень, в той час як загалом в Австрії розглянуто 57 027 таких справ, тобто на Галичину припало 50,05 % від усіх справ вказаної категорії; вже у 1907 році судами у Галичині було розглянуто 54 % справ даної категорії (49 005 кримінальних справ) із загальної кількості таких справ (90 695 кримінальних справ) в Австрії.

Підтвердженням факту зростання кількості справ є також дані про зростання навантаження окремих прокурорських службовців. Наприклад, у грудні 1894 року службовець державної прокуратури у м. Львові Гіжомскі додатково отримав 16 кримінальних справ, по яких у суді потрібно було підтримувати державне обвинувачення. Службовець Стебельскі додатково отримав 22 таких справи, службовець Оленскі – 9 справ, а службовець Готковські – додатково 13 таких справ.

Постійне зростання кількості нових справ не могло не відобразитися на якості виконання прокурорськими службовцями своїх повноважень. Воно знаходило свій прояв, насамперед, у затягуванні провадження по окремих з таких справ. Наприклад, у державній прокуратурі м. Коломия станом на 20 вересня 1886 року залишалися незавершеними 13 кримінальних справ, в той час як службовцями державної прокуратури у м. Станіславі станом на вересень 1886 року 83 кримінальні справи залишалися незавершеними. Ще більший приріст кількості кримінальних справ спостерігався у державній прокуратурі у м. Львові в 1904 році – прокурор цієї прокуратури доповідав Вищому державному прокурору про зростання їх кількості на 22 %.

Характерною була вказана завантаженість і для Галицької фінансової прокуратури та підпорядкованих їй відділів. Всупереч тому, що штат Галицької фінансової прокуратури був одним з найбільших порівняно з штатами інших фінансових прокуратур імперії, кількість справ у ній з року в рік зростала, а Галицький фінансовий прокурор у своїх звітах на ім'я міністра фінансів повідомляв, що частина з них у поточному році вирішена не була. Наприклад, у свосму звіті від 27 січня 1909 року на ім'я Галицького фінансового прокурора керівник експозитури Галицької фінансової прокуратури писав, що в його провадженні невіршеними у 1908 році залишилися 7 справ, у його заступників – 10 справ, а у службовців експозитури – ще 5 невіршених справ.

Таким чином, на органи прокуратури у Галичині покладалося виконання не лише тих функцій, що притаманні цій інституції у демократичних і правових державах, але також й тих, які часто суперечили суті цієї інституції як правоохоронного органу. Особливо чітко дана риса проявлялася на прикладі репресивної діяльності органів прокуратури в Галичині щодо відомих українських суспільно-політичних діячів, перешкоджанню поширення останніми відомостей та поглядів, що суперечили імперській ідеології Австрії та Австро-Угорщини. Не сприяло, а лише погіршувало загальний рівень правосуддя у Галичині також і постійне зростання завантаженості органів прокуратури та затягування австрійським урядом процесу поповнення чисельності прокурорських службовців у Галичині.

**ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО
СТАТУСУ ВІРМЕНСЬКИХ ГРОМАД НА УКРАЇНСЬКИХ
ЗЕМЛЯХ
(XIV–XVIII СТ.)**

Попович О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Правове надбання етносів, які тривалий час проживали на території України, є складовою частиною правової культури українського народу, заслуговує на уважне ставлення і ретельне вивчення з метою створення належних гарантій прав людини, збереження стабільності і згоди в міжнаціональних відносинах. Вірменський народ є одним з таких етносів. Завдяки створенню сприятливих умов в останні роки поживилася робота по науковому дослідженню різних аспектів історії і сучасного буття вірменського народу. З'явилося також ряд її історико-правових досліджень окремих аспектів функціонування самоврядування і судочинства вірменських громад у Галичині (XIV–XVIII ст.). Серед дослідників можна назвати Кульчицького В.С., Гончаренка В.Д., Дашкевича Я.Р., Кольбенка А.В., Кобилецького М.М., Бойка І.Й., Демкову М.С. та ін. На сьогодні необхідно комплексно дослідити особливості реалізації адміністративно-правового статусу вірменських громад на українських землях (XIV–XVIII ст.).

Перші вірменські поселенці з'явилися на території України ще за часів Київської Русі. Згодом вірмени розселилися по всій Україні, а значна їхня частина – осіла у Галичині і Поділлі.

Протягом XIV–XVIII ст. вірменські громади, насамперед на Поділлі і в Галичині, користувалися автономним адміністративно-правовим статусом. Зокрема, вірмени на українських землях створювали свої адміністративні органи, суд, застосовували своє право. Вірменські поселення об'єднувалися навколо своєї церкви, яка безпосередньо підпорядковувалася вірменському єпископу, а останній – Католику всіх вірмен. На українських землях вірмени були активними суб'єктами цивільних правовідносин. Вони створювали ремісничі організації (цехи) і братства, займалися внутрішньою і зовнішньою торгівлею тощо.

У місті Львові вірмени поселилися за правління галицько-волинського князя Данила Галицького. Організовано вірмени почали прибувати до міста після зруйнування у 1319 р. їхньої столиці м. Ані та захоплення у 1475 р. турками Криму. Про перебування вірмен у Львові писалося не тільки в українських та польських, але і вірменських джерелах. Зокрема, у вірменських релігійних громадах 1364 та 1388 рр. писалося про структуру вірменської громади та її органи самоврядування. Згодом вірмени розселилися у Галичині, зокрема у Кутах, Самборі, Снятині, Городенку, Тисмениці та ін. З XIII до XVII ст. у Галичині виникло понад 20 вірменських поселень. Після надання місту Львову магдебурзького права польським королем Казимиром III у 1356 р., вірмени поряд з іншими народами отримали право судитися у власному суді під головуванням міського вайта. Це стало правовою основою для організації та діяльності вірменського суду.

Львівська вірменська громада була найбільшою за чисельністю населення за економічним і культурним потенціалом з усіх колоній в Україні (XIV–XVIII ст.). Перед польською владою львівська вірменська громада неодноразово виступала від імені інших вірменських громад (Кам'янець-Подільського, Києва, Луцька, Язлівця та ін.).

Вірмени, які жили у Львові, вважалися одночасно громадянами Львова і членами вірменської громади (часто їх називали “вірменською нацією”). Як вище згадувалося, львівська вірменська громада мала власний суд. У історичній, історико-правовій літературі немає однозначної думки щодо точної дати формування вірменського суду у м.Львові. Так, провідний вірменолог Я.Дашкевич припускає, що вірменський суд у Львові сформувався ще в період Галицько-Волинської держави (1199-1349 рр.). Проте правознавці В.Кульчицький, А.Кольбенко, дослідники М.Врадій, Я.Ісаєвич вважають, що вірменський суд у Львові діяв з 1356 року, коли, як вище згадувалось, Львів отримав магдебурзьке право.

Погляди Я. Дашкевича, на мою думку, не позбавлені наукових підстав, оскільки князь Данило Галицький сприятливо відносився до вірмен, надавав їм привілеї, а це в свою чергу привертало нових поселенців. Масове переселення вірмен до Львова в період Галицько-Волинської держави, вимагало надання їм права самостійно вирішувати їхні сперечки за їхнім правом у власному суді. З іншого боку привілеї 1356 р., як правильно стверджують правознавці В. Кульчицький, А. Кольбенко та ін. став правовою основою організації і діяльності вірменського суду у Львові.

У 1378 р. управитель Руського королівства Владислав Опольський видав привілеї, який надав вірменській громаді Львова право судитися вже під головуванням власного в'їта. Про повноваження вірменського суду писалося у привілеях польських королів у 1444, 1474, 1482, 1483, 1489 рр.

Головою вірменського суду був вірменський в'їт. Про вірменських в'їтів у писалося у документах львівських радників та лавників. У 1368 р. згадувалося про в'їта Абрагама, 1378 р. – про в'їта Богдана, 1411 р. – в'їта Миколу, протягом 1434–1441 рр. – в'їта Якуба. Діяв вірменський суддя до 1469 р. З 1469 р. міська влада Львова починає обмежувати права вірмен. Так, відповідно до королівського декрету від 1469 р. окреме вірменське в'їтство було скасовано і вірменський суд був підпорядкований міському в'їту. Раду старійшин вірменської громади очолював ересхопан, тобто керівник церковної громади вірменської міської церкви. Вірменським судом (в складі шести старійшин) керував з 1496 р. міський в'їт (невірменин). Відповідно до королівських декретів 1510, 1518 і 1560 рр.; компетенція вірменського автономного суду була обмежена розглядом цивільних позовів, майнових спорів, скарг і деяких інших питань. Такі обмеження існували до 1783 р. тобто до реорганізації судочинства у зв'язку з встановленням влади австрійської монархії.

У XIV–XVIII ст. вірменські поселення також існували на Поділлі. Вірменська громада у Кам'янці-Подільському, Язлівці, Бучачі, Підгайцях, Могилеві-Подільському, Рашкові та інших містах мала свій суд. Головою вірменського суду був в'їт. У вірменських колоніях Поділля діяли світські і духовні суди. До повноважень духовного суду входило вирішення церковних справ, питань, що торкалися релігійного життя, а також пов'язаних з шлюбом і сім'єю. Суддя-в'їт не мав права здійснювати суд одноособово. Кількість суддів, присутніх під час розгляду справи, коливалося передбачалося в межах від п'яти до дев'яти осіб. Засідання Кам'янець-Подільського вірменського суду відбувалися у спеціально збудованому для цього приміщенні в центрі міста. Строки розгляду справ законом не регулювалися, за винятком справ приїжджих осіб, для яких встановлювали строк у чотири дні. Духовні вірменські суди збиралися в міру потреби по понеділках, четвергах і суботах кожного тижня. Для них були зроблені певні винятки, зокрема не дозволялося розглядати конфлікти в дні релігійних свят, дні виїзду вірменського єпископа, а також у день народження і коронації польського короля.

Посада вірменського в'їта була виборною. Порядок його виборів затверджував польський король. Згідно з грамотами останнього, вибори в'їта відбувалися щороку. Виборцями були “сорок братів” під проводом свого маршалка і 50 представників “простого люду”, який обирали “сорок братів” та їх маршалок за 2–3 дні до виборів з числа “добрих, чесних і місцевих” осіб вірменської громади, за умови, що вони “пристойно одягнуті”. До початку виборів список 50 представників передавали в'їту і членам вірменського магістрату. Останні мали право запросити до початку виборів цих осіб на бесіду. Посилаючи їх на вибори, в'їт вимагав від них поводитися з членами магістрату чемно і з повагою. Після складання в'їтом своєї повноважень виборці висловлювали йому подяку за виконану роботу. Після цього в'їтом обирали одного з суддів, який ще не обіймав даної посади. З числа суддів обирали також заступника в'їта, нотаріуса (секретаря суду), в обов'язки якого входило роз'яснення правових норм, а також судового виконавця, на котрого покладалася поліцейські функції. Обирали також керівника ради старійшини “сорока братів”. У вірменських громадах цю посаду називали порізню. Так, у Кам'янці-Подільському – маршалок, у Рашкові – регент. Маршалок як староста “сорока братів” відповідав за порядок у громаді, збирав податки та передавав в'їту і на його вимогу інформував про доходи й видатки. На думку вірменського історика В. Григоряна, з аналізу кам'янець-подільських судових актів видно, що суд фактично був органом, який здійснював самоврядування кам'янець-подільських вірмен. Іноді цей суд називали магістратом,

хоч це поняття ширше і включало раду “сорока братів”, членам і керівнику якої – маршалку було надано право контролювати діяльність суду і в'їта.

В інших містах Поділля також діяли вірменські суди. Так, у Бережанах вірменський суд згадується в 1686 р., проте його книги не збереглися. Немає й книг з Бродів, де вірменський суд діяв принаймні в 1683–1763 рр. Відомо, що в 1744 р. книги вірменського в'їтвського уряду вели в Золочеві (в'їтвство існувало тут з 1688 р.), але вони не збереглися. Вірменський в'їтвський суд діяв також у Підгайцях (згадується він у 1675 р.). Однак від його книг, знищених, мабуть, під час турецької навали, не лишилися жодного сліду. Безслідно зникло і діловодство вірменського в'їтвського уряду у Студениці (існував до 1633 р.). Такі ж уряди були в Могилеві-Подільському (в 1743—1786 рр.) і Рашкові (з 1751 р.).

Здійснення судочинства у вірменських громадах спочатку відбувалося за старовірменським правом, тобто Судебником Мхітара Гоша (1130–1213), складеним у 1184 р. і перевезеним з Вірменії на українські землі. Згодом виникли суперечності щодо правильності тлумачення норм права, складених малозрозумілими для короільвської і місцевої влади вірменською та вірмено-кіпчацькою мовами (та звалася мова українських вірмен. – О.П.). Крім того, виникали нові економічні відносини, які вимагали правового регулювання. Після проведеної кодифікаційної роботи Сигізмунд I Август затвердив 5 березня 1519 р. Вірменський статут, який складався з двох частин: у першу входило 10 статей, до другої – 124. Статут широко регулював правові відносини церковного, шлюбного, кримінального, фінансово економічного, цивільного характеру. Невелика частина статей була перероблена з урахуванням нових правових відносин, що сформувалися на українських землях. Якщо статті значно відрізнялися від звичних у польському праві аналогів, то у Статуті 1519 р. часто наводилося таку уточнююче зауваження: “Щодо вірмен що постанову слід розуміти так”. Статут 1519 р. за способом систематизації норм права вважається кодексом, за яким розв'язувалися правові спори, здавалося, мав вирішити спори у Львові між вірменами та міською владою.

На основі Вірменського статуту у 1567 р було прийняте королівське утвердження для вірмен, які проживали у Кам'янці-Подільському. Польський історик права О. Бальцер стверджував, що до 1567 р. кам'янець-подільські вірмени застосовували Вірменський статут 1519 р.

Таким чином, створення вірменським громадам на українських землях у XIV–XVIII ст., завдяки їхній економічній силі та активній участі у торгівлі, що приносила значні прибутки, вдалося сформувати сильну судово-правову автономію у містах на українських землях у вигляді церковної автономії, вірменського суду. У тих українських містах і містечках, де вірменська громада була нечисленною, її автономія обмежувалася релігійними справами та місцем проживання. Історія правового регулювання реалізації адміністративно-правового статусу вірменських громад на українських землях (XIV–XVIII ст.) являла собою приклад досягнення соціального, релігійного та національного миру, приклад, яких небагато було у тогочасній Європі і який сьогодні заслуговує на вивчення з метою його застосування у сучасному правовому полі.

ПОНЯТТЯ ЗАСАД КОНСТИТУЦІЙНОГО ЛАДУ США

Ригіна О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Термін „конституційний лад” зазначається у багатьох конституціях сучасних держав, але офіційно не визначений його зміст. Проте, як підкреслив професор В.М.Шаповал, це можна зробити з аналізу конкретного конституційного тексту, але розуміння „конституційного ладу” у різних державах різне.

Відповідно до ст. 5 Конституції України, право визначати і змінювати конституційний лад в Україні належить виключно народом і не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами.

Як підкреслили професор В.І.Чушенко та доцент І.Я.Заяць, Основний Закон України називає свій перший розділ Загальними засадами, які й, на їхню думку, визначають основи конституційного ладу держави, а сутність конституційного ладу будь-якої держави впливає із змісту її конституції.

Професор В.М.Шаповал під терміном „конституційний лад” розуміє, по-перше, сукупність правовідносин, які виникали у зв'язку із застосуванням норм конституції, по-друге; сукупність основоположних правовідносин, закріплених і часто спеціально виокремлених конституцією; по-третє, систему конституційних положень, здебільшого сутнісного характеру, які іноді наділені найвищим рівнем юридичної жорсткості (забезпечені від скасування та змін).

Автори, погоджуючись з думкою професора В.М.Шаповала, зазначають, що узагальнено, термін „конституційний лад” визначають як систему основоположних взаємовідносин, встановлених у Конституції. Конституційний лад є за змістовою базою Основного Закону своєрідною „Конституцією України”. Норми, які закріплюють основи конституційного ладу України, виконують роль юридичного підґрунтя, нормативної першооснови для інших конституційних положень. Норми конституційного ладу зазвичай є нормами загально-регулюючих властивостей: норми-дефініції (ст.1 Конституції визначає Україну як суверенну, демократичну, соціальну, правову державу), норми-цілі (у ст.11 Конституції зазначено: держава сприяє консолідації та розвитку української нації, етнічної, культурної, мовної та релігійної самобутності всіх корінних народів і національних меншин України), норми-принципи (ст.5 Конституції закріплює принципи народовладдя: носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ) тощо. Тобто, на думку авторів, ці норми, характеризуючись найвищим рівнем узагальнення, є найважливішими засадами побудови суспільства і країни, стрижнем усієї правової системи держави.

Автори, керуючись значенням загальних засад конституційного ладу, вважають, що норми, які їх врегульовують, містять найбільший рівень юридичної жорсткості (забезпечені від скасування і змін).

Як підкреслив український вчений В.В.Кравченко, у Радянському Союзі оперували термінами, пов'язаними з поняттями „конституційний лад” – „суспільний лад”, „суспільний устрій”. В.В.Кравченко, систематизувавши уявлення про „конституційний лад”, вказує, що: 1) цим терміном позначається цілісна система основних політико-правових, економічних та соціальних відносин, які встановлюються та захищаються конституцією, іншими конституційно-правовими нормами; 2) певний спосіб (форма) організації державної влади, закріпленої конституцією; 3) стан відносин (порядок), який характеризує державу як конституційну, забезпечує підпорядкованість держави праву, сприяє закріпленню в суспільній практиці і правосвідомості справедливих, гуманних і правових взаємозв'язків між людиною, громадянським суспільством і державою. При цьому конституційною державою – є держава, в якій державна влада обмежена (підпорядкована) праву і народному суверенітету, а вказана підпорядкованість забезпечена відповідними гарантіями.

На думку В.В.Кравченка, третє визначення терміну „конституційний лад” є найбільш вдалим, оскільки наявність в державі конституції, яка визначає державний устрій, не є свід-

ченням про її конституційний характер та наявність конституційного ладу, який повинен характеризувати реальну обмеженість держави конституцією, гарантованістю прав і свобод громадян.

Терміном „державний лад”, на думку автора, слід позначати систему основних політико-правових, економічних, соціальних відносин, закріплених в державно-правових (конституційних) нормах. Він може бути „конституційним”, коли держава впливає на суспільний лад правовим шляхом, встановлюючи (санкціонуючи) правові норми, забезпечуючи їхню реалізацію на підставі конституції та інших джерел права, виконуючи обов’язки перед людиною і суспільством, або „неконституційним” (коли відсутні вказані умови – О.Р.) – державний лад тоталітарної держави.

Термін „державний лад” є більш широким ніж „конституційний лад”. Конституційний лад набуває реального змісту лише за умови демократичного характеру конституції та реального дотримання її положень, що забезпечує обмеженість держави та її влади правом.

На думку професора В.І.Чушенка та доцента І.Я.Зайця, з позиції системно-структурного підходу складовими частинами конституційного ладу України є суспільний та державний лад. Причому, суспільний лад – це організація та діяльність суспільства, а державний являє собою організацію (будівництво) і діяльність держави.

Обмеженість держави та її влади правом створює для громадянського суспільства, як невід’ємного атрибуту конституційної держави, оптимальні умови для функціонування.

Засадами конституційного ладу, на думку професора Ю.Н.Годики, є система вихідних принципів організації державної влади в конституційній державі, взаємовідносини конституційної держави з людиною та інститутами громадянського суспільства.

Поряд з терміном „конституційний лад” у юридичній літературі вживають категорію „конституціоналізм” (французьке слово – constitutionnalisme, яке походить від латинського *constitutio* – устрій, установлення, положення).

Професор В.М.Шаповал визначає термін „конституціоналізм” як доктринальне поняття, яке вживається в юридичній та суспільних науках як політико-правова ідеологія, історично пов’язана з феноменом конституції як основного закону держави.

Конституціоналізм асоціюють з певними методами управління державними справами, що пов’язано з історичною традицією обмеження влади монарха. З XVIII ст. у Європі „конституціоналізм” почали трактувати як державне правління, обмежене конституцією як актом вищої юридичної сили. В основу такого розуміння були покладені концепції народного суверенітету і поділу влад. Конституціоналізм розглядається як практика відповідного регулювання суспільних відносин.

Аналізуючи вказані дефініції та положення федеральної Конституції 1787 р., на нашу думку основоположні керівні ідеї (засади) конституційного ладу США безпосередньо відображені у Преамбулі Конституції 1787 р.: „Ми, народ Сполучених Штатів, з метою створення більш досконало Союзу, встановлення правосуддя, гарантування внутрішнього спокою, забезпечення спільної оборони, сприяння загальному добробуту та закріплення блага свободи за нами і нашими нащадками, урочисто проголошуємо і встановлюємо цю Конституцію для США”.

На нашу думку, авторами Конституції в її статтях, на підставі ідей Преамбули, були розвинуті засади конституційного ладу США, якими є федералізм в Преамбулі до Конституції вживається термін „Союз”), представницька демократія, реалізована Президентом та Конгресом (статті I, II; Поправка XII), розподіл влад (статті I, II, III), верховенство федерального закону (розділ 1, статті IV), рівність громадян різних штатів (розділ 2, статті IV), захист штатів (розділ 4 статті IV), ідеологічний та релігійний плюралізм, свобода слова, друку, зборів (Поправка I), право носити та зберігати зброю (Поправка II), охорона житла (Поправка III), право на охорону особи, житла, паперів та майна від необґрунтованих обшуків і арештів (Поправка IV 4), право на суд безпристрасним судом присяжних (Поправки V, VI), заборона притягувати до відповідальності за один і той самий злочин двічі, заборона бути свідком проти самого себе, заборона позбавляти життя, свободи і власності без належної правової процедури (Поправка V), знати про сутність обвинувачення проти себе, мати право на очну ставку зі свідками обвинувачення, мати право викликати свідків, на допомогу адвоката в кримінальних справах

(Поправка VI), право на суд присяжних у цивільних справах, ціна позову в яких перевищує 20 доларів (Поправка VII), заборона стягати надмірні податки та штрафи, призначати жорстокі на незвичні покарання (Поправка VIII), можливість громадян мати інші права, непередбачені Конституцією (Поправка IX) та інші.

Отже, на нашу думку, **засади конституційного ладу США** – це система керівних ідей, закріплених у Преамбулі Конституції 1787 р. та відображені у інших її статтях та Поправках до неї, які визначають основне покликання та причину створення США, основи організації та здійснення вищої федеральної влади, а також невід’ємні права їхніх громадян, які (ці засади) характеризуються незмінністю та захищеністю від скасування.

ТРАДИЦІЯ ПОРІВНЯЛЬНИХ ДОСЛІДЖЕНЬ В ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ ТА ПРАВА УКРАЇНИ.

Семків В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Важко переоцінити значення історії держави та права в справі формування суспільної свідомості, державотворення та правотворення. Проте українська наука історії держави та права є молодію наукою, її систематичні початки необхідно шукати у XIX столітті. З появою новочасних уявлень про науку як окремих спосіб пізнання і пояснення навколишнього світу та людини у ньому історія держави та права здобула статус однієї з наукових дисциплін, яка повинна „об’єктивно” відтворювати минуле держави та права, показувати закономірності їх розвитку та невпинний прогрес. При цьому видатні мислителі досить часто продовжували доктрини, які ґрунтувалися на абсолютизації певних чинників розвитку держави та права. У XX столітті істотної шкоди науці завдала її здатність „науково обслуговувати” політичні та ідеологічні доктрини.

Антинауковий спадок тоталітарного суспільства XX століття спричинив втрату ілюзій щодо абсолютної об’єктивності історико-правових знань і породив уявлення про історію держави та права як один з жанрів пропагандистської літератури, яка обслуговує чи то інтереси певних політичних груп або ідеологій.

За таких умов постає проблема ідентифікації історико-правових знань, визначення феномену української історико-правової науки, її цілісності та наступності. Відкидаючи претензії на формування „історичних законів” розвитку держави та права українська історико-правова наука впродовж двох століть розробила й вдосконалила свій пізнавальний інструментарій, який дозволяє здобути науково перевірені знання про минуле держави та права.

Однією з найстабільніших і найцінніших пізнавальних традицій є застосування порівняльного підходу.

Історіографія проблеми доводить, що в українській історико-правовій науці еволюційно реалізувався умовно кажучи логічний ланцюжок розвитку „порівняльне мислення” – „порівняльний підхід” – „методологія порівняльних досліджень” – „порівняльно-історичне правознавство”. Зародження порівняльного мислення пов’язано з іменами таких вітчизняних учених-правознавців як К.О. Неволін, М.Д. Іванішев, О.Ф. Кістяківський, М.К. Ренненкампф, Ф.І. Леонтович, М.Ф. Владимирський-Буданов, М.М. Ковалевський, М.М. Ясинський, О.О. Малиновський, М.О. Максимейко, Ф.В. Тарановський, А.М. Фатєєв, В.В. Богишич, С.С. Дністрянський та інших.

Але більшість із них ще не використовує сукупності, визначеної системи методів і принципів, характерних для порівняльного підходу. Наприклад, К.О. Неволін застосовує порівняльне мислення для класифікації правових наук, у тому числі історико-правових, визначення співвідношення історико-правових і інших наукових дисциплін.

М. Д. Іванішев порівняльне мислення реалізував у дослідженні історії слов’янського права, аналізуючи його як сумарну історію права слов’янських народів.

М.К. Ренненкампф з допомогою порівняльного мислення довів генетичний зв’язок порівняльного правознавства з історією права. О.Ф. Кістяківський, якого сучасні автори вважають першим дослідником українського права, порівняльне мислення реалізував у дослідженні злочину та кари. М.Ф. Владимирський-Буданов з допомогою порівняльного мислення побудував вчення про руське та слов’янське право, започаткував порівняльно-слов’янський метод.

С.С. Дністрянський застосовує порівняльне мислення у дослідженні звичаєвого права, самовизначення народів, теорії конституції, у загальній науці права (Дністрянський С. Загальна наука права і політики).

М.М. Ясинський порівнював зовнішню та внутрішню структуру права, їх предмет, зміст, значення, періодизацію. Порівняльне мислення є основою його вчення про джерело права.

О.О. Малиновський особливе значення надавав порівнянню в методологічному арсеналі своїх досліджень співвідношення історії права з історією культури, історією народу.

В.В. Богишич одним з найважливіших завдань історії слов'янського права вважав порівняння слов'янських правових інститутів.

На рівень підходу, а загалом методу історико-правових досліджень піднесли Ф.І. Леонтович, М.М. Ковалевський, М.О. Максимейко, Ф.В. Тарановський.

Ф.І. Леонтович став одним із фундаторів методології української науки історії права, постійно звертаючись до її теоретико-методологічних проблем. Порівняльний підхід він розглядав у контексті методологічних проблем значення історії права, її предмету, філософії методологічних прийомів і способів аналізу. Цінними є його ідеї про значення і особливості застосування порівняльного підходу в історії права.

Особливу роль у становленні порівняльно-історичного підходу та методології порівняльно-історичного правознавства відіграв М.М. Ковалевський. Учений спеціально досліджував історико-порівняльний підхід у фундаментальних працях „Историко-сравнительный метод в юриспруденции и приемы изучения истории права”, „О методологических приемах при изучении раннего периода в истории учреждений”, „Сравнительно-историческое правоведение и его отношение к социологии: методика сравнительного изучения права”. У цих працях запропонована оригінальна концепція порівняльного вивчення права, яка поєднує тогочасні здобутки соціології, політичної, економічної та юридичної науки. М.М. Ковалевський сформулював умови правильного застосування порівняльного методу в історико-правових дослідженнях. Це дає підстави вважати ученого фундатором порівняльно-історичного правознавства.

М.О. Максимейко детально проаналізував сутність порівняльно-історичного методу, причини схожості, види, прийоми, цілі, завдання і результати порівняльного вивчення історії права, його наукове, практичне і навчально-педагогічне значення.

Послідовним прихильником порівняльного мислення, фундатором порівняльно-історичного правознавства, організатором наукової роботи у сфері порівняльних досліджень був Ф.В. Тарановський. Він приймав активну участь у розбудові організацій, наукових рухів, конгресів, які займалися проблемами порівняльно-правових досліджень. У своїх наукознавчих і методологічних працях („Учение о естественном праве”). Ф.В. Тарановський досліджував склад джерел історії права, фактично започаткувавши джерелознавчі дослідження в історії права на засадах порівняльного методу.

Таким чином, початки української науки історії держави та права безпосередньо пов'язані з становленням порівняльно-історичного правознавства, яке від правового мислення вчених піднялося на рівень методологічного підходу і самостійного наукового знання.

Утримання традиції порівняльних досліджень в історії права стикнулося з певними труднощами в радянський період розвитку науки. Проте українські вчені забезпечили наступність цієї традиції, свідомо зводячи порівняння до одного з допоміжних прийомів досліджень, але не позбавляючи його ні змісту, ні результативності. Відтак порівняння ми знаходимо у працях Б.М. Бабія, В.С. Кульчицького, М.І. Настюка, А.П. Ткача, Б.Й. Тищика. Порівняльний метод залишається основним в історико-правових дослідженнях вчених української діаспори М. Падоха, І. Нагаєвського, А. Яковлева.

Новий імпульс для відродження українського порівняльно-історичного правознавства пов'язаний з крахом вульгаризованої марксистської методології, необхідністю звільнення історико-правових знань від фальсифікацій, стереотипів та „білих плям”. З іншого боку для сучасної України характерний швидкий та інституційно організований розвиток порівняльного правознавства, спрямований на „пізнання тенденцій, закономірностей, особливостей розвитку права у світі, правових традицій, визначення місця національної правової системи серед інших, її вивчення у культурному, історико-типологічному та історико-генетичному, економічному, антропологічному, етнологічному, соціальному, політичному та інших контекстах”. Проте розвиток порівняльної історії права в Україні є нерівномірним. Спеціальних досліджень її методології небагато (М.А. Дамірлі, О.М. Гетьман, О.В. Кресін, О.Ф. Скакун). У той же час порівняльно-історичний підхід, порівняльно-історичний метод став одним із основних у дослідженнях більшості сучасних українських істориків держави та права. Це засвідчує не тільки цінність традиції порівняльно-історичних досліджень в українській науці історії держави та права, а й необхідність її перетворення у синтетичне наукове знання.

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ЗЛОЧИНИ ПРОТИ МАЙНА НА УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ У СКЛАДІ ВЕЛИКОГО КНЯЗІВСТВА ЛИТОВСЬКОГО

Сеньків Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Злочини проти майна є одними з найбільш поширених корисливих злочинів, які беруть свій початок з найдавніших часів. Кримінально-правовому захисту власності відведено багато положень як у Кримінальному кодексі України 2001 р., так і у багатьох юридичних актах, які діяли на українських землях в часи їхнього перебування у складі різних держав. Це дослідження присвячено аналізу злочинів проти майна та відповідальності за них за законодавством Великого князівства Литовського, яке діяло на українських землях до 1569 р.

Правові норми, які закріплювали положення щодо захисту майна від злочинних посягань, є у пам'ятках права Руської держави, що продовжували діяти у Литовсько-Руській державі, зокрема, у Руській Правді, а також перших законодавчих актах Великого князівства Литовського (надалі – ВКЛ) – Судебнику Казимира 1468 р., Статуті ВКЛ 1529 р., Статуті ВКЛ 1566 р.

У Судебнику Казимира 1468 р. є норми про крадіжку майна, приховування знайденого майна, наїзди та ін. У Статуті 1529 р. з'явилися цілі розділи, присвячені злочинам проти майна: розділ XIII „О злодєйствє“, розділ XII „О грабежи и о навязки“. Крім того складі найтяжчих майнових злочинів, пов'язаних з насиллям над особою, порядком несення військової служби є у інших розділах: II „О обороне земской“, VII „О квалтєх земских и о боех, и головщанах шляхетских“. Норми, що регламентують правову охорону майна (майно виступає як безпосередній або родовий об'єкт) містяться у таких розділах Статуту 1566 р.: II „О обороне земской“, IV „О судьях и о судєх“, VII „О записєх и продажах“, IX „О правах земских“, X „О ловы, о пушы и о дерево бортное“, XI „О квалтєх и о головщєзнах шляхецских“, XIII „О грабежах и навєзках“, XIV „О злодєйствє всякого стану“.

Усі посягання на майно І. Малиновський розподіляє на 4 групи: грабіж, крадіжка, незаконне користування і пошкодження чужого майна, посягання на нерухомість. Розбій та наїзд („находь“) він відносив до злочинів проти особи та майна, оскільки було два об'єкти злочинного посягання – особа (її життя, здоров'я) і майно. Законодавець залежно від безпосереднього об'єкта посягання розрізняв посягання на рухоме майно (домашні речі, свійські тварини, гроші, коштовності та ін.) і посягання на нерухоме майно (землі, садиби та ін.).

Безпосереднім об'єктом злочинів проти майна є чуже майно. Злочинне діяння може полягати у пошкодженні або знищенні чужого майна, заволодінні чужим майном („украль, пограбиль“), заподіяння майнової шкоди потерпілому є засобом для збагачення злочинця. Наслідком такого діяння є заподіяння майнової шкоди іншій особі. Спосіб злочинного діяння може бути тасмним або відкритим. Досить часто злочинне діяння позначається терміном „квалтовный“, тобто насильницький, незаконний, самоуправний.

До злочинних посягань на рухоме майно Т. Довнар відносить наїзд, розбій, грабіж, крадіжку, привласнення чи пошкодження чужого майна і незаконне використання його. У своєму дослідженні ми також будемо дотримуватися такого поділу.

1. *Наїзд або „находь“* – кінний напад на шляхетські будинки, садиби, церкви та інші місця, призначені для збору або проживання людей, який пов'язаний з пошкодженням або захопленням майна і насиллям над особою. Вчиняючи такі злочинні посягання, феодалі збільшували свої володіння або вирішували спори. Інколи наїзди на своїх сусідів здійснювалися феодалами „з метою повеселитися або показати свою сміливість й пограбувати“. У наїздах брали участь слуги феодалів, родичі і залежні люди. Залежно від „степени преступности и наказуемости“: 1) наїзд може супроводжуватися вбивством і заподіянням майнової шкоди; 2) наїзд може супроводжуватися нанесенням ран і заподіянням шкоди; 3) наїзд може закінчуватися лише запо-

діянням шкоди. У Судебнику 1468 р. вперше згадується про „поруби і наїзди”, не передбачалося конкретного покарання за ці злочини, а йшлося лише про те, що великий князь порадившись з панами – радою, визначить міру покарання. За нізд вже у Статутах 1529 та 1566 рр. було передбачено особисті покарання (смертна кара і ув'язнення), майнові штрафи на користь потерпілого, а у Статуті 1529 р. ще й грошовий штраф на користь великого князя – „вина”.

2. *Розбій* – посягання на майно, пов'язане з насиллям над особою („злупил і разбил”). На відміну від наїзду, де домінуючим елементом було насилля над особою, обмеження її прав і свобод, у розбії переважав елемент майнового посягання. Враховуючи, що розбій вчинявся „на дорозе”, Статут у цьому випадку чітко розмежував його від насильницьких дій, вчинених на дорозі „в заде”. Залежно від того хто був суб'єктом злочину Статут виділяє в окремі склади розбій, вчинений простими людьми, шляхтичами, татарами, а також розбій вчинений шляхтичем стосовно „кущово або иных людей простого стану”. Законодавець відносить розбій до категорії тяжких злочинів („речей кривавых”), які підлягали розгляду у гродському суді „по горячим следам” і призначення покарання „горлом”.
3. *Грабіж* – відкритий напад на людей або їхнє житло з метою заволодіння майном. Термін „грабіж” вживається законодавцем у значенні заволодіння майном, однак розрізняється: „правний врядовый грабеж” – заволодіння майном на підставі судового рішення; самовільний грабіж – самовільне повернення боргу за майновими зобов'язаннями; протиправний грабіж – злочинне посягання на чуже майно. Останній вид грабежу законодавець чітко не розмежує від розбою оскільки в об'єктивну сторону діяння включає насильницькі дії. Відмінними ознаками вважаються: відсутність заподіяння шкоди здоров'ю та місце вчинення злочину, тому, що вчинення злочину „на дорозе” виступає обов'язковою ознакою (елементом) для кваліфікації розбою і факультативною – стосовно грабежу. Протиправний грабіж відноситься до „речей менших не кровавых” і підлягав покаранню, в основному, у вигляді штрафу.
4. *Крадіжка* – заволодіння чужим майном „злодейским таємным обычаем”. Об'єктом крадіжки законодавець вважає те майно, яке є предметом безпосереднього і виключного володіння конкретної особи (домашні речі, свійські тварини, продукти та ін.). Крадіжку майна, яке не входить до складу приватної власності певної особи, законодавець відносить то до крадіжок (наприклад, „покрадене ставу»), то до інших майнових посягань (ловля бобрів, самовільне полювання на чужих угіддях та ін.). У Статутах 1529, 1566 рр. самовільне полювання у чужих лісах називається крадіжкою, якщо полювання велося „злодейским” способом і злочинця спіймали „на горячому”. Крадіжка відносилася до важких злочинів і за її вчинення застосовували тілесні (членопошкоджуючі) покарання, а злочинця, схопленого з вкраденим або по „горячих слідах” карали смертю. В якості додаткового покарання застосовували компенсацію матеріальної шкоди і „навязку”. Підлягали кримінальній відповідальності і особи, які знали про вчинення злочину і не донесли владі або, які переховували злочинця. На ступінь вини і покарання за крадіжку крім суспільної приналежності „злодея” і потерпілого впливали наступні обставини: вартість вкраденого майна; рецидив; місце вчинення злочину; подолання особливих перешкод при вчиненні злочину; спіймання злочинця з вкраденим; вік підозрюваного у крадіжці.
5. *Привласнення або пошкодження чужого майна, незаконне користування ним.* У Судебнику 1468 р. за привласнення чужого майна передбачалося покарання як за крадіжку (аналогія закону). У статутівому законодавстві урегульовано кілька випадків умисного привласнення чужого майна:
 - утримання більше як три дні прибулдої або вкраденої худоби (Статут 1529 р. Розд. XIII, Арт. 24; Статут 1566 р. Розд. XIV Арт. 24);
 - привласнення з корисливою метою речей, втрачених під час пожежі або повені (Статут 1566 р. Розд. XIV Арт. 27). У цьому випадку особа, яка привласнила майно звільняється

від відповідальності, якщо доведе, що добросовісно без корисливої мети володіє річчю. У зв'язку із недостатньою теоретичною розробкою кримінального закону, відсутністю загальної формули даного виду злочинів, законодавцю доводиться детально описувати об'єктивну сторону кожного складу протиправного посягання, намагаючись охопити всі можливі випадки цих дій, що призводить до плутанини, невизначеності щодо системи та видів злочинів. В основному винні у вчиненні цих злочинів підлягають покаранню у вигляді штрафу, який компенсує потерпілому заподіяну шкоду.

Законодавець виділяє пошкодження (знищення) чужого майна через підпал, зокрема застосовували смертну кару за підпал лісу (Статут 1566 р.).

Стосовно посягань на нерухоме майно, то їхнім безпосереднім об'єктом було чуже нерухоме майно, яке перебувало у момент вчинення злочину у чужому володінні, а не у володінні злочинця. Злочин полягає у заволодінні чужим майном, наприклад, земельною ділянкою, у самовільному здійсненні прав, належних лише господарю ділянки або у заподіянні шкоди чужому нерухомому майну. До посягань на нерухоме майно належать: знищення межових знаків, затоплення ставом чужого сіна або ставу чи присипання греблі до чужого берега, самовільне засіяння зерном чужого поля, насильницьке заволодіння чужим нерухомим майном, відібрання нерухомого майна із застави достроково і без сплати боргу та ін.

Також І. Малиновський до злочинів проти майна за критерієм наявності характерних рис злочину та розміщення у Статуті відносить порушення постанов, які регулюють взаємини відносини між „паном” та слугами.

В цілому, можна констатувати, що впродовж розглянутого історичного періоду відбувся розвиток у вітчизняному кримінальному праві поняття майнових злочинів, зокрема, розбою, грабежу, крадіжки, знищення майна. На нашу думку, це можна пояснити розвитком економічних відносин, що вплинуло і на диференціацію господарських, торгівельних відносин, формування різних їх видів. Одночасно з цим урізноманітнюються й форми посягання на майнові права особи, заподіяння матеріальної шкоди. Внаслідок цього законодавець вимушений заборонити такі діяння і встановити за їх вчинення юридичну відповідальність.

**ВИДАТНІ ІСТОРИКИ ПРАВА ЛЬВІВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ
(ОСВАЛЬД БАЛЬЦЕР).****Тищик Б.***Львівський національний університет імені Івана Франка*

У 2008 р. виповнилося 150 років з дня народження і 75 років – з дня смерті відомого вченого, історика права, завідувача кафедри історії німецького і польського права Львівського університету, вченого європейського масштабу, почесного доктора й академіка кількох європейських університетів й академій, декана юридичного факультету, ректора Львівського університету Освальда Бальцера.

Народився Освальд Мар'ян Бальцер 23 січня 1858 р. у м. Ходорові на Львівщині у сім'ї австрійського урядовця (за національністю – австрійця), мати його теж була австрійкою).

Вчився Освальд у німецькій школі, де від дітей навчився польської мови. Батько виховував у ньому допитливість, любов до науки, пошану до властей, релігійність (сім'я була католицькою).

У 1870 р. Освальд розпочав навчання у 3 – й цісарсько – королівській гімназії ім. Франца Йосифа у Львові, де предмети викладалися німецькою і польською мовами. На протязі всіх восьми років навчання він був найкращим учнем у класі. Брав активну участь у громадському житті, писав і публікував вірші та короткі оповідання. Зацікавився польською історією, культурою, традиціями.

Закінчивши з відзнакою гімназію, у 1878 р. О.Бальцер поступив на юридичний факультет Львівського університету, який на той час був майже повністю сполонізований (у 1867 р. Галичина, перебуваючи у складі Австрії, отримала право свободи науки і викладання в навчальних закладах і вузах польською мовою).

В університеті студент Бальцер відвідував лекції і семінарські заняття відомих професорів – правників К. Ліске (історія права), Г. Рошкowsького (філософія права і міжнародне право), Ф. Гризецького (церковне і державне право) та ін.

У студентському альманасі він опублікував кілька цікавих наукових розвідок.

Після закінчення Львівського університету, О.Бальцер у Краківському університеті захистив працю та здав іспити для отримання ступеня доктора права (у 1883 р). Далі проходив річне стажування у Берлінському університеті та готувався до захисту докторської дисертації (габілітації). Габілітація відбулась у Львівському університеті у 1885 р.. Темою його праці була “Генезис Коронного трибуналу”. Вона отримала високу оцінку польської наукової громадськості. Темою ж габілітаційної лекції – “Каптурові суди у Польщі”.

О.Бальцер став викладачем (приват – доцентом) Львівського університету, йому доручено читати курс “Історія польського права”. Читав свій предмет він цікаво, студенти різних курсів охоче записувались на нього.

У травні 1887 р. О.Бальцеру присвоєно наукове звання надзвичайного професора, а у червні 1890 р. – звичайного професора (у віці 32 роки). Цього ж року він очолив у Львівському університеті новостворену кафедру історії польського права. Він започаткував також читання курсу польського судового права, а з 1894 р. став читати ще й курс історії державного устрою Австрії.

У 1899 р. видав з цього предмету підручник, який отримав високу оцінку польських і австрійських вчених.

Бальцер керував студентськими науковими семінарами з своїх предметів, прищеплюючи студентам смак до наукових досліджень, копіїткої праці з першоджерелами, архівами, крайовою і зарубіжною літературою. Чимало з них потім стали відомими науковцями :

П. Домбковський, Л. Ерліх, А. Віняж і ін.

Авторитет проф. О.Бальцера – як науковця і організатора – зростав. У 1888 р. він став членом, у 1900 – віце – головою, а у 1915 р. – головою екзаменаційної суддівської комісії су-

дового департаменту Галицького намісництва, його постійно обирали до складу Сенату (Вченої ради) Львівського університету.

Двічі : у 1892/93 та 1913/14 навчальних роках О.Бальцера обирали деканом юридичного факультету, а у 1895/96 н.р. – ректором Львівського університету.

О.Бальцдер приймав активну участь у з'їздах польських істориків та істориків права, вступав з доповідями. Правда, намагався не втручатися у гострополітичні дискусії, не вступав до жодної політичної партії, був доляльним до австрійської влади в Галичині.

У 1891 р. О.Бальцдер став (за сумісництвом) директором Львівського архіву гродських і земських актів, у якому працював стажистом ще з студентських років.

В царині науки проф. О. Бальцдер працював дуже плідно. Переважно він досліджував першоджерела польського середньовічного права, проблеми державного устрою Польщі і Австрії, історію судового права, зокрема, кримінального, пов'язуючи її з проблемами економічними і політичними тих часів.

Він опублікував ряд ґрунтовних праць, наприклад, “Генералогія П'ястів” (574 стор.), “Про наступництво трону у Польщі”, “Про слов'янську за другу” та ін.

Однією з найвизначніших праць О.Бальцера була трьохтомна праця “Польське королівство 1295 – 1370”. У ній автор виклав ґрунтовно опрацьовану на підставі архівів і інших першоджерел історію польської державності, права та політичних стосунків доби Середньовіччя.

Пізніше О.Бальцдер зацікавився державно – політичними проблемами розвитку Польщі нового часу. Серед кількох його праць з цієї проблематики можемо виділити книгу “Суспільно – політичні реформи Конституції Третього травня” (мається на увазі перша польська Конституція 1791 р.).

Крім того, він опублікував ряд статей, рецензій (одна з цих останніх налічувала 101 сторінку). Публікував свої статті і рецензії Бальцдер не тільки у львівських чи інших польських журналах, але й у віденських, берлінських, російських.

У своїх працях і статтях Бальцдер часто висловлював новаторські погляди, підходи, оцінки, часто не погоджувався з поглядами інших науковців. Отож, критикували його, критикував і він.

В роки Першої світової війни, коли в усіх польських землях (що з кінця XVIIIст. входили до складу іноземних держав – Австрії, Пруссії і Росії) з новою силою відродився національний патріотичний рух, О.Бальцдер зайняв виразну пропольську позицію. Так, коли у квітні 1919 р. польські війська зайняли значну частину литовських земель, в т.ч. Вільнюс, О.Бальцдер виправдовує цю агресію з “історичної” точки зору, зокрема, традиціями Польсько – Литовської унії.

Негативно він ставився і до намагань українських громадсько – політичних кіл в Галичині перетворити Львівський університет у двомовний (польсько – український), оскільки польська влада українського університету відкрити не дозволяла.

Активною була й видавнича та редакторська діяльність О.Бальцера. Він упорядкував і добивався видання збірника текстів польських середньовічних джерел права, був членом редколегії, потім заступником головного редактора журналу “Історичний кварталник”, створив власне наукове видавництво “Дослідження історії польського права”.

За його редакцією було видано двотомну “Пам'ятку II – го з'їзду польських істориків “(який відбувся у Львові), редагував він й праці різних вчених – правників.

На посаді директора Львівського крайового архіву гродських і земських актів О.Бальцдер враз з помічниками виготовив каталог найважливіших архівних документів “Підручна архівальна бібліотека”, широко допустив до праці в архіві наукових працівників, студентів та усіх бажаючих, які цікавилися своєю родовою генеалогією. Архів при ньому став справжньою науковою інституцією. О.Бальцдер виступив також з ініціативою і одним з організаторів Польського Військового архіву, який розміщено у Львові.

В 1919 році проф. О. Бальцера призначено членом польської державної Архівальної ради, а у 1928 р. за плідну працю над розвитком архівної справи у Польщі його нагороджено Золотим хрестом заслуги.

Діяльність проф. О. Бальцера привернула до його особи увагу громадськості. До нього стали звертатися з пропозиціями про співпрацю різні наукові і громадсько-політичні інститу-

ції, замовляли статті і рецензії журнали і газети, його запрошували на польські і міжнародні конференції, йому пропонували очолити кафедри у Ягеллонському, Варшавському університетах, навіть посаду консультанта при уряді Польщі. Але Львова він не покинув.

Додали йому слави у Польщі та за рубежем ще дві справи: опублікована у багатьох європейських газетах гостра стаття-відповідь німецькому вченому-професору Т. Моммзену, який звинувачував слов'ян-чехів у намаганні знищити “цивілізаційні досягнення” Австрії, та його видатна роль у вирішенні на користь Австрії (і Польщі) територіального спору з Угорщиною (1898 р.) стосовно території “Морське око”.

О. Бальцеру навіть запропоновано участь у одній з польських експертних комісій щодо врегулювання кордонів на Паризькій мирній конференції 1919 р.

Але в нього погіршувався стан здоров'я (в результаті перенесеної у дитинстві хвороби йому стало важко пересуватися, пропадав слух), і Бальцер від більшості пропозицій відмовлявся. Знизилась і його громадсько-політична діяльність. Він відмовився від посади директора Державних архівів у Варшаві, голови Вишого адміністративного трибуналу і ін., залишаючись завідувачем кафедри історії польського права у Львівському університеті ім. Яна Казимира.

Хочеться відзначити ось що: змінилося відношення О. Бальцера до «української справи». Отож, у 20-х роках він нав'язує контакти з українськими вченими та інституціями, цікавиться їхніми проблемами, публічно висловлюється за вільний розвиток української науки. У 1926 р. О. Бальцера прийнято дійсним членом українського наукового товариства ім. Т. Шевченка у Львові.

У цьому ж році, з нагоди 40-річчя наукової праці проф. О. Бальцера на юридичному факультеті проведено урочисте засідання і видано двотомну “Пам'ятну книгу” з бібліографією всіх його праць та статтями його учнів і інших польських та зарубіжних вчених. У 1928 р. з нагоди його 70-річчя на урочистому засіданні Сенату університету

О. Бальцеру вручено пам'ятну медаль, виготовлену за спеціальним проектом у Варшаві.

11 січня 1933 року професор Освальд Бальцер помер. Поховано його у родинному гробівці на Личаківському цвинтарі у Львові.

На його честь Сенат університету назвав його іменем один з лекційних залів, у вестибюлі університету вмонтовано таблицю з його барельєфом (у радянські часи її знято). Міські ради Львова і Ходорова назвали його іменем вулиці.

Отож, Львівський університет і юридичний факультет мають право пишатися видатним педагогом і науковцем, істориком права О. Бальцером, який довгі десятиліття працював тут викладачем, вченим з європейським іменем і славою.

КОНСТРУКЦІЯ СУБ'ЄКТА ПРАВА У ДАВНЬОМУ РИМІ ТА У ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОГО ТИПУ

Федущак-Паславська Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Кодифікації, проведені у XVIII-XIX ст. базувалися на природничо-правових засадах, що виражалися в гаслі: «свобода, власність, договори», які у сфері регулювання сімейних відносин та суб'єктів права реалізовувались у вигляді формальних засад рівності та загальності.

Проголошена у кодифікаціях засада рівності громадян у сфері приватно-правових відносин, нівелювалася в процесі їх реалізації. Обмеження у цивільних правах стосувалися жінок, позашлюбних дітей та деяких інших категорій осіб. Законодавство багатьох країн зафіксувало заборону жінкам виступати в якості свідків при складенні заповіту, при вчиненні нотаріальних дій та інших офіційних актів.

Позашлюбні діти не могли набувати прав, які випливали із сімейних відносин та родинної спорідненості. За Французьким цивільним кодексом (1804 р.) ці особи не набували громадянського стану. Так само як і стосовно жінок, зміни у правовому становищі позашлюбних дітей на законодавчому рівні сталися під кінець XIX ст.

Правоздатність – як якісна ознака суб'єкта права, набувалася з моменту народження і припинялася зі смертю. Саме ці виміри – народження і смерть були характеристиками правоздатності фізичної особи у Римі, зафіксовані під час кодифікаційних робіт у Європі XIX ст.

У кодифікаціях того періоду траплялися і інші відхилення від засад рівності суб'єктів цивільного права. До 60-х років XIX ст. в австрійському праві існували спеціальні вимоги стосовно дозволу на шлюб євреїв; норми, які забороняли нехристиянам виступати свідками при складанні заповітів християнами тощо. Існували обмеження, які узаляжнювали можливість реалізації деяких цивільних прав від чинників морального характеру. Критерієм реалізації цивільних прав могли виступати особиста гідність, риси характеру і т.п. Реалізація прав особи могла також залежати від її майнового становища. Наприклад, за Австрійським цивільним кодексом (1811 р.) відсутність належних доходів була причиною відмови в дозволі на одруження. Відомі й інші обмеження, які залежали від майнового стану особи.

У давньому Римі виникло поняття повної правоздатності, що означало наявність в особи таких властивостей: 1) свобода; 2) громадянство; 3) статус особи власних прав (*persona sui iuris*), якою переважно володів домовладика. Згодом, коли за едиктом імператора Каракали (212 р.) всі вільні жителі римської держави були зрівняні в правоздатності, чіткі ознаки повної правоздатності стали дещо розмитими. У зв'язку з відмінними від давнього Риму суспільно-політичними обставинами, в процесі рецепції римського права країнами Європи, перелічені ознаки вже не були настільки актуальними. Наповнене новим змістом поняття повної правоздатності, розумілося як здатність особи за даних суспільно-політичних обставин мати всі доступні права як у приватній так і в публічній сферах. Разом з тим, передбачалася і обмежена правоздатність, яка довгий час стосувалася жінок та іноземців. Обмеження правоздатності, які переважно, стосувалися сфери публічного права, могли виникати з наступних причин: 1) природних (неповноліття, психічний стан, жіноча стать, фізичні вади); 2) соціальних (іноземне громадянство, засудження, віросповідання, національність).

Протягом розвитку інституту суб'єкта правовідносин, правове поняття правоздатності наповнювалося характеристиками, які дозволили виділити види правоздатності, підстави її обмеження. Якщо йдеться про правоздатність як право мати права, то це активна правоздатність. Відповідно, правоздатність як можливість мати обов'язки пасивна правоздатність. Особа, наділена повною правоздатністю, володіє загальною правоздатністю, що дає змогу мати всі можливі права і обов'язки. Повна правоздатність, – необхідна передумова спеціальної правоздатності, – здатність мати права і обов'язки у певних конкретних сферах суспільних відносин. Наприклад, у давньому Римі особи, наділені повною правоздатністю, володіли спеціаль-

ною шлюбною правоздатністю (*ius connubii*) та спеціальною правоздатністю в економічній сфері (*ius commercii*).

Запозичуючи юридичні конструкції римського права, нові кодекси, встановлюючи опіку, охороняли інтереси зачатої, але ще не народженої дитини. Так само як і в римському праві, у кодифікаціях нового часу, крім фізичної смерті, правоздатність особи припиняла і так звана, цивільна смерть. У Кодексі Наполеона зафіксовано інститут цивільної смерті, – фікції, згідно з якою фізично жива особа вважається померлою. Як наслідок, вона втрачає майнові та особисті немайнові права, після неї відкривається спадщина, з нею припиняється шлюб і т.д. Підстави цивільної смерті теж дуже подібні до тих, які існували у римському праві: пожиттєве ув'язнення, депортація та інші тяжкі міри покарання.

У європейському законодавстві інститут цивільної смерті почали ліквідувати з середини XIX ст. Але у радянському кримінально-процесуальному законодавстві у XX ст. передбачалося таке покарання як вигнання, що було безстроковим і тягнуло позбавлення прав довічно. Теоретично, особа втрачала тільки спеціальну правоздатність. Однак, через безстроковість позбавлення прав, покарання, фактично, мало наслідком ту ж цивільну смерть.

Дієздатність фізичної особи як здатність набувати права також підлягає обмеженням. Але, якщо обмеження правоздатності є посяганням на інтереси особи, то обмеження дієздатності спрямоване на захист її інтересів та інтересів осіб з нею пов'язаних. За відсутності правоздатності особа позбавлена права мати права, а за відсутності дієздатності – не здатна розпорядитися правами, які має. Дієздатність завжди залежала, перш за все, від віку: повна дієздатність настає з досягненням повноліття (у римському праві воно наставало у 25 років; за англійським правом – у 21 рік; у швейцарському праві – 20 років). Існує цілий ряд чинників, які завжди впливали на обсяг дієздатності:

- фізичний стан. Фізична недорозвинутість, душевна хвороба, значні фізичні вади – підстави обмеження дієздатності або і позбавлення її;
- стать. Будучи правоздатною у сфері приватного права, жінка, однак, не могла здійснювати деякі свої права без згоди батька чи чоловіка;
- спосіб життя. Підставою обмеження чи позбавлення дієздатності були марнотратство і пияцтво, що зафіксовано у законодавчих актах багатьох країн Європи. Римське право, вважаючи жінку від природи марнотратною, обмежувало з цих міркувань її дієздатність.

На обсяг дієздатності, крім перерахованих вище чинників, за нормами римського права впливали такі фактори як громадянська честь, релігійна приналежність та постійне місце проживання.

Отже, правова конструкція суб'єкта права – фізичної особи – передбачає наявність у неї правоздатності, яка у свою чергу, обмежена такими параметрами як народження і смерть. Правоздатність означає здатність мати права, але розпорядитися наявними правами особа може за наявності дієздатності. Такими ж є підходи до питання правосуб'єктності юридичних осіб як виду суб'єктів права.

Кодифікації європейського права XVIII ст., виходячи із принципу індивідуалізму у праві не багато уваги присвячували організованим об'єднанням – юридичним особам. Пануюча доктрина виходила з того, що об'єднання обмежують свободу особи. Такими були передумови виникнення на початку XIX ст. однієї з основоположних теорій юридичної особи – теорії фікції (Ф.Савіньї), згідно з якою об'єднання є штучними утвореннями і суб'єктами права їх визнають в силу фікції. Ця теорія була взята за основу одним із напрямків німецької цивілістичної науки – романістами. Дискусія між ними і германістами виникла при створенні Німецького цивільного уложення (1900 р.), яке досить багато уваги присвятило регулюванню відносин та правовому становищу юридичних осіб. Майже ціле століття відділяє його від кодексів які дуже мало місця присвячували або і взагалі обминали питання врегулювання відносин з юридичними особами. Так, у Французькому цивільному кодексі лише де-не-де згадувалося про заклади публічної користі як, наприклад, державна казна; Австрійський цивільний кодекс робив відсилку до норм адміністративного законодавства. У Німецькому цивільному уложенні питанням, що стосувалися юридичних осіб, присвячено 69 параграфів.

Саме проблеми юридичної особи, як суб'єкта права, викликали дискусію між згаданими вище напрямками німецької правової думки: романістами та германістами.

Якщо романісти схилилися до подальших відмін теорії фікції, то германісти визнавали реальне існування юридичної особи. О.Гірке, спираючись на середньовічні ідеї про підпорядкування особи різним суспільним об'єднанням, містичну схильність до їх персоніфікації, сформулював органічну теорію, згідно з якою прирівнює юридичну особу до людського організму. Відтак, у концепції германістів юридична особа має волю, розум, органи. Вчений розглядає юридичну особу як реальну колективну особу, яка має і правоздатність, і дієздатність. Цю ідею О. Гірке розвинув у своєму вченні Г. Слінек, який стверджував, що юридична особа – логічна, а не реальна категорія. Тобто юридична особа є особою лише в правовому розумінні – це юридична абстракція. За цією традицією був складений Швейцарський цивільний кодекс (1907 р.), який визнавав юридичну особу дієздатною з моменту створення органів, визнаних законом і статутом. Саме органи виражають волю юридичної особи.

Вирішуючи питання про дієздатність юридичної особи, романісти, вважаючи її штучним утворенням, приходять до висновку про відсутність у неї природної волі. Тому, на їх думку, відповідні органи юридичної особи (а в римському праві – фізичні особи, з якими укладено договір) представляють її волю. Згідно з концепцією романістів юридична особа правоздатна, але недієздатна, а її органи – дієздатні, але не мають правоздатності.

Із уявлень про суть юридичної особи, її право – та дієздатність, впливало і відповідне вирішення проблем виникнення юридичних осіб, їх видів, а також відповідальності юридичної особи, представниками названих теорій.

Як відомо, положення, які стосувалися нематеріальних суб'єктів права існували вже у римському праві. Протягом тривалого часу європейська правова наука, в процесі рецесії римського права, з використанням ідей природничо-правової та історичної шкіл права, виробила класифікації юридичних осіб на підставі різних критеріїв. За правовим характером виділяли: 1) юридичних осіб приватного права, які виникали на підставі договору чи установчого акту; діяльність їх регулювалася нормами приватного права; 2) юридичних осіб публічного права, які діяли на підставі статутів (заклади публічної користі). За структурою об'єднання, як і в Римі, цивілістика нового часу виділяє: 1) корпорації (спілки), товариства, які функціонували як об'єднання осіб зі спільною метою; 2) фонди як заклади, в основі яких було спільне майно, призначене для реалізації певної мети. Залежно від мети виділяють: 1) юридичні особи, утворені з метою одержання прибутку, які здійснюють господарську діяльність; 2) юридичні особи, які мають некомерційні цілі.

Юридичні особи приватного права виникали, тобто, набували правоздатність, різними шляхами. Історично першою була концесійна система, яка у залежності створення юридичної особи від спеціального дозволу влади. Її розвиток тісно пов'язаний з ідеєю фікції школи романістів. Визначаю юридичну особу фіктивною особою, вони вважали, що держава створює її, контролює її виникнення та діяльність. Ця доктрина була законодавчо закріплена у Кодексі Наполеона.

Із активізацією боротьби за свободу об'єднань вона почала уступати місце іншій системі – нормативній, суть якої полягала в тому, що об'єднання набувало правоздатності із виконанням вимог правових приписів, шляхом внесення запису до реєстру. Таким способом виникали корпорації у Франції XIX ст., фонди ж, як правило, створювалися за концесійною системою. Загалом, протягом XIX ст. у Франції привілеєм одержання правоздатності від держави користувалися винятково товариства публічної користі.

Доктрина нормативної системи розвивалася германістами, які вважали, що оскільки юридична особа володіє право- і дієздатністю з моменту створення, то державі залишається лише констатувати її виникнення. Цей спосіб набуття правоздатності в силу закону, тобто за нормативною системою, використаний законодавцем у Швейцарському цивільному кодексі стосовно юридичних осіб, які не мають господарської мети.

Стосовно питання відповідальності юридичної особи романісти стверджували, що тут йдеться про чужу вину. Оскільки дієздатними є органи юридичної особи, то вони можуть вчинити правопорушення, але відповідальність за ці дії несе юридична особа. Германісти, виходячи із дієздатності юридичної особи, визнавали дії органів юридичної особи діями самої

юридичної особи. Зазначені міркування сприяли розвитку конструкції відповідальності юридичної відповідальності.

Правова конструкція суб'єкта права володіла основними параметрами вже у римському праві. Протягом розвитку інститутів суб'єкта права – фізичної особи та юридичної особи ця конструкція наповнювалася конкретними ознаками, викликаними відповідними суспільно-політичними обставинами. У XVIII-XIX ст. у європейських країнах радикальних змін зазнали питання правового становища жінок, правовідносин з участю юридичних осіб, проблеми реалізації дієздатності юридичними особами та багато ін. Важливо зазначити, що потреба законодавчого закріплення вказаних змін сприяла появі нових напрямків у європейській правовій думці.

ДЖЕРЕЛА, СТРУКТУРА ТА ОСНОВНІ ПОЛОЖЕННЯ АВСТРІЙСЬКОГО КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОДЕКСУ 1853 РОКУ

Худоба Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У сучасних умовах утвердження незалежності України науковці та практики дедалі частіше звертаються до проблем удосконалення правового регулювання. Проте, деякі його аспекти досі залишаються неурегульованими, а наявні нормативні положення часто є теоретично недосконалими, що негативно відбивається на процесі правотворення і правозастосування. Свідченням цього є внесення змін і доповнень до законів, кодексів та інших нормативно – правових актів.

Необхідною передумовою подальшого удосконалення та розвитку правотворення та правозастосування є комплексне використання здобутків теорії і практики правотворчості. Тому важливого значення набуває врахування світового і національного історичного правового досвіду.

Особливий інтерес викликає період перебування українських земель, зокрема, Галичини, у складі Австрії – з 1772 р., а з 1867 р. – у складі Австро-Угорщини. Проте, цікавим і теоретично актуальним питанням правотворчого процесу та правозастосовчої діяльності в Австрії та Австро-Угорщині, зокрема, і у Галичині, досі приділялося недостатньо уваги.

Водночас відомо, що протягом 1772 – 1918 рр. Галичина перебувала у складі Австрії та Австро-Угорщини. Кожна з цих держав мала свої особливості у правотворчій діяльності, а також здобутки та прорахунки у галузі правозастосовчої діяльності. На території Галичини поступово поширювалась чинність австрійського права, в тому числі кримінально-процесуального права. Проте багатонаціональний характер австрійської монархії став однією з причин того, що у правовій системі Австрії тривалий час не було єдності.

В другій половині XVIII ст. австрійський уряд створив кодифікаційні комісії для систематизації австрійського права. Кодифікаційні роботи як в Австрії, так і в Австро-Угорщині проводилося досить часто, оскільки державна влада через кодифікацію намагалася уніфікувати законодавців. Це було зумовлено також змінами в соціально-економічних та політичних сферах тогочасного суспільного життя. Галичина була своєрідним занедавшим полігоном, місцем випробування нових австрійських кодексів, чинність яких відтак поширювалася й на інші австрійські провінції. Австрійський парламент, приймаючи кодекси шляхом законодавчих експериментів, вводив їх в дію спочатку у Галичині, для того, щоб перевірити їх ефективність, а відтак, вносив необхідні зміни і доповнення. Після цього австрійські кодекси поширювалися на всій території Австрії, що забезпечувало ефективність правового регулювання суспільних відносин.

Значна увага в Австрії приділялася кодифікації кримінально – процесуального права. Австрійський кримінальний процес мав у своїй основі за гально-німецький кримінальний процес, сформований ще у 1532 р. в *Constitutio Criminalis Carolina*.

У XVIII ст. кодифікація кримінально-процесуального права Австрії активізувалась. Її результатом було затвердження Марією Терезою кримінального кодексу 1768 р. Цей кодекс складався з двох частин, з яких перша регламентувала процесуальне, друга – матеріальне право. Цей кодекс не діяв в Галичині в частині матеріального права, але був затверджений і діяв в частині процесуального права з 1774 р..

Наступним етапом розвитку австрійського кримінально – процесуального законодавства можна вважати загальну судову інструкцію від 23 лютого 1786 року, видану імператором Йосифом II. До неї додавалися зразки процесуальних документів і форми бланків, необхідні для здійснення судочинства.

1 червня 1788 року було затверджено патентом Йосифа II загальний кримінальний судовий порядок. Відповідно до першого параграфу загального кримінального судового процесу

1788 р. – кримінальні злочини можуть розглядатися тільки судами і скасовував можливість застосування у провінціях звичаєвих зви нувачувальних процесів. Водночас він містив деякі положення терезіанського кримінального кодексу 1768 р. і загальнонімецького кримінального процесуального права. Можна погодитися з думкою історика Ванечека В.в тому, що „починаючи з Йосифа II, поступово утверджуються ідеї, виражені формулами “nullum crīaen sine Lege” і “nulla poena sine lege”, тобто “нема злочину, не вказаного в законі”, і “нема пока рання, не передбаченого законом”.” У кримінальному процесі утвердилися інквізиційні риси і публічність звинувачення, пере магає принцип офіційності, у відповідності з яким визначення предмета судового розгляду знаходиться в руках судового ві домства (§ 1). Суддя водночас був носієм судової влади і слідчим, який здійснював слідство. Про гласність про цесу не могло бути й мови.

У 1803 р. було затверджено новий австрійський кримінальний кодекс, який містив як норми кримінального, так і кримінально – процесуального права. Цьому кодексу було присвоєно оригінальну назву – Францішкана. Кодекс складався з двох розділів – перший стосувався норм матеріального права, другий – процесуального. Він підтвердив панування інквізиційного проце су. Суддя оголошував єдиним і винятковим учасником проце су. Суддя – одночасно і звинувач, і захисник, і власне суддя як носій правосуддя. Він керував судовим процесом, досліджував докази і вирішував справу. Інквізит (обви нувачений) виглядав порівняно з ним беззахисним учасником процесу. Йому не дозволялося мати захисника і навіть вимагати пояснення причин підозрюваності, оскільки захист невинного само собою оголошувався складовою діяльності кримінального суду. Процес відбувався письмово і таємно, вирок вино сився на основі застосування положень теорії доказів. Підсудний оправдовувався, якщо повністю вдавалося довести його невин ність. Кодекс передбачав широке застосування смертної кари. З метою розправи з особливо небезпечними злочинцями вводило ся скорочене судочинство, яке здійснювали так звані “нагли су ди”. Вони не зобов’язані були дотримуватися звичайних проце суальних вимог, їх вирок вважалися остаточними і виконували ся протягом 24 год ин (єдиним покаранням цих судів була смерть на кара).

Однак, в Австрії перш ніж цей кримінально-процесуальний поря док зміг прижитися, відбулось повернення до абсолютизму. На початку 1852 року зникли суди присяжних. А 29 липня 1853 року було заявлено про нове впорядкування кримінального про цесу. До цього часу фактично діяла та частина кримінального кодексу 1803 року, яка регулювала кримінальний процес.

29 липня у 1853 року автрійським парламентом було прийнято австрійський кримінально-процесуальний кодекс – перший нормативно-правовий акт Австрійської імперії, який розмежував кримінальне право (матеріальне) і кримінально-процесуальне право, але слід зазначити, що у науковій літературі даний кодекс не був предметом наукового дослідження. Кримінально – процесуальний кодекс 1853 р. складається з 20 розді лів та 436 параграфів. У історико – правовій літературі кримінально – процесуальний кодекс 1853 року згадується як Закон про кримінальне судочинство 1853 року.

У австрійському кримінально – процесуальному кодексі 1853 року було регламентовано такі основні положення:

1. Запроваджено часткову гласність процесу. Проте кодекс майже виключав участь громадськості у здійсненні судосинство.
- Ще у 1852 році більшість справ про проступки відійшла до компетен ції органів поліції.
2. Зріс вплив попереднього таємного слідства.
3. Усними і пу блічними стали тільки кінцеві слухання справ, але вони відігра вали лише другорядну роль.

Вже незабаром після набуття кодексом чинності стала очевидною потреба вжити заходів для скорочення тривалості розслідування, зменшення величезної кількості справ у судах. Тому повернення Австрії до парламентаризму поставило на по рядок денний вироблення нового кримінально-процесуального порядку. На початку 1861 року міністр юстиції Ю.Глазер отри мав доручення щодо розробки його проекту. За 12 років було підготовлено 10 проектів, поки 23 травня 1873 року австрійський цісар затве рдив новий кримінально-процесуальний кодекс, який з невели кими змінами діяв аж до розпаду Австро-Угорщини.

Таким чином, австрійське кримінально-процесуальне законодавство, яке діяло у Галичині, незважаючи на деякі середньовічні пережитки, відповідало інтересам австрійської влади. За його допомогою австрійський уряд через відповідні органи державного апарату і насамперед, суд та прокуратуру обмежував, а іноді порушував права галицьких українців, які проти своєї волі перебували у складі Австрії, а відтак Австоро-Угорщини. Це зумовило полонізацію українського населення, переривало процес економічного, культурного і правового розвитку України.

ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПОКАРАНЬ СУДАМИ ВОЛОСЬКОГО ПРАВА

Шандра Р.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Історія формування українського судочинства має складний і багатоманітний характер. Важливу роль у цьому процесі відіграло волоське звичаєве право (застосовувалося, переважно, на території Галичини, Буковини та Закарпаття протягом XIII-XVIII ст.). Розвиваючись під впливом права феодальних держав (Угорщини, Молдавського князівства, Польського королівства) волоське право увібрало риси різних правових систем, зберігаючи, при цьому, архаїчні звичаєві норми.

Серед правових звичаїв, що застосовувались судами волоського права зустрічаються звичаї характерні для судочинства Київської Русі, Грицько-Волинської держави та норми характерні для судів магдебурзького права.

За вчинення злочинів судами волоського права накладалися кримінальні покарання, розмір яких залежав від суспільної небезпеки вчиненого діяння. Разом з цим, навіть у XVII-XVIII ст. спостерігаються архаїчні риси системи покарань відомої ще у Київській Русі.

Одним із пережитків старої системи правосуддя був інститут судової помсти. Він був первинною формою покарання у Київській Русі, яку особливо вчиняв потерпілий або його близькі родичі. Спочатку помста не обмежувалась з боку держави, її особливості та обсяг характеризувались тяжкістю протиправного діяння. З часом помсту починають піддавати різним обмеженням з боку держави, завдяки яким вона набрала публічного характеру та почала контролюватися органами і посадовими особами державної влади (зокрема, право на помсту було закріплене у ст.1 поширеної редакції «Руської Правди»).

Ця звичаєва норма зберігалась протягом тривалого часу навіть після розпаду Галицько-Волинської держави і широко застосовувалась сільським населенням. Звичай помсти стосувався простих селян, поповичів, голів сільських общин (не лише простих, але й привілейованих та шляхетних князів). Він діяв не лише в королівських, але й у церковних і шляхетських маєтках, у селах волоського та руського (українського) права. Звичай помсти торкався потерпілого та охоплював широке коло його кровних родичів. У разі вбивства одного з членів роду за нього мстився увесь рід. Звичай визнавав право на помсту за батьками, синами, братами тощо. Жінки не брали безпосередньої участі у помсті, однак вони мали право на відшкодування смерті родича.

Значне поширення цього звичаю спричинило до запровадження з боку феодальними державами адекватних заходів для його попередження. Зокрема посадовими особами Польського королівства, на час розгляду справи судом, встановлювалась досить значна сума, яку повинна було сплатити сторона, що здійснила помсту (самосуд) всупереч судової заборони (так званий «заклад»). При визначенні розміру закладу суд брав до уваги складність виниклого між сторонами конфлікту, їхнє суспільне становище тощо. В писемних джерелах зустрічаються розміри закладу у суми 10, 60 і навіть 1000 грн.

Спроби запобігти помсті здійснювались також сільськими судами волоського права. Зборові суди не лише забороняли потерпілим мститися. Вони взагалі забороняли нагадувати колишнім підсудним про вчинені ним злочини під загрозою штрафу.

Окрім цього, існували інші засоби погасити родову ворожнечу і запобігти неконтрольованій помсті. Так, на сільську общину, під загрозою суворої відповідальності, покладався обов'язок спіймати, тримати під вартою та доправити у замок у в'язницю вбивць. Ізоляція злочинця забезпечувала його недоторканність до початку судового розгляду справи та усувала можливість помсти. Обвинувачений міг звільнитись громадою з-під варти у разі відсутності достатніх доказів по справі, а також, з метою розслідування справи на місці чи укладення угоди з сім'єю потерпілого. У такому разі, для запобігання помсти вживались такі заходи як угода про тимчасовий «покой» до остаточного розслідування справи або порука третіх осіб щодо безпеки обвинуваченого. Одночасно, сільський суд попереджав сторін про відповідальність у разі порушення тимчасової угоди. Наслідком її порушення могла бути страта винних або

сплата суми закладу. Тимчасово випущену особу іноді тримали «в заповіді» (це був свого роду домашній арешт, коли особа не повинна була виходити із свого двору) за порукою третіх осіб.

Звичасве право передбачало можливість укладення мирової угоди (в писемних джерелах згадується як угода про «покій», «заповідь», «посднання», «заспокоєння» тощо). Вона укладалась на умовах матеріального відшкодування шкоди – «викупу» (*okup*), морального відшкодування шкоди – «покори» (*pokora*) або вигнання з общини.

Викуп сплачувався кровним родичам вбитого, в першу чергу його потомкам. Якщо померлий мав дітей та братів, то покора надавалась дітям. Якщо ж діти були неповнолітніми, то викуп отримувала мати або повнолітні кровні, з обов'язком передати його дітям після досягнення останніми повноліття.

Покора була символічною дією, що вказувала на укладення сторонами мирової угоди. Акт покори відбувався привселюдно. Місце обиралось таким чином, щоб при цьому була присутня якнайбільша кількість свідків. У випадку вчинення вбивства акт покори не звільняв винного від обов'язку сплати викупу. Покору приймала ображена сторона. Якщо образу нанесено одній особі, то покора виконувалась стосовно неї, у разі заповідання шкоди цілому роду (наприклад у разі вчинення вбивства) покора виконувалась стосовно усіх потерпілих.

Покора могла виконуватись у різних формах. Якщо позивач займав більш високе соціальне становище ніж відповідач, то на останнього міг покладатись обов'язок відсидіти певний строк у в'язниці, відстояти біля ганебного стовпа у кайданах, сповіщаючи таким чином про свій злочин. При дрібних злочинах відповідач міг просто попросити пробачення вдома у позивача. Найбільш поширеною формою покори, що застосовувалась на Самбірщині до XVIII ст. був обов'язок «лежати хрестом». Злочинець зобов'язувався був протягом кількох «служб божих» лежати «хрестом» у церкві, або на порозі церковних дверей, щоб люди, заходячи в церкву і виходячи з неї, переступали через його тіло. Таке покарання могло застосовуватись за вчинення крадіжки, подружню зраду, позашлюбні інтимні стосунки, народження позашлюбної дитини тощо.

До злочинців застосовували також інші види покарань. Найчастіше це були покарання у вигляді грошової «кари» або «вини» (аналогічне сучасному штрафу), фізичне покарання (характерне для магдебурзького права) та ув'язнення (арешт, позбавлення волі). Починаючи з XVIII ст. суди почали накладати покарання у вигляді громадських робіт.

Найбільш поширеним покаранням, що застосовувалось судами волоського права, був штраф. Суми стягнуті судових штрафів скеровувались на користь держави, у зв'язку з чим саме державні органи визначали їхній розмір. Серед судових доходів Самбірської економії 1568 р. згадуються різні види штрафів: «*poena percusionis*» (штраф за побої), «*poena vulneris*» (за рани), «*poena capitalis*» (дослівно за «голову», тобто за вбивство). В інвентарі вказується, що штрафи стягувались не лише відповідно до такси (*iuxta statute poenis*), але й з врахуванням провини та особи правопорушника (*pro conditione facti et persona*).

Розміри штрафів встановлювались, як правило, державою. Вони постійно переглядалися та змінювались. Так, у 1568 р., за кривавий «раз» (криваву рану) сплачувався штраф у розмірі 1 зл. 5 грошів. Згідно зборових реєстрів 1659-1665 і 1667-1670 рр. за криваву рану стягували – 2 грн. (тобто 3 злотих 6 грошів). Штраф за вбивство у другій половині XVII ст. становив 100 грн. (160 польських злотих) незалежно від кількості співучасників.

Оскільки розміри штрафів визначались державою, суди волоського права змушені були керуватись формальним підходом при визначенні їх розміру у кожній конкретній справі. Наприклад, суд не зважав на те, чим було завдано синець – обухом сокири чи рукою, яку частину тіла пошкоджено (пальці руки чи обличчя). Судом не враховувався період втрати працездатності. Штраф у будь якому випадку сплачувався згідно встановленого державою тарифу. Визначаючи розмір штрафу по конкретній справі, суд враховував кожне із завданих пошкоджень, оцінював їх та додавав суми штрафів. Загальна сума штрафу за усі завдані пошкодження могла бути досить великою. Суд враховував також різні пом'якшуючі та обтяжуючі обставини (наприклад, бідність відповідача, станова або класову належність потерпілого, похилий вік потерпілого чи злочинця, родинні стосунки сторін тощо).

Неявка обвинуваченого до суду також каралась штрафом. Якщо громада не забезпечила явку обвинуваченого до суду, то штраф міг бути накладений на неї. Штрафи накладались та-

кож за дрібні крадіжки. Це відрізняло зборові суди сіл волоського права від судів магдебурзького права, які застосовували до злочинця фізичне покарання.

Поступово зборовими судами волоського права починає застосовуватись фізичне покарання у вигляді ударів палками або шнурком. Найчастіше таке покарання накладалося за вчинення злочинів проти моралі. Воно застосовувалося також до осіб, яких підозрювали в дачі неправдивих свідчень. Разом з цим, застосування фізичних покарань є більш характерним для сільських судів німецького (магдебурзького) права, а не волоського.

Часто зборовий суд поєднував різні види покарань. Так, Іван Темуч з с. Лопушанка (Липецька країна), маючи свою дружину, вчинив подружню зраду з дружиною Івана Куземка. Зборовий суд присудив обох покарати 100 ударами палкою, зобов'язав дати до церкви 4 фунти воску і під час Служби Божої у церкві хрестом лежати. Якщо далі будуть продовжувати то отримають по 300 ударів та по 50 грн. штрафу.

Покарання у вигляді вигнання злочинця з громади було характерним, перш за все, руському (українському) звичаєвому праву. Так, у «Руській Правді» згадувався термін «потік і розграбування», коли майно злочинця підлягало конфіскації, а винного виганяли з общини або перетворювали на раба («холопа»). Це було одним з найсуворіших покарань. Воно могло застосовуватись як до однієї особи (вигнання з громади) так і до цілої громади (вигнання з певної місцевості). Застосування такого покарання здійснювалось внаслідок вчинення тяжких проступків у сфері громадського порядку або злочинів.

Поширеним було покарання у вигляді арешту, яке засуджений відбував у сільській в'язниці. Строк такого покарання був невеликий: від кількох годин до кількох тижнів. Як виняток могло застосовуватись покарання у вигляді арешту на два-три місяці. Засуджений зобов'язаний був виконувати судові рішення і перебувати у місці позбавлення волі незалежно від того чи знаходився він під вартою чи ні. У такі в'язниці могло не бути замків та вартових.

Сільські суди волоського права виносили вироки в усіх кримінальних справах, окрім справ, які передбачали смертну кару. Такі справи відносилися до виключної компетенції гродських судів. Першою інстанцією у кримінальних справах для селян «волоських» сіл Самбірської економії був замковий суд Нового Самбора (*curia regalis*). Він здійснював попередній розгляд кримінальних справ та передавав їх до тих загальних судів, які мали «право меча» (*jus gladii*) – право смертного вироку. Це міг бути, зокрема, війтівсько-лавницький суд цього або іншого міста (міський суд магдебурзького права або гродський суд).

Разом з цим, громадам волоського права належало виключне право виносити вердикт у кримінальній справі, порушеній проти одного з її членів. Такий вердикт повинен був виноситись одноголосно та вважався неспростовним доказом. Якщо громада визнавала обвинуваченого невинуватим у вчиненні злочину, то його звільняли від кримінальної відповідальності. При винесенні вердикту громада брала до уваги попередню поведінку обвинуваченого.

Наявність таких повноважень у сільській громаді було, безперечно, зумовлювалось тим, що саме громада могла найбільш детально охарактеризувати особу винного (оскільки він був її членом і вона мала повну інформацію про його життя, характер, вподобання, взаємовідносини з іншими членами громади тощо) та встановити можливість вчинення ним злочину. Це було особливо актуальним у тих випадках, коли були відсутні неспростовні докази його вини.

З огляду на викладене вище, можна зробити наступні висновки. Громадами сіл волоського права при застосуванні покарань до підсудної особи використовувались покарання характерні для «Руської Правди» (судова помста, вигнання з громади тощо). Суди волоського права були позбавлені права розглядати справи про злочини, за вчинення яких передбачалась смертна кара. Вони належали до компетенції гродських судів та міських судів магдебурзького права.

Найбільш поширеним покаранням, що застосовувалося сільськими судами волоського права був штраф, розмір якого встановлювався державою та залежав від важкості злочину, особи підсудного тощо. Громади сіл волоського права були наділені значними повноваженнями у здійсненні кримінального судочинства. Вони приймали участь у сільських судах (громадському та зборовому судах), мали право виносити вердикт у кримінальних справах.

ОСОБЛИВОСТІ ПІДБОРУ ПРАЦІВНИКІВ НОТАРІАТУ В ГАЛИЧИНІ У СКЛАДІ АВСТРО-УГОРИЧНИИ ТА ПОЛЬЩІ (1859 – 1939РР.).

Ясіньска Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відповідно до царського патенту від 7 лютого 1858 р., австрійське нотаріальне Положення 1855 р., яким запроваджувався інститут нотаріату з 1 листопада 1859 р. вводилося і на територію Галичини. Саме з цієї дати починається історія галицького нотаріату як відокремленого від судової влади і незалежного правового інституту, який спирався на широке професійне самоврядування. Нотаріальний порядок 1855 року виявився недосконалим, оскільки чітко не окреслив виняткової компетенції нотаріусів, що на практиці привело до змішування функцій нотаріусів і адвокатів, тому виникла потреба у подальшому реформуванні інституту нотаріату.

У 1871р. було прийняте нове Положення про нотаріат, яке визначало критерії, яким повинні були відповідати моральні якості нотаріуса. При виконанні нотаріальних дій він мав бути чесним, увічливим, старанним, точним, повинен стежити, щоб не було завдано шкоди учасникам угоди, особливо недосвідченим, йому було заборонено будь-яке сприяння в справах незаконних, підозрілих чи фіктивних; він не міг займатися адвокатською практикою чи обіймати будь-яку урядову платну посаду, за винятком педагогічної діяльності. Положення забороняло нотаріусам вести справи, які суперечили честі і гідності звання чи в результаті яких могла б постраждати чи бути підірваною довіра в його неупередженість чи в достовірність посвідчених ним угод. Поряд з цим були встановлені підвищені вимоги до особи, яка прагнула здобути посаду нотаріуса. Зокрема, закон вимагав, щоб претендент на посаду був підданим монархії, який досяг 24 років; характеризувався бездоганною поведінкою і був наділений правом вільно розпоряджатися своїм майном; закінчив правничі студії і склав іспити теоретичні чи здобув ступінь доктора права; успішно склав іспит нотаріальний, адвокатський чи судово-урядовий; мав стаж не менше як чотири роки практичної діяльності, із яких прийнятні два роки прослужив у нотаріуса на практиці, а інші два роки провів на практиці у суді, адвоката чи фінансовій прокуратурі; знав, крім німецької, крайові мови, що використовувались у місцевості, де він прагнув здобути посаду нотаріуса; не був кримінально караним. Міністри юстиції надавали право призначати на посаду особу, яка не мала чотирьох років практики, проте лише у тому випадку, коли не було претендента із потрібним стажем роботи.

Закон встановлював правило згідно з яким для здобуття посади нотаріуса найдостойнішою особою нотаріальна палата, в окрузі якої відкрилась вакансія, була зобов'язана оголосити конкурс. Порядок проведення такого конкурсу був детально регламентований в циркулярі Міністерства юстиції від 31 жовтня 1887р. Відповідно до нього, конкурс оголошувався шляхом триразової публікації в декількох періодичних виданнях і на різних, поширених в Австрії, мовах. По спливу двох тижнів від дня останньої публікації кандидати подавали відповідні документи (заяву і докази їхньої відповідності формальним вимогам закону) до нотаріальної палати. Формулюючи з цього питання власну думку, нотаріальна контора передавала їх до суду I інстанції, в окрузі якого була вакантна посада. Суд своєю чергою, висловлюючи власну позицію щодо кандидата, передавав документи у вищестоящу судову інстанцію, яка разом із своїм висновком надсилала їх до міністра юстиції. Після ознайомлення із всіма документами він або призначав нотаріуса, або відмовляв у призначенні.

Наведені вимоги законодавця свідчать про те, яке важливе значення австрійський уряд приділяв проблемі підбору кадрів у нотаріаті. Як свідчать архівні документи початку ХХ ст., призначали на посаду нотаріуса у Галичині звичайно лише після п'ятнадцятирічної нотаріальної практики, а траплялися випадки, коли стати нотаріусом вдавалося лише після двадцятирічної праці. Відповідно професійна кваліфікація такого нотаріуса не викликала сумнівів.

Велике значення для розвитку інституту нотаріату в Галичині мав той факт, що в Австрії, а потім і в Польщі, нотаріат утворював своєрідну корпорацію, яка управлялася нотаріальною палатою. Головним завданням палати була 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. Для його виконання нотаріальні палати наділялися такими повноваженнями: нагляду за діяльністю нотаріусів і кандидатів та ведення їх списків; здійснення дисциплінарного суду честі над нотаріусами і кандидатами; вирішення всіх спорів, що виникали між нотаріусами з приводу виконання ними їхніх службових обов'язків; спорів і непорозумінь між нотаріусами і сторонами про розмір винагороди чи з інших обставин; затвердження свідоцтва про проходження нотаріальної практики, тощо.

Особливістю нотаріату в Австрії було те, що він, з одного боку, підлягав корпоративному управлінню, а з іншого – не відділявся від загальної судової системи і перебував у суворій залежності як від Міністра юстиції, так і місцевих судових установ. Унаслідок цього в дисциплінарному відношенні нотаріуси підпорядковувалися і нотаріальній палаті, і судовим органам I і II інстанції. Вищий же нагляд за діяльністю нотаріату в імперії належав Міністру юстиції, який призначав і звільняв нотаріусів.

Учинення нотаріусом проступків, які ганьбили честь і гідність його звання, передбачало накладення нотаріальною палатою відповідних стягнень, а саме: зауваження, попередження чи письмова догана із занесенням їх в особову справу. Лише після трьох років бездоганної праці нотаріус набував права порушити клопотання про погашення цих дисциплінарних стягнень. Якщо ж нотаріус порушив положення законів, що регламентували його діяльність, не виконав обов'язків, покладених на нього цими ж законами чи вчинив проступок, несумісний з честю і гідністю його посади, судом II інстанції проти нього порушувалось дисциплінарне провадження. У випадку визнання нотаріуса винним на нього накладалося покарання у вигляді письмової догани; штрафу до 500 золотих; відсторонення від посади на строк одного року; заборона займатися нотаріальною діяльністю загалом. Штраф і тимчасове відсторонення від посади могли бути накладені одночасно.

Свою активну позицію щодо тих чи інших зловживань в підборі нотаріальних кадрів, які здебільшого почали виникати за часів перебування західноукраїнських земель в складі Польщі (австрійське нотаріальне Положення діяло тут до часу прийняття польського Закону про нотаріат 1933р.) 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 принципів закону і протягом багатьох років усталеної звичасової практики. Це породжувало обгрунтовані побоювання про збереження доброго імені нотаріального стану. Незважаючи на подання нотаріальних палат, високу кваліфікацію поданих ними до призначення кандидатів, Міністерство номінувало таких осіб, які вже були дисциплінарно карані або щодо яких застосовувалось дисциплінарне провадження, або занадто молодих і недосвідчених, залишаючи поза увагою нотаріальних кандидатів із великим стажем роботи. Отже, констатував В. Завадка, немає справедливості, а це кривдить тих людей, які багато років віддали сумлінній праці, професіоналізм, глибокий знання прав, 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 створити Делегацію із членів палат і уповноважити її довести до відома Міністерства юстиції ситуацію щодо призначень, і переконати його, що така практика Міністерства не відповідає вимогам закону і є різко 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 Краків-

ською та Перемишльською нотаріальними Палатами, одноставно ухвалила відповідне звернення до Міністерства юстиції. Вказуючи на зловживання, допущені Міністерством у питанні переміщень і призначень нотаріусів, Палата водночас прагнула знайти їм хоч якийсь виправдання. У зверненні зазначалося, що несправедливості в кадровому питанні були спричинені помилковою позицією Міністерства щодо устрою нотаріату в колишньому Королівстві Польському і Малопольці і при призначенні брали до уваги правила російського нотаріального Положення 1866 року, яке взагалі не знало інституту кандидатів нотаріальних і не вимагало від претендентів на посаду юридичної освіти. Зовсім іншою була практика Малопольщі, де діяв австрійський закон 1871 року. Отже, резюмувала Палата, якщо призначення на посаду нотаріуса в Королівстві Польському не зачіпало і не порушувало жодних прав, то в Малопольщі – навпаки. Своїм завданням стосовно цього питання Палата вважала надання Міністерству пропозиції щодо призначень, які б враховували дійсний стан інтелектуальних та моральних якостей кандидатів. А обов'язок Міністерства, на думку Львівської нотаріальної палати, – враховувати ці пропозиції. Це було б найпевнішою і найкращою гарантією нормального розвитку нотаріату.

Позитивним у згаданому зверненні є й те, що Палата не обмежується лише декларативними непідтвердженими заявами, а подає реальні факти зловживань Міністерства. Наприклад, читаємо у зверненні, у місто Ходорів був номінований на посаду нотаріуса п. Крупінський, якому Палатою і окружним судом було відмовлено у поданні його кандидатури на призначення через накладені щодо нього дисциплінарні покарання. У порядку переведення здобув одну з найкращих нотаріальних посад у Сокалі нотаріус з Балігроди п. Ковальський, який пропрацював неповних 2 роки і за цей час вже встиг дістати дисциплінарне покарання із занесенням в особову справу, і це при тому, що Палата рекомендувала на цю посаду нотаріуса Гейду, який 8 років сумлінно і віддано працював у Ділятині, а тепер просив про переміщення його у краще місце. Посаду у Львові здобув у порядку переведення нотаріус Маурісій Гжоп з Угнова, обминувши при цьому кільканадцять старших від нього нотаріусів, які заслужили цю посаду відданою працею на полі розвитку нотаріату. В результаті такого свавілля у кадровому питанні у нотаріусів склалося враження, що номінація вже не залежить від кваліфікації і моральних якостей номінантів, а від якихось інших, сторонніх впливів. У колі розсудливих членів Львівської нотаріальної палати з'явилося тверде переконання, що в подальшому це призведе до загрози підвалинам нотаріату, його професійності, чесності, порядності, резюмувало звернення.

Видається, що подібний досвід функціонування нотаріату, а особливо щодо підходів до підбору його працівників, відкритості і можливості контролю з боку нотаріальної громадськості цього процесу, доцільно використати на сучасному етапі реформування українського нотаріату.

СЕКЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ НАУК

ПРИЧИНИ ТА НАСЛІДКИ КОНСТИТУЦІЙНИХ ТРАНСФОРМАЦІЙ

Бориславська О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Прийняття Закону України від 8 грудня 2004 р. „Про внесення змін в Конституцію України” започаткувало ряд наукових дискусій та поставило низку питань, які до цього не досліджувалися активно та залишаються відкритими і до нині. До таких питань належить проблематика конституційної реформи, актуальність якої з кожним днем зростає все більше. Так, більшість вчених-державознавців схиляються до того, що саме конституційна реформа може стати єдиним засобом подолання політичної кризи, яку спостерігаємо сьогодні. Проте наука конституційного права України не дає однозначної відповіді на питання що ж слід розуміти під конституційною реформою, які її змістовні ознаки, та й, зрештою, чи відбулася в Україні конституційна реформа у 2004 році. Тим часом терміни конституційна реформа, реформа Конституції застосовуються досить часто як у наукових колах, так і в політикумі, та й у суспільстві загалом. Логічно постає питання про співвідношення цих понять.

В той час як зміст поняття *реформа конституції* більш менш зрозумілий, оскільки так чи інакше передбачає внесення змін до Конституції, то сутність поняття *конституційна реформа* залишається недослідженою. Згідно з Великим тлумачним словником сучасної української мови реформа – це перетворення, зміна, нововведення в якій-небудь сфері суспільного життя, галузі знань. Як видається, реформа конституції – це зміни окремих норм конституції, внесення у текст конституції нових положень шляхом доповнення її змісту. Конституційна реформа – поняття ширше, передбачає зміни устрою держави, визначеного конституцією, зміни статусу органів публічної влади, тобто охоплює різні сфери функціонування держави.

Поняття *конституційна реформа* нерозривно зв'язане із поняттям *конституція*, проте не обмежується виключно зміною конституційного тексту, оскільки передбачає комплексні перетворення, які можуть бути забезпечені відповідними змінами на усіх рівнях правового регулювання: як конституції, так і законів та підзаконних правових актів. До того ж, якщо при розумінні конституції виходити із концепції ліберального політичного порядку, згідно із якою конституція – це *устрій держави*, при якому гарантуються права та свободи людини, а державна влада обмежена правом та реалізується на засадах її поділу, то конституційна реформа передбачатиме відповідні зміни у такому устрої.

Виходячи із цього з упевненістю можна стверджувати лише, що 8 грудня 2004 року відбулася реформа Конституції: до її тексту були внесені зміни та доповнення стосовно правового статусу вищих органів державної влади (Президента України, Верховної Ради України, Кабінету міністрів України). Зміст цих змін в основному передбачив перерозподіл повноважень між вказаними органами державної влади шляхом передавання певних правомочностей від одного владного суб'єкта іншому. Це призвело до певних трансформацій їх правового статусу, а також у площині взаємовідносин вищих органів державної влади, а тому і форми правління загалом.

Важливе значення для оцінки якості та дієвості конституційних змін має з'ясування причин та наслідків реформи конституції. Як видається, причинами реформи конституції можуть бути обставини соціального, юридичного чи політичного характеру, зокрема:

1. невідповідність окремих конституційних норм реальному стану суспільних відносин (конституційна норма стримує динаміку соціальних процесів);
2. наявність прогалини у конституційному регулюванні, яку неможливо усунути іншими способами (шляхом прийняття закону, тлумачення конституційної норми);
3. необхідність врегулювання на конституційному рівні тих суспільних відносин, які раніше конституцією не регулювалися (наприклад, ряд конституційних змін у євро-

пейських державах були зумовлені їх входженням до ЄС, відповідні розділи, зокрема, з'явилися у Конституціях ФРН, Франції);

4. політична доцільність.

Суспільно-правова сутність конституції полягає в тому, що це *стабільний* нормативно-правовий акт вищої юридичної сили, який на постійній, сталій основі фіксує основні параметри функціонування суспільства та держави. Необдумані конституційні зміни підірвують цю важливу властивість конституції, негативно впливають на стабільність усієї системи права, стан правосвідомості, породжують неповагу до Конституції та права загалом. Відтак до реформи конституції слід підходити виважено, а тому у кожному разі причини конституційних змін повинні бути чітко сформульовані, а очікувані наслідки окреслені. Наприклад, якщо причиною змін конституції є невідповідність окремих конституційних норм реальному стану суспільних відносин, слід проаналізувати, чи насправді та чи інша конституційна норма стримує суспільний розвиток, чи немає можливості забезпечити такий розвиток шляхом тлумачення цієї норми (така практика існує у багатьох країнах, наприклад у США Конституція діє 222 роки в тому числі і завдяки тлумаченню конституційних норм). Відповідно, мають бути окреслені очікувані наслідки. Якщо причиною пропонуваного змін до конституції є прогалина, наслідком буде її заповнення, що зумовить відповідний вплив на життєдіяльність суспільства, і так далі.

Особливу увагу слід приділити такій причині реформи конституції, як політична доцільність. Практика конституційних змін в інших державах свідчить про те, що ця причина досить поширена у світі. Якщо вона поєднується із юридичними передумовами та виваженим підходом до таких змін, а самі зміни є науково обґрунтованими, то реформа конституції за таких обставин може бути дієвим кроком на шляху державного розвитку, наприклад, засобом виходу із політичної кризи, вдосконалення державного апарату тощо. Сама ж політична доцільність як підстава реформи конституції може призвести до досягнення короткотермінових політичних цілей, але такі зміни не забезпечують дієвості юридичних механізмів, ефективності конституційних моделей організації влади, навпаки можуть зумовити колізії, суперечності тощо. Яскравим прикладом цього є внесені у Конституцію України зміни Законом від 8 грудня 2004 року, які внесли дисбаланс у систему державної влади та призвели до гострих політичних протистоянь.

Прихильники внесення змін до Конституцію у 2004 році вказували на такі найважливіші обставини, що, на їх погляд, спричиняли потребу реформи Основного Закону: надмірна концентрація повноважень в руках глави держави, існування подвійного керівництва державним управлінням (з одного боку Президента і його адміністрації, з іншого – уряду та Прем'єр-міністра). Проте вказані проблеми могли бути вирішені й іншим чином. Перша – шляхом децентралізації влади та формування дієвого місцевого самоврядування на всіх рівнях територіального устрою (населеного пункту, району, області), що суттєво послабило б правомочності Глави держави у сфері державного управління за рахунок зміни статусу та призначення місцевих державних адміністрацій. Останні за змодельованих умов мали б обмежуватися контрольними повноваженнями за діяльністю органів місцевого самоврядування, чи, скоріш, були б перетворені у представництва Президента (на зразок інституту префектури у європейських державах). Друга – шляхом прийняття законів про Президента України та про Кабінет міністрів України, які би чітко врегулювали правовий статус вказаних інституцій та усунули дублювання їх повноважень.

Сказане свідчить про те, що внесення змін до Конституції України у 2004 році було педчасним, науково необґрунтованим, позбавленим системного бачення Основного Закону, заснованим в основному на політичній доцільності процесом. Варто зазначити, що ми не торкалися питання легітимності процедури внесення змін до Основного Закону, що є окремою науковою проблемою, проте юридично тісно пов'язаною із вищезазначеним.

ДІЮЧА КОНСТИТУЦІЯ УКРАЇНИ ПОТРЕБУЄ ПРОДОВЖЕННЯ РЕФОРМ

Бориславський Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Сьогодні Україна перебуває на етапі утвердження як правової, демократичної держави, становлення інститутів громадянського суспільства. Сьогодні стало особливо відчутно, яке важливе значення для успішного розвитку держави має не лише демократичний потенціал Конституції України, а й практична дієвість Основного Закону держави. Усе це вимагає наукового обговорення питання про необхідність і зміст конституційної реформи – одного із найбільш дискусійних проблем сучасної конституційно – правової доктрини і політичної практики в Україні.

Проголошення незалежності України та створення держави – України – стало імпульсом для розробки і прийняття її Конституції. Необхідно було забезпечити та юридично оформити перехід від держави соціалістичного типу до абсолютно іншого – демократичного – суспільного ладу, в якому проголошено принципи демократизму, багатоманітності форм власності, гарантованості права приватної власності, політичної та ідеологічної багатоманітності, багатопартійності, наявності постійно діючого парламенту, розподілу влади і т.п.

Прийнята 28 червня 1996 року Конституція України стала чи не найважливішою подією в історії українського державотворення після проголошення державного суверенітету України 16 липня 1990 року. Вона отримала досить позитивну оцінку Венеціанської комісії, політиків, науковців та громадськості. У нас з'явилась реальна можливість, базуючись на нових конституційних засадах і нормах та за допомогою передбачених Конституцією засобів, будувати суверенну і незалежну, демократичну, соціальну, правову державу, а отже, ми отримали довгострокову перспективу її розвитку. Це вже була не Конституція союзної республіки, а Конституція незалежної суверенної держави.

На питання, що становить собою Конституція України і що саме треба в ній міняти, не можна відповісти, не звернувшись до історії створення Конституції 1996 року та внесення змін до неї в 2004 році.

Конституційний процес (розробки, прийняття і внесення змін до Конституції) в Україні унікальний, оскільки на нього впливали досить різнопланові фактори, що позначилося не тільки на процедурі розробки, прийняття та внесення змін, але й на змісті Основного Закону. Початковим пунктом роботи над новою Конституцією України можна вважати створення 24 жовтня 1990 року Верховною Радою УРСР Комісії по розробці нової Конституції Української РСР. Комісії було доручено створити робочі групи по підготовці окремих розділів проекту Конституції, залучивши до них провідних вчених і фахівців відповідних знань, а Президії Верховної Ради УРСР внести на розгляд сесії ВРУРСР в грудні 1996 року концепцію нової Конституції Української РСР. Ця комісія за складом відобразила співвідношення сил у парламенті, на той час вкрай незрозуміле і нестійке. Значна частина її складу представляла різні політичні сили і мала таку чисельність, яка завідомо не дозволяла вести поглиблену роботу щодо вироблення складного політичного і юридичного тексту – 59 чоловік. Комісія діяла під головуванням Л.М.Кравчука, а згодом співголовою був обраний І.Плющ.

На початку роботи Комісії вона мала у своєму розпорядженні в якості орієнтирів своєї діяльності, окрім світового конституційного досвіду, низку документів національного походження.

По – перше, це документи, що відображають державні конституційні традиції козацької доби, зокрема «Березневі статті» та жалувані грамоти 27 березня 1954р., Івана Виговського (гадяцький тракт 6(16) вересня 1958р., Пакт і Конституція законів та вольностей Війська Запорізького (Конституція Пилипа Орлика) від 5 квітня 1710р., а також ті, в яких проголошувался принцип самостійності України: III Універсал Центральної Ради від 20 листопада 1917р., IV Універсал УРК (9(22) січня 1918р., Конституція Української Народної Республіки 1918 р., яка,

зокрема, передбачила: «Україна проголосила себе і нині є державою суверенною, самостійною і ні від кого незалежною» (ст.1); „суверенне право в Українській Народній Республіці належить народеві України, себто громадянам УНР всім разом” (ст.2).

По – друге, ряд важливих документів конституційного характеру, що були прийняті в 90-х роках 20 ст., перш за все Декларація про державний суверенітет України від 16 липня 1990р. В ній було встановлено верховенство Конституції і законів Республіки та територіального верховенства на своїй території, закріплено, що Декларація є основою для нової Конституції, законів України. Згодом в Акті проголошення незалежності України від 24 серпня 1991р. було проголошено незалежність України та створення самостійної Української держави – України; підкреслено, що на території України мають чинність Конституція і закони України.

По – третє, підправлена Конституція (Основний Закон) Української РСР 1978 р. зі змінами і доповненнями, яка була органічним паростком Конституції СРСР 1977 року, з усіма відомими її атрибутами: ст.6 КПРС – керівна і спрямовуюча сила, соціалістична власність і т.п.; Закони Української РСР та інші акти, ухвалені Верховною Радою Української РСР, що діяли на території України, оскільки не суперечили законам України, ухваленим після проголошення незалежності України згідно із ЗУ «Про правонаступництво України».

Поряд із такою різноплановою базою для розробки проекту нової Конституції наука конституційного(державного) права України в повній мірі не була готова запропонувати свою теоретико – правову допомогу розробникам Конституції, оскільки вона не існувала як самостійна, а входила в склад єдиної науки «радянського державного права». Сформована в радянський період наука «соціалістичного типу» відправними засадами мала основоположні ідеї марксистсько – лєнінського вчення про право, державу, демократію, конституцію. Тільки в цих параметрах допускалися, зокрема, і конституційно – правові рекомендації. Висловлене однак не слід розцінювати як спробу закреслити всі підсумки досліджень державознавців того періоду. Використовуючи теоретичний потенціал минулого етапу розвитку, наука конституційного права звільняється від догматичного підходу до досліджень проблем конституціоналізму.

Як акт найвищої юридичної сили нова Конституція за своїм спрямуванням і функціями була розрахована на досить тривалий державотворчий період і призначена регулювати головні параметри життєдіяльності нового суспільства і молодой держави. Вона проголошувалася Основним Законом, ядром правової системи, фундаментом правового порядку і тому наділялася такими конституційними якостями, які мали гарантувати комплексний характер впливу на суспільні відносини, зокрема засновницький характер, нормативність, стабільність, верховенство, підсумковий характер, активний вплив на формування суспільної свідомості, наступність. Як відомо, Законом України від 8 грудня 2004 року в Основний Закон було внесено зміни і доповнення (зауважимо, що сама Конституція передбачає прийняття лише Закону про внесення змін (за назвою).

Прихильники конституційної реформи в 2004 році обґрунтовували свою позицію тим, що президентсько – парламентська система відіграла дуже важливу історичну роль, особливо в перші роки державності, – забезпечувала стабільність суспільства і держави. Але сьогодні абсолютно зрозуміло, що в чинній редакції Конституції, по суті, був закладений механізм протистояння законодавчої та виконавчої влади (4с.4). З цього приводу академік Ю. Шемшученко сказав: „...як член першої конституційної комісії заявляю, що ми робили все, щоб Конституція закріпила достатнім чином саме баланс влади у трикутнику Президент – Кабінет міністрів – Верховна Рада України. «Конституційна ніч» – ніч на 28 червня 1996р. значною мірою порушила цей баланс влад, а зміни, які були внесені до Конституції у 2004 році, ще більше порушили цей баланс і, по суті, призвели до політичної кризи». Зруйнована у 2004 році Конституція фактично стала джерелом системного процесу політичного протистояння.

Зрозуміло, що прийняті зміни порушили концепцію і сутність нової Конституції (вона перестала бути новою) і тому чергове державне свято – День Конституції України – вона зупинилася, втративши конституційну стабільність, а сама доктрина Конституції 1996 року набула рис суперечливого документа. Поява внутрішніх протиріч у змісті Основного Закону, як пра-

вило, веде до криз, але не містить способів їх усунення, більше того, штовхає політичні групи до силових методів вирішення суперечностей.

Конституції України вже 12 років. Саме стільки часу минуло від тоді, як Верховна Рада України, визнаючи суверенну волю народу, прийняла цю Конституцію. Вважасмо, що пройшов достатній період часу для усвідомлення достоїнств і недоліків Основного Закону. В процесі політичних дискусій, обговорення актуальних проблем вдосконалення конституційних основ українського суспільства і держави в правовій літературі визначені і вдосконалюються різні підходи до оцінки умов розробки, прийняття та реалізації діючої Конституції України, її впливу на суспільство і державу, перспективи конституційного розвитку України.

В цих дискусіях, які розгорнулися з моменту її розробки та прийняття і тривають до сьогодні, можна виділити дві крайні позиції. Ми живемо, кажуть критики, що належать до різних політичних сил, в умовах недемократичної, більше того – недосконалої конституції. В процесі її створення не було враховано ряд моментів – волю народу, пропозиції конституціоналістів, провідних науковців і громадян. Звідси – необхідність внесення змін. Є і більш радикальні погляди – щодо потреби прийняття нової конституції або нової редакції конституції.

Конституція у редакції 1996 року (до внесення змін), заперечують її захисники, – найбільш демократична в історії України. Вона забезпечила соціальну і політичну стабільність, чого не було до її прийняття. Як і в будь-якій Конституції, в ній є недоліки, але їх корекція – справа майбутнього, всякі спроби реформування Конституції сьогодні можуть викликати ланцюгову реакцію.

Простіше всього сказати, що істина посередині, адже крім крайніх є багато інших міркувань. Цікавою, зокрема, є точка зору академіка Ю. Шемшученка: якби та Конституція, яка була остаточно прийнята в 1996 році, збереглася до цього часу, не було б тих потрясінь і тієї політичної кризи, що відбулася.

ОБЛАСТЬ В СИСТЕМІ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН

Заяць І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Особливості конституційно-правових відносин на рівні “держава ↔ область” визначаються природою взаємовідносин “загального” та “особливого”. Одночасно їх можна охарактеризувати, як відносини “первинного” з “похідним”. Проте це не є правилом, оскільки, в залежності від політико-правової природи конкретної держави, в одних випадках територіальні одиниці (“кантон”, “область”, “region”, “штат”, “провінція”) будучи “особливим”, виступають у ролі “похідного”, в інших – “первинного”. Така різноманітність обумовлює існування різних форм державного устрою – унітарної держави та федерації.

Для багатьох держав Європи “область” є структурним елементом їх адміністративно-територіального поділу. Проте, конституційно-правова природа універсальної, на перший погляд, адміністративно-територіальної одиниці – області приховує у собі суттєві відмінності. Виникає запитання, які критерії провадять розмежування між статусом області в Україні, Росії, Білорусії, Болгарії, Іспанії, Італії та Угорщині.

Області в усіх радянських союзних республіках статус області було уніфіковано. Такий підхід обумовлювався єдністю політичного центру та нормативно-правової бази. З розпадом Союзу РСР розпочалися процеси, які в подальшому обумовили формування особливого статусу області для кожної республіки зокрема.

“Нестандартним» для пост-радянського простору виявився розвиток конституційно-правових відносин з приводу визначення статусу області в Російській Федерації. З метою збереження територіальної цілісності та формування єдиного політичного цілого у Росії 31.03.1992 р. було укладено “Договір про розмежування предметів відання та повноважень між федеральними органами державної влади Російської Федерації та органами влади країв, областей, міст Москви та Санкт-Петербурга Російської Федерації” та “Договір про розмежування предметів відання та повноважень між федеральними органами державної влади Російської Федерації та органами влади автономної області, автономних округів у складі Російської Федерації”. Відповідно до цих двох Договорів сорок дев’ять областей та одна автономна область Росії були визнані суб’єктами федерації. Результатом правового компромісу стало те що, центральна влада РФ зберегла відносну цілісність держави, а органи публічної влади областей набули принципово нового об’єму компетенції (*n. 1 ст. 5 Конституції РФ*). Відтепер області набули якості “первинного”, оскільки, відповідно до положень Договору від 31.03.1992 р., вони визнані засновниками Російської Федерації (“похідне”). Одночасно за ними залишилася якість “особливого”, оскільки якість “загального” продовжувала виконувати держава – Російська Федерація. Таким чином, політичні реалії Росії згенерували суттєво новий конституційно-правовий статус області на пост-радянському просторі.

Подібний варіант розв’язання питання територіальної організації розглядався і в Україні. Перехід на федеративну форму державного устрою забезпечив би для окремих регіонів подвійну вигоду – право власності на майнові комплекси, що знаходилися на їх території, та відносну самостійність в галузі вироблення політичних рішень. Проте, така вигода для окремого регіону оберталася грубим потуранням загальнонаціональних інтересів. В умовах становлення нової держави такий сценарій розвитку подій загрожував факту існування самої держави.

Українській дійсності ближчими залишалися відносини, при яких область, будучи “особливим”, залишалася “похідним”. Її інституціоналізація завершилася із прийняттям нової Конституції України. Враховуючи складність сучасного періоду, український законодавець скористався досвідом Французької Республіки. Розроблюючи проект французької Конституції 1791 р., комісія під головуванням Тур’є (*Thouret*) також стикнулася з проблемою подолання відцентрових сил у державі. Тому, було зроблено пропозицію сформулювати текст ст. 1 *тут. I* таким чином, щоб було чітко вказано загальну кількість департаментів у Франції. Рабо-Сент-

Етьєн (*Rabaud-Saint-Etienne*) підтримуючи Тур'є, заявив: "... Щоб в конституції ніколи не можна було відшукати аргументу в користь розподілу на федеративні республіки, я пропоную, щоб вищенаведений принцип (*принцип неподільності території* – прим. 3.1.) був зазначений і щоб було сказано: королівство єдине і неподільне, його територія поділена в цілях управління на 83 департаменти, кожний департамент на дистрикти, кожний дистрикт на кантони". Як показала подальша державотворча практика багатьох країн Європи, зокрема Великобританії, Іспанії, Італії, Франції, адміністративно-територіальна множинність може успішно забезпечувати політичну єдність держави за умови збалансованого поєднання політики централізації та децентралізації; децентралізації та регіоналізму; деконцентрації та субсидіарності.

Область, як і будь яка інша адміністративно-територіальна одиниця, є результатом діяльності держави по організації власної території. Ця територіальна одиниця – складне і дуже суперечливе утворення в системі територіальної організації української держави. Проблема конституційного статусу області це – проблема взаємовідносин її території із державною територією; інтересів її населення із загальнодержавними інтересами; обласних органів публічної влади із центральними органами державної влади.

Конституційно-правова природа області характеризується чіткою структуризацією. До її складу, як до найбільшої територіальної одиниці, увійшли ієрархічно підпорядковані менші за розміром адміністративно-територіальні одиниці такі як село, селище, місто, район у місті та район. На основі аналізу конституційно-правового регулювання відносин у галузі територіальної організації держави можна зробити висновок, що область представляє собою визначене владним рішенням держави коло територіальних громад міст, сіл та селищ, які одержали право на формування спільних інтересів.

На цьому рівні найбільш ефективно забезпечується взаємодія двох провідних суб'єктів сучасного конституційного права: держави і регіонального об'єднання територіальних громад. Діяльність цих суб'єктів може суттєво позначитись на загальному розвитку українського державотворення оскільки вони можуть або протистояти один одному, або сприяти їх взаємному збагаченню та розвитку. Не можна відкидати і значний суб'єктивний фактор, який має тут місце і постійно відігравав одну з провідних ролей при вирішенні конституційно-правових конфліктів на цьому рівні. Враховуючи що специфіку, законодавець на рівні області закладає початок процесу розподілу сфер впливу та повноважень.

Об'єм повноважень, яким "первинне" наділяє своє "похідне", визначається рядом факторів. По-перше, реалізація наданих повноважень не повинна суперечити загальнодержавним інтересам. З цією метою держава (будучи первинним) наділяє свої адміністративно-територіальні одиниці лише такими повноваженнями, подальша реалізація яких не ставила б під сумнів політичний авторитет самої держави і не створювала б негативну державотворчу практику. Керуючись такими міркуваннями, похідні від держави територіальні утворення не наділяються цілим рядом повноважень в галузі національної безпеки, оборони та зовнішньої політики. По-друге, надані повноваження повинні забезпечуватись відповідним рівнем матеріально-фінансового забезпечення. Якщо реалізація цих повноважень забезпечується безпосередньо державним фінансуванням, – такі повноваження відносяться до "делегованих". Проте, якщо територіальне утворення здатне самостійно акумулювати відповідні кошти та забезпечити реалізацію повноважень, які не входять до виключної компетенції держави (безпека, оборона, зовнішня політика), то такі повноваження кваліфікують як "власні".

Таким чином, роль і значення області у політико-правовій системі України, перш за все, визначається співвідношенням загальнодержавного та регіонального інтересу. Сьогодні юридична наука переосмислює конституційну природу "публічного інтересу". Інститут публічного інтересу, відомий фактично з часів римського права, на сьогоднішній день набув нових рис і тим самим адаптувався до нових політико-правових умов.

У свій час римські державознавці наголошували на існування особливих суспільних відносин, які можуть зачіпати інтереси римського народу квіритів (*populus Romanus Quiritium*) як єдиного цілого. Такі відносини вони розглядали з точки зору публічних інтересів, нормативною основою яких виступала формалізована воля всього народу – *lex publica* (публічний закон). Проте, на сьогоднішній день, природа публічного інтересу дещо змінилась. І це, перш за все, є пов'язано з поділом ієрархічної системи влади. Зараз слід розрізнити інтерес народу в

цілому та інтерес окремих територіальних громад або їх об'єднань. Було б не вірно ототожнювати інтерес окремого громадянина з інтересом територіальної громади членом якої він є або ж інтерес територіальної громади з інтересом всього народу. Природа цих трьох інтересів є різна, проте, враховуючи конституційно-правову специфіку адміністративно-територіальної одиниці, яка виступає основою для формування територіальної громади, можна зауважити функціональну близькість державного інтересу з інтересом територіальної громади.

Розвиток суспільно-політичних подій в Україні на кін. 80^х – поч. 90^х рр. засвідчив формування чітко виражених територіальних (*локальних, місцевих, регіональних*) інтересів. Можна поділити думку проф. Ю. Тихомирова, котрий вважає публічний інтерес є не чим іншим, як визнаний державою та забезпечений правом інтерес соціальної спільноти, задоволення якого служить умовою та гарантією розвитку даної спільноти.

Взагалі, досить важко узгоджувати державний інтерес з інтересом окремого регіону, бо тут не завжди можна відшукати спільність мети. Проте зміст державної регіональної політики якраз і полягає у тому, щоб генерувати об'єднуючі начала. Класичним прикладом тут може стати політико-правове втручання у розвиток відносин між французькою провінцією Квебек та Канадою. Результатом пошуку об'єднуючих начал стало призначення на посаду генерал-губернатора Канади темношкірої тележурналістки з Квебеку – Мікаель Жен.

В Україні, пошук “точок дотику” покладається у першу чергу на Президента, як гаранта державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина. Потім – на Верховну Раду, як на всеукраїнський представницький орган, що визначає основні засади внутрішньої та зовнішньої політики та Уряд, як орган, котрий забезпечує державний суверенітет і економічну самостійність України, здійснює внутрішню та зовнішню політику, виконання Конституції і законів України. При бажанні, ці органи, діючи в межах власної компетенції, в стані відвернути розвиток не бажаних суспільних відносин, не допустити негативні прояви їхнього антагонізму. Елементами механізму узгодження конфлікуючих інтересів є такі загально визнані методи політико-правового втручання як вибори, референдуми, народні ініціативи, плебісцити, наявність демократичних прав та свобод, притягнення до політичної та правової відповідальності і т.д.

Є всі підстави вважати, що держава постійно залишає за собою право самостійного визначення об'єму тих питань, які будучи предметом публічного інтересу, реально забезпечуються територіальною громадою. Може скластися враження, що держава зацікавлена у становленні місцевого самоврядування. Воно й дійсно так, проте, процес розвитку інституту місцевого самоврядування повинен перебувати під пильним контролем зі сторони держави. Встановлене законом коло повноважень місцевих представницьких органів одночасно ставало визнанням державою та забезпеченням правом публічним інтересом жителів відповідних областей. Нормативне закріплення публічного інтересу шляхом встановлення об'єму повноважень представницьких органів місцевого населення, встановлення порядку та гарантій забезпечення цього інтересу створювали усі підстави для висновку про домінуючу роль держави у формуванні пріоритетів даного інтересу. Це дуже важливо, оскільки держава де-юре постійно залишає за собою право самостійного визначення об'єму тих питань, що відносяться до публічного інтересу місцевих жителів.

До структури області, як територіального утворення, сформованого в результаті державної регіональної політики, входять територіально споріднені суб'єкти регіонального інтересу. Звичайно, враховуючи специфіку соціально-політичної ситуації на поч. 90-х рр., український законодавець не посмів закріпити положення, згідно із якими встановлювався б порядок формування суб'єктного складу регіонального інтересу з низу, оскільки це негативно могло б позначитися на подальшому розвитку державотворчого процесу. Своїм владним рішенням парламент встановив межі регіонального інтересу держави і тим самим було визначено процес формування спільних інтересів територіальних громад. Іншими словами, область визначає не лише територіальні межі розвитку відповідних конституційно-правових відносин але й передбачає можливість їх специфічного (регіонального) нормативно-правового регулювання. Останнє забезпечується якраз через функціонування регіональних органів публічної влади: представницького – обласної ради, яка представляє спільний інтерес відповідних територіаль-

них громад та обласної державної адміністрації, яка покликана здійснювати виконавчу владу на території області та реалізовувати повноваження, делеговані їй відповідною радою.

Таким чином, здійснюючи діяльність по організації власної території та вирішення питань регіонального рівня держава формує особливу адміністративно-територіальну одиницю області. Її адміністративні межі визначають юрисдикцію відповідних органів публічної влади. Обласна рада – представницький орган, який забезпечує вироблення та реалізацію спільних інтересів відповідних територіальних громад, представлення цих інтересів перед державою. Орган виконавчої влади (обласна державна адміністрація) забезпечує зворотній вплив держави на відповідні територіальні громади та їх об'єднання через реалізацію управлінських функцій. Тому забезпечення співвідношення інтересів населення області з інтересами українського народу, повноважень обласного представницького органу із повноваженнями інших суб'єктів місцевого самоврядування та органів державної виконавчої влади є одним із гарантів державного суверенітету та територіальної цілісності держави.

ВЗАЄМВІДНОСИНИ ПРЕМ'ЄР-МІНІСТРА УКРАЇНИ З ПРЕЗИДЕНТОМ УКРАЇНИ: КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Кобрин В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Питання взаємних відносин між гілками влади завжди викликали особливу увагу науковців з конституційного права. На науковому рівні досить ґрунтовно досліджено взаємодію глави держави з парламентом та судовою гілкою влади, парламенту з органами виконавчої влади тощо.

На жаль не достатньо повно висвітлено таке переплетіння в моделі: глава держави – Президент України та Прем'єр-міністр України. З одного боку це пов'язано з тим, що до 2004 року Прем'єр-міністр де-факто підпорядковувався Президенту, а отже і конфліктних питань і проблем виникало обмаль. З другого боку цим питанням мало хто хоче займатися зважаючи на плінність законодавства (за останні два роки три закони «Про Кабінет Міністрів України») та нестабільну політичну ситуацію.

Яким сьогодні є вплив глави держави на Прем'єр-міністра. Та фактично ніякого. Зміни, які були внесені до Конституції України підпорядкували Прем'єр-міністра України парламентові. Та незважаючи на це Президент всіляко намагається різними способами і прийомами змусити главу уряду підпорядковуватися йому.

Першим і найдієвішим способом є Рада національної безпеки і оборони України. По-перше це конституційний орган, який очолює Президент і головує на його засіданні. По-друге сам Президент своїм указом визначає персональний склад РНБО. І по-третє рішення цього органу вводяться в дію указами Президента. В умовах низької політичної і правової культури РНБО використовується як засіб тиску на Прем'єр-міністра. Про останнє свідчить і той факт, що раніше, за попереднього президента РНБО збиралася дійсно в тяжких і надзвичайних ситуаціях і наступне засідання могло бути за пів року чи за рік. У вересні-жовтні 2008 року дійшло до того, що РНБО засідало майже чи не кожний тиждень.

Інше важливе питання це діалог між Президентом і Прем'єр-міністром України. Знову ж таки була ситуація, коли Прем'єр-міністр не могла потрапити на прийом до глави держави. Законодавство ж з цього приводу не фіксує норми про наприклад обов'язків невідкладний прийом главою держави Прем'єр-міністра України.

Ще однією цікавою проблемою взаємодії цих посадових осіб є наприклад невиконання указів і розпоряджень Президента Прем'єр-міністром та урядом. Як приклад Президент признає позачергові вибори і зобов'язує уряд профінансувати їх проведення. На противагу Прем'єр-міністр та уряд відмовляються виконувати рішення глави держави. Колізія яка ні на конституційному ні на законодавчому рівні не вирішена. Більше того Прем'єр-міністр України має досить завуальовану можливість прикрити свою позицію рішенням уряду.

Цікавою формою співпраці між главою держави і Прем'єром є участь представника Президента у засіданнях Кабінету Міністрів України. Вона дає змогу хоч якимось чином налагодити діалог між цими високими посадовими особами.

Ще одна новинка від Президента це директиви глави держави Прем'єр-міністру України у закордонних поїздках. Вважається, що оскільки Президент здійснює керівництво зовнішньополітичною діяльністю, то глава уряду в цій сфері є підконтрольний і підзвітний перед главою держави.

Не розвинутий на належному рівні в нашій державі і такий елемент взаємодії як інститут контрагнітування. Контрагнітування (скріплення підписом акта глави держави Прем'єр-міністром та міністром відповідальним за його виконання) є досить поширеним інститутом у світовій практиці. Згідно з нормами конституційного права, контрагнітування означає, що юридично за виконання певного акта глави держави відповідає представник виконавчої гілки влади, який скріпив цей акт власним підписом. На думку конституціоналістів, скріплення підпи-

сами не що інше, як фактична відповідь того ж Прем'єра і міністра Президенту: «Я приймаю до виконання!». Тобто Президент, умовно кажучи, видав указ, а урядовці своїми автографами засвідчили, що беруть на себе відповідальність за його виконання.

В чинній Конституції це лише чотири пункти, тоді як в Конституції до внесення змін, себто до 2004 року, таких пунктів в межах ст. 106 було аж тринадцять. Незважаючи на більшу кількість повноважень, які підпадали під інститут контрасигнатури, значно менше було непорозумінь та суперечностей.

Як бачимо конфліктних моментів є достатньо багато і що найгірше вони мають місце в конституційній практиці. Тому сьогодні є вкрай необхідним загострювати дискусію з важливих для держави та суспільства питань конституційного будівництва нашої держави та на науковому рівні шукати шляхи їх вирішення.

КОНСТИТУЦІЙНІ ПРИНЦИПИ ДУХОВНОГО ЖИТТЯ СУСПІЛЬСТВА

Левицька Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В останні десятиліття появились цікаві дослідження в царині духовного, нематеріально-го життя людини. Опубліковані наукові праці в галузі фізики, астрономії, психології, медицини, права продемонстрували невідомий інтерес вчених багатьох галузей до питань, які раніше не могли відкрито досліджуватись. Виявилось, що є явища, які людина не може пояснити. Це породило вивчення відомих на той час зарубіжних джерел та спонукало до вивчення нетрадиційних для радянської науки явищ.

Одним з напрямів є дослідження в галузі права. Зокрема, вчені звернулися до першоджерела християнства – Біблії та спробували з'ясувати витoki сучасного права і чи є духовна основа сучасного права, а якщо є, то що є тією основою.

Кінець 20 ст. виявив значну зацікавленість населення у пізнанні духовних чинників в житті людини, а разом з тим і показав свідоме руйнування частинною населення християнських традицій, відсутність глибокого розуміння процесів, що відбуваються в суспільстві і, відповідно, наявність тих помилок, які штовхають суспільство до роздрібленості.

У Біблії сказано: “Те, що було, є те саме, що буде; те, що зробилось, є те саме, що зробиться. Нема нічого нового під сонцем”. (Екл. 1.9). Отже, все має давні витoki і завдання сьогодні – віднайти, вивчити і зрозуміти їх – основи сучасного права, а отже, й місце людини в суспільстві та роль духовної влади в державі. Згідно цього контексту, основні постулати сучасного права витікають з тексту власне Біблії. І, зокрема, зацікавлення викликає співвідношення духовної влади і влади світської, оскільки “сам Бог в певному смислі тільки через людину управляє земними істотами” (Соловьев В. История и будущность теократии). За висновком члена конституційного Суду Республіки Вірменії р. Папаян поряд із світськими “повинна бути сформована духовна гілка влади, яка б забезпечувала зв'язок інших гілок з Богом”. У цьому контексті духовну владу можна розглядати як владу Бога над об'єднаннями людей, над суспільством і державою. Оскільки держава – це не тільки влада, але й населення. І населення в першу чергу, бо влада повинна служити людям. Одним з найважливіших призначень духовної влади є об'єднання в Дусі як самих людей, так і земних інституцій, в тому числі й інституцій влади. І, оскільки духовна влада забезпечує зв'язок інших гілок влади з Богом, тому вона повинна бути сформульована спочатку, перед іншими гілками.

Світові релігії (християнство, іслам, буддизм, іудаїзм) завжди впливали на свідомість та поведінку людей. У деяких державах релігія є найбільш активною політичною силою, в інших – лише деякі релігії мають більш-менш вагомий вплив на політику держави, ще в інших – лише одна релігія є панівною, або, навпаки, держави можуть бути атеїстичними. Західна модель взаємовідносин держави та релігії зводиться до того, що держава та церква не втручаються в справи одне одного. За ст.35 Конституції України “церква і релігійні організації в Україні відокремлені від держави”.

У сучасному демократичному суспільстві функціонує такий важливий інститут духовно-культурної сфери, як релігія (В.Кравченко). «Кожна людина має право на свободу світогляду і віросповідання» (ст.35 Конституції України). Держава захищає права та законні інтереси релігійних організацій і гарантує рівність усіх релігійних конфесій: “жодна релігія не може бути визнана державою як обов'язкова” (ст.35 Конституції України). Проте якщо людина відкидає духовну владу, – вона ставить себе найвище і перестає “слухатись” даних їй законів. Бог не тільки сотворив людину, а й дав їй духовні орієнтири, які повинні вести її по житті. Конституційне визначення “влада належить народу” може означати, що влада є прерогативою не відірваного від Бога суспільства, не бездуховного об'єднання людей, а народу, об'єднаного церковною соборністю (Р. Папаян).

Конституції ряду європейських держав визначають основи взаємовідносин духовної та світської влад. Здебільшого це стосується розмежування їх діяльності, взаємне невтручання в справи одне одного. Іноді конституції містять заборони, які стосуються порядку утворення та діяльності релігійних організацій (конфесій та громад): “лише в інтересах громадського порядку, здоров’я і моральності населення або захисту прав і свобод інших людей” (ст.35 Конституції України).

Безумовно, значним досягненням людства є включення в систему правових норм поділу влади на три її гілки – законодавчу, виконавчу і судову. Але безспірно є також тенденція людства до постійного співставлення двох протилежностей – устремління до усвідомлення богоданих істин і тяга людини до приземленого життя, життя за законами, придуманими тільки людьми. За Біблією джерелом влади є Всевишній, земні керівники народів висвячувалися спеціально. За твердженням р. Папаяна, якщо носій влади є духовним провідником, то в такому випадку відпадає необхідність у “протиवाгах” та “стримуваннях”. Прерогативою людини завжди була виконавча влада. Духовній владі належить важлива місія – забезпечення зв’язку людства з Богом.

ЗАКОННИЙ ІНТЕРЕС У КОНСТИТУЦІЙНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Луць 3.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Цікавість до дослідження такої правової категорії як «законний інтерес» викликає існування таких двох майже не співмірних фактів, як-от: реальність цієї правової категорії, закріплення її у правових нормах і, водночас, незначний обсяг наукових досліджень цього об'єкта.

Не секрет, що категорія законного інтересу здебільшого притаманна сфері цивільно-правових відносин, та й, зрештою, і наукові публікації з даної тематики виконані ученими-цивілістами. Однак, враховуючи соціологізацію права конституційного та основоположний характер як загальних, так і спеціальних принципів конституційного права, пріоритет прав і свобод людини і громадянина, робимо висновок, наука конституційного права лише отримає нові здобутки внаслідок звернення до проблеми законного інтересу у конституційному праві. В цьому аспекті слід зазначити, що до поняття законний інтерес, особливо у конституційному праві як праві публічному, слід ставитися обережно, оскільки саме ця галузь пов'язана із пропорційністю правового регулювання і захисту як приватних, так і публічних інтересів.

У конституційному праві України загалом поняття законний інтерес застосовується у широкому розумінні. Зокрема, застосування поняття "інтерес" у широкому розумінні є Конституція України. Так у статті 18, 32, 34, 35, 36, 39, 41, 44, 79, 89, 104, 121, 127, 140 йдеться про національні інтереси, інтереси національної безпеки, економічного добробуту, територіальної цілісності, громадського порядку, здоров'я і моральності населення, політичні, економічні, соціальні, культурні інтереси, інтереси суспільства, інтереси усіх співвітчизників, інтереси громадянина, інтереси держави, професійні інтереси, спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ та міст тощо.

Водночас Конституція України, закріплюючи перелічені вище інтереси, передбачає і необхідність їх забезпечення (на забезпечення національних інтересів та безпеки України спрямована її зовнішньополітична діяльність – ст.18 Конституції України), задоволення (громадяни України мають право на свободу об'єднання у політичні партії та громадські організації для здійснення і захисту своїх прав і свобод та задоволення політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів... – ст. 36 Конституції України) чи захисту (ті, хто працює, мають право на страйк для захисту своїх економічних і соціальних інтересів – ст. 44 Конституції України, захист професійних інтересів суддів здійснюється в порядку, передбаченому законом – ст.127 Конституції України).

Зміст інтересів у широкому розумінні Конституція України не розкриває. Зрештою і не завжди у Конституції України «інтерес» йде у парі, у логічно-смісловому зв'язку із суб'єктивними правами. Можливо, це був і правильний крок законодавця, оскільки часто конструкція «права та інтереси» має усталений вид і використовується інколи, грубо кажучи, бездумно.

Проте у Законі України "Про основи національної безпеки України" від 19 червня 2003 року № 964-IV дається як визначення терміна "національні інтереси" (стаття 1), так і вичерпний перелік їх пріоритетів (стаття 6). Так, згідно із законом національні інтереси – життєво важливі матеріальні, інтелектуальні і духовні цінності українського народу як носія суверенітету і єдиного джерела влади в Україні, визначальні потреби суспільства і держави, реалізацію яких гарантує державний суверенітет України та її прогресивний розвиток. Пріоритетами національних інтересів, зокрема, є: 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 тощо.

Отож, законодавець у визначенні поняття «національний інтерес», ототожнює його з цінностями і потребами, обумовленими різними факторами.

Коли йдеться про інтерес приватний, інтерес фізичної особи – людини, громадянина, то, очевидно, що в цьому випадку ми стикаємося насамперед із певним *дозволом*. Адже реалізація дозволу впливає на завершеність стану реалізації людиною своїх можливостей. Тому справедливим бачиться тлумачення Конституційного Суду України суб'єктивного права та пов'язаного з ним інтересу у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес) № 18-рп від 01.12.2004. У цьому рішенні, зокрема, сказано, що і суб'єктивне право, і пов'язаний з ним інтерес є дозволами. Але перше є особливим дозволом, тобто дозволом, що відображається у відомій формулі: "Дозволено все, що передбачено у законі", а друге – простим дозволом, тобто дозволом, до якого можна застосовувати не менш відоме правило: "Дозволено все, що не забороняється законом". Інтерес, навіть перебуваючи під охороною закону чи права, на відміну від суб'єктивного права, не має такої правової можливості, як останнє, оскільки не забезпечується юридичним обов'язком іншої сторони. Законний інтерес відбиває лише легітимне прагнення свого носія до того, що не заборонено законом, тобто тільки його бажання, мрію, потяг до нього, а отже – й не юридичну, а фактичну (соціальну) можливість. Це прагнення у межах сфери правового регулювання до користування якимсь конкретним матеріальним або нематеріальним благом.

Законний інтерес у конституційному праві відрізняється від законного інтересу інших галузей права насамперед тим, що він стосується таких суб'єктів як особа – людина, громадянин, суспільство – політичні партії інші громадські організації, держава. З огляду на це, законний інтерес у конституційному праві є: приватний громадський і публічний. Відповідно кожному із цих видів притаманний різний ступінь захисту. Законний інтерес у конституційному праві стосується найважливіших суспільних відносин. Метою законного інтересу є задоволення певних потреб.

Законний інтерес у конституційному праві стосується питань узгодження інтересів людини, громадянина, суспільства, держави.

Якщо проаналізувати присутність законного інтересу у конституційному праві, то найякравніше приватний законний інтерес виявляється у реалізації норм інституту виборчого права і права на участь в управлінні державою, норм інституту місцевого самоврядування. Приватний законний інтерес пов'язується з прагненням людини отримати певне благо, при тому, що це прагнення кореспондується із дозволом, який непрямо перебуває в межах правового поля держави.

Законний інтерес суспільства виявляється у реалізації норм інституту політичних партій і громадських організацій. Цей вид інтересу є спільним якщо не для всіх, то принаймні для значної частини членів суспільства і пов'язаний із задоволенням певних потреб, досягнення певних благ.

Що стосується публічного інтересу або інтересу держави у конституційному праві, то, звичайно, він реалізується через призму національної безпеки і оборони, зовнішньополітичної та зовнішньоекономічної діяльності, а також через діяльність органів державної влади, як суб'єктів здійснення функцій держави. Водночас публічний інтерес повинен поєднувати потреби людини і суспільства.

ПРОБЛЕМА ІМПЕРАТИВНОГО МАНДАТУ НАРОДНИХ ДЕПУТАТІВ УКРАЇНИ У КОНТЕКСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ЇХНЬОЇ КОНСТИТУЦІЙНОЇ НЕЗАЛЕЖНОСТІ

Панкевич І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Ідея імперативного мандату належить до часів буржуазної революції. Саме буржуазія використовувала інструкцію імперативного мандату у боротьбі проти свавілля королівської влади. Наприклад, у Франції в XVIII столітті під час Генеральних Штатів (États-Généraux) Франції кожний депутат був повноважним представником своїх виборців. Депутати Генеральних Штатів отримували обов'язкові до виконання накази та інструкції, які дозволяли депутатам виконувати лише інформаційну роль. Після закінчення сесії Генеральних Штатів депутат був зобов'язаний звітуватися перед виборцями щодо виконання їхніх наказів. У випадку ж невиконання цих наказів він відкликався. Інструкції мали обов'язковий характер, їх не можна було порушувати і вони чітко окреслювали, яким чином депутат повинен діяти та голосувати, навіть якщо це суперечить його власним поглядам.

Імперативний мандат широко застосовувався у так званих країнах „народної демократії”, тобто у державах колишнього соціалістичного блоку, оскільки відповідав концепції організації органів представницької влади у соціалістичних країнах. Однією з основних рис цього устрою було поєднання роботи у органах державної влади з виробничою діяльністю. Депутати були тісно пов'язані з постійним місцем праці, своїми виборцями та могли відкликатися у разі невиконання наказів виборців. Вперше у соціалістичних державах імперативний мандат з'явився у листопаді 1917 року у Росії, а Декрет Всеросійської Центральної виборчої комісії «Про право відкликання депутатів» фактично був „переписаний” з часів французької революції. Імперативний мандат було впроваджено у конституціях більшості соціалістичних країн (у Радянському Союзі – починаючи з Конституції 1936 року). 30 жовтня 1959 року було прийнято Закон „Про процедуру відкликання депутата Верховної Ради СРСР”, а 26 листопада 1959 року – Закон Української РСР „Про процедуру відкликання депутата Верховної Ради Української РСР”.

Імперативний мандат закріплювався як конституційний принцип у Конституції Союзу РСР 1977 року та Конституції Української РСР 1978 року. Стаття 3 Конституції СРСР 1977 року встановлювала, що „організація та діяльність радянської держави відповідають принципам демократичного централізму, який базується на виборності усіх органів державної влади, звітності про свою діяльність перед народом, обов'язкового виконання рішень вищих органів влади нижчими. Відповідно до Конституції СРСР з 1977 року стаття 3 Конституції Української Радянської Соціалістичної Республіки з 1978 року дослівно повторювала вище згаданий принцип демократичного централізму. На сьогодні можливість відкликання депутатів закріплена у основних законах небагатьох соціалістичних країн: Китайської Народної Республіки, Соціалістичної Республіки В'єтнам, Північної Кореї, Куби, а також країн, що розвиваються (Індії, Нігерії, Вануату). У новій Конституції Кореїської Народно-Демократичної Республіки від 27 грудня 1972 року (із змінами від 9 квітня 1992 року) знаходимо концепцію імперативного мандату у статті 7 Конституції, яка встановлює, що „виборці можуть у будь-який момент відкликати обраного депутата, якщо він втратить їхню довіру”. Цей же принцип був закріплений у попередній Конституції Північної Кореї від 17 липня 1948 року.

Для повної характеристики проблеми імперативного мандату слід зауважити, що у час панування соціалістичної ідеології імперативний мандат критикували деякі представники радянської правової науки. Наприклад, А. Безуглов вважав, що існує багато доказів неефективності застосування імперативного мандату:

1) виборці, розв'язуючи проблеми, при розгляді яких беруть участь їхні представники, не завжди можуть формулювати власну точку зору;

2) даючи депутатові наказ виборці можуть не мати знань щодо об'єктивно існуючих процесів формування громадської думки;

3) науковці, які підтримують концепцію імперативного мандату, акцентують лише на зв'язку, котрий існує між виборцями та депутатами. Крім цього існує інший, не менш міцний зв'язок, між депутатом та представницьким органом, до якого цього депутата обрано.

У юридичній літературі нема однозначного підходу до розуміння змісту імперативного мандату. Деякі науковці вважають імперативний мандат обов'язком реалізації депутатом даного виборцями наказу. Інші поєднують у цьому понятті два елементи: відповідальність депутата за свою діяльність перед виборцями та право відкликання депутатів виборцями, якщо вони не виконують волі виборців. Поширеним серед юристів є також розуміння імперативного мандату як концепції, яка складається з трьох елементів: наказів виборців, звітування депутатів перед виборцями, права виборців щодо дострокового відкликання депутата. Змістом імперативного мандату є наказ виконання депутатами волі відкликання. Існування наказу визначає основний напрямок діяльності депутата у органі представницької влади та у виборчому окрузі. Звіт депутата перед виборцями та можливість його відкликання є засобами контролю виконання імперативного мандату. Депутат може бути відкликаний також у випадку, коли не підтримує зв'язку із своїми виборцями, неефективно захищає їхні інтереси, зроби́ть аморальний вчинок, або вчинок, який є негідним статусу депутата. Треба, однак, зазначити, що у часи застосування мажоритарної а пізніше змішаної виборчої систем в Україні не було жодного випадку відкликання виборцями народного депутата до закінчення строку повноважень.

В Україні імперативний мандат на сьогодні передбачений для депутатів органів місцевого самоврядування. Стаття 2 Закону України „Про статус депутатів місцевих рад” від 11 липня 2002 року встановлює, що депутат місцевої ради, як представник інтересів територіальної громади, виборців свого виборчого округу, зобов'язаний виражати та захищати інтереси відповідної територіальної громади та її частини – виборців свого виборчого округу, виконуючи їхні накази в межах власних повноважень, передбачених законом, брати активну участь у реалізації завдань місцевого самоврядування. При цьому стаття 10 вказаного закону встановлює, що „депутат місцевої ради, до якого виборці втратили довіру, може бути відкликаним у будь-який час, у відповідності до визначеного законом порядку, а стаття 37 передбачає цілу низку підстав відкликання депутата: порушення вимог Конституції та законів України; відсутність протягом року на більш ніж половині пленарних засідань чи засідань комісії ради, невиконання без поважних причин рішень та розпоряджень ради та її органів; невідповідність діяльності депутата місцевої ради основним принципам його виборчої програми, використання депутатського мандату у власних інтересах; систематичне порушення норм депутатської етики. Виборці мають право вимагати відкликання депутата місцевої ради також з інших підстав, які вважають істотними. З огляду на те, що у березневих виборах 2006 року в Україні вперше застосовано пропорційну виборчу систему щодо виборів депутатів місцевих рад усіх рівнів, крім виборів до сільських та селищних рад, а також виборів голів відповідних рад, у згаданий закон необхідно внести зміни та доповнення. Стаття 2 Закону України „Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів” від 6 квітня 2004 року передбачає, що вибори депутатів сільських та селищних рад відбуваються за мажоритарною виборчою системою відносної більшості в одномандатних виборчих округах, на які поділяється вся територія відповідного села чи селища. Натомість депутати міських, районних та обласних рад, а також Верховної Ради Автономної Республіки Крим обираються за виборчими списками політичних партій, блоків політичних партій за пропорційною виборчою системою в багатомандатному виборчому окрузі, межі якого співпадають з межами відповідної ради. Депутат є відповідальним не тільки перед своїми виборцями, але також і перед політичною партією, у виборчому списку якої він знаходиться, будучи фактично „поміж молотом та наковаленьо”.

Вільний парламентарний депутатський мандат закріплений у конституційній доктрині більшості європейських держав. Наприклад стаття 79 Конституції України від 28 червня 1996 року, у якій йде мова про присягу народного депутата України, передбачає, що „депутат усіма своїми діями захищає суверенітет та незалежність України, діє на благо Вітчизни та українського народу, виконує свої обов'язки в інтересі усіх співгромадян”. Незважаючи на згадану

статтю Конституції України, яка гарантує народному депутату України свободу під час голосування та виконання своїх депутатських обов'язків, після парламентських виборів 2006 року існує загроза її значного обмеження. Мова йде про зміни та доповнення до Конституції України, внесені до основного закону Законом України № 2222-15 від 8 грудня 2004 року. Частина норм цього закону вступила в силу з 1 січня 2006 року, решта отримала статус конституційних норм після парламентських виборів у березні 2006 року. Після закінчення парламентської виборчої кампанії 2006 року та скликання першого пленарного засідання Верховної Ради України V скликання істотно зменшився обсяг повноважень Президента України та відповідно збільшився у Верховній Раді та Кабінету Міністрів України. Ключову роль у політичному житті країни тепер відіграє парламент. Для стабілізації діяльності законодавчого органу влади автори політичної реформи вирішили впровадити механізм імперативного мандату. Зміст змін до законодавства полягає в тому, що до цього часу усі українські парламентарі (незважаючи на те, чи були обрані в одномандатних округах, чи з виборчих списків політичних партій та блоків) мали право „вступити” до будь-якої фракції у Верховній Раді України. Депутат міг необмежену кількість раз змінювати фракцію. Очевидно, що це не сприяло покращенню ефективності діяльності парламенту. Першим кроком на шляху до реальної, а не ситуативної структуризації парламенту став перехід у 2006 році до пропорційної виборчої системи, що відповідає європейській практиці. Проте другий крок українського законодавця з цієї точки зору не сприяє демократизації діяльності парламенту. Нова редакція Конституції України впроваджує закріплені у статті 81 основного закону принцип, відповідно до якого кожен народний депутат України (обраний за виборчим списком відповідної політичної сили), зобов'язаний ввійти до сформованої цією політичною силою фракції у Верховній Раді України. Якщо ж депутат відмовляється це зробити або ж захоче вийти із фракції – його буде позбавлено депутатського мандату. Нова система формування парламентських фракцій дозволяє більшості диктувати свою волю для меншості у фракції. Впровадження механізму імперативного мандату зіштовхнулося з гострою критикою з боку Венеціанської Комісії, котра застерігала, що це є порушенням принципу того, що депутат є представником народу та представляє його інтереси. Наслідком впровадження імперативного мандату є те, що депутати пильнують інтересів власної політичної партії. Конституційний Суд України рішенням від 12 жовтня 2005 року не заперечив можливості впровадження імперативного мандату. Одночасно Суд зазначив, що будь-які зміни конституційного ладу вимагають затвердження на всеукраїнському референдумі, оскільки „право визначати та змінювати конституційний лад в Україні належить народу і його не може узурпувати держава, її органи чи посадові особи”. Слід також зауважити, що проект зазначених змін до Конституції передбачав як підстави позбавлення депутатського мандату не тільки зміну парламентської фракції, але й виключення з фракції у разі порушення народним депутатом України дисципліни голосування. Вочевидь автори пропозицій змін до конституції використовували чехословацький досвід. Чехословацький закон від 26 лютого 1920 року встановлював можливість позбавлення депутатського мандату депутата, обраного за виборчим списком політичної партії, який порушував дисципліну голосування: голосував у відповідності із власними переконаннями, а не так, як рекомендували партійні лідери.

Європейська практика не передбачає юридичної відповідальності за зміну парламентарем своєї належності до парламентської практики. Мова може йти лише про морально-політичну відповідальність, що підтверджується рішеннями конституційних судів європейських країн. Незважаючи на це деякі західноєвропейські конституціоналісти висловлюються за доцільність обмеження вільного мандату рамками партійної приналежності з огляду на те, що парламентарі як правило обираються як представники політичних партій, а не як індивідуальні кандидати. Слід однак надіятися, що український законодавець не скористається з статті 81 Конституції України, яка передбачає, що народного депутата позбавляється депутатського мандату „у відповідності до закону за рішенням вищого керівного органу відповідної політичної партії (виборчого блоку політичних партій)” та внесе зміни до Законів України „Про статус народного депутата України” та „Про політичні партії в Україні”. Оскільки на сьогодні немає відповідного законодавчого механізму, завчасно говорити про існування імперативного мандату в Україні по відношенню до народних депутатів України. Засобом захисту та гаранті-

сю для прав інших парламентарів – „дисидентів” залишитись й стаття 22 Конституції України, яка встановлює, що „при прийнятті нових законів чи змін до чинних законів недопускається обмеження змісту та обсягу існуючих прав і свобод”.

Низку законодавчих „пасток”, які обмежують свободу голосування парламентарів передбачає стаття 82 Закону України „Про вибори народних депутатів України” від 24 березня 2004 року, який фактично робить менші політичні партії заложниками доброї волі „старшого” партнера у виборчому блоці у разі заміщення депутатського місця замість вибулого народного депутата. Відповідно до статті 82 згаданого закону „у разі закінчення мандату народного депутата України на перерахунок Конституцією та законами України підставах, рішенням Центральної Виборчої Комісії вказується на наступного за черговістю кандидату у депутати з виборчого списку відповідної партії (блоку). Якщо черговість отримання мандату вичерпана, депутатський мандат залишається незаповненим до часу проведення чергових чи позачергових парламентських виборів”. У цій ситуації виборчий блок користується з права „регулювання” черги у виборчому блоці: партія (блок), яка взяла участь у поділі депутатських мандатів, може прийняти рішення про викреслення кандидата у депутати з свого виборчого списку у будь-який час після дня виборів до реєстрації цього кандидата у якості народного депутата України”. Таке рішення приймає у відповідності до статуту партійний з’їзд чи міжпартійний з’їзд політичних партій, які входять до блоку на день виборів, а Центральна Виборча Комісія на підставі цього рішення виключає депутата з виборчого списку політичної партії чи виборчого блоку. Фактично у разі потреби керівництво великого виборчого блоку може скликати з’їзд без жодної участі представників „малої” партії та прийняти рішення про змін у виборчому списку на користь „основної” партії цього виборчого блоку. Це означає, що такі найпотужніші українські виборчі блоки як «Блок Юлії Тимошенко» чи «Наша Україна – Народна Самооборона» зможуть дискримінувати свої менші союзні партії у площині управління та керівництва виборчим блоком, шантажуючи їх можливістю зміни у виборчому списку на власну користь.

Згадувана новелізація українського виборчого законодавства означає відродження радянського імперативного мандату, з тією тільки різницею, що відкликання депутатів відбуватиметься не за волею виборців, а партійних лідерів. У разі реального впровадження імперативний мандат значно обмежить свободу парламентаря, роль якого полягатиме у узгодженому з партійним керівництвом «натисканні на кнопку» при голосуванні. Вільний парламентський мандат гарантує депутатові широку свободу дій, не зв’язаних інструкціями, звітами та можливістю його відкликання. В умовах вільного мандату депутат отримує багато прав та привілеїв з рук усіх виборців. Тому у своїй діяльності він керується інтересами усіх громадян, а також Конституцією та власним сумлінням. Хоча все ж таки повністю незалежним член парламенту є лише теоретично. Практично народний депутат завжди є «зв’язаним» інтересами виборців. Мова йде не тільки про мажоритарну виборчу систему, де за депутата голосують виборці у виборчому окрузі, але також і про пропорційну виборчу систему. Політична партія, котра виграла вибори, повинна хоча б частково виконати свою виборчу програму, інакше вона немає шансів на підтримку електорату у наступних виборах. Партія визначає політичну програму та впливає на депутата, обраного за її виборчим списком. Вона може вимагати від депутата звіту, або ж навіть не вписати його до виборчого списку у наступних виборах. Єдиною санкцією, яка може бути застосована до члена парламенту за неналежне виконання парламентського мандату, є можливість його необрання у наступних виборах. Тобто відповідальність має політичний, а не правовий характер. В Україні ж незважаючи на імперативізацію депутатського мандату депутат, котрий не виправдав довіри виборців, надалі має шанси бути включеним до загальнодержавного виборчого списку політичної партії чи виборчого блоку на дальших місцях та таким чином знову стати народним депутатом України.

ДО ПИТАННЯ ПРО ІНФОРМАЦІЙНУ БЕЗПЕКУ ДЕРЖАВИ

Пілат Є.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Перш ніж аналізувати поняття інформаційної безпеки держави, слід чітко з'ясувати зміст двох ключових категорій: інформацію і національну безпеку. Закон України «Про основи національної безпеки України» визначає національну безпеку як захищеність життєво важливих інтересів людини і громадянина, суспільства і держави, за якої забезпечуються сталий розвиток суспільства, своєчасне виявлення, запобігання і нейтралізація реальних та потенційних загроз національним інтересам. До життєво важливих інтересів належать життєво важливі матеріальні, інтелектуальні і духовні цінності Українського народу як носія суверенітету і єдиного джерела влади в Україні, визначальні потреби суспільства і держави, реалізація яких гарантує державний суверенітет України та її прогресивний розвиток. Таким чином, під «безпекою» розуміється стан захищеності.

Проте, слід зазначити, що далеко не завжди «стан захищеності» включає в себе інформаційну безпеку, оскільки необхідність в цьому виникла лише тоді, коли засоби комунікації почали відігравати ключову роль у забезпеченні переваги однієї сторони над іншою.

Сьогодні з упевненістю можна говорити про те, що мережа Інтернет з'явилася як спроба забезпечити інформаційну безпеку США в той час, коли Радянський Союз запустив в 1957 році перший штучний супутник Землі. Вражені можливостями супротивника американські військові були стурбовані перш за все тим, що подібні до «Супутника» міжконтинентальні балістичні ракети можуть вивести з ладу мережі комунікацій в разі війни і тим самим створити суттєві передумови для перемоги у ній. Саме тоді, як ніколи гостро, постало питання захищеності комунікаційних мереж. Потрібно було створити таку інфраструктуру, яка не мала б централізованого управління і була невразлива навіть за умови знищення значної її частини. В результаті була створена мережа ARPAnet, в основі якої був запроваджений принцип комутації пакетів, а не каналів (як у випадку з телефонним зв'язком).

Як показує час, проблема інформаційної безпеки постає все гостріше, оскільки значно зросла роль накопичення, обробки і поширення інформації, зокрема, в ухваленні стратегічних рішень, збільшилася кількість суб'єктів інформаційних відносин та споживачів інформації. Інформація відіграє все більшу роль в процесі життєдіяльності людини. Про це свідчить хоч би той факт, що засоби масової інформації часто називають четвертою владою.

Отже, формально інформаційна безпека – це стан захищеності основних сфер життєдіяльності по відношенню до небезпечних інформаційних дій чи подій.

Часто найнебезпечніші інформаційні дії називають інформаційною зброєю. Інформаційна зброя – це засоби знищення або розкрадання інформаційних масивів, добування з них необхідної інформації після подолання системи захисту, обмеження або заборони доступу до них законних користувачів, дезорганізація роботи технічних засобів, виведення з ладу телекомунікаційних мереж, комп'ютерних систем, всіх засобів високотехнологічного забезпечення життя суспільства і функціонування держави.

Інформаційна безпека передбачає не лише захист від інформаційної зброї, але і забезпечення конституційних прав громадян на свободу збору, зберігання, використання і поширення інформації (природно, з певними обмеженнями), на таємницю кореспонденції і тому подібне. Ці питання повинні бути врегульовані законодавством про комерційну, службову і професійну таємницю, про інформацію персонального характеру та ін.

Таким чином, інформаційна безпека передбачає певний баланс інтересів особи, суспільства і держави. Такий баланс можливий лише у разі, коли конкретний індивід та суспільство в цілому захищені від небезпечної інформаційної дії з боку держави. Держава, у свою чергу, має право захищати своїх громадян від шкідливої інформаційної дії ззовні.

До основних принципів забезпечення інформаційної безпеки можна віднести:

1. принцип дотримання Конституції України, законодавства України, загальноєвропейських принципів та норм міжнародного права при здійсненні діяльності по забезпеченню інформаційної безпеки держави;
2. принципи публічності в реалізації функцій органів державної влади та місцевого самоврядування, що передбачає інформування суспільства про їх діяльність з врахуванням обмежень, встановлених законодавством України;
3. принцип рівності всіх учасників процесу інформаційної взаємодії незалежно від їх політичного, соціального й економічного статусу, що ґрунтується на конституційному праві громадян на вільне збирання, зберігання, використання і поширення інформації будь-яким законним способом;
4. принцип пріоритетного розвитку вітчизняних інформаційних і телекомунікаційних технологій, виробництво технічних та програмних засобів, здатних забезпечити удосконалення національних телекомунікаційних мереж, їх підключення до глобальних інформаційних мереж з метою дотримання життєво важливих інтересів державної безпеки.

Інтереси особи в інформаційній сфері полягають у реалізації конституційних прав людини і громадянина на доступ до інформації, на використання інформації для здійснення незабороненої законом діяльності, фізичного, духовного та інтелектуального розвитку, а також у захисті інформації, що забезпечує особисту безпеку.

Інтереси суспільства в інформаційній сфері полягають у забезпеченні інтересів особи в цій сфері, зміцненні демократії, створенні правової соціальної держави, побудові громадянського та інформаційного суспільства.

Інтереси держави в інформаційній сфері полягають у створенні умов для гармонійного розвитку національної інформаційної інфраструктури, реалізації конституційних прав та свобод людини і громадянина на збір, зберігання, використання й поширення інформації з метою забезпечення непорушності конституційного ладу, суверенітету і територіальної цілісності України, політичної, економічної та соціальної стабільності, з безумовним забезпеченням законності й правопорядку, розвитку рівноправної і взаємовигідної міжнародної співпраці.

Що стосується інтересів особи, то конституційне право людини на збір і поширення інформації зовсім не означає, що вона може збирати будь-яку інформацію і поширювати інформацію без будь-яких обмежень. Право одного суб'єкта не повинне порушувати права іншого. Наприклад, громадянин не може поширювати інформацію, яка стосується державної, службової чи комерційної таємниці.

Інтереси суспільства не зводяться виключно до інтересів окремих його членів. З одного боку, суспільство повинне забезпечувати інтереси особи, з іншого, – воно як цілісність прагне самовизначитися серед інших, йому подібних.

Так само й інтереси держави спрямовані як на створення умов для реалізації конституційних прав і свобод громадян, так і на встановлення суверенітету (тобто незалежності та верховенства влади) й територіальної цілісності.

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИХОДУ З ПОЛІТИЧНОЇ КРИЗИ В УКРАЇНІ

Чушенко В., Кочкадан А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Процеси становлення і розвитку української державності не завжди відбуваються (проходять) рівномірно. Це стосується і владних структур, в першу чергу центральних органів державної влади. Взаємини між Президентом, Верховною Радою, Кабінетом Міністрів України нерідко характеризуються не співпрацею, цивілізованими взаємостримуванням в межах законодавства, а невинуватою конфліктністю. Це пояснюється, в тому числі, прогалинами конституційного регулювання. Влада за своєю сутністю є єдиною і неподільною і окремі гілки (підрозділи, інститути) влади повинні координувати свої дії для досягнення спільної мети. Сприяти усуненню непотрібної конфронтації і протистояння гілок влади повинна наука конституційного права, формулюючи пропозиції і щодо оптимальності регулювання конституційно-правових відносин між ними.

Інститути референдуму, виборів займають особливе місце в системі збалансування публічної влади, адже вони унеможливають узурпацію влади на рівні «глава держави – парламент», котрі обрані шляхом загальнонаціональних виборів, акумулюють у своїх руках достатньо потужний політико-правовий потенціал. Конституційне положення «народ-носії суверенітету і єдине джерело влади» (абзац 1 ст. 5) забезпечує народу як первинному суб'єкту конституційно-правових відносин право на вирішення основоположних проблем державного розвитку. У літературі цілком слушно у зв'язку з цим наголошується на необхідності забезпечити реально можливість народу здійснювати установчий вплив на суспільні відносини, пов'язані з реалізацією публічної влади основними учасниками конституційного процесу.

Чинний закон України про Всеукраїнський та місцеві референдуми було прийнято 3 липня 1991 року, тобто ще до прийняття Акту проголошення незалежності України. З часом окремі його положення було змінено та доповнено. Зокрема, Конституція України 1996 року запровадила новий механізм проголошення референдуму за народною ініціативою (частина 2 статті 72); передбачила, що питання податків, бюджету та амністії не можуть бути предметом референдуму (стаття 74); окрім Верховної Ради України право призначати всеукраїнський референдум було надано Президенту України (частина 1 статті 72).

На сьогоднішній день цілий ряд положень закону про референдум суперечать чинній Конституції України. Зокрема, це стосується переліку питань, що не виносяться на всеукраїнський референдум. Частина третя статті 5 закону про референдум встановлювала особливо широке коло питань, які не можуть бути винесені на всеукраїнський референдум (питання віднесені законодавством України до відання органів суду і прокуратури; питання амністії та помилування; питання про вжиття державними органами України надзвичайних і невідкладних заходів щодо охорони громадського порядку, захисту здоров'я та безпеки громадян; питання пов'язані з обранням, призначенням і звільненням посадових осіб, що належать до компетенції Верховної Ради України, Президента України та Кабінету Міністрів України) у той час як Конституція України це коло звузила до питань податків, бюджету та амністії. Тому прийнято вважати, що в тій частині, у якій згаданий Закон не суперечить Конституції, він діє. Положення закону про референдум, що суперечать Конституції, є не чинними.

11 січня 2000 року парламент України прийняв Закон № 1365-XIV, яким було запроваджено заборону на проведення будь-яких референдумів у зв'язку зі «скрутним соціально-економічним становищем у державі та відсутністю необхідної правової бази» для організації референдуму. Президент відмовився підписати цей закон і 26 січня 2000 року повернув його в Парламент. У своїй відповіді Парламенту глава держави зазначив, що право на референдум є суверенним правом народу України, яке не можна обмежувати.

З метою ліквідації суперечностей між Конституцією та Законом України «Про всеукраїнський та місцеві референдуми» було розроблено та внесено в порядку законодавчої ініціати-

ви ряд законопроектів. Зокрема проекти, запропоновані групою депутатів з фракції «Батьківщина» та народним депутатом р. Безсмертним, були спробами усунути дані суперечності, з урахуванням положень нових виборчих законів та досвіду проведення виборчих кампаній 1998-99 років в Україні.

24 травня 2001 року Верховною Радою України було вдруге прийнято Закон України «Про всеукраїнський референдум». Однак він не був підписаний. На думку Президента України його основні положення як і раніше суттєво обмежують можливості для здійснення народовладдя, реалізації конституційного права громадян брати участь в управлінні державними справами, суперечать іншим нормам конституції України, а також законам України, які є базовими у відповідних сферах.

Президент вважав, що Законом обмежується право Українського народу на безпосереднє здійснення влади шляхом проведення всеукраїнського референдуму, припиняється значення та роль референдумів у вирішенні найважливіших питань суспільного життя.

Отже, актуальним є вирішення питань щодо розуміння і утвердження конституційної правосуб'єктності Українського народу. Майбутні видозміни конституції і конституційних актів мають призвести до удосконалення конституційно-правового статусу Українського народу у тому числі й у частині його правосуб'єктності.

Як засвідчує практика формування парламенту, місцевих рад України в останні роки для більш реального волевиявлення народу і забезпечення підзвітності депутатів перед виборцями доцільніше у виборчих законах зафіксувати мажоритарну виборчу систему з наданням права висування кандидатів у депутати політичним партіям (блокам партій), громадсько-суспільним об'єднанням.

Влада народу України та її реалізація безпосередньо пов'язані з національною партійною системою, яка нині проходить непростий шлях свого розвитку. Закономірним є сподівання Українського народу на формування партійно-політичної системи, представлені сильними політичними партіями, здатними ефективно здійснювати владу в державі й перебувати в конструктивній опозиції. Формування соціально-організованого суспільства (основними складовими якого є справжні політичні партії) буде важливою гарантією втілення в життя конституційного положення, згідно з яким носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ.

Органи держави, що являють собою організацію політичної публічної влади країни, функціонують як певна система. Система державних органів України визначається її Основним Законом – Конституцією (ст.6). державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України.

Оцінюючи Конституцію України в цілому, відзначимо, що в ній кожна із гілок влади наділяється функціями і повноваженнями, які свідчать про їхню самостійність у державному механізмі. Водночас вміщуються положення щодо співпраці окремих підрозділів влади, їхньої взаємодії, важелі можливого взаємовпливу. Виникає, звичайно, питання про те, наскільки норми закону оптимальні у конкретних умовах державотворення, як вони сприяють соціально-економічним перетворенням в країні. Особливо це стало помітним після впровадження в життя Закону України від 8 грудня 2004р. «Про внесення змін до Конституції України». Виникла ситуація певного дисбалансу влади. Формування найбільш доцільної системи стримувань і протигав окремих гілок влади обумовлює необхідність реформування Конституції та конституційного законодавства.

Потребують уточнення конституційні положення (ст.ст. 81, 90 Конституції України) щодо припинення повноважень народних депутатів в Україні. Оптимальнішим, на наш погляд, припинення повноважень парламентаріїв, поєднувати одночасно з припиненням повноважень Верховної Ради України (чи то у зв'язку з закінченням її каденції чи дочасного припинення повноважень парламенту). Це унеможливить у майбутньому повторення ситуації, що мала місце в державі, коли Президент схвалює Указ про достроковий розпуск Верховної Ради України, а її депутати залишаються повноважними, оскільки їх повноваження припиняються

за діючою Конституцією в день відкриття першого засідання Верховної Ради України нового скликання.

Заслужують на увагу більш повного нормативно-правового регулювання конституційні положення щодо порядку формування уряду – Кабінету Міністрів України. Йдеться передусім про право Президента вносити кандидатуру для призначення на посаду Прем'єр-міністра України. Президент вносить цю кандидатуру на розгляд парламенту за пропозицією коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України. Суть новелізації Основного Закону в контексті розмови повинна полягати в тому, що в Конституції мусять бути сформульовані підстави, за наявності яких Президент інформує Верховну Раду про неможливість внесення подання щодо запропонованої кандидатури.

З аналогічних міркувань доцільно доповнити Конституцію України, що Президент не тільки вносить до Верховної Ради України подання про призначення Міністра оборони України, Міністра закордонних справ України, а й що звільнення цих міністрів можливе лише за згодою Президента, який є Верховним Головнокомандувачем Збройних сил України, здійснює керівництво зовнішньополітичною діяльністю держави.

Відносно характеристики предметної компетенції Президента, Верховної Ради, Кабінету Міністрів українські реалії підтверджують, що між главою держави, парламентом і урядом їх повноваження «переплітаються». А як свідчить сьогодні так званий «дуалізм» виконавчої влади, також породжує конфліктні ситуації у їх взаємовідносинах. Завдання науки конституційного права – сформулювати обґрунтовані пропозиції для більш чіткого розмежування повноважень між гілками влади в оновленому законодавстві.

СЕКЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ТА ФІНАНСОВО-ПРАВОВИХ НАУК

ПРИМИРЕННЯ СТОРІН В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Белінська Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Роль і значення адміністративної юстиції останнім часом стрімко зростає. Свідченням цього є активні дії з боку держави щодо запровадження судової реформи, створення розгалуженої системи адміністративних судів та їх укомплектування суддями.

Кодекс адміністративного судочинства України почав реалізовуватись на практиці з 1 вересня 2005 року. Проте, за цей незначний період адміністративні суди зуміли проявити себе як справжні захисники прав, свобод та інтересів громадян, а також прав та інтересів юридичних осіб від порушень з боку органів публічної адміністрації.

Як засвідчує статистика, щороку кількість звернень громадян з позовами до адміністративних судів істотно зростає. Основну частку таких звернень складають спори фізичних та юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень, дій чи бездіяльності. Поряд із цим, діяльність адміністративних судів ще неповною мірою задовольняє потреби самих громадян, що зумовлюється цілим рядом причин. Однією з них, зокрема, є низький рівень використання сторонами публічно-правових спорів альтернативних способів вирішення конфліктів, а також передбаченої процесуальним законом можливості примиритися під час розгляду справи у суді. При цьому, необхідно чітко розмежовувати використання конфліктуючими сторонами альтернативних способів вирішення спорів та власне права на примирення в адміністративному судочинстві.

В умовах становлення демократичної держави питання щодо використання медіації, як одного із можливих варіантів альтернативного вирішення спорів, стає досить актуальним. Однак, незважаючи на кроки, зроблені органами державної влади у цьому напрямку, а це, до слова, проведення численних заходів, присвячених вивченню зарубіжного досвіду застосування медіації в адміністративних справах, масові навчальні тренінги для суддів адміністративних судів з питань медіації тощо, Кодексом адміністративного судочинства України остання поки що не передбачена. Її подальше запровадження у майбутньому для нашої держави може виявитися досить корисним, оскільки, по-перше, надасть реальну можливість зменшити навантаження на суди в цілому та суддів зокрема; по-друге, розширити спектр засобів вирішення конфліктних ситуацій і, по-третє, істотно, у позитивному розумінні, знизити витрати на тресте адміністративного судочинства.

Як відомо, для Європейського Союзу і Ради Європи впровадження альтернативних способів врегулювання спорів є одним з пріоритетів розвитку і вдосконалення законодавства. Крім цього, актуальність цього питання підтверджує і рекомендація Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам „Про альтернативи судовому розгляду спорів між адміністративними органами та приватними сторонами” 2001 року, а також інші міжнародні документи.

Що ж стосується нашої держави, попри те, що питання медіації, як можливого варіанту вирішення спорів, в Україні обговорюється досить часто і давно, нормативно-правового акта, який б врегулював процедуру її використання на даний час ще немає, а розроблений групою фахівців з питань альтернативного вирішення конфліктів проект закону про медіацію, на жаль, стосується лише кримінального, цивільного та господарського видів судочинства.

Варто зазначити, що саме застосування альтернативних способів вирішення конфліктів на практиці, з врахуванням їх особливостей, як правило, ефективне до моменту звернення особи у суд. Після такого звернення існуючий конфлікт переростає у публічно-правовий спір, тобто справу адміністративної юрисдикції, а самі конфліктуючі суб'єкти набувають статусу

сторін. У цьому випадку доцільно говорити про примирення в адміністративному судочинстві, як один із варіантів позасудового врегулювання спору на стадії розгляду справи у суді.

Закономірно, що Кодекс адміністративного судочинства України передбачає можливість примирення сторін. Так у п. 3 частини 1 статті 157 КАС України зазначено, що провадження в адміністративній справі може бути закрито у зв'язку із примиренням сторін. Примиренням буде визнаватися повне або часткове врегулювання спору на основі взаємних поступок. При цьому, не слід ототожнювати примирення сторін з відмовою від адміністративного позову позивача чи визнанням адміністративного позову відповідачем.

Врегулювати спір до початку судового розгляду справи – така основна мета проведення попереднього судового засідання, передбачена положеннями Кодексу. Саме на такому засіданні суд має роз'яснити сторонам можливість скористатись диспозитивним правом на примирення. Для цього не достатнім видається цитування положень КАС України про права сторін, що здійснює суддя перед початком попереднього судового засідання. Роль суду у цьому випадку має бути наближена до ролі медіатора – особи, що сприяє сторонам самостійно врегулювати конфлікт, пропонуючи різні варіанти узгодження інтересів. Суд повинен роз'яснити сторонам можливості і переваги завершення справи на цьому етапі без активного втручання суду, якими, насамперед є наступні:

- кожна сторона залишається задоволеною результатом, хоч він і буде компромісним, умови примирення виконуватимуться добровільно;
- судові витрати залишають мінімальними;
- відносини перестануть бути конфліктними, після примирення сторони будуть готові співпрацювати надалі.

Проте, на практиці завершення справи у такий спосіб зустрічається вкрай рідко. Передусім це пов'язано із тим, що КАС України, на відміну від цивільного судочинства, не містить прямого обов'язку суду проводити попереднє судове засідання, у зв'язку з чим суддя на власний розсуд вирішує питання про необхідність проведення такого засідання у кожній конкретній адміністративній справі. А це, у свою чергу, зумовлює поверхневий підхід до самого попереднього судового засідання і, як наслідок, фактичного позбавлення сторін можливості ефективно скористатися своїм правом на примирення.

Про такий стан справ свідчить не лише бездіяльність суду, а й інколи неправильна позиція органів публічної адміністрації, рішення, дії чи бездіяльність яких оскаржуються. Адже, як свідчить практика, суб'єкти владних повноважень вкрай рідко налаштовані на пошуки шляхів досягнення компромісу з громадянами та юридичними особами, а у окремих випадках, керуючись вказівками вищестоящих органів, категорично заперечують протиправність своїх рішень чи діянь (навіть за наявності очевидних ознак їх неправомірності) і більше того – мають тверду позицію здійснювати оскарження судових рішень не на їх користь включно до суду касаційної інстанції. Безперечно, що за таких обставин про дієвість інституту примирення сторін в адміністративному судочинстві говорити передчасно.

За правилами частини 3 статті 113 КАС України умови примирення не повинні суперечити закону чи порушувати чий-небудь права, свободи або інтереси. Тому примирення сторін, як правило, не може стосуватись нормативно-правових актів, оскільки дія цих актів зачіпає права, свободи, інтереси та обов'язки значного кола інших, окрім позивача у справі, осіб. Наприклад, якщо сторони погодяться на відшкодування шкоди, а позивач не наполягатиме на визнанні такого акта протиправним або нечинним, є усі підстави відмовити у визнанні примирення на таких умовах. Однак, якщо відповідач погодиться змінити нормативно-правовий акт у законний спосіб чи визнати його таким, що втратив чинність, а позивач не наполягатиме на відшкодуванні завданої цим актом шкоди, примирення у цьому разі можна вважати допустимим.

Умови примирення сторін в адміністративному судочинстві фіксуються в ухвалі про закриття провадження у справі у зв'язку з примиренням сторін. На відміну від ухвали про затвердження мирової угоди між сторонами у цивільному процесі, така ухвала немає обов'язкового характеру і не зобов'язує сторін виконувати досягнуті умови примирення, що фактично позбавляє доцільності її постановлення судом і викликає підставні сумніви у дієвості та правильності цієї норми кодексу. На це додатково вказує частина 4 статті 113 КАС Укра-

їни, якою як санкція за невиконання умов примирення однією із сторін передбачено лише поновлення судом провадження у справі за клопотанням іншої сторони.

Таким чином, примирення, безумовно є одним із можливих варіантів вирішення публічно-правового спору в адміністративному суді, без активного втручання суду при винесенні такого судового рішення, а це означає, що сторони самі наділені правом і можливістю віднайти компроміс, і втілити його у рішення, яке буде прийнятним для усіх.

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПІДСУДНОСТІ АДМІНІСТРАТИВНИХ СПРАВ

Затираха І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Кодекс адміністративного судочинства України (далі – КАС України), що почав діяти 1 вересня 2005 року, на нашу думку, є одним з найпрогресивніших нормативно-правових актів, прийнятих Верховною Радою за час незалежності України. З прийняттям цього Кодексу на якісно новий рівень вийшов судовий захист прав, свобод та інтересів громадян від свавілля і зловживань з боку державних органів та органів місцевого самоврядування.

Як відомо, КАС України розроблявся як науковцями, так і практиками протягом декількох років. І все таки після набрання зазначеним документом чинності з'ясувалося, що його норми не позбавлені недоліків, а практика застосування положень КАС України є неоднозначною і потребує негайного удосконалення.

Значна кількість питань на практиці виникає саме з визначенням підсудності справ адміністративним судам. Оскільки порушення правил підсудності спричиняє негативні наслідки, наприклад при прийнятті рішення судом першої інстанції з порушенням підсудності тягне за собою скасування даного рішення судом апеляційної чи касаційної інстанції із направленням справи до суду першої інстанції на новий розгляд (п. 6 ст. 198, п. 1 ст. 204, п. 6 ст. 223, п. 1 ч. 3 ст. 227 КАС України). Тому вдосконалення правил визначення підсудності на даному етапі розвитку адміністративного судочинства має велике практичне значення. Оскільки чітке, юридично обгрунтоване розмежування повноважень кожної ланки судової системи щодо розгляду і вирішення адміністративних справ забезпечує правильне функціонування всієї судової системи, здійснення покладених на неї завдань.

Під підсудністю адміністративних справ слід розуміти коло адміністративних справ, що уповноважений вирішувати кожен конкретний адміністративний суд

Кодекс адміністративного судочинства України виділяє предметну, територіальну та інстанційну підсудність. За правилами предметної підсудності визначають суд якої ланки розглядатиме адміністративну справу у першій інстанції. Згідно з статтею 18 КАС України судами першої інстанції в адміністративних справах є місцеві загальні суди, місцеві (окружні) адміністративні суди та Вищий адміністративний суд України.

В практиці застосування положень, щодо визначення правил предметної підсудності Вищий адміністративний суд України інколи допускає неоднозначне застосування норм КАС України. Наприклад, одержавши на розгляд позовну заяву у предметно непідсудній справі (частина четверта статті 18 КАС України), Вищий адміністративний суд України в одних випадках повертає її позивачеві, а в інших – відмовляє у відкритті провадження у першій інстанції. Власне, в тому випадку, коли суд повертає позовну заяву позивачу, відбувається порушення статті 6 КАС України, яка закріплює право особи на судовий захист. Якщо ж суд виносить ухвалу про відмову у відкритті провадження, то відповідно до пункту 2 частини першої статті 109 КАС України особа позбавляється права звернутися з цією ж вимогою до суду за належною підсудністю.

Для сприяння захисту прав осіб, що звертаються до суду, Вищому адміністративному суду слід дотримуватися положення, що передбачає повернення заяви позивачеві у предметно непідсудній справі (частина четверта статті 18 КАС України).

Різновидом предметної підсудності є альтернативна предметна підсудність, встановлена для тих випадків, про які не зазначено у КАС України, але які виникають на практиці. Прикладом такої підсудності є ситуація, коли стороною у справі є суб'єкт (наприклад, підприємство), що виконує делеговані повноваження органу державної влади чи органу місцевого самоврядування. У цьому випадку предметна підсудність визначається за правилом, що закріплене у частині 5 статті 18 КАС України (за вибором позивача).

Дуже поширеною є ситуація за якої особи порушують правила територіальної підсудності, оскільки, в силу юридичної необізнаності, не з'ясували характер оскаржуваного акту, – індивідуально-правовий чи нормативно-правовий. Загальне правило визначення територіальної підсудності передбачене частиною першою статті 19 КАС України значає, що адміністративні справи вирішуються адміністративним судом за місцезнаходженням відповідача. Тобто, оскарження нормативно-правових актів (рішення суб'єкта владних повноважень яке стосується прав багатьох осіб) відбувається за місцезнаходженням відповідача, це зумовлено тим щоб не виникло ситуації, коли правомірність такого рішення буде піддано перевірці паралельно не одним адміністративним судом. Як наслідок можливі різні результати перевірки. Також дане правило встановлене і в інтересах відповідача для тих поодиноких випадків, коли відповідачем є фізична чи юридична особа за позовом суб'єкта владних повноважень.

Згідно зі спеціальним правилом, визначеним частиною другою статті 19 КАС України, адміністративні справи з приводу оскарження правових актів індивідуальної дії, а також дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень, які стосуються інтересів конкретної особи вирішуються адміністративними судами за місцем проживання (перебування, знаходження) позивача. Отже, спеціальне правило виключає реалізацію загального правила визначення територіальної підсудності.

Але окрім позивачів помилки при визначенні територіальної підсудності робить і суд. Наприклад, через дуже широке тлумачення поняття «індивідуально-правовий акт» суд постановив ухвалу про непідсудність вимог, що стосувалися неправомірності наказу Державної податкової адміністрації України «Про надання інформації державними нотаріальними конторами або приватними нотаріусами та про внесення змін до наказу Державної податкової адміністрації України від 29 вересня 2003 № 45» від 19 серпня 2005

№ 352 (Наказ). На думку судді, позивач порушив правило територіальної підсудності звернувшись із позовом до суду за місцезнаходженням відповідача, оскільки вищезазначений наказ не відноситься до нормативно-правового акту, а є актом індивідуальної дії, тому позов мав би подаватися за місцем проживання (перебування, знаходження) позивача. Хоча, проаналізувавши правову природу та ознаки яким відповідає даний Наказ, можна дійти до висновку, про те, що це є нормативно-правовий акт, який поширює свою дію на невизначене коло осіб. Нормативний характер Наказу підтверджується ще й фактом його державної реєстрації Міністерством юстиції України. Тому даний спір має розглядатися адміністративним судом за місцезнаходженням відповідача.

У тому випадку якщо справу розглянуто з порушенням правил підсудності визначених статтями 18-20 КАС України, то відповідно рішення по даній справі підлягає скасуванню, як таке, що вирішено неповноважним складом суду, а справа направляється на новий розгляд (пункт 1 частини першої статті 204 КАС України). Але варто зазначити, що для встановлення наявності у складу суду належних повноважень для розгляду і вирішення адміністративної справи важливим є правильне визначення її предметної та інстанційної підсудності. Судочинство, яке здійснюється з порушенням наведених правил, не може вважатися правосуддям, оскільки вирішення справи неповноважним складом суду належить до безумовних підстав перегляду судових рішень.

Не можна вважати неповноважним склад суду, який розглянув справу, порушену без дотримання правил територіальної підсудності, тобто встановленого процесуальним законодавством порядку розподілу справ між судами одного й того самого рівня залежно від території, на яку поширюється їхня юрисдикція.

Правила територіальної підсудності не передбачають процесуальних переваг суду якоїнебудь ланки над судом того самого рівня, а також виключного права того чи іншого суду на розгляд справ певної категорії, у зв'язку з чим суд, виявивши, що провадження у справі відкрито без дотримання правил територіальної підсудності, може відповідно до статті 22 КАС України передати адміністративну справу на розгляд іншого адміністративного суду лише до початку судового розгляду. Спори між адміністративними судами щодо підсудності цього виду не допускаються.

Суди однієї ланки мають однакову компетенцію і рівні можливості щодо розгляду будь-якої справи, яка за предметною підсудністю віднесена до їхньої юрисдикції.

Підсумовуючи вищевикладене стає зрозумілим, що недотримання правил предметної підсудності тягне за собою значно жорсткіші наслідки у порівнянні з порушенням правил територіальної підсудності. Та неоднозначність тлумачення норм КАС України спричиняє ситуації порушення правил підсудності, а отже доцільним є вдосконалення положень КАС України з цих питань.

КОНЦЕПЦІЯ ПОДАТКОВОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ТА ЇЇ УТВЕРДЖЕННЯ В УКРАЇНІ

Косаняк В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Одним із концептуальних питань теорії фінансового права є питання про правову природу обов'язку зі сплати податку. Вказаний обов'язок закріплений у ст.67 Конституції України та ст.9 Закону України "Про систему оподаткування". По при цьому законодавець у прийнятому 21 грудня 2000 р. Законі України "Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами" для позначення обов'язку сплачувати податки став використовувати поняття **податкового зобов'язання**, здійснивши таким чином певне запозичення з техніко-юридичного інструментарію цивільного права, що викликало неоднозначну реакцію у фінансово-правовій науці. Під податковим зобов'язанням вказаний Закон розуміє *зобов'язання платника податків сплатити до бюджетів або державних цільових фондів відповідну суму коштів у порядку та у строки, визначені цим Законом або іншими законами України*.

Аналіз останніх наукових досліджень з проблеми, яка розглядається, показує, що теорія податкових зобов'язань в умовах сучасної ринкової економіки в Україні не розроблена. Такий стан пояснюється тим, що теорія зобов'язань протягом тривалого часу переважно розвивалася і значною мірою розвивається нині в межах цивілістичної науки. Починаючи з епохи римського права і до наших днів зобов'язання є одним з основних видів цивільних правовідносин, а зобов'язальне право – одним з основних інститутів цивільного права.

Легальне визначення поняття зобов'язання міститься у цивільному законодавстві. Відповідно ж до ст.509 Цивільного кодексу України зобов'язанням є правовідношення, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку. Відтак, за цивільним правом зобов'язання – це правовідношення, причому правовідношення відносне, у якому управомоченій особі протистоїть конкретна зобов'язана особа. Таким чином, у цивільному праві поняття "зобов'язання" і "обов'язок" не є тотожними: зобов'язання – це правовідношення, а обов'язок – міра необхідної поведінки.

Проте вказане визначення має певний недолік, який полягає у тому, що воно дозволяють підвести під поняття "зобов'язання" практично будь-яке відносне правовідношення, тобто правовідношення, у якому кожна із сторін представлена конкретними, суворо визначеними особами. Це й послужило свого часу підставою для ряду авторів стверджувати, що зобов'язання – це не цивільно-правове, а міжгалузеве поняття, використовуване у різних галузях права. Звідси і робиться висновок про існування трудових, фінансових, управлінських, господарських, внутрішньогосподарських та інших зобов'язань.

Сьогодні категорія зобов'язання належить до загальноправових міжгалузевих категорій і, окрім названих вище, використовується у багатьох інших галузях права, зокрема, у таких, як конституційне, адміністративне, фінансове, трудове, земельне, сімейне і, зрештою, міжнародне. Використання зобов'язання як правової форми для відносин, не регульованих цивільним правом, пов'язане з певним перетворенням цієї форми, появою ознак, які відрізняються від ознак цивільно-правових зобов'язань. Вона відображає один із основних типів правового зв'язку між учасниками відповідних правовідносин, їхніми суб'єктивними правами та обов'язками.

У нормах нині чинного податкового законодавства, зокрема, Законі України "Про оподаткування прибутку підприємств" (п.1.20.10 ст.1, п.2.1.3 ст.2, п.5.3.4 ст.5 та ін.), Законі України "Про плату за землю" (ст.17), Декреті Кабінету Міністрів України "Про акцизний збір" (ст.5) та ряді інших вміщуються положення, у яких вживається поняття податкового зобов'язання, однак теоретичне обґрунтування цьому відсутнє. Тому, на нашу думку, є необхід-

ною розробка цілісної наукової концепції податкового зобов'язання та її втілення у Податковому кодексі України.

2. У сучасний період теорію "податкове зобов'язання" як результат запозичення, своєрідної релігійної понятійно-категоріального апарату і техніко-юридичного інструментарію цивільного права у податкове обґрунтували провідні вчені-фінансисти М.В.Карасьова, С.Г.Пепеляєв (Російська Федерація), Є.В.Порохов (Республіка Казахстан), а також молоді вчені І.С.Поліщук (Російська Федерація) і А.Т.Шаукенов (Республіка Казахстан). Крім них, правову природу податкового зобов'язання під відповідним кутом зору досліджували також українські вчені Г.Д.Болотова, Р.О.Гаврилук, О.О.Дмитрик, М.П.Кучерявенко, І.Пасічна, П.С.Папурківський, М.О.Перепилиця, О.Г.Свєчнікова, В.Сулим; російські вчені Д.В.Вінницький, О.С.Ємельянов, О.О.Журавльова, С.В.Запольський, І.М.Льошихін, І.І.Кучеров, О.У.Латипова, М.В.Лушнікова, А.М.Науменко, М.Ю.Орлов, Г.В.Петрова, А.О.Печонкіна, І.А.Цінделіані; казахські вчені Д.Тенелов, О.І.Худяков та ін. Необхідно також зауважити, що теорія податкового зобов'язання знайшла свій розвиток і в західній, зокрема, австрійській, італійській, німецькій, польській, швейцарській юридичній літературі.

Розробка наукової концепції податкового зобов'язання в Україні перебуває лише на стадії розроблення, що обумовлено неоднозначним ставленням провідних вчених і спеціалістів до цієї ідеї, хоча законодавче підґрунтя для цього вже є. Натомість, як не дивно, теорія податкового зобов'язання сьогодні активно розробляється російськими вченими, хоча у податковому законодавстві Російської Федерації термін "податкове зобов'язання" не використовується. У ст.57 Конституції РФ і Податковому кодексі РФ мова йде лише про обов'язок платити законно встановлені податки.

У низці наукових праць російських учених звертається увага на перспективи закріплення конструкції податкового зобов'язання у законодавстві, обґрунтовується можливість визначення поняття податкового зобов'язання на зразок того, який має місце у цивільному законодавстві. Представники російської фінансово-правової науки першими дійшли висновку, що "податкове правовідношення, яке розвивається за рахунок обов'язку платника податку платити податки і збори, є за своєю сутністю зобов'язальним". На думку М.В.Карасьової, "рівень розвитку деяких видів фінансових правовідносин такий, що дозволяє розглядати їх як нову фінансово-правову категорію – "податкове зобов'язання", а податкове правовідношення – як різновид зобов'язального". Разом з тим, як підкреслює Д.В.Вінницький, "податкове зобов'язання – це, безумовно, не різновид цивільно-правового зобов'язання, а особливе правовідношення, побудоване за типом (моделлю) цього зобов'язання". Таким чином, мова йде не про розширення сфери застосування цивільно-правового поняття зобов'язання, і навіть не про поширення на податкові зобов'язальні відносини норм про цивільно-правові зобов'язання, їх субсидіарне застосування до податкових відносин, а про запозичення деяких елементів розробленої у цивільному праві юридичної конструкції зобов'язання податковим правом.

3. Слід погодитись із М.В.Карасьовою, що головним доказом можливості існування категорії "податкове зобов'язання", поряд з цивільно-правовим, є їх *економічна спільність*: податкове право регулює *розподільчі економічні відносини*, які як і відносини товарно-грошового обміну, що регулюються нормами цивільного права, є складовою частиною процесу суспільного відтворення як сукупності відносин у процесі виробництва, розподілу, обміну і споживання. Звідси економічна функція податкового зобов'язання, які і податків в цілому, полягає в опосередкуванні процесу розподілу частини вартості валового внутрішнього продукту у грошовій формі, створеного в процесі виробництва і реалізованого в процесі обміну, у той час, як цивільно-правового – "... в опосередкуванні переміщення майна та інших результатів праці зі сфери виробництва у сферу обігу і через останню – у сферу споживання", тобто в опосередкуванні процесів розподілу частини вартості сукупного суспільного продукту, але лише у натуральній формі, та його наступного виробничого обміну. Наприклад, підприємство сплачує податок з прибутку, одержаного в результаті розподілу виручки від реалізації виробленої продукції (процес розподілу – податкове зобов'язання), а також за рахунок частини цієї виручки погашає витрати за придбаним сировину, матеріали, паливо тощо, а за рахунок прибутку, що залишився нерозподіленим – придбаває основні засоби (процес обміну – цивільно-правове зобов'язання).

Спільність економічної основи податкового і цивільно-правового зобов'язань вбачається ще й у тому, що вони обидва безпосередньо пов'язані із правом власності. Однак, якщо останнє є "способом переміщення вже присвоєного майна", то "податкове зобов'язання – спосіб розподілу такого майна". Це випливає з того, що податок – це частина власності, яка безоплатно у встановленому законом порядку повинна бути передана державі в порядку розподілу частини вартості валового внутрішнього продукту в грошовій формі.

Таким чином, виходячи з історичної закономірності нерівності розвитку цивільного і фінансового права і, зокрема, його складової – інституту податкового, права, а відтак, теоретичної можливості пізнішого виникнення категорії "податкове зобов'язання", а також виходячи з економічної спільності податкового і цивільно-правового зобов'язання, М.В.Карасьова дійшла справедливого висновку, що є всі підстави для того, щоб розвивати категорію "зобов'язання" у руслі податкового правовідношення.

4. Наведені вище економічні риси податкового зобов'язання визначають і його юридичні ознаки, а відтак – правову природу. Причому попередній аналіз змісту цієї категорії приводить до висновку, що вона має багато спільного з класичною категорією "зобов'язання", розробленою цивілістами, і, водночас, має істотні відмінні риси, обумовлені специфікою правовідносин, які вони виражають. У зв'язку з цим наука фінансового права повинна визначити специфіку податкового зобов'язання у фінансовому праві. Відтак, з'ясуємо, які спільні риси податкового зобов'язання і цивільно-правового, і чим податкове зобов'язання відрізняється від цивільно-правового.

Зобов'язання – завжди майнове правовідношення відносного характеру, в рамках якого боржник повинен вчинити певні дії на користь кредитора, а останній має право вимагати певні дії на користь кредитора. Відтак, першою найважливішою ознакою податкового зобов'язання, як і цивільно-правового, є його *майновий характер*, оскільки воно виражає відносини з приводу передачі суб'єкту публічної влади частини власності (як, правило, у вигляді грошових засобів), тобто відносини з приводу передачі платником податку ("боржником") державі або територіальній громаді ("кредитору") майна у вигляді податку. Ця ознака податкового зобов'язання є безпосереднім проявом його економічної сутності, яка полягає у розподілі частини вже привласненого майна. Однак у цивільному праві зобов'язання залишається майновим і тоді, коли воно включає дії немайнового характеру, які, однак, завжди пов'язані з майновими (наприклад, зобов'язання навчати іноземній мові за винагороду). Для податкового ж зобов'язання це неприйнятне: воно завжди пов'язане з передачею власності в грошовій формі.

Економічною сутністю обумовлена і друга важлива ознака податкового, як і цивільно-правового, зобов'язання – його *відносний характер*, тобто має суворо визначений склад учасників. Враховуючи те, що податкове зобов'язання за своєю економічною сутністю опосередковує процес розподілу майна (частини вартості виробленого валового внутрішнього продукту в грошовій формі), такий розподіл може бути здійснений тільки адресно, суворо визначеним, а не довільним особам. Звідси і робиться висновок про відносний, а не абсолютний характер податкового зобов'язання.

Третньою важливою ознакою податкового зобов'язання є те, що воно є *правовідношенням активного типу*, тобто розвивається за рахунок активної поведінки платника податку по виконанню обов'язку сплатити податок, у той час, як інша сторона (орган стягнення) має право вимагати виконання цього обов'язку. Однак, на відміну від цивільно-правового, податкового зобов'язання завжди *виражає правовідношення активного типу з позитивним змістом*. Якщо цивільно-правове зобов'язання являє собою обов'язок боржника, або вчинити на користь кредитора певну дію, або утриматися від неї, то податкове зобов'язання передбачає тільки обов'язок "боржника" (платника податків) вчинити на користь "кредитора" (держави чи територіальної громади) певні дії (сплатити податок, подати податкову декларацію, розрахунок податку тощо) і не передбачає утримання від дій.

Сторони у податковому зобов'язанні, як і в цивільно-правовому, *чітко визначені*: зобов'язаною стороною є суб'єкти оподаткування (власне платники податків і податкові агенти); іншою стороною виступають держава в особі органів державної податкової і митної служб та територіальні громади в особі відповідних уповноважених органів місцевого самоврядування.

По-п'яте, у цивільно-правовому зобов'язанні правові можливості (правомочності) суб'єктів мають зазвичай двохсторонній характер, що є вираженням юридичної рівності суб'єктів цивільних правовідносин. *Податкове ж зобов'язання має виключно односторонній характер*, що обумовлено безеквівалентним, індивідуально безвідплатним характером самого податку. Зобов'язання заплатити податок не протиставляє задоволення зустрічних вимог: суб'єкт оподаткування зобов'язаний сплатити податок, а держава чи територіальна громада у зв'язку із сплатою ним податку не бере на себе ніякого обов'язку по наданню йому певного еквіваленту, рівного його платежу.

Шостою ознакою податкового зобов'язання, як і класичного цивільно-правового, є його *цілеспрямованість*, оскільки дії "боржника" здійснюються на користь "кредитора". У науці цивільного права завжди особливо підкреслювалася користь кредитора, а не якої-небудь іншої особи в зобов'язанні. У податковому зобов'язанні ця ознака також проявляється досить чітко: платник податку виконує свій обов'язок виключно на користь держави чи територіальної громади для формування їх фінансових ресурсів. Той факт, що податкове зобов'язання не виконується на користь органу стягнення, ніяк не суперечить зобов'язальному характеру податкового правовідношення, оскільки кредитором у ньому виступає не сам орган стягнення, а держава чи територіальна громада в його особі.

У податковому зобов'язанні суб'єктивне право вимоги "кредитора" є владним велінням, так як виходить від органу державної влади чи місцевого самоврядування, який до того ж не може не вимагати виконання зобов'язання від "боржника". Для нього це право вимоги є одночасно компетенційним обов'язком (правообов'язком). У цивільно-правовому зобов'язанні, навпаки, суб'єктивне право вимоги кредитора не є владним велінням ні за своїм виникненням, ні за змістом.

Вказані вище подібності і відмінності податкових і цивільно-правових зобов'язань дають можливість стверджувати, що поняття "податкове зобов'язання" не підміняє поняття "цивільно-правове зобов'язання", а дозволяє найбільш точно виразити специфіку і економічного змісту податкових правовідносин. Вказані формальні відмінності – прояв більш глибоких сутнісних відмінностей податкових і цивільно-правових зобов'язань. У зв'язку з цим завданням науки фінансового права є визначення специфіки податкового зобов'язання.

З іншого боку, наявність певної подібності між цивільним і податковим зобов'язаннями ще недостатня для появи нового поняття. Для цього також потрібна науково обгрунтована необхідність у його існуванні. Поява, наприклад, поняття "цивільно-правове зобов'язання" було викликано такою необхідністю. Зобов'язальні відносини, які є відображенням динаміки розвитку цивільних правовідносин, за своєю суттю відрізнялись від абсолютних речових прав. При цьому, у зв'язку з різним характером цивільних правовідносин, виникало багато найрізноманітніших ситуацій, які неможливо було адекватно відобразити і врегулювати з допомогою поняття обов'язку. Тому цивільне право розробило категорію "зобов'язання", яка з часом поступово склалася у складну і розгалужену юридичну конструкцію цивільно-правового зобов'язання, спрямовану на створення системи стримувань і противаг у відносинах вільних і рівноправних партнерів.

Податкові правовідносини дуже відрізняються від цивільних правовідносин, але, водночас, у податкових правовідносинах також виникають моменти, які, на нашу думку, не можуть бути адекватно відображені і врегульовані з допомогою поняття обов'язку. До таких моментів відносяться, наприклад, виконання податкового зобов'язання правонаступниками юридичної особи – платника податку при його реорганізації, виконання податкового зобов'язання фізичної особи, визнаної судом безвісно відсутньою, виконання податкового зобов'язання податковим агентом, способи забезпечення виконання податкового зобов'язання (податкова застава, податкова порука), давність з податкового зобов'язання і т.ін. Крім того, як було вказано вище, у податкових правовідносинах мають місце і певні договірні конструкції – податковий компроміс, податковий кредит (розстрочення і відстрочення платежів), – з якими важко оперувати без поняття зобов'язання. Таким чином, не дивлячись на різний характер податкових і цивільних правовідносин, запровадження поняття "податкове зобов'язання" викликане реальною необхідністю.

Аналіз нині чинного законодавства України показує, що зазначені особливості податкового зобов'язання не завадили, однак, використати в ході його конструювання певний цивільно-правовий інструментарій, зокрема, деякі відомі цивільно-правовому зобов'язанню техніко-юридичні прийоми і конструкції. Проте необхідно зауважити, що таке використання здійснене до певних меж, обумовлених наведеними особливостями податкового зобов'язання.

Підводячи підсумок, можна зробити висновок, що при порівнянні різноманітних доктрин та поглядів на податковий обов'язок стає цілком очевидним, що публічно-правовий сенс податкового права періоду панування етатистських доктрин оподаткування у сучасний період у значній мірі втратився. Податковому праву України стає іманентний глибокий демократизм, що виявляється у наповненні його змісту правовими засадами і юридико-технічним інструментарієм, властивими приватному праву, яскравим прикладом чого є утвердження у податковому праві юридичної конструкції податкового зобов'язання.

ОБ'ЄДНАННЯ ГРОМАДЯН ЯК СУБ'ЄКТИ ФІНАНСОВО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН.

Коцюрба. О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У демократичних країнах об'єднання громадян виступають у ролі партнерів держави при вирішенні актуальних соціальних та суспільних проблем. Нажаль Україна ще не досягла рівня соціального партнерства характерного для країн з усталеною демократією. В зв'язку з цим слід визначити яке місце займають об'єднання громадян серед суб'єктів права, якою є мета їх діяльності? Чи забезпечують у своїй діяльності публічний чи приватний інтерес, відповідно чи є вони суб'єктами публічно-правових чи приватно-правових відносин, а отже в кінцевому рахунку чи є такі об'єднання суб'єктами відносин у сфері здійснення державною фінансовою діяльністю (тобто фінансово-правових відносин)?

Відповідно до ч. 2 ст. 81 Цивільного кодексу України юридичні особи, залежно від порядку їх створення поділяються на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права. Юридична особа приватного права створюється на підставі установчих документів відповідно до статті 87 цього Кодексу. Юридична особа публічного права створюється розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування. Виходячи з вищевказаного випливає, що об'єднання громадян відносяться за законодавством України до юридичних осіб приватного права, а саме, за ч. 1 ст. 85 Цивільного кодексу до невідприємницьких товариств, які не мають на меті одержання прибутку для його наступного розподілу між учасниками.

Розглянемо детальніше законодавче регулювання мети діяльності об'єднань громадян для з'ясування того чи забезпечують вони приватні чи публічні інтереси.

Відповідно до ст.ст. 1-3 Закону України «Про об'єднання громадян» метою об'єднання є єдність інтересів для спільної реалізації громадянами своїх прав і свобод. Об'єднання громадян, незалежно від назви (рух, конгрес, асоціація, фонд, спілка тощо) визнаються в Україні політичною партією або громадською організацією. Громадською організацією є об'єднання громадян для задоволення та захисту своїх законних соціальних, економічних, творчих, вікових, національно-культурних, спортивних та інших спільних інтересів. Політичною партією – об'єднання громадян, прихильників певної загальнонаціональної програми суспільного розвитку, які мають головною метою участь у виробленні державної політики, формуванні органів влади, місцевого та регіонального самоврядування і представництво в їх складі. Закон України «Про політичні партії» вказує на мету сприяння формуванню і вираженню політичної волі громадян, участь політичних партій у виборах та інших політичних заходах.

Для визначення місця об'єднань громадян у суспільних відносинах сучасного демократичного суспільства, вдалим видається наведення цитати з рішення Європейського суду з прав людини у справі *Sidiropoulos and Others v. Greece*. Суд вказує: «процеси “приватизації” суспільних інститутів, тобто зменшення ролі держави в організації суспільства на користь заохочення приватної ініціативи, відхід від етатизму як панівної ідеології розуміння суспільства та суспільних процесів визначають збільшення суспільної ваги неурядових об'єднань громадян – від сільських клубів до політичних партій. Якщо раніше, зазначається у справі, роль об'єднань, зокрема політичних партій, розумілася як посередництво між громадянами і державою, то зараз та роль дедалі більше отримує значення прямої демократії – самоорганізації суспільства, яка має визнаватися та підтримуватися державою. З іншого боку, політичні партії дедалі більше приймають на себе соціальні, благодійні, культурні та просвітницькі функції, тоді як громадські організації дедалі частіше беруть участь у політичних процесах, формуючи групи лобіювання у парламентах, надаючи підтримку партіям та кандидатам на виборах, беручи участь у формуванні державної політики».

Виходячи з цього, який же інтерес забезпечують у процесі своєї діяльності об'єднання громадян: приватний чи публічний? Є вони суб'єктами публічного чи приватного права?

В науковій літературі пострадянських країн вже дістала своє відображення точка зору, що об'єднання громадян слід вважати юридичними особами публічного права. Дана позиція висвітлюється, зокрема, В.Е. Чиркіним в монографії «Юридическое лицо публичного права». Основний аргумент вказаної позиції можна звести до наступного: правовий статус об'єднань громадян визначається нормативно-правовими актами публічного, а не приватного права; призначенням такої юридичної особи в суспільстві є діяльність для “загального блага”, створюються головним чином не з метою задоволення власних потреб, а в інтересах суспільства; воля юридичних осіб публічного права формується на підставі не приватних та особистих, а суспільних інтересів, соціальних позицій визначених груп населення (або суспільства в цілому); юридична особа публічного права завжди пов'язана з публічною владою (або здійснює її (органи державної влади, органи місцевого самоврядування), або бореться за неї (політичні партії), або співпрацює з нею, виступаючи в якості складової частини груп тиску на владу (об'єднання громадян)); для створення об'єднань громадян застосовується відмінний спосіб реєстрації ніж для юридичних осіб приватного права; облік зареєстрованих юридичних осіб приватного права та зареєстрованих об'єднань громадян ведеться в різних реєстрах та різними органами; юридичні особи публічного права на відміну від комерційних юридичних осіб; можуть бути наділені делегованими від органів держави чи місцевого самоврядування повноваженнями; можуть фінансуватися з бюджетів на безповоротній основі (законодавчо закріплене фінансування політичних партій, з державного та місцевих бюджетів надається фінансова допомога дитячим, молодіжним, спортивним організаціям). Проте на відміну від інших юридичних осіб публічного права, об'єднання громадян, створюються не для здійснення публічної влади та управління, вони беруть участь у відносинах з публічною владою шляхом боротьби за неї та тиску на неї.

Слід зазначити, що далеко не з усіма вищезгаданими положеннями можна погодитися. На нашу думку, законодавство як зарубіжних країн так і України пов'язує надання статусу юридичних осіб публічного права з реалізацією ними владних повноважень публічної адміністрації. Проте цікавими є міркування щодо задоволення об'єднаннями громадян суспільних інтересів. Отже, слід зосередити свою увагу на розмежуванні понять „суспільний” та „публічний” інтерес? Чи слід визнавати єдність інтересів для спільної реалізації громадянами своїх прав і свобод – публічним інтересом?

Серед сучасних представників фінансово-правової науки значну увагу аналізу понять „публічного” та „суспільного” інтересів присвятила А.А. Нечай. Не всі суспільні інтереси набувають ознак публічності і стають різновидом публічного інтересу, що регулюються публічними галузями права, а лише ті з них, які отримали визнання держави або органів місцевого самоврядування. При цьому визнання державою або органом місцевого самоврядування тих чи інших суспільних інтересів відбувається шляхом декларування у нормах законодавства зацікавлення держави або органів місцевого самоврядування у підтримці та задоволенні таких інтересів, найчастіше шляхом визначення у відповідному законодавстві джерел та правил фінансування заходів спрямованих на задоволення відповідного суспільного інтересу.

Повністю підтримуючи таке розмежування „суспільного” та „публічного” інтересу слід відмітити невідповідність деяких наведених А.А. Нечай прикладів сучасним тенденціям розвитку суспільних відносин та їх законодавчого регулювання. Так, як приклад суспільних інтересів, що не є публічними наводяться інтереси великих суспільних (громадських) утворень. У таких випадках, на думку автора, задоволення суспільних інтересів зазначених громадських утворень держава визнає як потреби приватного, а не публічного характеру, тому держава не бере на себе обов'язок визначення конкретних джерел та правил фінансування таких потреб, залишаючи такі питання на вирішення членам таких об'єднань, тому задоволення таких суспільних інтересів відбувається за рахунок власних коштів членів відповідних суспільних об'єднань, в обсягах, визначених самими членами таких об'єднань.

Такий підхід не враховує положень Закону України від 27.11.2003 № 1349 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку із запровадженням державного фінансування політичних партій» та рекомендацій ряду міжнародно-правових актів. Даним законом внесено зміни до окремих законодавчих актів України, що гарантують державну підтримку здійснення партіями їхньої статутної діяльності – пряме загальне фінансування політичних

партій. Крім того, передбачено встановлення компенсацій партіям (виборчим блокам партій) коштів, витрачених на проведення виборчих кампаній – пряме спеціальне фінансування. Державну підтримку політичних партій повинно здійснюватися шляхом надання останнім коштів безпосередньо з Державного бюджету України.

Рекомендація Парламентської Асамблеї Ради Європи № 1516 (2001) передбачає, що держави-члени Ради Європи мають прийняти правила, що регулюють фінансування політичних партій та виборчих кампаній. Правила фінансування політичних партій та виборчих кампаній мають базуватися на наступних принципах: обґрунтований баланс між державним та приватним фінансуванням; справедливий критерій розподілу державної допомоги партіям; суворі правила щодо приватних пожертв; встановлення межі для партійних видатків, пов'язаних з виборчими кампаніями; повна прозорість звітності; створення незалежного органу аудиту та встановлення адекватних санкцій для порушників правил. Державне фінансування повинно, з одного боку, визначатися пропорційно до політичної підтримки, яку має партія, з урахуванням таких об'єктивних критеріїв як кількість поданих голосів або здобутих місць у парламенті, а, з іншого боку, надавати новим партіям можливість з'явитися на політичній арені та на чесних умовах конкурувати з більш стійкими партіями.

Відповідно до правил щодо фінансування політичних партій, прийнятих Венеціанською Комісією у Венеції, 9-10 березня 2001 року державне фінансування повинно передбачатися для всіх партій, представлених у парламенті.

Отже, як ми бачимо суспільний інтерес політичних партій визнано Україною публічним інтересом, хоча на практиці фінансування партій з державного бюджету ще не дістало застосування на практиці.

Можемо стверджувати, що на даний час віднесено до публічного інтересу і суспільні інтереси об'єднань громадян, що фінансуються за кошти державного та місцевих бюджетів. Впровадження такого фінансування передбачено Концепцією сприяння органами виконавчої влади розвитку громадянського суспільства, що затверджена розпорядженням Кабінету Міністрів України № 1035-р від 21 листопада 2007 року.

На необхідність державної підтримки громадських організацій вказують і положення Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам стосовно правового статусу неурядових організацій у Європі № CM/Rec(2007)14. Так, згідно п. 57 даної Рекомендації неурядова організація повинна отримувати допомогу в здійсненні свої цілей шляхом державного фінансування та інших форм підтримки (наприклад надання податкових пільг). Практика такого фінансування вже передбачена рядом рішень про місцеві бюджети. Так, у Львові, за даними офіційного сайту Львівської міської ради, затверджено «Програми надання фінансової підтримки громадським організаціям для покриття видатків на оренду приміщень» у 2007 році (підтримано 36 організацій на суму 5153888, 57 грн.) та у 2008 році, рішення «Про порядок проведення конкурсів соціально-культурних проектів», за результатами якого у 2007 році підтримано 7 проектів на суму 96521,6 грн. Подібні положення прийняті та діють і в інших територіальних громадах України.

Наведене вище вказує на те, що об'єднання громадян забезпечують поряд з приватними також і публічні інтереси, визнані державою або територіальною громадою через надання фінансування з публічних фондів коштів, тобто є суб'єктами публічно-правових відносин, а разом з тим і суб'єктами фінансово-правових відносин.

Фінансово-правовій літературі не знаходимо одностайності в віднесенні об'єднань громадян (політичних партій та громадських організацій) до суб'єктів фінансово-правових відносин. Л.К. Воронова, Савченко Л.А та інші представники фінансово-правової науки лише називають громадські організації серед так званих колективних суб'єктів фінансового права, залишаючи відкритими питання належності до суб'єктів фінансового права політичних партій та видів фінансових правовідносин, суб'єктом яких може бути об'єднання громадян. І.І. Хімичева підкреслює, що в фінансових правовідносинах можуть брати участь і недержавні (немуніципальні) організації, якщо державні органи влади (органи місцевого самоврядування) приймуть спеціальні рішення про виділення їм державних (муніципальних) коштів.

Немає єдності у визначенні кола фінансових правовідносин за участю об'єднань громадян. В бюджетно-правовій літературі минулих років підкреслюється, що суб'єктами бюджет-

них правовідносин, на відміну від інших видів фінансових правовідносин (податкових, кредитних тощо) не можуть виступати недержавні організації та громадяни. В.В. Бесчеревних, С.Д. Ципкін, Н.І.Хімічева, Н.В.Сидорова вказують, що об'єднання громадян не приймають участь в процесі розподілу доходів та видатків між бюджетами, не беруть участі безпосередньо в стадіях бюджетного процесу і не отримують безпосередньо з бюджету відповідних грошових сум. Проте за Бюджетним кодексом України 2001 року, об'єднання громадян виступають одержувачами бюджетних коштів, як юридичні особи, що не мають статусу бюджетної установи.

Таким чином, такі види об'єднань громадян, як політичні партії та громадські організації, на нашу думку, виступають суб'єктами фінансових правовідносин, в тому числі і на стадії виконання бюджетів. Отже суспільні відносини, які виникають в процесі фінансування політичних партій та громадських організацій з публічних фондів коштів є публічними відносинами, врегульовуються нормами фінансового права та належать до предмету фінансового права.

ПРАВОВИЙ РЕЖИМ ПРИАЕРОДРОМНОЇ ТЕРИТОРІЇ

Левицький Д.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В сучасному світі функціонування всіх видів транспорту, в тому числі і авіаційного (повітряного), нерозривно пов'язане з використанням землі. На сьогоднішній день авіаційний транспорт є наймолодшим і найшвидшим, але потребує достатньо великих площ землі.

Повітряний транспорт України є складовою системою транспорту України. Основні засади функціонування повітряного транспорту закладено в Законі України «Про транспорт» та в спеціальному кодифікованому нормативному акті – Повітряному кодексі України.

Авіаційний транспорт – це усі види підприємств, організацій та установ, діяльність яких спрямована на створення умов та використання повітряного простору людиною за допомогою повітряних суден. Крім того, це вид транспортних комунікацій транспорту, де у якості транспортного засобу для перевезення пасажирів, пошти і вантажів використовуються транспортні засоби, а саме повітряні судна авіації (літаки, вертольоти, гелікоптери та ін.).

Сукупність правових норм, що регулюють відносини між цими підприємствами та споживачами транспортних послуг в сфері авіації, на думку деяких вчених утворює самостійну галузь – Повітряне право України.

Для забезпечення безпечного та безперешкодного руху повітряних суден в повітряному просторі та контролю за дотриманням порядку використання повітряного простору навколо аеродромів визначається певна територія, яка називається приаеродромною, в межах якої земельні права суб'єктів власності на землю і землекористувачів дещо обмежені.

Відповідно до ст.41 Повітряного кодексу України приаеродромна територія (прилегла до аеродрому зона контролю і обліку об'єктів та перешкод) – обмежена встановленими розмірами місцевість навколо аеродрому, над якою здійснюється маневрування повітряних суден. Правовою основою визначення правового режиму приаеродромної території є також Положення про використання повітряного простору України та Правила сертифікації цивільних аеродромів України і ін.

У проєкті Повітряного кодексу України пропонується дещо інше визначення приаеродромної території, відповідно до якого – це обмежена регламентованими розмірами місцевість навколо зареєстрованого встановленим порядком аеродрому (вертодрому) або постійного злітно-посадкового майданчика, над якою здійснюється маневрування повітряних суден та для якої встановлені спеціальні вимоги до розташування різних об'єктів, а їх висотне положення контролюється, враховуючи умови безпеки маневрування, зльоту та заходу на посадку повітряних суден. Таке саме положення є закріплене і в проєкті Закону України «Про аеропорти України». Дане положення точніше відображає специфіку правового режиму приаеродромної території і тому заслуговує на підтримку і закріплення.

На цій території, яка вважається приаеродромною, відповідно до законодавства запроваджується особливий режим використання земель.

Для з'ясування правового режиму приаеродромних територій спочатку потрібно з'ясувати сам зміст поняття «правовий режим землі».

Проаналізувавши юридичну літературу можна зробити висновок, що правовий режим – це особливий правовий порядок, встановлений для певних сфер суспільних відносин чи суспільства в цілому і характеризується наявністю відповідних обмежень, заборон або пільг.

Правовим режимом земель є встановлені правовими нормами порядок та умови використання за цільовим призначенням земель відповідних категорій, забезпечення та охорони прав власників землі і землекористувачів, здійснення державного управління земельними ресурсами, контролю за раціональним використанням землі і додержанням земельного законодавства, ведення державного земельного кадастру, проведення землеустрою, моніторингу землі, справляння плати за землею і застосування юридичної відповідальності за порушення земельного законодавства. Можна виокремити три рівні правового режиму земель: загальний, спеціальний та особливий. В межах особливого правового режиму земель транспорту приаеродромна територія має спеціальний правовий режим.

Щодо правового режиму приаеродромної території, то на цій території встановлюється особливий порядок одержання дозволу на будівництво (реконструкцію) та на провадження діяльності, яка може впливати на безпеку польотів та створювати перешкоди для роботи наземних засобів зв'язку, навігації та спостереження. До такої діяльності належать: вибухові роботи; діяльність, що сприяє скупченню птахів; встановлення радіовипромінювальних пристроїв; роботи, пов'язані з використанням лазерних пристроїв, що можуть випромінювати у повітряний простір; роботи, пов'язані із запуском ракет та куль-зондів; діяльність, яка пов'язана з польотами літальних апаратів, з викидами димів та газів, що можуть погіршувати видимість у районі аеродрому; будівництво повітряних високовольтних ліній електропостачання.

Експлуатант аеродрому та провайдер аеронавігаційного обслуговування мають право встановлювати на приаеродромній території та за її межами наземні засоби зв'язку, навігації та спостереження та світлотехнічні засоби, прокладати інженерні мережі, користуватися правом доступу до такого обладнання, зрізати дерева та гілки дерев, що ростуть поблизу розташування повітряних ліній електрозв'язку та електропостачання або антенно-фідерних пристроїв наземних засобів зв'язку, навігації та спостереження, світлотехнічних засобів, які заважають їх встановленню або роботи.

Крім того, в смугах повітряних підходів до аеродромів може бути обмежено спорудження об'єктів, в яких можуть одночасно знаходитись значна кількість людей, а також об'єктів, в яких здійснюється зберігання значної кількості паливно-мастильних матеріалів, вибухових та інших небезпечних речовин, обмежується розташування високовольтних повітряних ліній.

Органи виконавчої влади, юридичні та фізичні особи, незалежно від форм власності, які допустили порушення порядку отримання або видачі дозволу на будівництво, реконструкцію та іншу діяльність, умов дозволу, зобов'язані згідно з рішенням Державіаслужби припинити будівництво до вирішення питання можливості та умови подальшого будівництва відповідно до законодавства України.

Усі нерухомі об'єкти і споруди, розташовані на приаеродромній території, повинні бути маркіровані їх власниками денними і нічними маркірувальними знаками та пристроями згідно з нормами щодо придатності аеродромів до експлуатації.

Маркування об'єктів і перешкод денними та нічними маркувальними знаками та пристроями здійснюється власниками цих об'єктів за свій рахунок, які повинні відповідати авіаційним правилам України.

Інформація про розміри приаеродромної території доводиться експлуатантом аеродрому або постійного злітно-посадкового майданчика чи уповноваженою на те особою до відповідних органів місцевого самоврядування, підвідомча територія яких повністю чи частково підпадає під приаеродромну територію

Порядок встановлення приаеродромних територій, їх розміри і режим використання, контроль і облік об'єктів та перешкод визначаються авіаційними правилами України.

Підсумовуючи проведені дослідження, можна зробити наступні висновки:

- приаеродромна територія – просторово обмежена місцевість навколо аеродрому, над якою здійснюється маневрування повітряних суден;
- правовий режим приаеродромної території є спеціальним, оскільки за законодавством на цій території запроваджується особливий режим її використання та на якій здійснення права власності є обмеженим;
- правовий режим приаеродромної території визначений не тільки Земельним кодексом України а й спеціальним законодавством, зокрема Повітряним кодексом України;
- порядок встановлення меж приаеродромної території та її використання не є чітко врегульованим чинним законодавством і не визначений проектами Повітряного кодексу України і Закону України «Про аеропорти України», тому потребує детальнішої регламентації;
- особливе місце у правовому регулюванні авіатранспортних відносин займають авіаційні правила, які визначають порядок діяльності авіації України з метою забезпечення безпеки польотів і екологічної безпеки.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ НЕПОДАТКОВИХ ДОХОДІВ ШТРАФНОГО І КОМПЕНСАЦІЙНОГО ХАРАКТЕРУ

Левкович В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

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.

До неподаткових доходів штрафного і компенсаційного характеру належать: штрафи та фінансові санкції за порушення податкового законодавства; штрафи та фінансові санкції за порушення законодавства про сплату зборів до державних цільових фондів; фінансові санкції і штрафи за порушення законодавства про валютне регулювання тощо; штрафи за порушення іншого законодавства; базові нормативи плати за забруднення навколишнього природного середовища; суми кредиторської і депонентської заборгованості, щодо яких термін позовної давності минув, тощо.

Надходження від штрафів та пені є доволі значними серед неподаткових платежів. Порядок справляння окремих видів штрафів та пені регулюється нормами не лише фінансового, насамперед, податкового і банківського, а й інших галузей права, зокрема, адміністративного та кримінального. Чи не більшість штрафів регулюється, власне, нормами адміністративного та кримінального права. Проте, коли мова йде про зарахування цих платежів до бюджетів (а не сплату), то це питання вирішується лише за допомогою норм фінансового права, незважаючи на вид штрафу та підстави його стягнення.

Таким чином, справляння штрафів та пені регулюється як нормами фінансового права, так й інших галузей права.

У законодавстві закріплено кілька визначень поняття "штрафу", залежно від того, нормами якої галузі права врегульовано їх справляння.

Так, якщо у цивільному праві штраф, як і пеня, є видом забезпечення виконання зобов'язання, то публічні галузі права (адміністративне, кримінальне, фінансове) визначають його як грошове стягнення, що накладається на порушника за вчинене правопорушення. Кошти від "цивільного" штрафу надходять на користь сторони договору, а від "публічних" штрафів – на користь публічних утворень у Державний та місцеві бюджети.

Тому, як пропонує Н.Пришва, є підстави говорити про два види штрафів:

- 1) за порушення законодавства у публічних сферах;
- 2) за порушення договірних зобов'язань.

У першому випадку штраф має караючий публічно-правовий характер. Підстави його застосування затверджуються виключно зако ном. Другий вид штрафу – це різновид неустойки, який стягується не на користь суспільства, а надходить суб'єкту господарювання, сторони цивільно-правового договору.

Як державний доход і, зокрема, – обов'язковий платіж, може ви ступати лише штраф, який стягується за порушення законодавства і зараховується до бюджету чи державного позабюджетного фонду.

До цієї групи належать:

- 1) штрафи як фінансова санкція за порушення:
 - податкового законодавства;
 - законодавства про патентування;

- валютного законодавства;
 - банківського законодавства;
 - порядку ведення касових операцій;
 - законодавства про соціальне страхування;
 - державної дисципліни цін тощо.
- 2) штрафи як захід адміністративної відповідальності;
- 3) штрафи як захід кримінальної відповідальності.

Варто погодитися з думкою Н.Пришви, як вид публічних доходів, характеризуються такими рисами:

- це – разові, а не регулярні платежі;
- це – платежі індивідуального характеру;
- зараховуються до бюджету чи державного позабюджетного фонду;
- розмір штрафу може залежати або від завданих державі збитків, або визначатись у фіксованих сумах (в межах граничних розмірів);
- якщо застосування фінансової санкції є безальтернативним, то при притягненні до адміністративної та кримінальної відповідальності штраф може бути замінений іншими санкціями.

Плату за забруднення навколишнього природного середовища було запроваджено згідно із Законом України від 25 червня 1991 року "Про охорону навколишнього природного середовища". До 1998 року згідно із згаданим Законом плата за забруднення довкілля розглядалася як одне з джерел фінансування при родоохоронних заходах. Законом України від 25 червня 1991 р. «Про систему оподаткування» цей вид плати було віднесено до загальнодержавних податків, зборів та обов'язкових платежів у вигляді екологічного податку. Законом України від 5 березня 1998 р. були внесені зміни до Закону «Про охорону навколишнього природного середовища». Платежі за забруднення довкілля стали називатися зборами, які мають надходити не до позабюджетних, а до републіканського Автономної Республіки Крим, місцевих та державних фондів охорони навколишнього природного середовища України.

Таким чином, зазначені збори стали розглядатися як один з видів обов'язкових платежів, передбачених податковим законодавством України.

Платежі за забруднення природного середовища є важливим елементом у системі економічного механізму природокористування платежі за забруднення природного середовища. Вони компенсують еколого-економічні збитки, скоєні підприємствами. Хоча, очевидно, що зараз вони компенсують лише незначну їх частину.

В залежності від впливу на довкілля встановлені два види нормативної плати:

- за гранично допустимі викиди в межах встановлених норм;
- за перевищення гранично допустимих нормативів. У цьому випадку платежі зростають в декілька разів.

Система зборів за забруднення навколишнього природного середовища діє однаково як до дрібних побутових забруднювачів, так і до великих підприємств металургійної чи хімічної промисловості. Це призводить до необґрунтовано великих адміністративних затрат контролюючих органів й до низької ефективності контролю. База оподаткування збору занадто вузька й не охоплює низку видів забруднення довкілля (практично, всі нехімічні забруднення). Розміри збору скорочуються через дію інфляційних процесів (відповідні індексації зборів на регулярній основі не проводяться). Розподіл збору між фондами охорони навколишнього природного середовища трьох рівнів призводить до розпорошення коштів, що не дає змоги ефективно впроваджувати екологічну політику (через відсутність врегульованих механізмів нагромадження фінансових ресурсів для розв'язання пріоритетних для конкретної місцевості екологічних проблем).

Суттєвим моментом є механізм утворення джерел сплати. Платежі в межах нормативів забруднення можна віднести до собівартості і таким чином перенести їх тягар на споживача.

Сума за понаднормативний вплив на довкілля сплачується з прибутку підприємства. Це знижує його рентабельність.

Така система стимулює виробника до мінімізації забруднень. Інший момент – можливість зменшення платежів за рахунок витрат на природоохоронні роботи (будова очисних споруд, фільтрів, землеохоронні заходи).

Створення робочих місць для інвалідів чи сплата спеціальних платежів при їхній відсутності – добре знайома проблема для багатьох підприємств. Як її вирішити? Законодавець пропонує два можливих варіанти вирішення: або створювати робочі місця для інвалідів і приймає їх на роботу, або сплачувати певну суму до бюджету і не мати інших турбот.

Вимога щодо здійснення платежів (штрафних санкцій) у Фонд соціального захисту інвалідів України (далі – Фонд інвалідів) передбачена Законом України від 21 березня 1991 року "Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні" (далі – Закон №875).

Дані платежі розцінюються Фондом як штрафні санкції. На наш погляд, це пов'язано з тим, що усі підприємства зобов'язані створювати робочі місця для інвалідів, а ті, хто не створював, або такі місця не зайняті, зобов'язані платити.

Ці платежі сплачують усі підприємства (об'єднання), установи й організації, незалежно від форми власності і господарювання, на яких не створені робочі місця для інвалідів і/чи такі місця не зайняті інвалідами.

Розмір створюваних підприємствами робочих місць залежить від загальної кількості працівників на підприємстві. Статтею 19 Закону №875 передбачено, що для підприємств установлюється норматив робочих місць для забезпечення працевлаштування інвалідів у розмірі 4% від загальної чисельності робітників, а якщо загальна чисельність працюючих складає від 15 до 25 чоловік – то в кількості 1 робочого місця.

Необхідно зазначити, що при сплаті штрафних санкцій суб'єктами підприємницької діяльності – платниками єдиного податку виникають проблеми. Норми Закону "Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні" не можуть бути поширеними на суб'єктів спрощеної системи оподаткування до моменту законодавчого врегулювання цих питань. Тому необхідно прийняти спеціальний закон про спрощену систему оподаткування, обліку та звітності суб'єктів малого підприємництва.

Загалом, необхідно на рівні законів врегулювати порядок сплати неподаткових доходів штрафного та компенсаційного характеру, адже значна кількість цих платежів регулюється підзаконними нормативно-правовими актами. Це стосується як штрафів та пені, так й плати за забруднення навколишнього природного середовища.

МИТНИЙ СТАТУС ТОВАРІВ, ЯК ІНСТИТУТ МИТНОГО ПРАВА

Мостовий А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Одним з головних завдань митної служби України виступає забезпечення справляння податків і зборів та застосування процедур митного контролю над переміщенням товарів через митний кордон. Правильне застосування інституту мита та митного контролю залежить від статусу товарів, які переміщуються через митний кордон держави.

Митний статус товарів, полягає в їх поділі на два види: товари вітчизняні та товари іноземні. Вітчизняні товари, відповідно до митного законодавства не підлягають митному оподаткуванню та митному контролю, оскільки знаходяться у вільному обігу на території держави і можуть вільно використовуватись власником таких товарів на власний розсуд. В свою чергу, товари іноземні становлять певний ризик для вітчизняної економіки, і допуск їх до вільного обігу на митній території держави ввезення можливий лише після їх митного очищення. Застосування тарифних та нетарифних засобів регулювання переміщення товарів через митний кордон становить інструмент захисту вітчизняної економіки від зовнішніх економічних впливів. Для розрізнення товарів, які підлягають застосуванню митним засобам регулювання зовнішньоекономічної діяльності встановлюється інститут митного статусу товарів.

Відповідно до мети переміщення товарів через митний кордон держави визначаються процедури митного контролю та необхідність стягнення від товарів мита та інших платежів та податків. Якщо при імпорті товарів, метою переміщення є їх допуск до вільного обігу і відповідно змінюється статус таких товарів, при цьому гарантією не завдання шкоди для вітчизняної економіки виступає застосування до іноземних товарів тарифного та нетарифних заходів митного регулювання. У випадку транзитного переміщення, тимчасового ввезення чи ввезення до спеціальної митної зони товари не змінюють митного статусу і залишаються товарами іноземними і відповідно по відношенню до таких товарів застосовуються відповідні процедури митного контролю. Контроль над такими товарами є гарантією забезпечення стабільності національної господарки.

Отже, встановлення інституту митного статусу товарів буде прямо впливати на застосування інституту мита та адміністративних засобів регулювання міжнародного товарообігу.

В українському митному законодавстві аналоги такого інституту відсутні. З метою встановлення ефективної системи застосування інституту мита та митного контролю у відповідності до мети переміщення товарів через митний кордон України, варто в національному законодавстві визначити правила щодо митного статусу товарів та порядок його зміни.

Інститут митний статус товарів не варто ототожнювати з іншим інститутом митного права – правилами визначення країн походження товарів. Правила визначення країни походження товарів, застосовуються для визначення конкретної держави де товар був вироблений чи отриманий з метою застосування до таких товарів преференційних чи не преференційних заходів. В свою чергу митний статус товарів передбачає розрізнення товарів на два види і у зв'язку з цим можливість застосування до товарів відповідних процедур митного контролю та стягнення мита.

Прикладом застосування інституту митний статус товарів є митне законодавство Європейського Союзу (ЄС). Зі зміною митного статусу товарів в ЄС пов'язується момент погашення обов'язку сплати належних митних платежів (див ст.ст. 44 і 86 Митного кодексу ЄС від 2008 року (МКЕС) та допуск товарів до вільного обігу на митні території Спільноти (див. ст. 129 МКЕС).

В статті 4 МКЕС вказується:

Європейськими товарами визнаються:

1. товари повністю вироблені та митній території Євросоюзу;
2. товари, які походять з країн або територій, які не належать до митної території ЄС, але які знаходяться у вільному обігу в одній з держав-членів Євросоюзу;

3. товари, отримані або вироблені на митній території ЄС з товарів, які походять з третіх країн або територій, які не належать до митної території ЄС, які знаходяться у вільному обігу в одній з держав-членів ЄС, або товари отримані або вироблені з подання таких товарів і товарів повністю отриманих на митній території Євросоюзу.

До товарів неєвропейських належать:

1. товари, які не були повністю отримані на митній території ЄС, або
2. товари, які походять з держави або території, яка не належить до митної території ЄС, і які не допущені до вільного обігу на митній території Євросоюзу.

Створення ефективної системи функціонування інститутів мита, митного контролю, митних режимів залежить від запровадження поняття митного статусу товарів. Митне регулювання в державі покликане забезпечити національні економічні інтереси, вберегти вітчизняну економіку від зовнішніх впливів. Завдяки розрізненню категорії товарів на іноземні та вітчизняні дозволить більш чітко сформулювати об'єкт, котрий підлягає митним процедурам та який становить ризик для вітчизняної економіки.

ПРАВО ЛЮДИНИ НА ЗАХИСТ ВІД ДИСКРИМІНАЦІЇ ЗА СТАНОМ ЗДОРОВ'Я

Сенюта І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Право не бути дискримінованим за станом здоров'я гарантоване міжнародно-правовими актами, національним законодавством та передбачає можливість кожної людини здійснювати свої права та виконувати обов'язки незалежно від стану її здоров'я, крім випадків законного обмеження таких прав.

У ст. 2 Загальної декларації прав людини (1948) проголошено, що кожна людина повинна мати всі права і свободи, проголошені цією Декларацією, незалежно від раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних або інших переконань, національного чи соціального походження, майнового, станового або іншого становища. Аналогічні норми передбачені й у Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права (1966) (ч. 2 ст. 2) та Міжнародному пакті про громадянські і політичні права (1966) (ст. 2). Відповідно до ч. 2 ст. 29 Загальної декларації прав людини та ст. 4 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права при здійсненні своїх прав і свобод кожна людина повинна зазнавати тільки тих обмежень, які встановлені законом виключно з метою забезпечення належного визнання і поваги прав і свобод інших та забезпечення справедливих вимог моралі, громадського порядку і загального добробуту в демократичному суспільстві.

За ст. 14 Конвенції про захист прав людини та основних свобод (1950) здійснення прав і свобод, викладених у цій Конвенції, гарантується без будь-якої дискримінації за ознакою статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного або соціального походження, належності до національних меншин, майнового стану, народження або інших обставин.

Загальна декларація про біоетику і права людини (2005) у ст. 10 «Рівність, справедливість і рівноправність» передбачає, що повинно забезпечуватись дотримання основоположного принципу рівності всіх людей в тому, що стосується їх гідності і прав, з метою справедливого і рівноправного поводження з ними. Жодна особа чи група осіб не повинні піддаватись дискримінації чи громадському осуду на будь-яких підставах на порушення принципу поваги людської гідності, прав людини та основних свобод (ст. 11 «Недопущення дискримінації та громадського осуду»). У ст. 27 «Обмеження дії принципів» визначено, що обмеження застосування принципів Декларації у випадку необхідності слід робити на основі законів, в тому числі законів, прийнятих в інтересах забезпечення громадської безпеки, розслідування і виявлення кримінальних правопорушень і переслідування за них, охорони громадського здоров'я і захисту прав і свобод інших осіб. Будь-які такі закони повинні відповідати міжнародним нормам в галузі прав людини.

Як бачимо, у наведених міжнародно-правових стандартах з прав людини, які закріплюють заборону дискримінації, чітко не вписано такої ознаки як стан здоров'я. Але у кожному із міжнародних актів не зазначено вичерпного переліку ознак, які не можуть слугувати підставами для дискримінації. Тому норми, у яких міститься таке формулювання як «інші обставини», «інше становище», дають можливість стверджувати, що така ознака як стан здоров'я включена до кола цих інших обставин, іншого становища і не може бути підставою для дискримінації.

Український законодавець імплементував кращі міжнародні стандарти у національне законодавство в контексті заборони дискримінації за будь-якими ознаками, у тому числі за станом здоров'я, та можливості законного обмеження прав людини. У ст. 21 Конституції України закріплено, що усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах. При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод (ст. 22 Конституції України). Основний Закон визначає, що 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 (ст. 24), тим самим надаючи конституційні гарантії від будь-якого прояву дискримінації. Деталізація принципу заборони дискримінації у галузі охорони здоров'я відображена в п. «и» ст. 6 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я», яка передбачає право кожного громадянина на правовий захист від будь-яких незаконних форм дискримінації, пов'язаних із станом здоров'я.

Статтею 9 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» визначено випадки обмеження прав громадян, які пов'язані зі станом їх здоров'я. Так, на підставах і в порядку, передбачених законами України, громадяни можуть бути визнані тимчасово або постійно непридатними за станом здоров'я до професійної або іншої діяльності, пов'язаної з підвищеною небезпекою для оточуючих, а також із виконанням певних державних функцій (ч. 1 ст. 9). Постановою Кабінету Міністрів України від 23.05.2001 р. № 559 затверджено Перелік професій, виробництв та організацій, працівники яких підлягають обов'язковим профілактичним медичним оглядам, та наказом МОЗ України від 23.07.2002 р. № 280 затверджено Перелік протипоказань для роботи за професіями, визначеними в Переліку професій, виробництв та організацій, працівники яких підлягають обов'язковим профілактичним медичним оглядам. Зазначені підзаконні акти деталізують норму ч. 6 ст. 21 Закону України «Про захист населення від інфекційних хвороб». Держава, встановлюючи такі вимоги у законодавстві, хоча й обмежила конституційне право громадян на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку вони вільно обирають або на яку вільно погоджуються (ст. 43 Конституції України), однак тим самим захищає суспільний інтерес, реалізуючи систему превентивних заходів щодо протидії поширенню інфекційних захворювань серед населення, а також забезпечуючи право кожного громадянина на санітарно-епідемічне благополуччя території (п. «в» ст. 6 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я»). Стаття 9 Закону України «Про психіатричну допомогу» від 22.02.2000 р. («Обмеження, пов'язані з виконанням окремих видів діяльності») передбачає, що особа може бути визнана тимчасово (на строк до п'яти років) або постійно непридатною внаслідок психічного розладу до виконання окремих видів діяльності (робіт, професій, служби), що можуть становити безпосередню небезпеку для неї або оточуючих. З метою встановлення придатності особи до виконання окремих видів діяльності (робіт, професій, служби) з особливими вимогами до стану її психічного здоров'я вона підлягає обов'язковому попередньому (перед початком діяльності) та періодичним (у процесі діяльності) психіатричним оглядам.

Ще одним законним обмеженням прав людини в сфері охорони здоров'я ч. 2 ст. 9 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» визначає можливість застосування примусових заходів медичного характеру щодо осіб, які вчинили суспільно небезпечні діяння, обмеження прав інших громадян у вигляді примусового медичного огляду або примусової госпіталізації, а також у зв'язку з проведенням карантинних заходів, що допускається тільки на підставах і в порядку, передбачених законами України. Такі обмеження в Україні регламентуються, зокрема Законом України «Про психіатричну допомогу», Законом України «Про боротьбу із захворюванням на туберкульоз», Кримінальним кодексом України та Кримінально-процесуальним кодексом України.

Для прикладу, з метою своєчасного виявлення осіб, інфікованих мікобактеріями туберкульозу та хворих на туберкульоз, проводяться також профілактичні медичні огляди населення (ст. 21 Закону України «Про захист населення від інфекційних хвороб», ст. 8 Закону України «Про боротьбу із захворюванням на туберкульоз»). Частина 2 статті 12 Закону України «Про боротьбу із захворюванням на туберкульоз» в обмеження права на надання інформованої згоди на медичне втручання, що передбачено ч. 3 ст. 284 Цивільного кодексу України та ст. 43 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» передбачає, що хворі на заразні форми туберкульозу, в тому числі соціально дезадаптовані, із супутніми захворюваннями на хронічний алкоголізм, наркоманію чи токсикоманію, підлягають обов'язковій госпіталізації до протитуберкульозних закладів та зобов'язані пройти відповідне лікування. У разі ухилення від обов'язкової госпіталізації зазначені особи з метою запобігання поширенню туберкульозу за рішенням суду підлягають розшуку, приводу та обов'язковій го-

спіталізації до протитуберкульозних закладів, визначених місцевими органами виконавчої влади. Дана норма справді може помилково вважатися достатньо дискримінаційною щодо хворих на туберкульоз, однак у даному випадку державою захищається здоров'я населення та національна безпека, що пояснюється високими темпами розповсюдження такого захворювання, адже Україна є одним із світових лідерів щодо захворювання на туберкульоз.

Проаналізовані вище законодавчі обмеження прав людини, все ж не є дискримінаційними, а скоріше охоронними, оскільки покликані охороняти інтереси суспільства загалом, що в цілому допускається ст. 64 Конституції України.

У нашій державі непоодинокими є випадки відмови в наданні медичної допомоги чи порушенні інших прав людини, саме за ознакою стану здоров'я. Так, на порушення п. «д» ст. 6 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я», що гарантує право кожного громадянина на кваліфіковану медико-санітарну допомогу, включаючи вільний вибір лікаря, вибір методів лікування відповідно до його рекомендацій і закладу охорони здоров'я, щороку органами держави, громадськими організаціями України фіксуються численні випадки відмови в наданні медичної допомоги у зв'язку з наявністю ВЛ/СНІД – статусу, захворювання на туберкульоз та інші інфекційні захворювання. Незважаючи на те, що, зокрема, у ст. 18 Закону України «Про запобігання захворюванню на синдром набутого імунodefіциту (СНІД) та соціальний захист населення» прямо заборонено відмову в прийнятті до лікувальних закладів, у поданні медичної допомоги та ущемлення інших прав осіб, на підставі того, що вони є ВЛ-інфікованими чи хворими на СНІД.

Ілюстративним прикладом порушення прав людини за ознакою стану здоров'я є судова справа, яка вважається однією з найгучніших в Україні, та становить позитивний приклад реального механізму захисту від незаконних форм дискримінації. З посади водія редакції районної газети «Злагода» було звільнено Олексія В., що мав ВЛ-позитивний статус. Останній звернувся до суду з позовною заявою про поновлення на роботі та відшкодування моральної шкоди. Відповідачами у справі виступали районна газета «Злагода», районна державна адміністрація, районна рада та Державне казначейство. Під час судового розгляду справи було встановлено, що з боку головного редактора районної газети було допущено грубе порушення конституційних прав та свобод ВЛ-позитивного громадянина, принижено його гідність. Рішенням районного суду від 18 жовтня 2004 р. позов Олексія В. було задоволено, його поновлено на роботі, а відповідачів зобов'язали відшкодувати моральну шкоду в розмірі 4000 грн.

Видається за доцільне також з'ясувати погляд Європейського Суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) на досліджувану проблематику. ЄСПЛ у Рішенні по справі «Бельгійська лінгвістична справа» («Belgian Linguistic Case») (1968) зазначив, що права, гарантовані Конвенцією про захист прав людини та основних свобод, повинні розглядатись у такий спосіб, нібито ст. 14 «становить невід'ємну частину кожної з статей, які встановлюють права та свободи». Тобто для застосування ст. 14 спочатку слід встановити, чи підпадає предмет скарги під матеріальне положення Конвенції про захист прав людини та основних свобод, у якому встановлені права людини та основні свободи, і лише після цього досліджувати, чи існує нерівність при здійсненні такого конвенційного права чи свободи, навіть якщо саме по собі таке право чи свобода не були порушені. Однак на практиці ЄСПЛ не вважає, як правило, за потрібне розглядати окремі вимоги щодо порушення ст. 14, якщо було встановлено порушення іншого положення Конвенції.

Тест, за яким ЄСПЛ визначає необхідність розглядати вимоги щодо порушення положення ст. 14 Конвенції, був сформульований у справі «Ейрі проти Ірландії» («Airey v. Ireland») (1979), за яким ЄСПЛ звертається до вимог ст. 14, якщо «явна нерівність у поведженні при здійсненні певного права становить основоположний аспект справи». Проте ЄСПЛ у своїй практиці не встановив ті критерії, які визначають нерівність як «основоположний аспект справи». Окрім цього, ЄСПЛ у Рішенні у справі «Ван де Мусілі проти Бельгії» («Van De Musselle v. Belgium») (1983) та у Рішенні у справі «Расмуссен проти Німеччини» («Rasmussen v. Denmark») (1984) базує свою позицію на тому, що хоча застосування ст. 14 не обов'язково вимагає доведення порушення матеріальних положень – і таким чином, вона має автономне значення, – вона не може застосовуватись, якщо обставини справи не підпадають під дію того чи іншого матеріального положення Конвенції. Отже, користуючись термінологією

сю ЄСПЛ, положення ст. 14 Конвенції застосовуються, якщо сутність нерівності «становить одну з форм здійснення гарантованого права» (Національний союз «Бельгійської поліції проти Бельгії» (*National Union of «Belgian Police v. Belgium»*) (1975)), або якщо оскаржувані заходи «пов'язані із здійсненням гарантованого права» («Шмідт і Дахлстром проти Швеції» (*«Schmidt and Dahlstrom v. Sweden»*) (1976)).

У Рішенні у справі *«Бельгійська лінгвістична справа» «Belgian Linguistic Case»* ЄСПЛ вказав, що принцип рівності порушений, якщо відсутнє «розумне та об'єктивне» виправдання розрізнення. За визначенням ЄСПЛ, «наявність такого виправдання повинна оцінюватись з огляду на цілі та вплив заходу, що розглядається, зважаючи при цьому на принципи, що панують у демократичних суспільствах». На додаток до такого тесту визначення виправданості розрізнення ЄСПЛ також окремо наголосив, що ст. 14 все ж таки буде порушена, якщо «відсутнє розумне співвідношення пропорційності між застосованими засобами та ціллю, на досягнення якої вони спрямовані».

Нормативно-правова база України забороняє будь-які види незаконної дискримінації, у той час як обмеження у правах за станом здоров'я можуть здійснюватись лише на підставах та в порядку, передбаченому законами, будь-яке недотримання яких може бути оскаржено у встановленому законодавством порядку.

**СУБ'ЄКТ ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ – ЯК ВІДПОВІДАЧ В
АДМІНІСТРАТИВНІЙ СПРАВІ.****Ткач Г.***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Кодекс адміністративного судочинства України визначає, що завданням адміністративного судочинства є 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, їх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконанні делегованих повноважень. Цих суб'єктів, рішеннями, діями чи бездіяльністю яких можуть бути порушені права, свободи та інтереси фізичних і юридичних осіб, названо суб'єктами владних повноважень. Вони офіційно представляють державну владу і виконують покладені на них завдання і функції. Для цього ці суб'єкти наділені правами, а також іншими можливостями виражати і втілювати в життя державні інтереси. Власне для їх реалізації вони і наділені широким колом владних повноважень. Важливо зазначити, що до правосуб'єктності суб'єкта владних повноважень як обов'язковий елемент не включається статус юридичної особи. Суб'єкт владних повноважень може виступати відповідачем в адміністративному суді не маючи статусу юридичної особи. Такий статус необхідний для того, щоб суб'єкт владних повноважень міг вступати в цивільно-правові відносини. Здатність володіти владними повноваженнями не охоплюється цивільно-правовим поняттям юридичної особи. Обов'язковим елементом правового статусу суб'єкта владних повноважень є комплекс владних повноважень.

Вирішуючи важливі для суспільства і держави питання, суб'єкти владних повноважень виступають як носії публічного інтересу, в основі якого лежить суспільне благо. Первинними владними повноваженнями наділені державні органи. Через них держава визначає межі і обсяг владних повноважень інших суб'єктів – органів місцевого самоврядування, підприємств, організацій, установ, громадських організацій. Для них владні повноваження є другорядними, похідними від повноважень органів державної влади.

Значне місце серед суб'єктів владних повноважень займають органи державної виконавчої влади, оскільки їм належить провідна роль у виникненні публічних правовідносин. Вони створюються для безпосереднього здійснення конкретного виду державної діяльності, наділяються для цього відповідною компетенцією і реалізують її за допомогою визначених державою форм і методів. За критерієм організаційно-правового рівня виділяють: вищий орган у системі виконавчої влади – Кабінет Міністрів України; центральні органи виконавчої влади – міністерства державні комітети та центральні органи виконавчої влади зі спеціальним статусом; місцеві органи виконавчої влади – обласні (Київська та Севастопольська, міські), районні державні адміністрації. Також Кабінет Міністрів може створювати урядові органи державного управління (наприклад, Державний департамент інтелектуальної власності, який діє у складі Міністерства освіти і науки). Цей Державний департамент виступає як суб'єкт владних повноважень коли здійснює реєстрацію права на об'єкти інтелектуальної власності або скасовує реєстрацію.

У цій системі не названі Рада Міністерства АРК, хоча вона також належить до органів виконавчої влади. Також до органів виконавчої влади належать територіальні органи центральних органів виконавчої влади (міністерств, державних комітетів).

Оскільки діяльність органів виконавчої влади є динамічною і творчою, то конституційна система цих органів не може бути вичерпною. Тому, залежно від потреб часу, Кабінет Міністрів України може створювати урядові органи державного управління (служби, інспекції і департаменти), які також є суб'єктами владних повноважень.

Відповідно до п.7 ст.3 КАС України суб'єктами владних повноважень крім органів виконавчої влади є інші державні органи. Вони виступають учасниками публічно-правових від-

носин, виконуючи покладені на них обов'язки і реалізуючи права у сфері державного управління. Характерним для цієї участі є те, що вона здійснюється не безпосередньо самими органами, а через апарат цих органів (апарат Верховної Ради, апарат суду і прокуратури).

Суб'єктами владних повноважень є також органи, які не належать до системи органів виконавчої влади, а саме: Національний банк України, Рада національної безпеки і оборони, Центральна виборча комісія, Представництво Президента в АРК, Національна рада України з питань телебачення та радіомовлення, прокуратура. Ознаками цих органів як суб'єктів владних повноважень є здійснення ними регулятивної, координаційної управлінських функцій, наявність ряду повноважень владно-розпорядчого характеру. Їх рішення підлягають обов'язковому розгляду і виконанню організаціями і посадовими особами, яких вони стосуються. На ці організації і посадових осіб покладено обов'язок повідомляти про результати розгляду цих рішень і вжити заходи. Наприклад, Національний банк наділений юрисдикційними повноваженнями, оскільки розглядає справи про адміністративні правопорушення (порушення банківського законодавства, порядку подання фінансової звітності, ведення бухгалтерського обліку та ін.).

Важливе місце серед суб'єктів владних повноважень належить органам місцевого самоврядування. Саме рішеннями, діями чи бездіяльністю цих органів (особливо виконавчих) досить часто порушуються права, свободи та законні інтереси громадян і юридичних осіб. Виконавчими органами ради є виконавчий комітет як колегіальний орган загальної компетенції, відділи, управління та інші виконавчі органи ради, які є органами галузевої та функціональної компетенції. Очолою всією системі виконавчих органів ради відповідно сільський, селищний, міський голова (посадова особа).

Як показала практика розгляду судами адміністративних справ, непоодинокими є випадки порушення прав громадян органами, які безпосередньо не наділені владними повноваженнями, а мають статус дорадчих органів.

Так відповідно до Правил опіки та піклування «органами, які приймають рішення щодо опіки і піклування є виконавчі комітети міських, районних у містах, сільських, селищних рад. Вони, для допомоги в роботі, створюють опікунські ради, які є дорадчими органами. Ці органи не вправі приймати самостійно рішення, які б породжували юридичні наслідки. Однак, на практиці такі випадки мають місце. Так, в Положенні про опікунську раду Шевченківської районної адміністрації зазначається, що вона уповноважується вирішувати спори щодо визначення місця проживання дитини (п.2.8.). Власне, керуючись цим Положенням вказана опікунська рада прийняла рішення про визначення тимчасового місця проживання малолітньої дитини, яким безпідставно надала дозвіл на проживання дитини з батьком а не з матір'ю. Ще один подібний приклад: опікунська рада виконавчого комітету Московської районної в місті Харкові ради прийняла рішення, в якому, ще до вирішення справи судом по суті спору, визначила за недоцільне призначення часу для участі у вихованні малолітнього сина його батькові, чим якраз і створила серйозну перешкоду для виконання батьком своїх обов'язків, безпідставно ставши на сторону матері. Постає логічне запитання, чи опікунська рада є суб'єктом владних повноважень або органом, який здійснює владні управлінські функції? Відповідь однозначна – дорадчий орган не може бути наділений такими повноваженнями. Він лише вправі готувати висновки по певних питаннях, які належать до його компетенції, а юридичної сили вони набувають лише завдяки рішенням органу опіки і піклування, який власне і буде виступати як суб'єкт владних повноважень у відносинах із громадянами. Отже відповідачем в суді при виникненні публічно-правового спору буде орган опіки і піклування, до компетенції якого належить прийняття відповідних рішень. Опікунська рада може залучатись як третя особа без самостійних вимог.

Органи місцевого самоврядування, так само, як і органи державної виконавчої влади, реалізуючи свої владні повноваження, повинні неухильно керуватись положеннями Конституції України, а також положеннями Конвенції про захист прав людини щодо права на повагу приватного і сімейного життя. Таке втручання з боку публічної влади в демократичному суспільстві можливе лише у випадках, передбачених законом в інтересах національної безпеки і громадського порядку, ... з метою запобігання безпорядків або злочинів, для охорони здоров'я або моралі. Або захисту прав і свобод інших осіб. (ст.8 Конвенції).

Відповідно до п.7 ч.1 ст.3 КАС України суб'єктами владних повноважень може виступати інші суб'єкти при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень. Для прикладу, такими повноваженнями наділені Бюро технічної інвентаризації (БТІ), які мають статус комунальних підприємств. Згідно з п.5 «Прикінцевих положень» Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» вони проводять реєстрацію об'єктів нерухомості в межах визначених адміністративно-територіальних одиниць, приймаючи відповідні рішення. Власне повноваження щодо обліку та реєстрації об'єктів нерухомого майна є делегованими підприємству «Бюро технічної інвентаризації», виконавчими органами місцевого самоврядування, оскільки відповідно до п.10 п. б ч 1. ст.30 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» саме до їх компетенції належить вчинення таких дій. Якщо рішенням БТІ про внесення запису до Реєстру прав власності на нерухоме майно або про відмову в реєстрації такого права буде порушено право фізичної чи юридичної особи, воно виступатиме відповідачем в адміністративному суді як суб'єкт владних повноважень.

Підсумовуючи, слід сказати, що статус суб'єкта владних повноважень, окрім органів держави, інші суб'єкти набувають тоді, коли вони для виконання управлінських завдань і функцій наділяються комплексом відповідних повноважень, які характеризуються владністю.

ВИДИ ПРОВАДЖЕНЬ ЗА ПРОЕКТОМ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРОЦЕДУРНОГО КОДЕКСУ

Школик А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Доопрацювання проекту Адміністративно-процедурного кодексу України робочою групою і його внесення Кабінетом Міністрів на розгляд Верховної Ради України 18 липня 2008 року стали черговим етапом у тривалому процесі становлення нового адміністративного законодавства. Внесення на розгляд парламенту зазначеного проекту стало вже другою подібною спробою (перша мала місце у вересні 2004 року), а відтак надмірних ілюзій щодо його оперативного прийняття, на жаль, немає. Однак, на нашу думку, цей процес мав би дійти свого логічного завершення у 2009 році, а тому важливим є з'ясування основних положень майбутнього базового законодавчого акта про загальні адміністративні процедури.

У преамбулі проекту Адміністративно-процедурного кодексу закріплено, що ним визначаються повноваження та порядок діяльності органів виконавчої влади і органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб. Станом на сьогодні порядок діяльності зазначених органів регулюється сотнями законодавчих та підзаконних нормативно-правових актів. Хоча насправді правове забезпечення порядку діяльності органів виконавчої влади у більшості випадків є схожим, а тому може бути узагальнене на рівні законодавчого акта про загальні адміністративні процедури.

Таким чином, до сфери правового регулювання Адміністративно-процедурного кодексу підпадають дії органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування та інших уповноважених суб'єктів різного характеру та змісту. У науковій літературі послідовно здійснювані уповноваженим суб'єктом (публічною адміністрацією) процесуальні дії щодо розгляду та вирішення індивідуальних справ визначаються як адміністративне провадження. З огляду на вище зазначену різноплановість процесуальних дій органів адміністративні провадження поділяють на види. Зокрема, усталеною у вітчизняній адміністративно-правовій літературі є поділ на неюрисдикційні (позитивні) та юрисдикційні провадження. Основною відмінністю цих двох груп є наявність або відсутність спору, який вирішується під час здійснення відповідного провадження.

Варто відзначити, що така класифікація має значення лише в контексті теоретико-правових узагальнень. Адже в жодному нормативно-правовому акті той чи інший вид провадження не віднесено до неюрисдикційного (позитивного) чи юрисдикційного. Більше того, сумнівним видається коректність отождолення юрисдикційності та спірності адміністративних проваджень, адже термін юрисдикція може мати різні значення. Зокрема в енциклопедичних джерелах базовою дефініцією юрисдикції (від латинського *jurisdictio* – судочинство) є «правова сфера, що визначає повноваження певного органу державної влади». У подібному значенні поняття юрисдикції застосовується і в Кодексі адміністративного судочинства України, при визначенні терміну «справа адміністративної юрисдикції». В цьому контексті не випадково професор О.В. Кузьменко замінила аналізовані назви груп адміністративних проваджень на конфліктні та неконфліктні.

Повертаючись до проекту Адміністративно-процедурного кодексу, зазначимо, що у ньому не проведено безпосередньої класифікації адміністративних проваджень у залежності від їх характеру чи змісту. Застосоване в проекті визначення терміну адміністративне провадження є наближенням до усталених в адміністративно-правовій літературі і розглядається як сукупність послідовно здійснюваних адміністративним органом процедурних дій і прийнятих процедурних рішень з розгляду та вирішення адміністративної справи, що завершується прийняттям адміністративного акта і його виконанням. Однак, виходячи із положень аналізованого проекту можна класифікувати адміністративні провадження за іншими критеріями.

В залежності від підстав для відкриття розрізняються адміністративні провадження, що відкриваються:

1) за заявою особи щодо забезпечення реалізації та захисту своїх прав і законних інтересів, у тому числі щодо отримання адміністративних послуг, а також виконання визначених законом обов'язків;

2) за ініціативою адміністративного органу, у тому числі у порядку здійснення ним контрольних повноважень;

3) за скаргою особи щодо прийнятого адміністративного акта, процедурних рішень, дій чи бездіяльності адміністративного органу.

По суті у цій статті поєднано поділ адміністративних проваджень за двома критеріями. В залежності від суб'єкта, за ініціативою якого відкривається провадження, останні можна поділити на заявні (ініціюються фізичною або юридичною особою, яка вступає у правовідносини з уповноваженим органом) та втручальні (ініціюються уповноваженим органом виконавчої влади або органом місцевого самоврядування *ex officio*). Така класифікація, запозичена з німецької правової доктрини має не лише теоретичне значення. Відмінними є процедурні дії та рішення, що приймаються уповноваженим органом при відкритті провадження за ініціативою особи у порівнянні з відкриттям провадження самим органом в силу виконання покладених на нього обов'язків. Зокрема, лише при ініціюванні адміністративного провадження особою орган може залишити заяву без руху чи направити її за належністю. Тому відповідне правове регулювання цих відмінностей міститься у проекті Адміністративно-процедурного кодексу.

Другим критерієм, який можна застосувати при класифікації адміністративних проваджень є відповідна стадія адміністративної процедури. На базі норм цитованої вище статті 3 та інших положень проекту АПК можна виділити провадження:

- з прийняття адміністративного акта;
- з оскарження адміністративного акта до вищого органу;
- з виконання адміністративного акта.

Такий поділ не є новим у вітчизняній адміністративно-правовій літературі, хоча й використовується під іншими назвами, в першу чергу, як «стадії адміністративного процесу». У контексті цієї класифікації варто відзначити, що кожна із зазначених стадій адміністративного провадження можна ділити на етапи. Зокрема стадія, яка завершується прийняттям адміністративного акта передбачає:

- ініціювання адміністративного провадження;
- відкриття та підготовку адміністративної справи до вирішення;
- розгляд адміністративної справи;
- вирішення адміністративної справи та прийняття адміністративного акта.

В свою чергу, етап розгляду адміністративної справи у залежності від способу його проведення за проектом Адміністративно-процедурного кодексу може бути забезпечено шляхом:

- розгляду адміністративної справи при особистому зверненні особи;
- розгляду адміністративної справи у письмовому провадженні;
- розгляду адміністративної справи з заслуховуванням учасників адміністративного провадження.

Доцільним є відзначити, що поняття «письмового провадження» є новелою Адміністративно-процедурного кодексу і передбачає «розгляд і вирішення адміністративної справи без запрошення та усного заслуховування заявника, залучення учасників адміністративного провадження та осіб, які сприяють розгляду адміністративної справи, на основі наявних матеріалів». Таким чином, у практиці функціонування органів публічної адміністрації письмове провадження стане фактично основною формою розгляду адміністративних справ.

А от розгляд та вирішення адміністративної справи при особистому зверненні особи можливі лише в поодиноких випадках, наприклад, при реєстрації окремих актів громадянського стану. Також розгляд адміністративної справи із заслуховуванням учасників адміністративного провадження, за формою і змістом наближений до судового розгляду, поки що не є поширеним способом розгляду адміністративних справ. Більше того, закони і підзаконні нормативно-правові акти, що регулюють адміністративні процедури в окремих сферах надзвичайно рідко передбачають проведення слухання в адміністративних справах. Однак, із прий-

яттям Адміністративно-процедурного кодексу ситуація може змінитись і у справах з великою кількістю учасників, особливо з різними інтересами, розгляд адміністративних справ у формі слухання ставатиме щораз поширенішим способом здійснення такого розгляду.

Наприкінці ще раз відзначимо, що проект Адміністративно-процедурного кодексу не передбачає видів проваджень і, відповідно, особливостей правового регулювання в залежності від характеру та змісту адміністративного провадження. Єдиним винятком є відмінності положень проекту кодексу щодо порядку ініціювання провадження.

Норми щодо ініціювання провадження особою будуть застосовуватись до усіх видів реєстраційних, дозвільних, ліцензійних, атестаційних та інших подібних проваджень. Положення ж про ініціювання провадження адміністративним органом будуть актуальними для різноманітних контрольних-наглядових проваджень. Істотні ж особливості правового регулювання у різних видах адміністративних проваджень залишатимуться предметом регламентації спеціального адміністративно-процедурного законодавства, яке, проте не повинно суперечити принципам та правилам адміністративної процедури, установлені загальним Адміністративно-процедурним кодексом.

УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ДЕРЖАВНУ СЛУЖБУ УКРАЇНИ ЯК ЗАСІБ ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ

Янюк Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Побудова правової держави неможлива, без подолання такого явища, як корупція, що вразила державні структури і є перешкоджає демократичним перетворенням. Корупція зводить нанівець результати державних програм, завдає шкоди національним інтересам держави, її безпеці, створює реальну загрозу конституційним правам та свободам людини. А головне – корупція підриває довіру з боку громадян до органів публічної влади.

Корупція – універсальна проблема, яка має давнє історичне коріння.

Проблема корупції, на жаль, не має меж і кордонів. Уряди держав шукають заходи, спрямовані на протидію корупції. Термін “протидія” корупції відображає весь комплекс заходів впливу на корупцію, включаючи вплив на її соціальні передумови, причини та умови корупційних діянь, правоохоронну діяльність щодо виявлення, розслідування таких діянь, притягнення осіб, винних у їх вчиненні, до відповідальності.

Проблеми пошуку шляхів запобігання та заходів боротьби з корупцією є однаково важливими для будь-якої країни, для України вони є особливо актуальними.

Протидія корупції повинна включати широкий спектр заходів, спрямованих на зменшення її обсягів та обмеження впливу на соціальні процеси, усунення соціальних передумов корупції, причин і умов корупційних правопорушень.

Вагоме значення для протидії має удосконалення вітчизняного антикорупційного законодавства. Сьогодні виникає гостра необхідність перегляду законодавства, усунення його прогалин і суперечностей, а також норм, які дають підстави їх довільного тлумачення, наслідком чого є виникнення передумов корупційної поведінки.

Чинна нормативна база являє собою поєднання успадкованих від попередньої системи і сучасних актів, які часто є неузгодженими між собою, а результатом цього є колізія законодавства, що створило широкий спектр для численних зловживань. Така ситуація дає підстави розширяти «адміністративний розсуд» при розгляді питань відповідальності за корупційні діяння. Сьогодні виникла нагальна потреба у реформуванні державної служби з метою удосконалення процедур прийняття, просування і навчання персоналу та створення кодексів поведінки або службової етики державних службовців.

До основних перетворень, які мають сприяти протидії корупційним діянням та їх проявам, можна віднести низку заходів, що включають реформування законодавства і удосконалення організаційних заходів.

- Оновити загальний закон про державну службу (проф. В.Б. Авер'янов і проф. О.Ф. Андришко називають його базовим чи генеральним Законом «Про загальні засади державної служби»). На основі такого закону може формуватися спеціальна законодавча база для регулювання окремих видів державно-службових відносин.
- Забезпечити законодавче регулювання питань етики поведінки державних службовців. На цій проблемі вже неодноразово наголошувалося серед представників адміністративного права, були запропоновані деякі проекти. Однак урегулювання питань службової етики сьогодні продовжує регулюватися лише відомчим актом – Загальними правилами поведінки державного службовця.
- Реформувати державну кадрову політику шляхом удосконалення системи підбору кадрів і їх навчання. Переглянути навчальні програми і більше уваги приділити стажуванню державних службовців.
- Удосконалити законодавство про відповідальність за корупційні діяння з урахуванням міжнародних стандартів, (зокрема, чітко окреслити поняття «корупції», провести розмежування кримінальної, адміністративної, дисциплінарної, цивільно-правової відпові-

дальності за корупційні правопорушення, чітке окреслення кола суб'єктів корупційних діянь, що передбачено в Концепції подолання корупції в Україні «На шляху до доброчесності», схваленої Указом Президента України від 11 вересня 2006 р.);

- Переглянути механізм матеріально-фінансового забезпечення державних службовців, аби не допустити, щоб претенденти на державну службу розцінювали зайняття посади, як можливість зайняти “місце для матеріального збагачення та наживи”. Однак оплата праці державного службовця має забезпечити належний життєвий рівень і стати заходом запобігання служживань на посаді. Проте сьогодні оплата праці державного службовця не відповідає рівню відповідальності, яка передбачена законодавством. Прикро, але останнім часом розширилися «ножиці» посадових окладів керівників державних органів, що майже вдесяти разів перевищує статки спеціалістів.

Як свідчать окремі енциклопедичні словники, слово “корупція” походить від латинського «*corruptio*», що означає “псування”, “розбещення”, тобто може розумітися як розбещення окремих посадових осіб державного апарату, як соціальна корозія, що роз’їдає державну владу і суспільство в цілому. Серед українських вчених-правознавців, так і серед практиків не існує чіткого визначення поняття корупції. Нормативно-правові акти України також не дають єдиного визначення поняття корупції. У статті 1 Закону України “Про боротьбу з корупцією” наводиться таке формулювання: “*Під корупцією в цьому Законі розуміється діяльність осіб, уповноважених на виконання функцій держави, направлена на протиправне використання наданих їм повноважень для одержання матеріальних благ, послуг, пільг або інших переваг*”.

У Концепції боротьби з корупцією на 1998-2005 рр. визначалось: “У правовому відношенні корупція – це сукупність різних за характером і ступенем суспільної небезпеки, але єдиних за своєю суттю корупційних дій, інших правопорушень (кримінальних, адміністративних, цивільно-правових, дисциплінарних), а також порушень етики поведінки посадових осіб, пов’язаних зі здійсненням цих дій”.

У Концепції подолання корупції в Україні «На шляху до доброчесності» не визначено поняття «корупція», але міститься перелік таких діянь, які розцінюються як корупційні.

У Резолюції «Практичні заходи боротьби з корупцією», розповсюдженій на VIII Конгресі ООН по запобіганню злочинності (Гавана, 1990 р.), корупція визначається як «*порушення етичного (морального), дисциплінарного, адміністративного, кримінального характеру, що проявилася в протизаконному використанні свого службового становища суб'єктом корупційної діяльності*». Інший документ ООН (Довідковий документ про міжнародну боротьбу з корупцією) формулює поняття корупції як «*зловживання державною владою для одержання вигоди в особистих цілях*».

Однак, у тій чи іншій мірі, але у цих визначеннях прослідковується єдність позицій про те, що існування корупції зумовлене порушенням етичних норм на державній службі і зловживанням владними повноваженнями, проявом чого є використання приватного інтересу при прийнятті рішень, використання наданих матеріально-фінансових ресурсів в особистих цілях. У число таких ресурсів можуть входити бюджетні кошти, державна чи муніципальна власність, державні замовлення, пільги тощо. Тому врегулювання питань службової етики і правобмежень на державній службі стали ключовими у процесі реформування державної служби. Такі заходи дозволяють усунути першоджерело корупційних проявів, а після цього можна вести мову про відповідальність за корупційні правопорушення.

Негативним фактором є відсутність достатньо чітких положень у національному законодавстві щодо поняття “суб'єкт корупційного діяння”. У ряді випадків існуючі прогалини чи колізії в законодавстві інтерпретуються у правозастосовчій діяльності в інтересах тих осіб, які безпосередньо здійснюють застосування норми. Наприклад, відповідно до статті 2 чинного Закону України «Про боротьбу з корупцією» до таких осіб, уповноважених на виконання функцій держави належать:

- а) державні службовці;
- б) Прем'єр-міністр України, Перший віце-прем'єр-міністр, віце-прем'єр-міністри, міністри;

в) народні депутати України, депутати Верховної Ради Автономної Республіки Крим, депутати сільських, селищних, міських, районних у містах, районних, обласних рад;
г) посадові особи місцевого самоврядування;
г) військові посадові особи Збройних Сил України та інших військових формувань (крім військовослужбовців строкової служби).

Слід звернути увагу, що у той час як у Законі України “Про боротьбу з корупцією” (1995р.) до кола суб’єктів корупційних діянь віднесено посадові особи місцевого самоврядування, Закон України “Про службу в органах місцевого самоврядування” не містить жодного положення про відповідальність цих осіб за корупційні діяння.

Разом з тим, у Постанові Пленуму Верховного Суду України від 25 травні 1998р. (зі змінами від 5 березня 2000р.) «Про практику розгляду судами справ про корупційні діяння та інші правопорушення, пов’язані з корупцією» в п.5. роз’яснено, що до відповідальності за вчинення корупційних правопорушень притягаються лише особи, *уповноважені на виконання функцій держави*, а саме: державні службовці; депутати всіх рівнів; сільські, селищні, міські голови та голови районних і обласних рад; військовослужбовці (крім тих, що проходять строкову службу), а також *інші особи, які згідно з чинним законодавством притягаються до відповідальності за адміністративні правопорушення на підставі положень дисциплінарних статутів*. При цьому слід враховувати, що відповідальність за окремими нормами Закону «Про боротьбу з корупцією» можуть нести також:

- керівники міністерств і відомств, державних підприємств, установ та організацій чи їх структурних підрозділів (стаття 10);
- особи, на яких покладено обов’язок складати протоколи про вчинення корупційних правопорушень або подавати ці протоколи до суду (стаття 11).

Однак, згідно із вже згаданою Постановою Пленуму ВСУ до суб’єктів корупційних правопорушень також належать: судді, прокурори, слідчі, особи рядового й начальницького складу органів внутрішніх справ, співробітники служби безпеки, посадові особи податкової адміністрації та податкової міліції, митної служби й інших правоохоронних органів, перелічених у ч.1 ст.2 Закону України від 23 грудня 1993 р. “Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів”, а також працівники апарату суду, прокуратури й інших значимих органів, уповноважені на виконання функцій держави.

Хоча у Законі України “Про боротьбу з корупцією” не віднесено суддів до суб’єктів корупційного діяння, однак із його прийняттям статтю 43 Закону України “Про статус суддів” доповнено положенням про те, що *«судді, звільненому з посади у зв’язку з вчиненням корупційного діяння, пенсія призначається на загальних підставах»*. Видається досить непослідовний порядок вирішення цього питання у національному законодавстві.

Вагомої ваги набуває питання законодавчого урегулювання етики поведінки публічного службовця. Етика публічного службовця визначає певний тип взаємовідносин державних службовців і є запорукою забезпечення професійності їх діяльності та шанобливого ставлення до інших осіб.

Правову основу етичних засад поведінки державних службовців сьогодні становить положення ст.5 Закону України “Про державну службу” (*що є позитивним моментом*) та відомчий акт – Загальні правила поведінки державних службовців. Однак відсутність заходів відповідальності за порушення етики поведінки державного службовця не забезпечує їх належного виконання, а правова культура державних службовців і сумнінність у виконанні службових повноважень ще не досягли такого високого рівня аби обмежитися добровільністю її дотримання. Наприклад, у *Законі про публічну службу Естонії закріплено обов’язок керуватися Етичним кодексом, який є додатком до Закону. Кодекс окреслив етичні засади службової поведінки особи, порушення яких, можна розцінювати як підставу для застосування заходів дисциплінарної відповідальності, перелік і спосіб застосування яких містить відповідний розділ «Дисциплінарна відповідальність чиновника» у цьому ж законі.*

Через надання етичним нормам правового оформлення і визначення заходів відповідальності за їх порушення має сприяти підвищенню професійного рівня державних службовців і спонукатиме до сумлінного виконання службових завдань. У зв’язку з цим було запропоновано на розгляд проект Кодексу професійної етики публічних службовців. Цей передбачає

обов'язок публічного службовця дотримуватися етичних норм не лише під час виконання службових обов'язків, а й у позаслужбовий час та після припинення служби. *Наприклад*, таке ж положення містить п.7 стаття 67 Закону про цивільну службу Польщі, в якому передбачено, що член корпусу цивільної служби має "гідно поводитися на службі і поза нею".

Позитивним є закріплення основних вимог щодо: службової поведінки публічних службовців; процедури врегулювання конфлікту інтересів (конфлікту приватного і публічного інтересу); обмеження використання службової інформації після припинення державної служби; визначення заходів дисциплінарної відповідальності. Для прикладу, зарубіжне законодавство значну увагу приділяє інформаційним питанням у діяльності державних службовців. У §61 *Федерального закону про статус чиновників Німеччини передбачено обов'язок дотримуватись службової таємниці про справи, які стали відомі йому після його службової діяльності, і після закінчення правових відносин з державним органом. Чиновник не може без дозволу надавати свідчення про такі справи в суді або в позасудовому порядку або давати пояснення. Такий дозвіл надає начальник по службі, або, якщо правові відносини з державним органом закінчені, останній начальник по службі.* Такої ж позиції дотримується законодавець інших держав, зокрема, згідно зі статтею 67 Закону про публічну службу Естонії публічний службовець повинен як у період дії службових відносин, так і після звільнення з служби зберігати державну і комерційну таємниці, що стали йому відомі у зв'язку зі службою, відомості, що стосуються сімейного і особистого життя інших людей, а також іншу конфіденційну інформацію.

Окремі питання виникають і щодо статусу та структури Уповноваженого органу, який має здійснювати контроль за дотриманням відповідних вимог на публічній службі. Видається позитивним визначення строку повноважень цього органу – 7 років, оскільки строк не співпадає зі строком повноважень Президента України чи Кабінету Міністрів України. Однак слід досить виважено підійти до процедури його формування.

Для забезпечення об'єктивності і неупередженості вирішення справи про притягнення публічного службовця до дисциплінарної відповідальності створюється Дисциплінарна комісія (комітет, рада) (Болгарія, Польща, Чехія). *Наприклад*, закон Польщі передбачає утворення дисциплінарних комісій установи (або декількох установ) і Вищої Дисциплінарної Комісії Цивільної Служби. Згідно статті 110 Закону Польщі про цивільну службу дисциплінарну комісію установи призначає генеральний директор установи з числа цивільних службовців в кількості принаймні 10 членів і на строк 3 років. А до складу Вищої Дисциплінарної Комісії входить 15 членів призначених Головою Ради Міністрів на період 6 років, у тому числі 12 членів призначених за заявою Начальника Цивільної Служби з-поміж службовців цивільної служби та 3 члени призначених через генерального директора закордонної служби з-поміж членів дипломатично-консульського персоналу (ст.111 Закону). Дисциплінарна комісія установи розглядає справи в I інстанції, а Вища Дисциплінарна Комісія Цивільної Служби розглядає справи у II інстанції, тобто апеляції на ухвали дисциплінарних комісій установ.

У проєкті Кодексу професійної етики публічних службовців слід передбачити строки накладення дисциплінарних стягнень на публічних службовців. Регулювання публічно-службових відносин має відбуватися нормами адміністративного права, а не трудового, яке не завжди може врахувати специфіку умов праці публічного службовця. Законодавством більшої частини країн передбачено річний строк дії дисциплінарного стягнення, зокрема у законах про службу Литви, Болгарії, Чехії. Однак *Законом про цивільну службу Польщі передбачено більш тривалий строк – 3 роки від дня вручення законного вироку про покарання (ст.121), а в статті 9 Кодексу норм про державних цивільних адміністративних службовців і працівників юридичних осіб публічного права Греції передбачено обмеження протягом 5 років займати посади державної служби, якщо особа була звільнена з державної служби або служби у місцевому органі державної влади або з посади у будь-якій іншій юридичній особі публічного сектору внаслідок дисциплінарної санкції.*

У багатьох європейських країнах Кодекси службової поведінки містять лише морально-етичні вимоги щодо публічного службовця і сприяють професійній діяльності публічної служби та підтримці її іміджу. А регулювання питань дисциплінарної відповідальності є органічною частиною закону про публічну службу. Такий спосіб також є цілком прийнятним, але ви-

магає одночасного прийняття низки актів: Закону про публічну службу (або Основ законодавства публічну службу), Кодексу професійної етики публічних службовців, Закону про декларування доходів та витрат публічних службовців та членів їх сімей.

Відповідно до Указу Президента України від 27 листопада 2008 р. було введено в дію рішення Ради національної безпеки і оборони України від 31 жовтня 2008 р. «Про стан протидії корупції в Україні». Серед заходів, які спрямовані на створення ефективної протидії корупції, є саме завершення підготовки законопроектів про державну службу і запровадження декларування доходів та витрат осіб, уповноважених на виконання функцій держави, та членів їх сімей. У зв'язку з цим на Кабінет Міністрів України були покладені додаткові завдання щодо вжиття відповідних заходів посилення контролю за діяльністю правоохоронних органів, які ведуть боротьбу з організованою злочинністю і корупцією.

Законодавча база має визначити подальше удосконалення організаційних форм підготовки професійних кадрів для публічної служби і забезпечити механізм службової кар'єри. Існуюча відкрита модель доступу до державної служби сьогодні не виправдовує потреб розвитку держави і не сприяє стабільності державної служби. Часто саме це стає підставою для різного роду зловживань при формуванні службового корпусу, а відсутність належного матеріально-фінансового забезпечення часто спонукає державних службовців до вчинення дій, які порушують етичні засади публічної служби.

СЕКЦІЯ ЦИВІЛІСТИЧНИХ НАУК

ВСТУПНІ РОЗВАЖАННЯ ПРО ПРАВОВУ ПРИРОДУ ІНСТИТУТУ ЗАОЩАДЖЕНЬ

Бойчук Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В умовах активного становлення економіки ринкового типу, у науці і в практиці відбувається закономірний процес переосмислення інститутів фінансової системи країни, їх ролі, значення, а відтак зміни їх правової регламентації.

Сьогодні правники широко у своїй практиці використовують поняття «заощадження». Проте чіткості та однозначності у розумінні цього терміну – не має.

Заощадження є невід'ємною та принципово складовою фінансової системи будь-якої держави. В Україні, подібно як і на території інших країн пострадянського простору, цей інститут досліджувався винятково в контексті (інституту) державного кредиту і окремо не виділявся ученими юристами – фахівцями фінансового права.

В сучасних умовах, зміст відносин у сфері заощаджень має дещо інші властивості, завдання, механізми, юридичні форми. Це пов'язано із організацією в Україні принципово нової банківської системи; лібералізацією ринків фінансових послуг; появою нових суб'єктів (учасників) фінансових ринків; цивільних та фінансових правовідносин загалом.

Комплексність правового регулювання заощаджень передбачає необхідність адміністративного, фінансового, цивільного правового регулювання, а також застосування норм корпоративного права. Брак досліджень хоча б в одній із цих галузей обумовлює незавершеність і недосконалість правового регулювання.

Вперше в юридичній літературі новітнього періоду у своїх публікаціях так поставив питання А.Г. Пишний.

На його думку, потреба виділення такого інституту у фінансовій системі зумовлена унікальністю функції заощадження і тим, що вона не поглинається будь-яким іншим фінансовим інститутом.

Крім цього, А.Г. Пишний виділяє і низку інших факторів, а саме:

а) заощадження населення – це один із найпотужніших ресурсів кредитування економіки;

б) існує об'єктивна необхідність стимулювання населення до зберігання заощаджень у фінансово-кредитній системі через чіткий і доступний механізм правового забезпечення відповідних процедур;

в) значна частина заощаджень населення зберігається у банківських вкладах;

г) обов'язковість гарантування вкладів фізичних осіб – як гарантія надійності банківської системи та стабільності національної грошової одиниці;

д) необхідність пошуку нових та вдосконалення існуючих форм юридичного оформлення заощаджень населення;

е) важливе суспільне значення можливості здійснення заощаджень та збереження їх реальної вартості, з огляду довіри населення до уряду, до фінансово-кредитної та банківської системи, доступності банківських послуг тощо.

В основі фінансових правовідносин містяться економічні відносини. Це обумовлює необхідність розуміння суті відповідних явищ. Запорукою досягнення цієї мети, а відтак і здійснення правового аналізу категорії «заощадження», є чітке розуміння змісту цієї категорії. Першим кроком до аналізу правової природи інституту заощаджень є з'ясування економічного змісту цієї категорії.

Спробуємо проаналізувати відповідні визначення і дефініції, зроблені нашими попередниками та сучасниками – ученими економістами та юристами.

У сучасній українській економічній літературі «заощадження» часто визначаються як частину грошових доходів, не використаних для поточних споживчих потреб; чи як ту частину доходу, яка не використовується на поточне споживання; чи як нагромаджену частку грошових доходів, призначених для задоволення потреб у майбутньому. М. Д. Алексєєнко дає таке визначення: «заощадження» – частина доходів суб'єктів економіки, не використана на споживання, сплату податків і неподаткових платежів і призначена для забезпечення потреб у майбутньому.

У західній економічній літературі заощадження населення здебільшого визначаються як та частина доходів сімейних господарств, яка не використовується ними для придбання товарів і послуг, а також для сплати податків.

Схоже визначення знаходимо і в юридичній енциклопедії, яка визначає «заощадження», як частину грошових доходів (надходжень) населення, підприємств та інших організацій, які не використовуються на поточне споживання, а нагромаджуються для майбутніх потреб, є позикою, що надається населенням, підприємствами банкам у вигляді відстрочки споживання матеріальних благ.

На перший погляд, вищезгадані визначення збігаються, проте не всі вони є однаковими за своїм змістом. Сам факт плуралізму точок зору засвідчує те, що дана тема є актуальною і потребує вироблення єдиного підходу до однозначного розуміння змісту терміну «заощадження» та подальшого його правового закріплення. Аналізуючи зміст категорії «заощадження», що визначають наші сучасники, знаходимо низку спільних положень, а саме: визначення «заощадження», як частини грошових доходів (різничим доходом і споживанням) невикористану на поточні потреби із спеціальним цільовим призначенням – забезпечення потреб у майбутньому.

Визначаючи зміст «заощаджень», слід виходити з таких основних положень:

«заощадження» формуються не тільки у домашньому господарстві, а й у фізичних (резидентів, нерезидентів) та юридичних осіб та державі;

одержувані вищезазначеними суб'єктами доходи виступають не тільки у грошовій формі, оскільки форми заощаджень не опосередковані лише грошовою формою.

Серед юристів питання правового регулювання заощаджень досліджували винятково в контексті інших правових проблем. Першим з юридичних фахівців фінансового права, хто аналізував заощадження був професор Ципкін С.Д., котрий досліджував проблематику державного кредиту. Серед українських вчених сучасності – це професор Заверуха І.Б., котра торкалася проблем відновлення заощаджень в контексті проблем правового регулювання державного боргу, Пишний А.Г., вперше висунув тезу про доцільність виокремлення інституту заощаджень як складової фінансової системи, в контексті дослідження правового статусу державних банків.

Відносини, які складають інститут заощаджень є комплексними. Враховуючи грошову природу даних правовідносин, останні можна розглядати з точки зору як цивільного, так і фінансового права. Цивільно-правове регулювання (з огляду на реалізацію права власності заощаджувача, а також його права на здійснення заощаджень взагалі) зосереджене на регламентації договірних аспектів волевиявлення суб'єктів цих відносин та визначенні змісту зобов'язань, що з них виникають.

Але поряд з тим слід враховувати, що відносини, які складаються у сфері заощаджень підлягають фінансово- та адміністративно-правовому регулюванню. Йдеться про регулювання грошово-кредитного ринку, напрямів руху грошових потоків, систему гарантування вкладів фізичних осіб, індикативні методи регулювання, що застосовуються НБУ. Трансформація заощаджень населення України здійснена в установах Ощадбанку у державні боргові зобов'язання дає підстави стверджувати, що інститут «заощаджень» регулюється також і фінансовим правом.

Теоретично, гроші у функції заощадження (багатства), перебуваючи у спокої, постійно змінюють свою масу, спричиняючи тим самим нарощення попередньої маси наступною. Разом з тим, процес заощадження відрізняється від багатства наявністю мети і визначеністю періоду накопичення, обумовлених рівнем доходів, а також структурою потреб, що задовольня-

ються за рахунок заощаджень. Особливістю відносин у сфері заощаджень є їх кредитний характер і особлива роль організованих заощаджень населення в системі грошового обігу.

Поточне зростання заощаджень, а також накопичена сума фінансового багатства є резервом зростання економіки і розвитку банків, формуючи залучений капітал банків, інвестиційний потенціал держави.

У цьому зв'язку цікавою є думка про те, що в умовах сучасних форм грошового обігу, заощадження населення навіть у готівковій формі, перебувають поза обігом лише і виключно для кожного конкретного заощаджувача. Для суспільства в цілому, включаючи іноземних емітентів валют, ці гроші, дякуючи їх кредитній природі, не вибувають із активного обігу, оскільки вони заміщені кредитом.

Отже, під заощадженнями слід розуміти групу однорідних суспільних відносин з приводу розміщення частини отриманого доходу, як зростаючої величини в процесі відновлення і безперервного приєднання до накопичених результатів попередніх років, не використану на поточне споживання, для забезпечення потреб у майбутньому.

ПОНОВЛЕННЯ ПРОПУЩЕНОГО СТРОКУ ДЛЯ ПРЕД'ЯВЛЕННЯ ВИКОНАВЧОГО ДОКУМЕНТА ДО ВИКОНАННЯ: КОМПЕТЕНЦІЯ СУДУ

Верба О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Пропуск стягувачем строку для пред'явлення виконавчого документа до виконання викликає негативні правові наслідки для нього у вигляді втрати можливості примусово виконати рішення суду в порядку виконавчого провадження. Оскільки відповідно до ст. 23, п. 1) ч. 1 ст. 26 Закону України “Про виконавче провадження”, абз. 2 п. 3.5.1, п. 3.8.1 Інструкції про проведення виконавчих дій державний виконавець відмовляє у відкритті виконавчого провадження у разі пропуску встановленого строку пред'явлення документів до виконання. В даному випадку важливу роль відіграє суд, який наділено повноваженнями щодо поновлення строку так званої виконавчої давності.

Строком виконавчої давності М. Д. Олегов, Ю. В. Білоусов та інші називають строк чинності виконавчого документа, період часу, протягом якого зберігається його виконавча сила, тобто, передбачений законом період часу, протягом якого виконавчий документ може бути пред'явлений до примусового виконання і стати підставою для відкриття виконавчого провадження та вчинення виконавчих дій, спрямованих на реалізацію припису юрисдикційного акта.

За визначенням Є. В. Ісаєвої, пропуск процесуального строку є юридичним фактом (відносною подією), що настає в результаті бездіяльності уповноваженого або зобов'язаного суб'єкта в момент настання чи закінчення (спливу) цього строку з поважних причин або з причин, які не можуть бути визнані такими, і спричиняє відповідні правові наслідки. Поновлення пропущеного строку є визнання судом дійсним права вчинити відповідну процесуальну дію, яке було втрачене внаслідок пропуску зацікавленою особою процесуального строку, встановленого для її вчинення, з причин, визнаних судом поважними.

У ст. 371 ЦПК України, ч. 2 ст. 23 Закону України “Про виконавче провадження”, п. 3.5.2 Інструкції про проведення виконавчих дій передбачене право стягувача, який пропустив строк пред'явлення виконавчого документа до виконання, звернутись із заявою про поновлення пропущеного строку до суду.

Чинна редакція ч. 2 ст. 371 ЦПК України, ч. 2 ст. 23 Закону України “Про виконавче провадження” встановлює альтернативну підсудність для вирішення цього питання. Розглядаючи заяву про поновлення строку виконавчої давності належить до компетенції суду, який видав відповідний документ, або – суду за місцем виконання рішення.

Цікаву позицію щодо розмежування підсудності в даній ситуації висловлюють С. В. Щербак, Г. С. Волосатий, коментуючи ЦПК України, про те, що заяву про поновлення пропущеного строку щодо виконавчого листа чи судового наказу розглядає суд, який видав ці документи, а заяву про поновлення пропущеного строку щодо виконавчих документів, виданих іншими органами, – суд за місцем виконання виконавчого документа.

На нашу думку, логіка законодавця зрозуміла – є намагання полегшити становище стягувача, створити комфортніші умови для звернення до суду за захистом. Проте, слід з'ясувати, чи забезпечує ця норма – щодо наділення суду за місцем виконання рішення повноваженням розглядати таку заяву – захист права особи. Наприклад, у ч. 2 ст. 119 ГПК України передбачено, що заява про відновлення пропущеного строку для пред'явлення наказу до виконання подається до господарського суду, який прийняв судові рішення. Ми вважаємо що норму ГПК України ефективнішою, коли мова йде про виконавчі документи, видані судом, оскільки матеріали справи знаходяться у суді, який ухвалив рішення, що значно спрощує вирішення питання про поновлення пропущеного строку для пред'явлення виконавчого документа до виконання. Однак, особі може бути зручніше звернутися до суду за місцем виконання рішення, ніж до суду, який видав виконавчий документ. Щодо виконавчих документів, виданих не судом, а

іншими юрисдикційними органами, законодавцеві слід закріпити положення про те, що особа може подати заяву про поновлення строку для пред'явлення їх до виконання до суду як за місцем знаходження органів, що видали такі виконавчі документи, так і за місцем виконання. Тому ми підтримуємо позицію законодавця щодо встановлення альтернативної підсудності і не погоджуємося з авторами коментарів.

У ст. 23 Закону РФ “Про виконавче провадження” передбачена норма, згідно з якою стягувач, який пропустив строк пред'явлення виконавчого листа або судового наказу до виконання, може звернутися до суду, який прийняв відповідний судовий акт, з заявою про поновлення пропущеного строку за умови, що поновлення цього строку передбачене федеральним законом. Наприклад, не може бути поновлений за законодавством Російської Федерації строк пред'явлення до виконання акта в справі про адміністративне правопорушення, навіть якщо цей акт ухвалено судом. Пропущений строк пред'явлення до виконання виконавчого документа, який не є судовим актом чи документом, виданим на підставі судового акта (виконавчий лист), не може бути поновлений жодним органом (посадовою особою), навіть тим органом, який видав такий виконавчий документ.

Відповідно до ч.ч. 2, 3 ст. 23 Закону України “Про виконавче провадження” законодавцем обмежуються повноваження суду щодо поновлення пропущеного строку для пред'явлення виконавчого документа до виконання, зводячи компетенцію суду лише до поновлення пропущеного строку за виконавчими документами, виданими судом, – виконавчим листом та судовим наказом. За іншими виконавчими документами, як передбачено Законом, пропущені строки поновленню не підлягають.

Підтримуємо аргументи, наведені С. В. Щербак, що таке положення закону не відповідає ст. 124 Конституції України, відповідно до якої юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, які виникають у державі. Виходячи з цієї конституційної норми, а також з положення ст. 371 ЦПК України, у якому законодавець застосовує загальний термін “виконавчий документ”, суд, на нашу думку, може вирішувати питання про поновлення пропущеного строку для пред'явлення до виконання виконавчого документа, виданого будь-яким органом, а не виключно судом. Вважаємо, що норма, яка міститься у ч.ч. 2, 3 ст. 23 Закону України “Про виконавче провадження”, позбавляє особу можливості захистити свої права і має бути виключена.

В ЦПК України не передбачено вимог щодо змісту заяви стягувача про поновлення пропущеного строку для пред'явлення виконавчого документа до виконання. Вважаємо, що це істотно прогалина у правовому регулюванні. Пропонуємо доповнити ст. 371 ЦПК України таким формулюванням: “У заяві про поновлення пропущеного строку для пред'явлення виконавчого документа до виконання стягувач повинен навести конкретні обставини, причини пропуску строку та доводи, які підтверджують поважність причин на обґрунтування клопотання”.

У ч. 1 ст. 371 ЦПК України встановлено, що стягувачам, які пропустили строк для пред'явлення виконавчого документа до виконання з причин, визнаних судом поважними, пропущений строк може бути поновлено. Аналогічна норма міститься і в ст. 119 ГПК України.

Вважаємо, що законодавцеві слід навести критерії, якими має керуватися суд, невичерпний перелік поважних причин пропуску строку виконавчої давності, за наявності яких суд поновлює цей строк. Науковці, зокрема С. В. Щербак, пропонують поважними вважати такі причини: смерть заявника і розшук його правонаступників та встановлення їх прав на спадкування (у випадку, коли стягувач помирає до відкриття виконавчого провадження, правонаступники стягувача можуть звертатися до суду із заявою про поновлення пропущеного строку, якщо право вимоги може бути успадкованим); розгляд справи про визнання стягувача недієздатним; проходження стягувачем строкової військової служби в Збройних Силах України або інших військових формуваннях; перебування стягувача у тривалому службовому відрядженні; знаходження стягувача на лікуванні у стаціонарному лікувальному закладі; безпорадний стан стягувача; оскарження в апеляційному (у разі поновлення строку на апеляційне оскарження) чи касаційному порядку рішення суду; інші причини, через які стягувач не мав можливості вчасно пред'явити виконавчий документ до виконання.

Як бачимо, як у господарському, так і в цивільному та адміністративному процесах суд може поновити пропущений строк пред'явлення виконавчого документа з причин, які суд визнає поважними.

Відповідно до ч. 2 ст. 371 ЦПК України суд розглядає заяву про поновлення пропущеного строку в судовому засіданні з повідомленням сторін, які беруть участь у справі. Їхня неявка не є перешкодою для вирішення питання про поновлення пропущеного строку. Як слушно зауважує Ю. В. Білоусов, в редакції цієї частини статті некоректно вжито термін “сторони, які беруть участь у справі”. В даному випадку простежується чергова непослідовність законодавця, оскільки він не дотримується своєї ж класифікації учасників цивільного процесу, за якою виділяє осіб, які беруть участь у справі, та інших учасників цивільного процесу. Тому в ч. 2 ст. 371 ЦПК України слід виправити помилку і замінити термін “сторони, які беруть участь у справі” на термін “особи, які беруть участь у справі”. Наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 119 ГПК України заява про відновлення пропущеного строку для пред'явлення наказу до виконання розглядається у засіданні господарського суду, про час і місце якого повідомляються ухвалою стягувач і боржник. Неявка боржника і стягувача у судове засідання не є перешкодою для розгляду заяви. Тобто, в господарському судочинстві про розгляд такої категорії заяв повідомляються лише сторони.

Суд розглядає заяву про поновлення пропущеного строку для пред'явлення виконавчого документа до виконання в 10-денний строк.

Звернемо увагу на прогалину, яка існує у зв'язку з відсутністю у правовому регулюванні вказівки на період часу, протягом якого особа має право знову звернутися до органів ДВС, щоб примусово виконати рішення. Науковці, які досліджують проблеми виконавчого провадження, по-різному підходять до цього питання. Так, Ю. В. Білоусов пропонує застосувати аналогію норм цивільного процесуального законодавства, а саме – ч. 3 ст. 73 ЦПК України, за якою відповідну процесуальну дію слід вчинити одночасно із клопотанням про поновлення пропущеного процесуального строку, то пред'явлення виконавчого листа до виконання повинно бути невідкладним. У будь-якому разі, як зазначає Ю. В. Білоусов, поновлення строку пред'явлення виконавчого документа до виконання не означає надання нового строку, протягом якого можна подати виконавчий документ до виконання.

Ми вважаємо неможливим застосування аналогії закону в даному випадку, оскільки згідно з ч. 3 ст. 73 ЦПК України одночасно з клопотанням про поновлення чи продовження строку належить вчинити ту дію або подати той документ чи доказ, стосовно якого заявлено клопотання, а пред'явити виконавчий документ до виконання особа може лише після розгляду і позитивного вирішення її заяви про поновлення пропущеного строку судом. Ці дії, по-перше, об'єктивно розділені в часі і, по-друге, особі слід звертатися до різних органів державної влади – із заявою про поновлення строку виконавчої давності особа звертається до суду, а подає виконавчий документ для примусового виконання до органів ДВС.

С. В. Щербак наголошує на ще одному аспекті поновлення строку виконавчої давності судом, не врегульованому законом, – на моменті, з якого він починає спливати. Отже, на думку С. В. Щербак, якщо строк пред'явлення виконавчого документа до виконання буде поновлено судом, то строк пред'явлення документів до виконання має обчислюватися не з моменту набранням рішення законної сили, а з моменту набрання законної сили новим рішенням про поновлення строку. Якщо судом причини пропуску строку пред'явлення виконавчого документа до виконання будуть визнані неповажними, то рішення суду буде не тільки підставою для відмови у відкритті виконавчого провадження, а й визначатиме відмову у задоволенні права вимоги стягувача за цим видом стягнення.

Зауважимо, що інститут поновлення пропущеного строку для пред'явлення виконавчого документа до виконання та інститут переривання строку давності пред'явлення виконавчого документа до виконання мають нетотожні наслідки, зокрема щодо перебігу строків. Так, відповідно до ч. 2 ст. 22 Закону України “Про виконавче провадження” після переривання строку пред'явлення виконавчого документа до виконання (у зв'язку із пред'явленням виконавчого документа до виконання; частковим виконанням рішення боржником; наданням судом, який видав виконавчий документ, відстрочки виконання рішення) перебіг строку поновлюється. Час, що минув до переривання строку, до нового строку не зараховується. У випадку ж понов-

лення пропущеного строку виконавчої давності законодавець нічого конкретно не передбачає, окрім можливості поновлення строку, щоб повернути вже втрачене право пред'явити до виконання виконавчий документ.

Погоджуємося із позицією В. Е. Беляневича, який вважає, що поновлення процесуального строку означає лише, що суд надає дозвіл особі вчинити процесуальну дію, незважаючи на те, що строк для її вчинення вже пропущений. Тобто поновлення строку не означає, що перебіг строку продовжується. Питання про поновлення строку може бути поставлене лише після закінчення процесуального строку.

Ми пропонуємо В ЦПК України передбачити положення про результати процесуальної діяльності суду та про часові межі реалізації стягувачем права на пред'явлення виконавчого документа до виконання, які, на нашу думку, має встановлювати суд: "За результатами розгляду заяви суд постановляє мотивовану ухвалу про задоволення заяви стягувача про поновлення пропущеного строку для пред'явлення виконавчого документа до виконання або – про відмову у задоволенні заяви про поновлення пропущеного строку для пред'явлення виконавчого документа до виконання. У випадку поновлення судом пропущеного строку для пред'явлення виконавчого документа до виконання суд у ухвалі зазначає, протягом якого періоду часу з моменту набрання законної сили ухвалою стягувач може пред'явити виконавчий документ до виконання. Ухвали суду можуть бути оскаржені в апеляційному порядку відповідно до п. 19) ч. 1 ст. 293 ЦПК України."

Зазначимо, підсумовуючи викладене, що суду належить виключне повноваження щодо поновлення пропущеного строку для пред'явлення виконавчого документа до виконання. Реалізуючи це повноваження, суд здійснює функцію попереднього захисту прав осіб на стадії примусового виконання рішення. Без участі суду у вирішенні питання про поновлення пропущеного строку виконавчої давності стягувач не мав би можливості поновити свої права у випадку поважності причин, через які він пропустив цей строк (наприклад, важка хвороба, безпорадний стан, тривале відрадження тощо). Саме до компетенції суду, а не, наприклад, державного виконавця чи інших органів державної влади (посадових осіб), належать повноваження щодо оцінки наведених стягувачем обставин та причин пропуску строку та доказів на підтвердження поважності цих причин.

Запропоновані нами зміни та доповнення до вітчизняного законодавства щодо вдосконалення правового регулювання інституту поновлення судом пропущеного строку для пред'явлення виконавчого документа до виконання, за умови прийняття їх законодавцем, забезпечать його ефективне функціонування і, як наслідок, – зросте відсоток виконаних рішень.

Стягувачам необхідно бути обережними і всі питання, які виникають після ухвалення рішення судом, і з якими до них звертаються боржники, наприклад, з пропозиціями відстрочити, розстрочити повернення боргу, укласти мирову угоду та іншими, вирішувати лише в передбаченому законом судовому порядку, оскільки лише так перериваються строки пред'явлення виконавчого документа до виконання і лише так стягувачі можуть захистити свої права. Якщо не застосовувати передбачені законом засоби захисту, то від недобросовісних боржників можна очікувати лише затягування часу, щоб сплили строки для пред'явлення виконавчих документів до виконання і щоб не було підстав (поважних причин) для їх поновлення.

СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ ЗАЛИШЕННЯ ЗАЯВИ БЕЗ РОЗГЛЯДУ

Воробель У.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Кількість наукових робіт, які присвячені дослідженню інституту залишення заяви без розгляду є вкрай малою, а праць які б висвітлювали причини виникнення та етапи його розвитку майже нема. Зокрема, це пов'язано із тим, що інститут залишення заяви без розгляду є досить молодим інститутом порівняно із багатовіковою історією самого цивільного судочинства.

Перший ЦПК УРСР, затверджений постановою ВУЦВК від 30 липня 1924 р. та введений в дію з 1 жовтня 1924 р. не знав інституту залишення заяви без розгляду та містив лише окремі норми, які передбачали закриття провадження у справі, в результаті чого суд закінчував судовий розгляд за різноманітними підставами, керуючись лише своїм внутрішнім переконанням.

Так, в першій половині двадцятого століття суди закінчували розгляд справи «у зв'язку з неповнотою доказів, поданням позову до недієздатного відповідача» та у зв'язку із іншими обставинами, які перешкождали, на думку суду, розгляду справи по суті. Тому коли суб'єкт цивільних правовідносин звертався за судовим захистом, він не знав чи буде розглянута його справа по суті чи провадження буде закінчено, оскільки суддя вважатиме недостатніми наявні докази. Можливо тому цивільним процесуальним законодавством того часу було дозволено сторонам після закриття провадження у справі повторно звертатися до суду із тотожним позовом.

Та і ЦПК УРСР, затверджений та введений в дію з 1 грудня 1929 р. постановою ВУЦВК від 5 листопада 1929 р. не відзначався досконалим регулюванням форм закінчення розгляду справи без ухвалення рішення, їх підстав, особливостей та наслідків.

Так, в 30-х роках двадцятого століття суд мав право закрити провадження лише в наступних випадках:

1. відмови позивача від позову;
2. у наслідок неявки обох сторін після повторного вручення повістки;
3. не відновлення провадження у справі, якщо воно було зупинено;
4. якщо даний спір не підлягає розгляду в даному суді або взагалі судових установах;
5. у випадку укладення сторонами мирової угоди.

Якщо провадження у справі закривалось у зв'язку із відмовою позивача від позову, позивач позбавлявся права знову подати позов до відповідача, який впливав із тих же підстав та по тому ж предмету спору. Суд міг не прийняти відмову і розглянути справу по суті (ст. 2 ЦПК УРСР 1929 р.).

Ст. 116 ЦПК УРСР 1929 р. передбачала, що справа, провадження в якій зупинено внаслідок неявки сторін у зв'язку із поважністю причин такої неявки, і про поновлення якої одна із сторін не буде клопотати протягом одного місяця, закривається. Таке закриття провадження у справі не позбавляло позивача права подати в межах позовної давності новий позов у тій самій справі.

Подібне правило було встановлено ст. 134 ЦПК УРСР 1929 р., згідно з якою справи, зупинені за взаємною згодою сторін і не відновлені за проханням однієї із сторін протягом шести місяців з дня зупинення, вважаються закритими. Закриття справи в цьому випадку не позбавляло позивача права на подання позову у цій самій справі в межах позовної давності.

Можливість нового звернення до суду після припинення провадження у справі була обумовлена тим, що суд не висловив свого остаточного судження по суті заявленого спору, відповідно, не здійснив правосуддя по даній справі.

Провадження у справі закривалось також у випадку якщо даний спір не підлягає розгляду в даному суді або взагалі судових установах. Так, наприклад, касаційна інстанція визнавши підставність скарги могла скасувати рішення в цілому або частково, а справу закрити, коли

справа не підлягала судовому розгляду або коли не було права на позов (ст. 277 ЦПК УРСР 1929 р.).

Ще однією підставою закриття провадження у справі було укладення сторонами мирової угоди. Так, ст. 126 ЦПК УРСР 1929 р. зазначала «в разі сторони примиряться, умови мирової затверджує суд, записуючи її до протоколу судового засідання, а справа закривається».

Отже, з форм закінчення розгляду справи без ухвалення рішення ЦПК УРСР 1924 р. та і ЦПК УРСР 1929 р. було відомо лише закриття провадження у справі, яке включало в себе багато рис сучасного інституту залишення заяви без розгляду. Оскільки збереження за позивачем (заявником) права повторного звернення до суду із тожозим позовом (заявою) свідчить лише про порушення позивачем (заявником) встановленого законом порядку реалізації права на судовий захист, і у випадку виконання ним відповідних вимог процесуального закону суд розглядає знову заявлений позов (подану заяву) по суті.

Вперше виділена і законодавчо врегульована друга форма закінчення розгляду справи без ухвалення рішення була в Основах цивільного судочинства Союзу РСР та союзних республік прийнятих 08 грудня 1961 і введених в дію 1 травня 1962 року та в Цивільному процесуальному кодексі УРСР 1964 року, в результаті чого було впорядковано діяльність судів (суддів) при здійсненні правосуддя.

Так, в ст. 42 Основ цивільного судочинства було закріплено три підстави, у зв'язку із яким суд міг закінчити розгляд справи без ухвалення рішення по суті справи у формі залишення позову без розгляду, а саме: 1) якщо позивачем, який звернувся до суду, не додержано встановленого для даної категорії справ порядку попереднього позасудового вирішення справи і можливість застосування цього порядку не втрачена; 2) якщо позов подано недієздатною особою; 3) якщо позов від імені заінтересованої особи подано особою, яка не має повноважень на ведення справ.

Окрім цього, дана стаття надавала законодавствам союзних республік доповнювати перелік підстав залишення позову без розгляду іншими підставами. Так, у ст. 229 ЦПК УРСР 1964 р. було передбачені ще дві підстави залишення позову без розгляду: у випадку неявки в судове засідання позивача за викликом суду без поважних причин або повторної неявки позивача за викликом суду незалежно від причин; та якщо спір між тими ж сторонами, про той же предмет і з тих же підстав знаходиться на розгляді в іншому суді.

Після усунення умов, що були підставами для залишення позову без розгляду, позивач мав право знову звертатися до суду з позовом в загальному порядку.

Слід звернути увагу на те, що і ст. 42 Основ цивільного судочинства і ст. 229 ЦПК УРСР 1964 р. мали назву «Залишення позову без розгляду». У першій своїй редакції ці норми були сформульовані за допомогою понятійного апарату, який характерний лише для позовного провадження: позов, позивач та ін. Таке формулювання норм викликало активну дискусію серед фахівців цивільного процесуального права. Зокрема, перед вченими постало питання чи дана норма, в якій закріплено нову форму закінчення розгляду цивільних справ без ухвалення рішення по суті є загальною чи вона застосовується лише щодо справ позовного провадження. З часом ця дискусія була вирішена самим законодавцем. Указом Президії Верховної Ради Української РСР від 23 січня 1981 року № 1461-X «Про внесення змін і доповнень до Цивільного процесуального кодексу Української РСР» ст. 229 ЦПК УРСР 1964 р. була викладена у новій редакції. Так, понятійний апарат, який характерний лише для позовного провадження був замінений на більш універсальний, що дало змогу застосовувати положення даної норми і до інших видів провадження, а не лише щодо позовного.

ЦПК України від 18.03.2004 р. зберіг та вдосконалив інститут залишення заяви без розгляду. Зокрема, було додано до переліку підстав залишення заяви без розгляду ряд нових підстав (п. 3, п. 5, п. 6, п. 7, п. 8 та п. 9 ч. 1 ст. 207 ЦПК України). Крім цього, з підстав залишення заяви без розгляду законодавець виключив не додержання порядку попереднього позасудового вирішення справи, оскільки це положення порушувало право на судовий захист.

Як бачимо, інститут залишення заяви без розгляду є досить молодим інститутом цивільного процесуального права порівняно із багатовіковою історією цивільного судочинства, який вимагає досконалішого аналізу та вивчення.

ДОГОВІР ІПОТЕКИ ПІДПРИЄМСТВА ЯК ЄДИНОГО МАЙНОВОГО КОМПЛЕКСУ

Герц А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Нові правила про іпотеку визначають іпотекодержателя як кредитора за основним зобов'язанням, а іпотекодавцем – особу, яка передає в іпотеку нерухоме майно для забезпечення виконання власного зобов'язання або зобов'язання іншої особи перед іпотекодержателем. Іпотекодавцем може бути боржник або майновий поручитель. Майновий поручитель не несе відповідальності перед іпотекодержателем за виконання основного зобов'язання боржником, а відповідає за задоволення вимог іпотекодержателя за рахунок предмета іпотеки. У випадку задоволення таких вимог майновий поручитель набуває прав кредитора за основним зобов'язанням.

Учасником іпотечних правовідносин можуть бути так звані треті особи. До них належать:

- особа, яка отримус певні права, повноваження чи обов'язки згідно з договором іпотеки, але не виступає іпотекодержателем або іпотекодавцем;
- особа, боржник за кредитним договором, в інтересах якої укладається договір іпотеки, коли іпотекодавцем виступає майновий поручитель.

Іпотека передбачає, що земля, нерухоме майно, які є предметом іпотеки, залишаються у іпотекодавця чи третьої особи. При цьому іпотекодавець зберігає право володіння чи користування предметом іпотеки відповідно до його призначення. Він самостійно розпоряджається отриманими від використання предмета іпотеки доходами, отримує прибутки. У цьому випадку іпотекодавцю, який є боржником за основною вимогою, забезпеченого іпотекою, набагато простіше повернути кредит чи виконати інше зобов'язання у встановлений термін.

Дослідження законодавства дозволяє стверджувати, що особа, яка володіє предметом іпотеки, зобов'язана, згідно із ст.587 Цивільного кодексу України:

1. вживати заходів, необхідних для збереження предмета іпотеки;
2. утримувати предмет іпотеки належним чином;
3. негайно повідомляти другу сторону договору іпотеки про виникнення загрози знищення або пошкодження переданого за договором єдиного майнового комплексу.

На мій погляд, було б доречно обов'язки іпотекодавця щодо майнового комплексу консолідувати в одній статті наступного змісту: “Іпотекодавець зобов'язаний: 1) вжити заходів, необхідних для забезпечення збереження предмета іпотеки; 2) негайно повідомляти заставодержателя про виникнення загрози втрати чи пошкодження заставленого майнового комплексу; 3) страхувати за свій рахунок майновий комплекс на його повну вартість від ризиків випадкового знищення, випадкового пошкодження або псування, а якщо повна вартість іпотечного майна перевищує розмір забезпеченого заставою вимоги, то на суму, не нижчу від розміру вимоги”.

Для того, щоб виникли іпотечні правовідносини з приводу майнового комплексу, укладення договору іпотеки майнового комплексу недостатньо. У цьому випадку для іпотечних правовідносин необхідно, щоб був фактичний склад, точніше, система юридичних фактів. Таку систему складають укладення договору, нотаріальне посвідчення договору і державна реєстрація. Договір іпотеки майнового комплексу вважається укладеним з моменту його державної реєстрації.

Особливістю договору іпотеки підприємства майнового комплексу насамперед є істотні умови, що викладаються в ньому. Я вважаю, що істотними умовами договору іпотеки підприємства як єдиного майнового комплексу будуть визначені наступні:

1. Дані, що дозволяють певним чином встановити наявність єдиного майнового комплексу підприємства та його склад, тобто ідентифікувати та оцінити в цілому та пооб'єктно.

2. Вартість підприємства як єдиного майнового комплексу.
3. Характеристика земельної ділянки, на якій розташовано підприємство як майновий комплекс.

Що стосується останньої істотної умови договору іпотеки підприємства як єдиного майнового комплексу, то слід зазначити, що земельна ділянка, на якій знаходиться підприємство, невід'ємна від останнього (правові підстави для цього є у ст.377 ЦК України). Відносини, пов'язані із виникненням права на земельну ділянку у зв'язку із виникненням права на будівлі та споруди, що на ній знаходяться, врегульовані ст.120 чинного Земельного кодексу. Тому в іпотечному договорі, на мою думку, необхідно врегулювати питання права власності на землю, а якщо це не можливо за законом, то право користування земельною ділянкою.

Договір іпотеки підприємства як єдиного майнового комплексу можна вважати дійсним за наявності наступних документів:

- акта інвентаризації;
- бухгалтерського (передавального) балансу;
- висновків незалежного аудитора про склад і вартість підприємства як єдиного майнового комплексу;
- переліку всіх видів боргів (зобов'язань), що включені до складу єдиного майнового комплексу, із зазначенням кредиторів, характеру, розміру і строків їх вимог;
- власне договору іпотеки підприємства як єдиного майнового комплексу у вигляді єдиного документа – генерального договору, підписаного сторонами, в якому містяться елементи різних договорів (ч.2 ст.628 ЦК України).

Відповідно до ст.18 Закону України “Про іпотеку” та ст.5 Закону України “Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати” договір іпотеки має бути укладений у письмовій формі та нотаріально посвідчений.

У Законі України “Про іпотеку” вирішена проблема, яка часто виникала у нотаріальній та кредитній практиці, пов'язана із розбіжністю моменту виникнення зобов'язань у сторін за договорами купівлі-продажу, застави, кредитним договором. Йдеться про випадки, коли банк за кредитним договором дає позику покупцеві для купівлі підприємства як майнового комплексу. Закономірно, що фінансово-кредитна установа в особі банку зацікавлена забезпечити іпотекою свої майнові права у разі можливого невиконання чи неналежного виконання договірних зобов'язань боржником за кредитним договором. Законодавець у ст.18 Закону України “Про іпотеку” передбачає, що в такому випадку, коли видається кредит для придбання нерухомого майна, і це майно передається в іпотеку, договір купівлі-продажу цього нерухомого майна та іпотечний договір можуть укладатися одночасно. Це є досить цікава і корисна новела. Отже, на підставі ст.5 Закону України “Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати” іпотечний договір, предметом іпотеки за яким є нерухомість, що належить третім особам, та стане власністю іпотекодавця після укладення такого договору, посвідчується нотаріусом до моменту оформлення права власності іпотекодавця на нерухомість.

За своєю сутністю іпотека є додатковим засобом належного виконання зобов'язань і похідним договором від основного договору, отже, достатнім є відсилання у договорі іпотеки до відповідних умов кредитного договору. Немає потреби у дублюванні цих умов ще й у договорі іпотеки(відсотки і пеня за кредитом, а також терміни їх сплати).

У ч.3 ст.5 Закону України “Про іпотеку” зазначено, що частина об'єкта нерухомого майна може бути предметом іпотеки лише після її виділення в натурі і реєстрації права власності на неї як на окремий об'єкт нерухомості. Іпотека поширюється на частину об'єкта нерухомого майна, яка не може бути виділеною в натурі і була приєднана до предмета іпотеки після укладення іпотечного договору без реєстрації права власності на неї як на окремий об'єкт нерухомості.

Частина об'єкта нерухомості може бути предметом іпотеки лише після виділення її в натурі і реєстрації права власності на неї як на окремий об'єкт нерухомості, остання повинна бути підтверджена окремим свідоцтвом права власності. Відповідно у БТІ повинне бути зареєст-

роване як одиниця нерухоме майно, яке виділено як частка майнового комплексу в самостійний об'єкт.

Згідно зі ст.210 ЦК України державній реєстрації підлягають правочини іпотеки нерухомого майна. Права і обов'язки за такими правочинами виникають з моменту їх державної реєстрації. У ст.334 ЦК України зазначено, що право власності у набувача майна за договором виникає з моменту передання майна, якщо інше не встановлено договором або законом. А право власності на майно за договором, який підлягає нотаріальному посвідченню, виникає у набувача з моменту такого посвідчення. Отже, правонаступник має право отримати майнове право, а потім його зареєструвати, але ж така реєстрація може і не відбутися. У такому випадку йдеться про заставу майнових прав на конкретно визначений об'єкт, який є предметом іпотеки з певною специфікою, а не про іпотеку.

Отже, я вважаю, що ч.2 ст.5 Закону України "Про іпотеку", а саме: "Предметом іпотеки може бути майновий комплекс, який 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". Словосполучення "обтяження такого нерухомого майна іпотекою підлягає державній реєстрації у встановленому законом порядку, незалежно від того, хто є власником цього майна на час укладення іпотечного договору" слід виключити, бо в цьому випадку йдеться про заставу майнових прав.

Виникнення іпотеки на підставі договору базується на вільному волевиявленні суб'єктів цивільних правовідносин. На практиці, договір є правочин, під яким розуміють дії осіб, спрямовані на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. У договорі іпотеки підприємства як єдиного майнового комплексу вирішальну роль відіграють конкретні договірні умови, якими сторони, керуючись принципом свободи договору, включають до його тексту. Зазначу також, що особливої уваги при такому дослідженні договору приділяють суті договірних зобов'язань. Договір іпотеки підприємства як майнового комплексу є головним джерелом виникнення іпотечних правовідносин, на підставі якого для виникнення іпотеки майнового комплексу між іпотекодержателем та іпотекодавцем має бути досягнуто згоди про становлення іпотеки.

ПРАВО ВИМОГИ ЯК ОБ'ЄКТ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ

Гладь Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Тенденція закріплення на законодавчому рівні належності майнових прав, в тому числі прав вимоги, до об'єктів цивільних прав поширилася у багатьох розвинених країнах шляхом розроблення юридичних засобів та механізмів, з метою передачі від однієї особи до іншої права вимоги – як особливого функціонального майнового об'єкта. Зокрема, відповідно до ч.1 ст. 190 Цивільного кодексу України (надалі – ЦК України), майном як особливим об'єктом вважаються окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки. У ст. 128 ЦК Російської Федерації, перераховується, що до об'єктів цивільних прав належать майнові права. ст. 44 ЦК Республіки Польща визначила майнові права як майно, яке перебуває в обігу. Наведені вище положення, дають підстави для існування у науці та практиці підходу про належність майнових прав до об'єктів цивільного обігу. За таких обставин, майнові права, в тому числі право вимоги, набувають самостійної майнової цінності та здатні виступати об'єктами цивільних прав.

Новелою ЦК України від 16.01.2003 року на відміну від Цивільного кодексу РСР від 18.07.1963 року є віднесення майнових прав до об'єктів цивільних прав, в тому числі прав вимоги кредитора. Таким чином, можемо розглядати право вимоги кредитора у двох аспектах: перший – як суб'єктивне право кредитора вимагати від боржника виконання зобов'язання, другий – як об'єкт цивільних прав.

Що стосується першого випадку, то право вимоги слід аналізувати в контексті зобов'язальних відносин між первісним боржником та кредитором. Виходячи із загальних положень цивільного права України, зобов'язанням є правовідношення, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку (ст.509 ЦК України). Право вимоги виступає суб'єктивним правом кредитора на вчинення боржником на його користь певних дій чи утримання від дій. На думку Ю.К.Толстого, суб'єктивне право – це закріплена за уповноваженою особою з метою задоволення її інтересів міра можливої поведінки, здійснення якої забезпечується покладенням обов'язків на інших осіб. Професор С. М. Братусь вказував на те, що суб'єктивним цивільним правом є визнана і забезпечена законом міра можливої поведінки особи. Структура абсолютних та відносних суб'єктивних цивільних прав, як зазначає А. В. Власова, складається принаймні з двох правомочностей: можливість обирати власну поведінку і можливість вимагати певної поведінки від зобов'язаної особи, інколи виділяють третю правомочність – правомочність захисту свого права за допомогою засобів державного примусу. У свою чергу, володільць суб'єктивного цивільного права має можливість вільної реалізації своїх правомочностей, зокрема, вимагати виконання зобов'язання боржником, а у разі порушення зобов'язання – захисту свого права.

Отже, кредитор (володільць суб'єктивного права) має право вимагати від боржника виконання обов'язку, що носить відносний характер, а також – право на захист свого права вимоги (абсолютний характер).

Право вимоги кредитора за характером вимог можна поділити на два різновиди: право вимоги кредитора майнового характеру та право вимоги немайнового характеру. На думку П.П. Цитовича, майнове право служить для розподілу майна того чи іншого суб'єкта, тобто це право розподілу цінностей. Як стверджує А.О.Рибалов, немайнові блага не потребують розподілу, а тому основним завданням майнового суб'єктивного права є розподіл майна. При цьому науковець зазначає, що майнове суб'єктивне право – це юридичний інструмент розподілу майна. Отож, можемо констатувати, що суб'єктивне право майнового характеру зазвичай спрямоване на розподіл майна та є невід'ємним його атрибутом.

Що ж стосується прав вимоги немайнового характеру, то вони об'єктами цивільних прав не виступають. Це зумовлюється тим, що такі права не мають економічного змісту, тісно пов'язані з особою, фізична особа володіє ними довічно (ст.94, ч.2-4 ст.269 ЦК України), невіддільні від їх носіїв, а тому вони не можуть перебувати у обігу та відчужуватися від особи. Отже, право вимоги кредитора, що носить немайновий характер не може переходити від кредитора до іншої особи, оскільки невіддільно з ним пов'язане.

Таким чином, як об'єкт цивільних прав можемо розглядати виключно право вимоги майнового характеру. Відповідно до ч.1 ст. 190 ЦК України, майном як особливим об'єктом вважаються окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки. Однак, серед науковців існує дискусія щодо можливості віднесення майнових прав до об'єктів цивільних прав та належності майнових прав до складу майна чи речей. У цьому контексті також вимагають дослідження поняття «майно», «майнові права» та «річ». В.А.Лапач стверджує, що ані наука, ні законодавство не дають підстав для ототожнення речей та майна, а майнові права він розглядає як потенційну річ чи її вартісний еквівалент, майновий обов'язок при її виконанні призводить до зменшення активів боржника. Потенційною річчю майнові права назвати важко, вони, радше, виступають та підпадають під ознаки майна, разом з тим, виступаючи об'єктами цивільних прав на них поширюється правовий режим речей.

У літературі зустрічаються неоднозначні тлумачення поняття «майно». На думку Д.І.Мейера, майно – це збірна поняття, яке охоплює речі та чужі дії. Г.Дернбург під майном розумів сукупність прав особи, які мають певну грошову цінність.

Цю позицію також підтримував р.Сават'є, який дотримувався думки, що речі виступають в юридичному житті тільки через посередництво прав, які здійснюються щодо таких речей. Будь-яке майно складається з прав, з тією особливістю, що права на річ часто зміщують з річчю, об'єктом якого вона є. Погоджуючись з такою позицією, ми не ототожнюємо майнові права вимоги з річчю, а вважаємо, що на них поширюється правовий режим речі. В цьому контексті доцільно розглянути положення ч.2 ст.190 ЦК України, згідно якої майнові права є неспоживною річчю. Враховуючи те, що по своїй суті майнові права входять до складу об'єктів цивільних прав як окремий різновид майна, не зовсім вірно називати такі права неспоживною річчю. На майнові права поширюється виключно правовий режим речі, а самі майнові права (в т.ч. права вимоги) поряд із речами виступають окремим різновидами майна.

На сьогодні, майнові права вимоги набувають самостійної здатності виступати об'єктами цивільних прав, а, відповідно, вільно переходить від однієї особи до іншої. Кредитор, в такому випадку, не обмежується виключно суб'єктивним правом вимоги до боржника щодо виконання покладеного на нього обов'язку, а має право передати своє право вимоги іншій особі. Відповідно, суб'єктивне право вимоги кредитора в такому разі виступатиме об'єктом цивільних прав. Однак, в науці існує ряд суперечностей щодо визначення самого поняття «об'єкт цивільних прав» в цілому та її включення прав вимоги кредитора до об'єктів цивільних прав, зокрема.

Одна група науковців, підтримуючи моністичну концепцію, пропонують в якості об'єкта розглядати певне благо-річ чи дії, інша група, відстоюючи плюралістичну концепцію – сукупність тих чи інших благ. На думку Й.Унгера, поняття «об'єкт права» має два значення: по-перше, це тілесні речі; по-друге, це тілесні речі та дії інших осіб, вчинення яких в силу нашого права ми можемо вимагати від інших. Вчений В.Белов вважає, що суб'єктивні права не можуть бути об'єктами інших прав, оскільки зміст одного правовідношення не може виступати об'єктом іншого правовідношення. Окрім того, суб'єктивне право невіддільне від конкретного суб'єкта, в той час як майнові права повинні відділитися від їх носія. Однак, безсуб'єктних прав не існує, а тому, на його думку, твердження про належність майнових прав до об'єктів цивільних прав невірне.

Прихильником належності майнових прав (в т.ч. прав вимоги) до речей є І.Гумаров, який вважав, що деякі майнові права не можуть самостійно виступати в обігу, тому законодавець наділяє їх характеристиками речі. До таких вчений відносить банківські внески вкладників, а саме: вкладники наділяються правом вимоги щодо повернення права та процентів, при цьому науковець стверджує, що деякі майнові права є по суті нематеріальними речами, а інші

– виступають в обігу самостійно. Як зазначає А.С.Джабаєва, у такому випадку необхідно розрізняти майнові права як самостійний об'єкт обігу та майнові права як нематеріальна річ.

На нашу думку, позиція щодо віднесення майнових прав до речей, а на цій підставі до об'єктів цивільних прав знівелюється, коли ми дамо визначення поняттю «річ». Згідно ч.1 ст.179 ЦК України, річчю є предмет матеріального світу, в той час як майнові права (в т.ч. права вимоги майнового характеру) під таке трактування не підпадають. Як зазначалося вище, на майнові права вимоги поширюється правовий режим речей, однак, вони аж ніяк ними не виступають.

Враховуючи наведене вище, право вимоги кредитора як об'єкт цивільного обігу – це виключно майнове право, яке первинно виникає на підставі зобов'язання та наділяється такими ознаками як здатність бути переданим третім особам, можливістю грошової оцінки, є різновидом майна, на нього поширюється правовий режим речі, однак, річчю воно не виступає.

ВИМОГИ ДО ЕМІТЕНТІВ ПАЙОВИХ ЦІННИХ ПАПЕРІВ

Гнатів О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відповідно до чинного законодавства України емітент – це юридична особа, Автономна Республіка Крим або міські ради, а також держава в особі уповноважених нею органів державної влади, яка від свого імені розміщує емісійні цінні папери та бере на себе зобов'язання щодо них перед їх власниками. Вживання поняття „емітент” допускається лише щодо емісійних цінних паперів. Як вже зазначалося вище, емітентами пайових цінних паперів можуть бути лише ті суб'єкти, які прямо передбачені у законодавстві України: щодо акцій – це акціонерні товариства, щодо інвестиційних сертифікатів – інвестиційний фонд, інвестиційна компанія або компанія з управління активами пайового інвестиційного фонду.

Вимоги до емітентів поділяються на наступні види:

I. Залежно від способу правового регулювання

- загальні;
- спеціальні.

II. Залежно від виду пайових цінних паперів:

- вимоги до емітентів акцій;
- вимоги до емітентів інвестиційних сертифікатів.

III. Залежно від змісту:

- вимоги до статутного капіталу;
- вимоги до засновників емітентів;
- вимоги до документів, які регулюють діяльність емітентів;
- інші вимоги, передбачені законодавством.

Відповідно до ст. 3 Закону України „Про акціонерні товариства” від 17 вересня 2008 року акціонерним визнається товариство, статутний капітал якого поділено на визначену кількість акцій однакової номінальної вартості, корпоративні права за якими посвідчуються акціями.

На думку І.В. Єршова, під статутний (складений) капітал слід розуміти зареєстровану в установчих документах сукупність вкладів (часток, акцій за номінальною вартістю) засновників (учасників) організації. Статутний фонд також розглядають як зареєстрований у встановленому законом порядку та закріплений в установчих документах грошовий еквівалент майна, яке повинне бути передане підприємству у власність (повне господарське відання, оперативне управління) у вигляді внесків для забезпечення його господарської діяльності та як сплата його учасниками отримуваних ними майнових прав.

За загальним правилом, статутний капітал акціонерного товариства не може бути менше суми, еквівалентної 1250 мінімальним заробітним платам, виходячи із ставки мінімальної заробітної плати, діючої на момент створення акціонерного товариства. Спеціальним законодавством може бути збільшено статутний капітал акціонерного товариства залежно від сфери діяльності, зокрема:

- у ч.1 ст. 31 Закону України „Про банки та банківську діяльність” від 07 грудня 2000 року зазначено, що мінімальний розмір статутного капіталу на момент реєстрації банку не може бути менше 10 мільйонів євро;
- у ч. 2 ст. 30 Закону України „Про страхування” від 07 березня 1996 року мінімальний розмір статутного фонду страховика, який займається видами страхування іншими, ніж страхування життя, встановлюється в сумі, еквівалентній 1 млн. євро, а страховика, який займається страхуванням життя, – 1,5 млн. євро за валютним обмінним курсом валюти України;

- ч.3 ст. 17 закону України „Про цінні папери та фондовий ринок” від 23 лютого 2006 року торговель цінними паперами може провадити дилерську діяльність, якщо має сплачений грошима статутний капітал у розмірі не менш як 120 тисяч гривень, брокерську діяльність та діяльність з управління цінними паперами – не менш як 300 тисяч гривень, андеррайтинг – не менш як 600 тисяч гривень;
- ч.3 Глави 1 Розділу 1 Ліцензійних умов провадження професійної діяльності на фондовому ринку – діяльності з управління активами інституційних інвесторів (діяльності з управління активами), затверджених Рішенням державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 26 травня 2006 року, розмір статутного капіталу компанії з управління активами, сплачений грошовими коштами, повинен становити суму не меншу, ніж сума, еквівалентна 1 000 000 євро за офіційним обмінним курсом Національного банку України на дату державної реєстрації юридичної особи (крім компаній з управління активами, статутном яких передбачена діяльність з управління активами виключно пенсійних фондів). Розмір статутного капіталу компанії з управління активами, статутном якої передбачена діяльність з управління активами виключно пенсійних фондів, сплачений грошовими коштами, повинен становити суму не меншу, ніж сума, еквівалентна 300 000 євро за офіційним обмінним курсом Національного банку України на дату державної реєстрації юридичної особи.

Відповідно до ст. 13 Закону України „Про господарські товариства” від 19 вересня 1991 року вкладом до статутного (складеного) капіталу господарського товариства можуть бути гроші, цінні папери, інші речі або майнові чи інші відчужувані права, що мають грошову оцінку, якщо інше не встановлено законом. Забороняється використовувати для формування статутного (складеного) капіталу бюджетні кошти, кошти, одержані в кредит та під заставу. Законодавством України передбачаються обмеження щодо можливості внесення у статутний капітал акціонерних товариств певного виду майна, насамперед мова йде про страховиків та інституційних інвесторів.

Засновниками та акціонерами акціонерного товариства визнаються держава в особі органу, уповноваженого управляти державним майном, територіальна громада в особі органу, уповноваженого управляти комунальним майном, а також фізичні та/або юридичні особи, що прийняли рішення про його заснування. Проте закони та інші нормативно-правові акти України можуть містити додаткові вимоги до даних учасників цивільних правовідносин. Зокрема, ч.3 ст. 14 Закону України „Про банки та банківську діяльність” вимоги щодо ділової репутації та задовільності фінансового стану засновників та акціонерів (пайовиків), які набувають істотної участі у банку, встановлюються цим Законом та нормативно-правовими актами Національного банку України.

Засновниками акціонерного товариства може бути одна особа або кілька осіб.

Для створення акціонерного товариства засновники повинні провести закрите (приватне) розміщення його акцій, установчі збори та здійснити державну реєстрацію акціонерного товариства. Таким чином, акціонерне товариство може бути створене виключно як приватне. Публічне розміщення акцій товариства може здійснюватися після отримання свідчення про реєстрацію першого випуску акцій.

Особливості створення акціонерного товариства шляхом злиття, поділу, виділу чи переворотення підприємницького (підприємницьких) товариств, державного (державних) та комунального (комунальних) підприємств у акціонерне товариство визначаються Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку, а за участю державних та (чи) комунальних підприємств – Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку за погодженням з Фондом державного майна України.

Вимоги щодо акціонерного товариства регламентовані процедурою його створення, яка відповідно до законодавства України складається з тринадцяти етапів, невиконання або неналежне виконання приписів щодо їх здійснення є підставою для застосування санкцій з боку уповноважених державою органів, а відповідно неможливістю зареєструвати таке акціонерне товариство.

Правовий статус інвестиційних компаній та інвестиційних фондів встановлюється Указом Президента України від 19 лютого 1994 року „Про інвестиційні фонди та інвестиційні компанії”, який регулює діяльність фондів та компаній створених до набрання чинності Законом України „Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)” протягом строку, на який вони були створені. Проте відповідно п. 2 Прикінцевих положень до Закону України „Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)” від 15 березня 2001 року з введенням у дію цього Закону створення інститутів спільного інвестування (інвестиційних фондів та інвестиційних компаній) відповідно до вище вказаного Указу Президента України забороняється. Таким чином, єдиним емітентом інвестиційних сертифікатів є компанія з управління активами пайового інвестиційного фонду, оскільки, сам пайовий інвестиційний фонд не є юридичною особою, а корпоративний інвестиційний фонд належить до емітентів акцій. Крім цього, компанія з управління активами є господарським товариством, яке здійснює професійну діяльність з управління активами інституту спільного інвестування на підставі ліцензії, проте офіційно не вважається інституційним інвестором. Відповідно до п.4 ч.2 ст. 2 Закону України „Про цінні папери та фондовий ринок” інституційними інвесторами є інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди), інвестиційні фонди, взаємні фонди інвестиційних компаній, недержавні пенсійні фонди, страхові компанії, інші фінансові установи, які здійснюють операції з фінансовими активами в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, – також за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів.

З цього слід зробити висновок, що емітентами пайових цінних паперів можуть бути лише господарські товариства.

ЗАХИСТ ПРАВ ДИТИНИ У ПРАВОВІДНОСИНАХ СПАДКУВАННЯ

Дякович М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

*Кожна дитина, в тому числі й усиновлена, має право на одержання в установленому законом порядку в спадщину майна і грошових коштів батьків чи одного з них у разі їх смерті або визнання їх за рішенням суду померлими незалежно від місця проживання. Дитина, батьки якої позбавлені батьківських прав, не втрачає права на спадкування їх майна.
ст. 18 Закону України „Про охорону дитинства”*

У юридичній літературі досить часто вживається таке поняття, як „правова політика у сфері прав дитини”. В.І. Абрамов вважає, що „правова політика у сфері прав дитини – це науково обґрунтована, нормативно закріплена і послідовно здійснювана діяльність державних і муніципальних органів влади по створенню ефективного механізму правового регулювання відносин, які виникають у зв'язку з реалізацією і захистом прав дітей і дитинства”.

Діти як майбутнє будь-якої країни потребують особливого захисту і особливих механізмів забезпечення його здійснення.

Дослідженню питань, які стосуються захисту прав та інтересів дитини надається особлива увага. „Майнові права дитини відносяться до категорії малодосліджених і неоднозначних понять у юридичній науці”, – стверджує Л.І.Носенко.

Слід відзначити, що на сьогодні відсутні правові норми, які б регулювали майнові відносини дитини як суб'єкта права. Однак сучасність дає можливість подивитися на дитину з іншого боку, оскільки дитина може мати у власності досить дороге майно, і навіть, доходи, які перевищують доходи батьків.

Майнові інтереси дитини є предметом особливого захисту і у спадкових правовідносинах. Статтею 1222 Цивільного кодексу України визначено коло осіб, які можуть бути спадкоємцями. Серед фізичних осіб, які можуть бути спадкоємцями, в особливу категорію виділені діти, які були зачаті за життя спадкодавця і народжені живими після відкриття спадщини. Таким чином, закон охороняє майнові інтереси дитини, яка ще не народилась і після її народження дає їй можливість бути учасником спадкових правовідносин.

Законодавець відносить дітей спадкодавця до спадкоємців першої черги (ст.1261 ЦК України), при цьому вживаючи термін „діти спадкодавця” у широкому розумінні, що дає можливість спадкувати і особам, які досягли вісімнадцяти років, але є дітьми померлого.

Відповідно до ст.1260 Цивільного кодексу України у разі спадкування за законом, усиновлений та його нащадки, з одного боку, та усиновлювач і його родичі, з другого, прирівнюються до родичів за походженням, тобто кровних родичів. Законодавець, поряд з цим, залишає за усиновленими дітьми право на спадкування після смерті своїх кровних батьків та їх родичів, зокрема, якщо за рішенням суду про усиновлення збережений правовий зв'язок між усиновленим та його бабою, дідом, братом та сестрою за походженням, то у разі смерті його баби, діда за походженням, усиновлений має право на спадкування за правом представлення, а у разі смерті його брата, сестри за походженням – має право на спадкування як спадкоємець другої черги. У разі смерті усиновленого його баба, дід, брат, сестра за походженням, з якими був збережений правовий зв'язок, спадкують на загальних підставах.

Права дитини отримали охорону у правовідносинах спадкування з моменту прийняття спадщини.

За загальним правилом спадкоємець за заповітом чи за законом має право прийняти спадщину або не прийняти її у строк визначений у законі – шість місяців з часу відкриття спадщини. Прийняття спадщини – це односторонній правочин, який може бути вчинено двома

способами: вчинення юридичної дії – подання заяви нотаріусу за місцем відкриття спадщини; вчинення дії, яка свідчить про фактичне прийняття спадщини – це постійне проживання із спадкодавцем на час відкриття спадщини, при умові, що протягом шестимісячного строку, встановленого законом для прийняття спадщини, не поступають заяви про відмову спадкоємців, які постійно проживали з ним, від спадщини.

Щодо малолітньої, неповнолітньої особи, вважається, що вони прийняли спадщину, за умови, що не відмовилися від неї в особі батьків або за їх згодою та з дозволу органу опіки та піклування. Законодавець, з метою захисту прав малолітніх та неповнолітніх дітей, закріплює збалансований принцип прийняття ними спадщини, тобто це означає, що якщо спадкоємці на момент відкриття спадщини були малолітніми чи неповнолітніми дітьми і з якихось причин батьки або опікун чи піклувальник не подали заяву про прийняття ними спадщини від імені та в інтересах дітей спадкодавця і не відмовилися від спадщини, вважається, що спадщину діти прийняли. Таким чином, закон ставить інтереси малолітніх і неповнолітніх спадкоємців під особливий захист.

Особа, яка досягла чотирнадцяти років, має право подати заяву про прийняття спадщини без згоди своїх батьків або піклувальника. Тим самим законодавець надає широку можливість неповнолітнім дітям самостійно, без будь-яких втручань та обмежень реалізувати свої майнові права у спадщині. Від імені малолітньої дитини заяву про прийняття спадщини подають її батьки (усиновлювачі), опікун.

Відповідно, заяву про прийняття спадщини протягом строку, встановленого для цього законом у шість місяців можуть відкликати: батьки від імені малолітньої, неповнолітня дитина зі згоди батьків, але з обов'язковою згодою органів опіки та піклування.

Майнові інтереси дитини забезпечені також гарантією права на обов'язкову частку у спадщині (ст.1241 ЦК України). Малолітні, неповнолітні діти спадкодавця незалежно від змісту спадкують половину частки, яка належала б кожному з них у разі спадкування за законом (обов'язкова частка).

Досить цікавим є питання спадкування обов'язкової частки малолітніх і неповнолітніх дітей за правом представлення. Ці правовідносини, на жаль, не є досліджені ні на рівні теорії, ні на рівні практики. Однак, досить часто при спадкуванні за заповітом у спадкодавця залишаються внуки після смерті одного з дітей спадкодавця, які не включені в коло спадкоємців за заповітом, але за правом представлення за законом могли б спадкувати. Якщо на момент смерті такого спадкодавця, ці особи були малолітніми чи неповнолітніми, то було б справедливо включити їх у коло спадкоємців до обов'язкової частки як внуків.

Крім цього, при визначенні розміру обов'язкової частки необхідно було б також врахувати всіх спадкоємців за законом, у тому числі і тих, які спадкують за правом представлення, вважає Телюкіна М.В. Таким чином, права дітей у правовідносинах спадкування за заповітом отримали б захист та справедливу охорону з боку держави.

При прийнятті спадщини може виникнути питання про її перерозподіл (ст.1280 ЦК України). Перерозподіл спадщини, незалежно від того чи є спір між спадкоємцями, здійснюється за дотриманням вимог ст. 71 Цивільного кодексу України, а саме, опікун не має права без дозволу органу опіки та піклування укладати договори щодо поділу майна, а піклувальник – давати згоду на вчинення цих правочинів без згоди органу опіки та піклування. Такий порядок щодо перерозподілу спадщини встановлений з метою не допустити зменшення або порушення прав малолітніх чи неповнолітніх спадкоємців під час оформлення спадщини.

Стосовно прав малолітніх та неповнолітніх **спадкоємців**, то слід відзначити, що закон чітко визначає та захищає ці права. Що ж стосується прав неповнолітнього **спадкодавця**, то ці питання не знаходять жодної регламентації у Цивільному кодексі України.

Якщо спадкування майна за законом неповнолітньої особи відбувається на загальних підставах, визначених главою 84 Цивільного кодексу України, аналогічно спадкуванню майна повнолітнього спадкодавця, то спадкування майна неповнолітньої особи за заповітом практично є неможливим.

Відповідно до ст.1233 Цивільного кодексу України, заповіт – це особисте розпорядження фізичної особи на випадок своєї смерті. Право на заповіт має фізична особа з повною цивільною дієздатністю (ч. 1 ст. 1234 ЦК України).

Таким чином, заповідати майно можуть особи, які досягнули вісімнадцяти років і є дієздатними, а також неповнолітні, які набули повну дієздатність до досягнення ними вісімнадцятирічного віку (емансиповані, відповідно до ст. 35 ЦК України або ті, які вступили у шлюб).

Однак в Іспанії заповіт може скласти будь-яка особа, яка досягла чотирнадцяти років, у Словенії та Чорногорії – п'ятнадцяти років, у Франції, Німеччині, Сербії та Хорватії – шістнадцяти років, у Швейцарії – вісімнадцяти років.

Право на заповіт здійснюється особисто, а тому правочин по вчиненню заповіту передбачає виключно особистий характер його здійснення, який забезпечує також таємницю заповіту. Виходячи із цих умов та особистого характеру заповіту як правочину, законодавець дійсно вважав, що вчинення заповіту особою не повністю дієздатною є неможливим.

Згідно ст. 32 Цивільного кодексу України, особа віком від 14 до 18 років (неповнолітня особа) має право:

- 1) самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією або іншими доходами;
- 2) самостійно здійснювати права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняються законом;
- 3) бути учасником (засновником) юридичних осіб, якщо це не заборонено законом або установчими документами юридичної особи;
- 4) самостійно укладати договір банківського вкладу (рахунку) та розпоряджатися вкладом, внесеним нею на своє ім'я (грошовими коштами на рахунок).

Таким чином, неповнолітня особа має право розпоряджатися своїми доходами і могла б скласти стосовно них заповіт. Тому вважаю, що Цивільний кодекс України мав би надати можливість неповнолітній особі заповісти майно, яким вона вправі розпоряджатись самостійно відповідно до ст. 32 Цивільного кодексу України. Адже розпорядження доходами неповнолітніх не може бути обмежене стосовно заповіту, оскільки відповідно до ст. 32 Цивільного кодексу України допускається будь-яке розпорядження зарплатою, стипендією або іншими доходами.

З цього приводу досить лаконічно висловився Я.Р. Веберс, на думку якого, було б нелогічно і незрозуміло, якщо б неповнолітній, який здатний вчиняти дарування свого майна, в той же час, був позбавлений можливості його заповідати. Крім цього, іншим способом вирішення цього питання вчений вважає обмеження дієздатності і правосуб'єктності неповнолітніх у цілому.

ПРАВОВА ПРИРОДА КРЕДИТНОГО ДОГОВОРУ ЯК ФОРМИ ІПОТЕЧНОГО КРЕДИТУВАННЯ.

Квіт Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Правова природа договірних відносин у сфері іпотечного кредитування є складною і вимагає детального аналізу. І оскільки основним зобов'язанням у даних відносинах виступають позикових і не можуть виступати як самостійні в системі з'ясувати правову природу таких відносин. І тут необхідно звернути увагу на те, що складність визначення цілісного підходу зумовлена не лише суб'єктивним баченням та розумінням тих, чи інших правових явищ, але й різною оцінкою практики укладення і виконання кредитних договорів, особливо грошей, як об'єкта кредитних правовідносин, участю банківських установ як специфічних суб'єктів права.

Отже, загалом можна сказати, що позиції науковців щодо даного питання можна поділити на дві групи. Перша із них наполягає на тому, що кредитні правовідносини є різновидом позикових і не можуть виступати як самостійні в системі з'ясувати правову природу таких відносин. І тут необхідно звернути увагу на те, що складність визначення цілісного підходу зумовлена не лише суб'єктивним баченням та розумінням тих, чи інших правових явищ, але й різною оцінкою практики укладення і виконання кредитних договорів, особливо грошей, як об'єкта кредитних правовідносин, участю банківських установ як специфічних суб'єктів права.

Отже, загалом можна сказати, що позиції науковців щодо даного питання можна поділити на дві групи. Перша із них наполягає на тому, що кредитні правовідносини є різновидом позикових і не можуть виступати як самостійні в системі з'ясувати правову природу таких відносин. І тут необхідно звернути увагу на те, що складність визначення цілісного підходу зумовлена не лише суб'єктивним баченням та розумінням тих, чи інших правових явищ, але й різною оцінкою практики укладення і виконання кредитних договорів, особливо грошей, як об'єкта кредитних правовідносин, участю банківських установ як специфічних суб'єктів права.

Отже, загалом можна сказати, що позиції науковців щодо даного питання можна поділити на дві групи. Перша із них наполягає на тому, що кредитні правовідносини є різновидом позикових і не можуть виступати як самостійні в системі з'ясувати правову природу таких відносин. І тут необхідно звернути увагу на те, що складність визначення цілісного підходу зумовлена не лише суб'єктивним баченням та розумінням тих, чи інших правових явищ, але й різною оцінкою практики укладення і виконання кредитних договорів, особливо грошей, як об'єкта кредитних правовідносин, участю банківських установ як специфічних суб'єктів права.

Отже, загалом можна сказати, що позиції науковців щодо даного питання можна поділити на дві групи. Перша із них наполягає на тому, що кредитні правовідносини є різновидом позикових і не можуть виступати як самостійні в системі з'ясувати правову природу таких відносин. І тут необхідно звернути увагу на те, що складність визначення цілісного підходу зумовлена не лише суб'єктивним баченням та розумінням тих, чи інших правових явищ, але й різною оцінкою практики укладення і виконання кредитних договорів, особливо грошей, як об'єкта кредитних правовідносин, участю банківських установ як специфічних суб'єктів права.

Отже, загалом можна сказати, що позиції науковців щодо даного питання можна поділити на дві групи. Перша із них наполягає на тому, що кредитні правовідносини є різновидом позикових і не можуть виступати як самостійні в системі з'ясувати правову природу таких відносин. І тут необхідно звернути увагу на те, що складність визначення цілісного підходу зумовлена не лише суб'єктивним баченням та розумінням тих, чи інших правових явищ, але й різною оцінкою практики укладення і виконання кредитних договорів, особливо грошей, як об'єкта кредитних правовідносин, участю банківських установ як специфічних суб'єктів права.

на засадах повернення такої ж суми, а кредитний договір – передачу залучених кредитодавцем грошей на засадах повернення такої ж суми.

З точки зору законодавця, об'єднання позики, кредиту та банківського вкладу у главі 71 Цивільного кодексу України є обумовленим спільною правовою природою позики. Крім цього, необхідно звернути увагу на те, що більшість нормативно-правових актів, що регулюють фінансову діяльність розглядають кредит, як різновид позики. Зокрема, можна навести визначення фінансового кредиту, що міститься в Законі України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринку фінансових послуг", як кошти, які надаються у позику юридичній або фізичній особі на визначений строк та під процент. Або ж у ст.4 цього ж Закону у переліку фінансових послуг передбачено надання коштів у позику, в тому числі іна умовах фінансового кредиту. Таке формулювання говорить про те, що чинне законодавство України нажаліть визначає кредитні правовідносини як різновид позикових. Це, на нашу думку, є неприпустимим, оскільки з юридичної точки зору кредитний договір не є різновидом договору позики, а є самостійним зобов'язальним правовідношенням, що суттєво відрізняється від позикових договірних правовідносин, хоча деяка спорідненість між ними безумовно існує.

І саме таку точку зору підтримує друга група науковців, які вважають, що кредитний договір є самостійним договором в системі договорів цивільного права і кредитні зобов'язання не слід ототожнювати з зобов'язаннями, що виникають на підставі договору позики. А саме, серед прибічників цієї позиції можна назвати таких науковців, як І. Гуревич, О. Юффе, С. Компанієць, Е. Полянський, О. Макогон, Ю. Чалий, р. Юсупов та інші. Серед аргументів на користь "самостійності" кредитного договору, О.Юффе зокрема наводив таке порівняння: неприпустимо розглядати кредитний договір в якості різновиду договору позики так само, як не можна вважати поставку різновидом купівлі-продажу чи підряд на капітальне будівництво різновидом звичайного підряду.

С. Компанієць та Е. Полянський відстоювали "самостійність" кредитного договору за допомогою категорій родового і видових. А саме, автори вважали, що узагальнюючим родовим поняттям для усіх правовідносин, пов'язаних із наданням (передачею, використанням і поверненням) грошових коштів чи інших речей, визначених родовими ознаками, на умовах повернення є поняття кредитних правовідносин. А вже в якості юридичних форм існування цих родових правовідносин, на думку авторів, виступають відносини, що виникають із договору позики, з планових актів у сфері банківського кредитування та договору банківської позички тощо.

Концепція самостійності кредитного договору може обґрунтуватися не лише правовою природою кредитного договору, але і за допомогою здійснення порівняльного аналізу і результату розмежування кредитних та позикових договірних правовідносин. В цьому ж контексті ми розглянемо і зупинемось на істотних умовах кредитного договору і їх особливостях.

По-перше, кредитний договір відрізняється від договору позики за об'єктом або предметом договору. Предметом договору позики можуть виступати грошові кошти або інші речі, визначені родовими ознаками, а предметом кредитного договору завжди виступають лише грошові кошти, як в національній, так і в іноземній валюті, як в готівковій, так і в безготівковій формі. Особливість такого об'єкту як безготівкові гроші в контексті кредитного договору полягає в тому, що предметом кредитних відносин в такому випадку стає право вимоги, а не гроші у речовому їх виразі. І звідси випливає інша проблема. Чи можна в такому випадку говорити про те, що зазначені права вимоги до кредитодавця можуть бути передані у власність позичальника. Стосовно цього В.Вітрянський зазначав, що теоретична проблема як раз і полягає в тому, що так звані безготівкові грошові кошти є за своєю правовою природою зобов'язальними правами вимоги до банку (а не речами), в принципі не можуть бути передані у власність позичальника. Питання співвідношення безготівкового кредитування та розрахунків цілком слушно пояснив І. Безклубий, який вважає, що в даному випадку основним зобов'язанням буде кредитне, а здійснення операцій щодо зарахування або переказу коштів по рахунках сторін кредитного договору носитиме акцесорний характер. Та все ж найбільш адекватно відповідає інтересам як кредитодавця, так і позичальника, обґрунтування, наведене р. Карамулліним, який вважає, що з зарахуванням суми кредиту на рахунок позичальника в останнього не виникає право власності на річ, як це відбувається при її врученні готівкою. Інтерес позичаль-

ника в даному випадку направлений не на те, щоб стати власником відомої кількості грошових знаків, а на те, щоб у його розпорядженні була певна грошова сума. Саме тому її зарахування на рахунок стає можливим прирівняти до передачі права власності на грошові знаки.

Отже, звідси випливає ще одна відмінність між кредитним договором та договором позики. А саме, що позичальник одержує грошові кошти в позику завжди лише готівкою, і набуває при цьому право власності на них, оскільки предметом договору позики виступають речі, визначені родовими ознаками, а безготівкові кошти не можна віднести до таких речей. А за кредитним договором позичальник може набути права власності на готівкові кошти або ж отримати кредит у вигляді облікованої грошової суми на його рахунок з набуттям права вимоги до банку, в якому знаходиться цей рахунок, щодо розпорядження ними.

По-друге, за суб'єктивним складом кредитні відносини визначаються тим, що кредитором тут може виступати лише банк чи інша фінансова установа. А у договорах про позику грошей банківські та небанківські фінансові установи також вправі бути позичальниками, але лише за умови надання такої позики з власних коштів, оскільки така ж операція, здійснена за рахунок залучених коштів вже визначається законодавством як кредитна операція.

По-третє, нарахування процентів, за кредитним договором є обов'язковим і виступає істотною умовою кредитного договору, в той час, як для договору позики умова про проценти є альтернативною, за винятком двох випадків, коли договір позики вважається безпроцентним. А саме, у випадку, якщо він укладений між фізичними особами на суму, яка не перевищує п'ятдесятикратного розміру неоподаткованого мінімуму доходів громадян, і не пов'язаний із здійсненням підприємницької діяльності хоча б однією із сторін та у випадку, якщо позичальникові передані речі, визначені родовими ознаками (тут маються на увазі будь-які речі, що визначені родовими ознаками, окрім грошей).

Істотність такої умови як нарахування процентів за користування кредитом за кредитним договором є закріплена не лише нормами Цивільного кодексу (ст.1054) України, але й нормами спеціальних нормативно-правових актів, які прямо вказують на обов'язковість такої умови. Зокрема, відповідно до ч.8 ст.49 Закону України "Про банки і банківську діяльність" надання безпроцентних кредитів забороняється, за винятком передбачених законом випадків. Правова природа процентів полягає в тому, що це є по-суті плата за послугу надання позики чи кредиту. І з цієї правової природи процентів випливає правило, щодо того, що проценти починають нараховуватися з моменту зарахування кредитних коштів на рахунок позичальника, чи з моменту передачі йому таких коштів (оскільки проценти сплачуються за час реального користування кредитом), а не з моменту укладення договору, або дати, з якої кредитором зобов'язаний був надати грошові кошти. Отже, у цьому абзаці мова йшла про оплатність та безоплатність кредитного договору та договору позики, як умови укладення даних договорів. І ми дійшли висновку, що кредитний договір завжди виступає оплатним, а договір позики може бути як оплатним, так і безоплатним, відповідно до вимог закону та умов договору.

Наступною відмінністю цих договорів, є необхідність такої умови як строк виконання договору. Для кредитного договору досягнення згоди щодо умови про строк має включати домовленість про строк дії договору та про строк реалізації основних прав та обов'язків сторін (з передачі кредитором та повернення позичальником кредитних коштів). Якщо звернутися до визначення кредитного договору, даного ст.1054 Цивільного кодексу України, то тут немає прямої вказівки на строковість даного зобов'язання. Та все ж, якщо звернутися до спеціального законодавства, а саме до Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг", то тут у ст.1 дане визначення фінансового кредиту, де передбачено, що це є кошти, які надаються у позику юридичній або фізичній особі на визначений строк та під процент. Отже, можна все ж, констатувати, що строк є істотною умовою кредитного договору. І відсутність такої істотної умови у визначенні кредитного договору в Цивільному Кодексі України є серйозним упущенням з боку законодавця, яке, на нашу думку, необхідно усунути. Тоді як для договору позики така умова не є обов'язковою, відповідно до ст.1049 Цивільного кодексу України і якщо договором не встановлено строк повернення позики або цей строк визначений моментом пред'явлення вимоги, позика має бути повернена позичальником протягом 30 днів від дня пред'явлення позикодавцем вимоги про це, якщо інше не встановлено договором.

Ще одною відмінністю порівнюваних нами договорів є вимоги щодо форми цих договорів. Кредитний договір, згідно ст.1055 Цивільного кодексу України укладається у письмовій формі, при недодержанні якої договір вважається нікчемним. Крім цього, якщо кредитний договір містить умову щодо забезпечення його виконання іпотекою, такий договір також підлягає нотаріальному посвідченню та державній реєстрації в порядку, передбаченому законом (ст.577 ЦК України та Законом України "Про іпотеку"). А щодо договору позики, то відповідно до ч.1 ст.1047 Цивільного кодексу України він укладається в письмовій формі, якщо його сума не менш як у 10 разів перевищує встановлений законом розмір неоподаткованого мінімуму доходів громадян, а у випадках, коли позикодавцем є юридична особа, – незалежно від суми. В решті випадків договір позики може укладатись в усній формі. Отже, як бачимо для кредитного договору письмова форма договору є обов'язковою, а договір позики за загальним правилом може укладатись в письмовій формі, за винятком зазначених вище випадків.

Проаналізувавши спеціальну літературу, щодо цивільно-правового регулювання кредитного договору, можна виділити таких п'ять істотних умов кредитного договору, як цільове використання, забезпеченість, платність, зворотність та строковість. Отже, істотні умови кредитного договору можна поділити на дві групи, а саме, до першої групи увійдуть істотні умови передбачені законодавством – предмет (сума кредиту), строк повернення, розмір процентів, а до другої групи можна віднести істотні умови, які визначили самі сторони в процесі укладення кредитного договору – цільове використання, забезпеченість тощо.

Проаналізувавши всі аспекти правової природи кредитного договору і визначивши прогалини в законодавстві, що його регулює, ми пропонуємо внести такі зміни. По-перше, визначення кредитного договору, що міститься у ст.1054 Цивільного кодексу України викласти у наступній редакції: "За кредитним договором банк або інша фінансова установа (кредитодавець) зобов'язується надати грошові кошти (кредит), позичальникові у розмірі та на умовах, встановлених договором, а позичальник зобов'язується повернути кредит у строк та сплатити проценти". І по-друге, змінити редакцію ч.1 ст.1 Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг", в частині визначення поняття фінансового кредиту і викласти її в такій редакції: "фінансовий кредит – це грошові кошти, які надаються на підставі кредитного договору юридичній або фізичній особі на визначений строк під процент".

Таким чином, підводячи підсумок, можна сказати, що кредитний договір є самостійним договором в системі цивільно-правових зобов'язань, оскільки його регулювання здійснюється цілим блоком спеціальних нормативно-правових актів, оскільки тут є наявний особливий суб'єкт з боку кредитодавця – банк чи інша фінансова установа та особливий об'єкт – оскільки даним договором регулюється передача у кредит виключно грошових коштів. Крім цього, важливою ознакою кредитного договору є оплатність послуг кредитодавця.

ДОГОВІРНІ ПІДСТАВИ ВИНИКНЕННЯ КОМЕРЦІЙНОГО ПРЕДСТАВНИЦТВА

Климовська І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Особливості правовідношення комерційного представництва обумовлюють доцільність дослідження договірних підстав його виникнення. За договором про комерційне представництво одна сторона (комерційний представник) зобов'язується вчиняти від імені і за рахунок другої сторони (особи, яку представляють) правочини в сфері підприємницької діяльності від імені другої сторони (особи, яку представляють), а також пов'язані інші фактичні дії, а друга сторона зобов'язана сплатити за надані послуги певну винагороду. Аналізуючи чинне законодавство України, можна зробити висновок, що відносини комерційного представництва можуть виникати за певних умов на підставі наступних договірних конструкцій: договору доручення; агентського договору; договору транспортного експедирування; договору про брокерське обслуговування.

Відповідно до ЦК України саме договір доручення розглядається як підстава виникнення комерційного представництва. Відповідно до ч.1 ст.1000 ЦК України, за договором доручення одна сторона (повірений) зобов'язується вчинити від імені та за рахунок другої сторони (довірителя) певні юридичні дії. Видається, що застосування даної договірної конструкції можливе для оформлення правовідносин комерційного представництва. Однак, при цьому значно обмежуються можливості комерційного представництва. Зокрема, предметом договору комерційного представництва можуть бути правочини та пов'язані з ними фактичні дії, предметом договору доручення можуть бути тільки юридичні дії. Визначаючи в договорі про комерційне представництво обсяг дій, які зобов'язаний вчинити комерційний представник, сторони можуть лише в загальних рисах визначити юридичні дії. Щодо фактичних дій, комерційний представник, як правило, самостійно вирішує необхідність та обсяг їх вчинення. У договорі доручення мають бути чітко визначені дії, які належить вчинити повіреному (ч.1ст.1003 ЦК України).

В ГК України закріплений агентський договір, як підстава комерційного посередництва (агентських відносин). Відповідно до ч.1 ст.297 ГК України за агентським договором одна сторона (комерційний агент) зобов'язується надати послуги другій стороні (суб'єкту, якого представляє агент) в укладенні угод чи сприяти їх укладенню (надання фактичних послуг) від імені цього суб'єкта і за його рахунок. Аналізуючи дане визначення, можна зробити висновок, що предмет агентського договору можуть складати як послуги в укладенні угод, так і фактичні послуги, що сприяють їх укладенню (ч.1 ст.297 ГК України). Натомість, самостійним предметом договору комерційного представництва не можуть виступати виключно фактичні дії. Отже, агентський договір може опосередковувати правовідносини комерційного представництва лише у випадку, якщо ним передбачено здійснення юридичних дій, пов'язаних з ними фактичних дій. Слід зауважити, що розмежування агентського договору та договору про комерційне представництво проводять, як правило, за критерієм – від чийого імені виступає особа, надаючи відповідні послуги. Відповідно, згідно агентського договору, комерційний агент вправі вчиняти юридичні дії як від власного імені, так і від імені особи, в інтересах якої він діє, а договір про комерційне представництво передбачає здійснення комерційним представником юридичних дій лише від імені особи, яку він представляє. Враховуючи те, що ГК України передбачає лише право комерційного агента виступати від імені суб'єкта, якого він представляє, за даним критерієм комерційне посередництво зводиться до комерційного представництва. Виходить, що поняття «комерційне посередництво», згідно ГК України, означає комерційне представництво та просте посередництво (при вчиненні комерційним агентом лише фактичних дій). У зв'язку з цим, виникають сумніви щодо потреби закріплення окремого інституту комерційного посередництва, відповідно, агентського договору в ГК України. Вони обумовлені, насамперед, істотними суперечностями у регулюванні однакових за своєю природою

відносин. Можливими альтернативними варіантами усунення даних суперечностей можуть бути:

- комплексне закріплення норм про комерційне представництво в ЦКУ України. Визначення можливими договірними підставами комерційного представництва договори, які вже передбачені в ЦК України (договір доручення, договір транспортної експедиції), договір комерційного представництва;
- охоплення агентським договором відносин комерційного посередництва загалом і закріплення його як самостійного цивільно-правового договору в ЦКУ України.

Договір транспортного експедирування за певних умов також може виступати договірною підставою виникнення правовідносин комерційного представництва в окремій сфері підприємницької діяльності – транспортного обслуговування. Відповідно до ч.1 ст.929 ЦК України за договором транспортного експедирування одна сторона (експедитор) зобов'язується за плату і за рахунок другої сторони (клієнта) виконати або організувати виконання визначених послуг, пов'язаних з перевезенням вантажу. Аналізуючи положення ст.8 Закону України «Про транспортно-експедиторську діяльність» та ч.1, 2 ст. 929 ЦК України, можна стверджувати, що експедитор згідно договору транспортного експедирування вправі вчиняти юридичні та (або) фактичні дії. Договір комерційного представництва передбачає обов'язково вчинення юридичних дій, пов'язаних з ними фактичних дій. Останні не можуть складати самостійного предмету договору. Окрім цього, договором комерційного представництва може бути передбачено надання не лише послуг у сфері транспортного обслуговування, але й в інших сферах підприємницької діяльності. Варто також зауважити, що експедитор вправі здійснювати юридичні дії як від власного імені, так і від імені клієнта. В останньому випадку відсутні ознаки представницької діяльності експедитора. Щодо суб'єктного складу договору транспортного експедирування, то експедитором може бути суб'єкт господарювання (ст.1 Закону України «Про транспортно-експедиторську діяльність»), а саме спеціалізовані підприємства (організації) або інші суб'єкти господарювання (ч.3 ст.4 Закону), а клієнтом – споживач послуг експедитора (юридична або фізична особа). Сторонами договору комерційного представництва виступають суб'єкти підприємницької діяльності. Враховуючи вищевикладене, договір транспортного експедирування може опосередковувати правовідносини комерційного представництва у сфері транспортного обслуговування за умови, якщо ним передбачено здійснення експедитором юридичних дій, у разі необхідності, пов'язаних з ними фактичних дій, від імені клієнта у сфері транспортного обслуговування.

Договір про брокерське обслуговування є прикладом спеціальних договорів, які опосередковують правовідносини в окремих сферах підприємницької діяльності. В даному випадку – діяльності на ринку цінних паперів. Відповідно до Правил (Умов) здійснення діяльності з торгівлі цінними паперами: брокерської діяльності, дилерської діяльності, андеррайтингу, управління цінними паперами, затвердженими Рішенням Державної комісії з цінних паперів, договір про брокерське обслуговування – це договір, укладений між торговцем та клієнтом на визначений строк, який передбачає надання послуг клієнту щодо укладення правочинів з цінними паперами на підставі разових замовлень клієнта.

Отже, при використанні кожної із зазначених договірних конструкцій необхідно враховувати норми інституту комерційного представництва, зокрема норми, які окреслюють специфіку об'єкту, суб'єктів та змісту правовідношення комерційного представництва, особливостей виникнення та припинення, тощо. Одночасно, враховуючи специфіку правовідносин комерційного представництва як самостійного виду добровільного представництва, можливе виділення окремого договору комерційного представництва.

НЕДІЙСНІСТЬ І НІКЧЕМНІСТЬ ПРАВОЧИНІВ.

Коссак В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Однією з найбільш поширених підстав виникнення цивільних прав і обов'язків є правочини (договори). Цивільний кодекс України визначає правочин як дію особи, спрямовану на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Правочини належать до такого виду юридичних фактів, які є правомірними діями і залежать від волі учасників правомірних правовідносин.

Цивільний кодекс України (ст. 204 ЦК) установлює презумпцію правомірності правочину, а саме правочин є правомірним, якщо його недійсність прямо не встановлена законом або якщо він не визнаний судом недійсним. Таким чином, хоча правочин належить до правомірних дій, але може порушувати права його учасників, а також третіх осіб, публічний порядок тощо. Шляхом укладання правочину суб'єкти цивільних відносин здійснюють свої правомочності, реалізують суб'єктивні цивільні права, шляхом передавання цих прав іншим учасникам. Суб'єкти цивільних правовідносин можуть набувати чи змінювати цивільні права і обов'язки. Однак здійснення цивільних прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довіллі або культурній спадщині (ст. 137 ЦК).

В контексті аналізу вимог законодавства щодо визнання правомірності, а відповідно дійсності правочину актуальним є співвідношення термінів «недійсність» і «нікчемність» правочину. Так, згідно з ст. 223 ЦК України правочин, який вчинила фізична особа, цивільна дієздатність якої обмежена, за межами її дієздатності без згоди піклувальника, може бути визнаний судом недійсним, якщо буде встановлено, що він суперечить інтересам самого підопічного, членів його сім'ї або осіб яких він відповідно до закону зобов'язаний утримувати. В даному випадку недійсність правочину залежить від двох умов: а) схвалення правочину піклувальником; б) суперечність правових наслідків вчинення правочину з інтересами самої сторони правочину, членів його сім'ї та інших осіб, яку він зобов'язаний утримувати.

При наявності перелічених умов суд за позовом піклувальника може визнати правочин недійсним. Натомість відповідно до ст. 234 ЦК правочин, вчинений без дозволу органу опіки і піклування є нікчемним. Але на вимогу заінтересованої особи такий правочин може бути визнаний судом дійсним, якщо буде встановлено, що він відповідає інтересам фізичної особи, над якою встановлено опіку або піклування. В коментованому випадку дефінується презумпція нікчемності правочину і лише суд може визначити його дійсним. В цьому зв'язку виникає проблема з'ясування правових наслідків нікчемності правочину. В першій ситуації причастива визнання правочину недійсним належить суду, в другій – припис щодо нікчемності містить дефініція ч.1 ст.234 ЦК України. На наш погляд рішення щодо нікчемності правочину повинен приймати суд. Адже ст.254 ЦК України установлює презумпцію правомірності правочину. Звідси будь-який вчинений (укладений) правочин вважається правомірною дією до моменту спростування цієї презумпції судом. Тому нікчемність правочину може визнати лише суд. Відповідно правовим наслідком визнання правочину нікчемним є те, що його укладення не є підставою виникнення, зміни або припинення цивільних прав та обов'язків.

Але рішення про це повинен, як вже зазначалося, повинен постановити суд. В протилежному випадку сторона правочину та інші особи не матимуть правових підстав вважати такий правочин нікчемним. Наприклад, правочин відчуження майна вчинений без дозволу органів опіки та піклування. Який сенс вважати такий правочин нікчемним, якщо у заінтересованої сторони (набувача) є правовстановлюючі документи – договір, який має юридичну силу до поки не буде визнаний недійсним. Адже і свідоцтво про право власності (якщо йдеться про нерухомість). Адже суд визнаючи недійсним правочин (договір), тим самим визнають недійсний і правовстановлюючий право власності документ.

З відси випливає висновок, що константація правочину нікчемним без рішення суду про його недійсність не породжує жодних правових наслідків у вигляді виникнення, зміни або

припинення цивільних прав і обов'язків. Для цього необхідно рішення суду про визнання недійсним правочину. Наслідком буде припинення права власності набувача і відновлення майнових прав відчужувача. Тому ч.1 ст. 234 ЦК України необхідно викласти в такій редакції: правочин, здійснений без дозволу органу опіки і піклування є нікчемним і визнається недійсним за рішенням суду за позовом органу опіки та піклування або іншої заінтересованої особи. Крім цього треба коментовану статтю треба доповнити частиною третьою такого змісту: «Правовим наслідком визнання правочину недійсним, укладеною без дозволу органу опіки та піклування є повернення сторін у попередній стан»

Тому не з всіма критеріями можна погодитись, які узагальнюючи погляди науковців щодо нікчемності правочинів (договорів) обґрунтовує С.С.Потопольський. Останній перелічує такі ознаки: а) відсутність юридичної сили договору силу закону з моменту його укладення; б) необов'язковість прийняття судового рішення для встановлення нікчемності правочину; в) встановлення більш тривалих строків позовної давності для застосування наслідків нікчемного договору; г) в судовому процесі встановлення нікчемності розглядається як елемент фактичних обставин справ, тому може констатуватися в мотивувальній частині рішення про вирішення спору, що виник із договору; д) нікчемність договору може бути осунута виключно у випадках, прямо передбачених законом шляхом визнання договору недійсним у судовому порядку.

Погоджуючись з деякими з перелічених ознак слід підкреслити неприйнятність окремих тверджень. Зокрема, це стосується тези щодо необов'язковості прийняття судового рішення для встановлення нікчемності договору. Вище обґрунтовувались положення, відповідно до яких відсутність судового рішення, яким визнається нікчемним (недійсним) конкретний правочин (договір) унеможливає захист порушених прав сторони правочину (договору), оскільки не дозволяє застосувати передбачені законом правові наслідки недійсності (нікчемності) правочину.

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ДЕЯКИХ ВИДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ДОГОВОРУ МІНИ.

Лисенко В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

З-поміж широкого переліку видів забезпечення виконання зобов'язання, передбачених законодавством України, важливе значення має, зокрема, неустойка.

Як зазначає О.Печений, неустойка є багатofункціональним інститутом цивільного права. По-перше, вона розглядається як зобов'язально-правовий засіб забезпечення виконання зобов'язання і водночас вид цивільно-правової відповідальності. По-друге, на неустойку покладаються як функції майнового стимулювання, так і компенсаційні функції¹.

Відповідно до положень ЦК України неустойка, з одного боку, виступає засобом забезпечення виконання зобов'язання, а з іншого – є мірою відповідальності за порушення зобов'язання. У зв'язку з цим, головні правові норми, що регулюють неустойку, містяться в різних главах ЦК України: Главі 49 „Забезпечення виконання зобов'язань” і Главі 51 „Правові наслідки порушення зобов'язання. Відповідальність за порушення зобов'язання.”

Згідно з ч. 1 ст. 549 ЦК України, неустойкою (штрафом, пенєю) є грошова сума або інше майно, які боржник повинен передати кредиторів у разі порушення боржником зобов'язання. Частини 2 і 3 ст. 549 ЦК України дають визначення цих понять. Так, штрафом є неустойка, що обчислюється у відсотках від суми невиконання або неналежного виконання зобов'язання. Пенєю є неустойка, що обчислюється у відсотках від суми несвочасно виконаного грошового зобов'язання за кожен день прострочення виконання.

Відповідно до ст. 230 ГК України, штрафними санкціями визнаються господарські санкції у вигляді грошової суми (неустойка, штраф, пеня), яку учасник господарських відносин зобов'язаний сплатити у разі порушення ним правил здійснення господарської діяльності, невиконання або неналежного виконання господарського зобов'язання. Тобто, новелою ГК України є таке поняття як „штрафні санкції”, яке не вживається в ЦК України. ГК передбачає три види штрафних санкцій (при цьому не розкриваючи їх значення): неустойка, штраф і пеня, де неустойка розглядається, на відміну від ЦК України, як окремий вид штрафних санкцій, відмінний від штрафу і пені.

Окрім того, відповідно до ч.1 ст. 551 ЦК України, предметом неустойки може бути грошова сума, рухоме і нерухоме майно, а відповідно до ч.1 ст. 30 ГК України, предметом неустойки є лише грошова сума. Тобто, ГК України значно звужує предмет неустойки порівняно з ЦК України.

Що стосується можливості застосування неустойки до сторони, яка порушила зобов'язання по договору міни, то якщо використовувати класифікацію ЦК України, застосуванню підлягає лише така форма неустойки як штраф, оскільки пеня застосовується до грошового зобов'язання, що прострочено.

Якщо проаналізувати положення ГК України, що присвячені штрафним санкціям, то можна зробити висновок, що законодавець не встановлює будь-яких обмежень щодо застосування окремих санкцій виключно до певних видів зобов'язань. Тобто, можна зробити висновок, що до недобросовісної сторони договору міни можуть бути застосовані як неустойка, так і пеня та штраф.

Як в першому, так і в другому випадку сумнівів не викликає можливість застосування до сторони, яка порушила договір міни, штрафу. Штраф, згідно з ч.2 ст. 549 ЦК України обчислюється у відсотках від суми невиконаного або неналежно виконаного зобов'язання. На нашу думку, виходячи з такого поняття штрафу, добросовісна сторона договору міни може зіткнутися з проблемою його визначення у тому випадку, коли вартість товару, який обмінюється, в договорі міни не зазначено.

Більш гнучким у цьому відношенні є підхід ГК України. Так, відповідно до ч. 4 ст. 231 ГК України, у разі якщо розмір штрафних санкцій законом не визначено, санкції застосову-

ються в розмірі, передбаченому договором. При цьому розмір санкцій може бути встановлено договором у відсотковому відношенні до суми невиконаної частини зобов'язання або у певній, визначеній грошовій сумі, або у відсотковому відношенні до суми зобов'язання незалежно від ступеня його виконання, або у кратному розмірі до вартості товарів (робіт, послуг).

Тобто, у випадку, якщо сторони договору міни не бажають вказувати в його тексті вартість товарів, які підлягають обміну, штраф можна встановити у твердій сумі.

Окрім того, предметом неустойки, відповідно до ч. 1 ст. 551 ЦК України, може бути не лише традиційна грошова сума, а й рухоме та нерухоме майно. Проте, як зазначає Е.Гладков, „порядок встановлення та сплати неустойки у вигляді майна чинним законодавством не визначений – адже така неустойка не може бути обчислена у відсотках, а тому не є ані штрафом, ані пенею, а інших різновидів неустойки у ст. 549 ЦК України не передбачено. Видається, що сторони у договорі можуть встановити неустойку у вигляді майна за будь-яке порушення зобов'язання шляхом стислого опису її предмета (виду майна, його ознак тощо)”.

Крім того, необхідно врахувати, що у ГК України (ч. 1 ст. 230) передбачено стягнення неустойки як санкції за невиконання або неналежне виконання господарського зобов'язання лише у вигляді грошової суми.

Розмір неустойки, визначений у сторонами у договорі міни, може бути зменшений за рішенням суду, якщо він значно перевищує розмір збитків, та за наявності інших обставин, які мають істотне значення (ч. 3 ст. 551 ЦК України). Втім слід звернути увагу, що за таких обставин зменшення розміру неустойки – це право, а не обов'язок суду. До речі, положення ГК України (ч.1 ст. 233) при зменшенні розміру неустойки зобов'язують суд врахувати: ступінь виконання зобов'язання боржником; майновий стан сторін, які беруть участь у зобов'язанні; не лише майнові, але й інші інтереси сторін, що заслуговують на увагу.

Ще одна підстава для зменшення неустойки наведена у ч.2 ст. 233 ГК України: якщо порушення зобов'язання не завдало збитків іншим учасникам господарських відносин, суд може з урахуванням інтересів боржника зменшити розмір належних до сплати штрафних санкцій. Але слід звернути увагу, що у будь-якому разі суду надано право лише зменшувати розмір неустойки, а не звільняти боржника повністю від обов'язку її сплатити.

Слід зазначити, що неустойка на сьогодні залишається найбільш безпрограшним варіантом відповідальності за неналежне виконання договірних зобов'язань, але за умови її правильного встановлення в договорі.

Законодавство не містить обов'язкових вимог, які мають бути додержані при встановленні неустойки. Проте, практика вирішення судами господарських спорів між юридичними особами свідчить, що при встановленні як законної, так і договірної неустойки, повинні бути визначені підстави і порядок її стягнення, розмір і вид. Саме ці вимоги розцінюються як істотні умови неустойки.

Як зазначає О.Шаповалова, „для застосування договірної неустойки повинно бути два зобов'язання: основне зобов'язання (договір) та нестоїчне зобов'язання як додаткове (акцесорне). Основний договір може бути усним, якщо інше не встановлено законом. Нестоїчне зобов'язання повинно бути в письмовій формі”.

Дійсність правочину щодо забезпечення виконання зобов'язання залежить від форми його вчинення. Відповідно до ст. 547 ЦК України, правочин щодо забезпечення виконання зобов'язання вчиняється у письмовій формі. Правочин щодо забезпечення виконання зобов'язання, вчинений із недодержанням письмової форми, є нікчемним.

Неоднозначним є підхід до співвідношення неустойки і збитків в ЦК України і ГК України. Так, згідно з ч.1 ст. 550 ЦК України, право на неустойку виникає незалежно від наявності у кредитора збитків, завданих невиконанням або неналежним виконанням зобов'язання. Окрім того, сплата (передання) неустойки не позбавляє кредитора права на відшкодування збитків, завданих невиконанням або неналежним виконанням зобов'язання (ч. 2 ст. 552 ЦК України). Якщо за порушення зобов'язання встановлено неустойку, то вона підлягає стягненню в повному розмірі, незалежно від відшкодування збитків.

Тобто, ЦК України розглядає стягнення неустойки та відшкодування збитків в якості самостійних заходів цивільно-правової відповідальності, застосування яких не залежить один від одного.

Залежно від співвідношення права на неустойку з правом на відшкодування збитків розрізняють чотири види неустойки: штрафну, залікову, виключну та альтернативну.

Штрафною називається неустойка, яка підлягає стягненню у повному розмірі, незалежно від відшкодування збитків. Вона має значення загального правила і має застосовуватись в усіх випадках, якщо законом або договором не передбачений інший вид неустойки. Тобто, інші види неустойки застосовуються лише тоді, коли вони прямо встановлені законом або договором.

Неустойка називається заліковою, коли відшкодуванню підлягають як неустойка, так і збитки, але лише в частині, в якій вони не покриваються неустойкою.

Виключна неустойка обмежує відповідальність за невиконання чи неналежне виконання зобов'язання лише виплатою неустойки, взагалі виключаючи вимогу про відшкодування збитків.

Альтернативна неустойка надає кредитору можливість вибору стягнення неустойки чи відшкодування збитків. При цьому вибір має бути зроблено лише один раз, тому у разі стягнення неустойки кредитор втрачає можливість у майбутньому (після виявлення збитків та їх розмірів) відмовитися від неустойки та вимагати відшкодування збитків. Зазначені особливості альтернативної неустойки спонукають кредитора утримуватися від її стягнення до того моменту, коли буде зрозуміло, що більш вигідно стягувати – неустойку чи збитки.

ГК України, в якості загального правила передбачає заліковий характер штрафних санкцій: якщо за невиконання або неналежне виконання зобов'язання встановлено штрафні санкції, то збитки відшкодовуються в частині, не покритій цими санкціями (ч. 1 ст. 232 ГК України). Тобто, відповідно до наведеної вище класифікації, застосуванню підлягає залікова неустойка.

Частина 2 ст. 232 ГК України передбачає можливість у випадках, передбачених законом або договором:

- стягнення тільки штрафних санкцій;
- стягнення збитків у повній сумі понад штрафні санкції;
- стягнення за вибором кредитора або збитків або штрафних санкцій.

Підсумовуючи вищенаведене, можна зробити висновок, що за загальним правилом ЦК України за порушення зобов'язання неустойка підлягає стягненню у повному розмірі незалежно від відшкодування збитків. Згідно з загальним правилом ГК України збитки відшкодовуються в частині, не покритій штрафними санкціями.

Для позивача і відповідача у спорі про стягнення неустойки важливе значення будуть відігравати і положення обох кодексів щодо терміну нарахування цих санкцій. Цікаво, що за ГК України нарахування штрафних санкцій за прострочення виконання зобов'язання, якщо інше не встановлено законом або договором, припиняється через 6 місяців від дня, коли зобов'язання мало бути виконане. Натомість за ЦК України строк позовної давності щодо стягнення неустойки становить 1 рік. При вмілому застосуванні цих положень відповідач може розраховувати на те, що за рішенням суду йому доведеться сплатити менший розмір неустойки, ніж той, на який розраховував позивач.

За загальним правилом, договір міни не опосередковує рух коштів у готівковій чи безготівковій формах, а є підставою для виникнення товарообмінних операцій. Відповідно і положення про купівлю-продаж, і положення про договір поставки, договір контрактації або інші договори, елементи яких містяться в договорі міни, в частині виконання грошових зобов'язань не застосовуються.

Разом з тим, відповідно до ч. 3 ст. 715 ЦК України, договором може бути встановлено доплата за товар більшої вартості, що обмінюється на товар меншої вартості.

На нашу думку, різницю в ціні необхідно розглядати в якості грошового зобов'язання. Відповідно в разі його невиконання або неналежного виконання винна сторона буде притягатися до заходів відповідальності, які передбачені за порушення саме грошових зобов'язань. Разом з тим, не всі положення, які регулюють порядок виконання грошових зобов'язань можуть бути застосовані до договору міни в частині доплати.

Відповідно до ч. 1 ст. 625 ЦК України, боржник не звільняється від відповідальності за неможливість виконання ним грошового зобов'язання. Боржник, який прострочив виконання

грошового зобов'язання, на вимогу кредитора зобов'язаний сплатити суму боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час прострочення, а також три проценти річних від простроченої суми, якщо інший розмір процентів не встановлений договором або законом (ч. 2 ст. 625 ЦК України).

Проценти, про які йдеться у ст. 625 ЦК України, необхідно відрізнити від процентів, які боржник сплачує відповідно до ст. 536 ЦК України.

Як зазначено у ч.1 ст. 536 ЦК України, за користування чужими грошовими коштами боржник зобов'язаний сплачувати проценти, якщо інше не встановлено договором між фізичними особами.

В даному випадку проценти є платою, яку отримує кредитор від боржника за користування своїми грошовими коштами. Розмір процентів за користування чужими грошовими коштами встановлюється договором, законом або іншим актом цивільного законодавства (ч. 2 ст. 536 ЦК України). В свою чергу проценти, передбачені ст. 625 ЦК України, є одним із видів санкцій, що підлягають обов'язковій сплаті у розмірі трьох процентів від простроченої суми.

Розмежування зазначених видів процентів, як вказує Т.Боднар, „має практичне значення: залежно від того, про які проценти йдеться, має застосовуватися різна позовна давність. Так, якщо стосовно вимоги про стягнення несплачених процентів за користування чужими грошовими коштами застосовується загальна позовна давність тривалістю у три роки, то стосовно вимоги щодо сплати трьох процентів річних від простроченої суми має застосовуватися позовна давність в один рік, оскільки останні за своєю природою є неустойкою”.

Розмежування цих двох видів процентів має також особливе значення для договору міни. У випадку, якщо договором міни встановлена доплата за товар більшої вартості, сплати можуть підлягати лише проценти, передбачені ст. 625 ЦК України, і лише у випадку невиконання або неналежного виконання обов'язку сторони по виплаті доплати.

Встановлення процентів, передбачених ст. 536 ЦК України, буде суперечити суті зобов'язання, що випливає з договору міни, і в силу положень ст. 716 ЦК України є неможливим.

ПРЕДМЕТ ЯК ІСТОТНА УМОВА ДОГОВОРУ ПІДРЯДУ НА ПРОВЕДЕННЯ ПРОЕКТНИХ ТА ПОШУКОВИХ РОБІТ

Лукаsevич-Крутник І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В сьогоденнішніх умовах розвитку будівництва актуального значення набуває дослідження правовідносин, які виникають щодо проведення проектних та пошукових робіт. Щоб укласти договір підряду на виконання таких робіт, сторони мають погодити його істотні умови. Відповідно до абз.2 ч.1 ст.638 ЦК України істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди.

Таким чином, при погодженні істотних умов договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт сторони повинні передусім визначити предмет. Для того, щоб розглянути предмет договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт, необхідно з'ясувати, що є предметом самого договору підряду. Адже в юридичній літературі з цього приводу немає єдиної точки зору. Так, на думку В. І. Борисової предметом договору підряду є робота, яка виконується підрядником за завданням замовника. Натомість такі науковці як О.В. Дзера, Є.О. Харитонов, Н.С. Хатнюк стверджують, що предметом договору підряду є матеріалізований результат роботи за цим договором. Більш обґрунтованою видається третя точка зору, згідно з якою предмет договору підряду має дуалістичний характер. Передусім, це сама робота, яка виконується за договором, а також її результат. Таку позицію підтримують О. С. Йоффе, В. А. Белов, А. Є. Шерстобитов, Ю. В. Романец та інші цивілісти. Остання точка зору, на наш погляд, найбільш точно відповідає правовій природі підрядних договорів.

Виходячи з цього, предметом договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт слід вважати пошукові та (або) проектні роботи для будівництва та їх результат. Останнім в першому випадку є – дані, отримані внаслідок пошукових робіт, а в другому випадку – проектно-кошторисна документація.

Пошукові роботи для будівництва – це вид діяльності, який спрямований на отримання і відповідну підготовку інформації про стан природних і техногенних умов території (регіону, району, майданчика, ділянки, траси) в формах, придатних для прийняття рішень, що забезпечують функціональну надійність інженерних об'єктів, які проектуються, з мінімальним порушенням природного середовища і забезпеченням умов для безпечного проживання населення. Результати пошукових робіт складають обов'язкову основу для розробки проектної документації для будівництва.

Залежно від мети пошукові роботи поділяються на такі види: інженерно-геодезичні; інженерно-геологічні; інженерно-гідрометеорологічні; інженерно-геотехнічні; інженерно-гідрогеологічні; вишукування для раціонального використання і охорони навколишнього середовища; спеціалізовані (Відповідно до зміни № 1 до БНіП 1.02.07.–87 «Інженерні вишукування для будівництва», затвердженої наказом Держбуду України від 31.03.2004 р. № 54 і введеної в дію з 1.10.2004р. для застосування тільки на території України).

ЦК України та інші законодавчі акти не визначають, в чому виражається результат пошукових робіт. Однак в БНіП 1.02.07.–87 «Інженерні вишукування для будівництва», затвердженої постановою Державного будівельного комітету СРСР і Головного управління геодезії та картографії СРСР від 6. 08. 1987р. № 169/413п, які досі є чинними на території України, зазначається, що дані, отримані внаслідок пошукових робіт, оформляються у вигляді технічного звіту (висновку). Відповідно до зазначеного нормативного документу, якщо проведення пошукових робіт здійснюється в простих природних умовах для проектування окремих будівель і споруд, то замість технічного звіту допускається складання висновку або пояснювальної записки.

Визначення проектних робіт міститься у ДБН А.2.2-3-2004 «Проектування. Склад, порядок розроблення, погодження та затвердження проектної документації для будівництва», за-

тверджених наказом Держбуду України від 20.01.2004р. № 8. Під проектними роботами розуміються роботи, які пов'язані зі створенням проектної документації для будівництва. З цього визначення випливає, що результатом проектних робіт є проектна документація.

ЦК України визначає результат проектних робіт доволі суперечливо. Так, у ст.ст. 888 – 891 ЦК України йдеться про проектно-кошторисну документацію. На відміну від цього, у визначенні договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт, яке дається у ч.1 ст.887 ЦК України, йдеться про «проектну або іншу технічну документацію». Проте кошторисна документація не відноситься до «іншої технічної документації», а за своєю суттю більш тяжіє до фінансової документації. Очевидно, тут має місце недосконалість законодавчої термінології.

Для того, щоб з'ясувати, що є результатом проектних робіт, необхідно дослідити зміст цих понять.

Відповідно до п. 3 Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 1.08.2005р. № 668, проектною документацією є текстові та графічні матеріали, затверджені в установленому порядку, якими визначаються містобудівні, об'ємно-планувальні, архітектурні, конструктивні, технічні та технологічні рішення, а також кошториси об'єкта будівництва. Аналогічне визначення проектної документації міститься в обов'язковому додатку Б до ДБН А.2.2-3-2004. «Проектування. Склад, порядок розроблення, погодження та затвердження проектної документації для будівництва».

Проектно-кошторисній документації присвячена ст.877 ЦК України (розміщена у § 3 Глави 61 ЦК України – Будівельний підряд). Аналіз частини першої цієї статті дає підстави стверджувати, що проектно-кошторисна документація складається з двох частин – проектної документації та кошторису.

Таким чином, те, що в ЦК України називається «проектно-кошторисною документацією», у ДБН А.2.2-3-2004. «Проектування. Склад, порядок розроблення, погодження та затвердження проектної документації для будівництва» розглядається як «проектна документація». Відмінність полягає у тому, що у визначенні проектно-кошторисної документації, зазначеному у ст. 877 ЦК України, кошторис виділяється самостійно поряд з проектною документацією як складова проектно-кошторисної документації. Тоді як у визначенні проектної документації, передбаченому в обов'язковому додатку Б до ДБН А.2.2-3-2004. «Проектування. Склад, порядок розроблення, погодження та затвердження проектної документації для будівництва», кошторис входить в проектну документацію.

Віднесення кошторису до проектної документації, на наш погляд, є помилкою. Адже він є складовою частиною не проектної, а кошторисної документації. Це випливає із положень Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві. Так, у п. 3 цього нормативно-правового акту зазначається, що кошторис – це зведені витрати, зведені кошторисні розрахунки, об'єктні та локальні кошторисні розрахунки, об'єктні та локальні кошториси, кошториси на окремі види робіт, кошториси на проектні та пошукові роботи, інші розрахунки витрат на будівництво, складені за встановленою формою, на основі яких визначається кошторисна вартість будівництва і договірна ціна. А кошторисна документація – це кошториси та інші документи, пов'язані із складанням (розрахунки, обґрунтування, пояснення, відомості про ресурси тощо) і необхідні для визначення кошторисної вартості будівництва та договірної ціни. Таким чином, поняття кошторисна документація є більш ширшим і включає в себе кошторис та інші допоміжні документи, які впливають на визначення вартості будівництва та договірної ціни.

Зазначене дає підстави стверджувати про недосконалість формулювання норми у ч.1 ст.877 ЦК України. Адже поняття «проектно-кошторисна документація», виходячи із його назви, містить проектну і кошторисну документацію, а не проектну документацію і кошторис.

Розробленням кошторисної документації займаються особи, які мають ліцензію на здійснення проектних робіт. Вона розробляється на основі проектної документації і для її реалізації на практиці. Тому кошторисна документація, як і проектна, вважається результатом проектних робіт.

Таким чином, результатом проектних робіт є проектно-кошторисна документація для будівництва.

Сторони договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт, керуючись тим, що вони є вільними у визначенні умов договору, можуть обумовлювати у його змісті розроблення як усієї проектно-кошторисної документації, так і окремих її складових (лише проектна або лише кошторисна документація, окремі стадії проектування, окремі розділи проекту тощо).

На підставі викладеного вище пропонуємо внести такі зміни до законодавства України:

1) у ч.1 ст. 887 ЦК України словосполучення «проектну або іншу технічну документацію» замінити на «проектно-кошторисну документацію»;

2) зазначити на початку ч.1 ст.877 ЦК України, що «Проектно-кошторисна документація складається з проектної документації та кошторисної документації»;

3) із абз.2 п.1 ст.877 ЦК України виключити словосполучення «проектній документації та в кошторисі»;

4) вилучити із визначення проектної документації у п. 3 Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві та додатку Б до ДБН А.2.2-3-2004 «Проектування. Склад, порядок розроблення, погодження та затвердження проектної документації для будівництва» словосполучення «а також кошториси об'єкта (об'єктів) будівництва»;

5) у визначенні проектних робіт, наведеному у додатку Б до ДБН А.2.2-3-2004 «Проектування. Склад, порядок розроблення, погодження та затвердження проектної документації для будівництва» слово «проектної» замінити словосполученням «проектно-кошторисної документації»;

6) привести у відповідність до запропонованої редакції ст.877 ЦК України ДБН А.2.2-3-2004 «Проектування. Склад, порядок розроблення, погодження та затвердження проектної документації для будівництва» та нормативно-правові акти України, де кошторис розглядається як складова частина проектної документації (проекту).

**ОКРЕМІ АСПЕКТИ НАБУТТЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ОБ'ЄКТИ
НЕЗАВЕРШЕНОГО БУДІВНИЦТВА У СВІТЛІ ОСТАННІХ
НОВЕЛ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ.**

Мацюк Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Право власності та інші речові права на нерухоме майно, обмеження цих прав підлягають державній реєстрації. Відповідно, право власності на нерухоме майно, що підлягає державній реєстрації, та, зокрема, право власності на таке новостворене нерухоме майно як об'єкти незавершеного будівництва (далі – ОНБ), виникає не в момент його створення, здачі в експлуатацію, а лише після реєстрації цього права в установленому законодавством порядку.

Фундаментальні законодавчі положення, що стосуються державної реєстрації, а отже й моменту виникнення прав власності, зокрема, прав власності на ОНБ, викладені у Цивільному кодексі України (далі – ЦКУ), Законі України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» (далі – Закон про державну реєстрацію № 1952), Тимчасовому положенні про порядок державної реєстрації прав власності на нерухоме майно затв. Наказом Міністерства юстиції України № 66/7387 (далі – Тимчасове положення), Листі Міністерства юстиції України стосовно порядку державної реєстрації прав власності на об'єкти незавершеного будівництва №19-32/1 (далі – Лист).

Законодавець є неоднозначним у підході до визначення моменту виникнення права власності на такий об'єкт цивільних правовідносин як ОНБ. Так, ч. 2 ст. 331 ЦКУ регламентує, що ним є момент завершення будівництва (створення майна). Крім того, ч. 3 тієї ж ст. 331 ЦКУ закріплює положення, згідно якого, до завершення будівництва (створення майна), особа вважається власником матеріалів, обладнання, які були використані у процесі цього будівництва (створення майна). Однак, сама етимологічна сутність ОНБ вказує на те, що цей об'єкт виступає як такий («незавершене будівництво») до моменту завершення будівництва, тобто, об'єктивно право власності на такий об'єкт не може виникнути з моменту завершення будівництва. Виникає така ситуація, за якої до завершення будівництва не існує такого нерухомого майна як ОНБ (ОНБ перебуває у режимі рухомих речей, а саме, матеріалів, які були використані в процесі будівництва), хоч цей об'єкт відповідає законодавчо встановленим ознакам нерухомого майна, а з моменту завершення будівництва існує нерухоме майно, але воно вже перестає бути ОНБ.

Хочу звернути увагу на те, що ч. 3 ст. 331 ЦКУ, яка регламентує набуття права власності на ОНБ, зазнала значних змін, з прийняттям Закону України «Про внесення змін у деякі законодавчі акти України» від 15 грудня 2005 р. № 3201-IV. Ці зміни, зокрема, передбачають, що: « в разі потреби особа-власник матеріалів, обладнання тощо, які були використані в процесі будівництва (створення майна) може укласти договір щодо ОНБ, право власності на який реєструється органом, що здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно, на підставі документів, що підтверджують право власності або користування земельною ділянкою для створення ОНБ, проектно-кошторисної документації, а також документів, що містять опис ОНБ». Водночас діє норма Тимчасового положення (п.п.1.6 п.1), яка, хоч і не безпосередньо, але забороняє реєструвати право власності на незавершені об'єкти будівництва: « реєстрації підлягають права власності тільки на об'єкти нерухомого майна, будівництво яких закінчено та які прийняті в експлуатацію у встановленому порядку, за наявності матеріалів технічної інвентаризації, підготовлених тим же БТІ, яке проводить державну реєстрацію права власності на ці об'єкти ».

Отже, на даний час реєстрація права власності на нерухоме майно здійснюється відповідно до Тимчасового положення, яке не передбачає механізму реєстрації права власності на ОНБ до введення їх в експлуатацію. Остаточного не вирішив цю проблему і Закон про державну реєстрацію № 1952. Так, відповідно до ст. 19 Закону про державну реєстрацію № 1952, будь-яка особа, яка створює нове нерухоме майно (будує його «з нуля»), вправі за наявності рішен-

ня суду зареєструвати право власності на такий об'єкт аналогічно як на об'єкт, що завершений будівництвом та зданий в експлуатацію. Отже, згідно Закону про державну реєстрацію № 1952 є можливість зареєструвати право власності на об'єкт незавершеного будівництва згідно рішення суду про визнання права власності на нього аналогічно як на добудований об'єкт, з одержанням кадастрового номеру об'єкта нерухомого майна та відповідного документа (свідчення) про державну реєстрацію права власності.

Проаналізувавши Додаток 1 до п. 2.1 Тимчасового положення («Перелік правовстановлюючих документів, на підставі яких проводиться реєстрація прав власності на об'єкти нерухомого майна»), робимо висновок, що органи БТІ також мають право на підставі рішення суду зареєструвати право власності на такі об'єкти нерухомого майна, як ОНБ (за умов належності «власнику» земельної ділянки). Однак, органи БТІ в більшості випадків таку реєстрацію права власності на ОНБ на підставі рішення суду не проводять, оскільки склалась така практика, за якої ні об'єкт нерухомості, ні право власності на нього не реєструються до моменту завершення будівництва (як на підставі нотаріально посвідченого договору, свідчення, так і на підставі рішення суду).

Отже, виникла така ситуація, за якої норми загального законодавства – ст.331 ЦКУ – допускають реєстрацію права власності на незавершене будівництво, а натомість норми спеціального – п.п.1.6 п.1 Тимчасового положення – визначають механізм реєстрації прав на об'єкти будівництва, і водночас не передбачають реєстрацію цих прав на ОНБ, що власне і становить правову колізію. Міністерство юстиції України зробило спробу зняти зазначені неузгодженості та вирішити цю проблему Листом щодо порядку державної реєстрації прав власності на об'єкти незавершеного будівництва №19-32/1, в котрому описаний необхідний механізм та процес реєстрації права власності на ОНБ. Однак, слід зазначити, що цей нормативно-правовий акт не має сили закону і носить виключно рекомендаційний характер, проте наявність такого Листа ще раз підкреслює нормативну неузгодженість та недостатню врегульованість згаданого вище питання. Тому існує невідкладна потреба в узгодженні, шляхом внесення змін та заповнення прогалин, нині діючого законодавства України, визначенням чіткого механізму та порядку здійснення реєстрації права власності на ОНБ.

ПРАВО НА ЗАХИСТ ЯК ЕЛЕМЕНТ ОХОРОННОГО ПРАВОВІДНОШЕННЯ.

Мігашук Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Суб'єктивне цивільне право на захист представляє собою міру дозволеної поведінки потерпілої особи, яка виражається в можливості самостійними діями захистити порушене право або вимагати застосування до правопорушника заходів цивільно-правового примусу з метою відновлення цивільного права або правового стану. Суб'єктивне право на захист складається з трьох повноважень: 1) можливості здійснити самостійні фактичні дії по захисту права (наприклад самозахист); 2) можливість здійснювати самостійні юридичні дії з відновлення права; 3) можливість вимагати від державних органів примусового відновлення порушеного права. Виходячи з перелічених правомочностей деякі автори кваліфікують право на захист в охоронному правовідношенні як самостійне цивільне право, зміст якого складають названі вище повноваження.

Механізм відновлення порушених цивільних прав та інтересів в сучасних умовах є важливою гарантією дотримання законності. Зміст права на захист буде розкриватися через призму вибору способу захисту. Для цього потерпіла особа повинна мати право на застосування способів захисту, передбачених ст. 16 ЦК України. Таким чином правопорушення є підставою виникнення суб'єктивного цивільного права на захист, яке реалізується в рамках охоронного правовідношення.

В цьому контексті представляє інтерес аналіз правового статусу органів дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури та суду. Держава є учасником цивільних правовідносин через створювані нею юридичні особи, на які покладаються певні владно – управлінські функції або господарські завдання. Правоохоронні органи виконують специфічні функції та наділяються особливими повноваженнями. Для здійснення повноважень вони наділяються спеціальними правами і повноваженнями. Але відносини, що виникають в процесі здійснення цих правовідносин не можна трактувати як цивільноприватні. Такі відносини належать до публічно-правових і пов'язані із здійсненням специфічних повноважень. Сферою останніх серед іншого є майнові та особисті немайнові права, які складають предмет регулювання цивільного права. Незаконні рішення, дії чи бездіяльність, наслідком яких є порушення майнових та особистих немайнових прав фізичної особи є підставою виникнення деліктних цивільних правовідносин.

Правовий захист, як зазначалося здійснюється за допомогою різних способів. До відносин, пов'язаних з відшкодуванням шкоди неправомірними рішеннями, діями або бездіяльністю органів дізнання, досудового слідства, прокуратури та суду найчастіше застосовуються такі способи захисту як відновлення становища, яке існувало до порушення права, відшкодування шкоди (матеріальної та моральної), визнання права тощо.

Обираючи один з способів захисту або поєднуючи кілька з них особа, права якої порушені може їх захистити. Вибір способів захисту та їх здійснення залежить від конкретних обставин, що порушили права і охоронені законом інтереси особи, а також від характеру негативних правових наслідків, незаконного рішення, дії чи бездіяльності, органу дізнання, досудового слідства, прокуратури та суду, особливістю застосування способів захисту в коментованій сфері є те, що особа суб'єктивне цивільне право, якої порушено не може їх здійснювати в порядку самозахисту. Реалізація способів захисту порушених суб'єктивних цивільних прав можлива лише на підставі рішення суду у разі встановлення незаконності рішень, дій (бездіяльності) перелічених вище правоохоронних органів.

Реалізація права на захист в окремих сферах має свої особливості. В області відшкодування шкоди завданої органами дізнання, до судового слідства, прокуратури та суду суб'єктивне право потерпілого може полягати у вимозі відшкодування як майнової шкоди (завданою незаконною конфіскацією, вилізкою, обшуком) так і моральної, а також відновлення в

майнових правах. Особливість здійснення права на захист від незаконних рішень, дій чи бездіяльності правоохоронних органів полягає у специфічних завданнях перелічених органів, для здійснення яких вони наділяють певними повноваженнями, що дозволяють втручатися в майнову та особисту сферу інших осіб. Таке втручання повинно здійснюватися в порядку визначеному законодавством і буде трактуватися правомірним у разі дотримання вимог його положень.

Таким чином з об'єктивної сторони втручання органів дізнання, до судового слідства, прокуратури та суду з дотриманням вимог закону є правомірною дією. Однак порушення, визначеного законодавством порядку здійснення цих дій або навпаки бездіяльність, якщо законом встановлення обов'язок діяти, наслідком яких є порушення майнової сфери потерпілого та його особистих немайнових прав є підставою виникнення охоронного правовідношення.

В рамках охоронного права відношення особа реалізує своє право на захист, обираючи один із способів, встановлених законом. Зміст суб'єктивного цивільного права в правовідносинному правовідношенні полягає у вимозі до зобов'язаної особи вчинити певні дії: відшкодувати шкоду, визнати право, відновити становище, яке існувало до порушення тощо. Це певною мірою стосується правоохоронного правовідношення в сфері відшкодування шкоди органами дізнання, до судового слідства, прокуратури, суду. Особа, права якої порушено неправомірними рішеннями, діями або бездіяльністю перелічених органів має право на відшкодування майнової та моральної шкоди. Можливість вимагати відшкодування цієї шкоди існує у формі суб'єктивного цивільного права, яке реалізується в охоронному правовідношенні. Вибір конкретних способів захисту порушеного права залежить від характеру порушення, можливості відновлення майнового становища, яке існувало до порушення, поновлення майнових прав тощо.

Визнання права як способу захисту права найчастіше властиво захисту майнових прав. Хоча в науковій літературі інколи обґрунтовується думка щодо можливості застосування цього способу захисту і до визнання особистого немайнового права, наприклад права на життя в контексті застосування еutanазії. Але з таким трактуванням погодити не можна, оскільки право на смерть не належить до особистих немайнових прав фізичної особи, передбаченої законодавством. Звідси особисте немайнове право фізичної особи має абсолютний характер і не потребує визнання шляхом застосування коментованого способу захисту.

В контексті відшкодування шкоди, завданої неправомірними рішеннями, діями або бездіяльністю органів дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури і суду. Найбільш актуальними є компенсація моральної (немайнової) шкоди. На нашу думку трактування підстав відшкодування моральної (немайнової) шкоди, яке міститься в постанові Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1995 року «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» дещо не відповідає реаліям і потребам захисту особистих немайнових прав після затвердження Цивільного кодексу 2003 року. Коментована постанова акцентує увагу на можливості відшкодування моральної шкоди лише у випадках, прямо передбачених законодавством.

Можна констатувати, що в результаті незаконного рішення, дій або бездіяльності органів дізнання, до судового слідства, прокуратури, суду виникає право потерпілої особи вимагати відшкодування завданої шкоди. Це право реалізується в рамках охоронного правовідношення, елементами якого є: суб'єктивний склад – фізична особа – потерпіла в результаті неправомірних дій правоохоронних органів та держава; об'єкт – порушені права та охоронювані інтереси потерпілої особи внаслідок неправомірних рішень, дій (бездіяльності) правоохоронних органів, змістом коментованого правовідношення є суб'єктивне право потерпілої особи вимагати відшкодування завданої шкоди і обов'язок держави (органів державної влади) відшкодувати шкоду, завдану правоохоронними органами.

ОСОБЛИВОСТІ ЗДІЙСНЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА, ЯКЩО МІСЦЕ ПРОЖИВАННЯ ВІДПОВІДАЧА НЕВІДОМЕ

Навроцька Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Питання можливості розгляду цивільної справи, якщо місце проживання чи місцезнаходження відповідача невідоме, є доволі дискусійним та вирішується неоднозначно як практиками, так і науковцями. Багато в кого це питання викликає доволі шире здивування: а як взагалі можна розглянути справу, якщо фактично немає відповідача? І навіщо взагалі тоді судовий розгляд, якщо потім фактично неможливо буде виконати рішення? Однак тут не враховується той фактор, що окрім позовів про присудження (які часто-густо потребують примусового виконання), є ще й інші види позовів, зокрема, позов про визнання та перетворювальний позов, які не потребують примусового виконання. Окрім цього й сам законодавець стоїть на позиції допустимості розгляду цивільної справи, якщо місце проживання чи місцезнаходження відповідача невідоме. В цьому випадку суд, при дотриманні інших встановлених законом умов, зможе розглянути цивільну справу у відсутності відповідача – заочно.

У Цивільному процесуальному кодексі України від 18.03.2004 року (далі – ЦПК України) запропонований варіант вирішення проблемної ситуації, пов'язаної із повідомленням відповідача, місце проживання якого невідоме: “Відповідач, місце проживання (перебування чи роботи) або місцезнаходження якого позивачеві невідоме, навіть після його звернення до адресного бюро і органів внутрішніх справ, викликається в суд через оголошення в пресі. З опублікуванням оголошення про виклик відповідач вважається повідомленим про час і місце розгляду справи” (ч.9 ст.74 ЦПК України).

Таким чином, законодавець вчинив спробу вирішити дискусійне питання щодо можливості розгляду справи у відсутності відповідача, місцезнаходження якого невідоме. Разом з тим, відомі процесуалісти неоднозначно вирішували питання доцільності і можливості повідомлення відповідача про час та місце судового розгляду в такий спосіб. Ще наприкінці XIX століття вченими висловлювалися сумніви щодо можливості ухвалення заочного рішення, якщо відповідач, який викликався через публікацію, згодом не з'явився в судове засідання, мотивуючи свою позицію тим, що публікації зазвичай ніким не читаються. Проти судових викликів та повідомлень шляхом публікації в пресі виступають і сучасні дослідники, вказуючи, що такий спосіб на сьогодні застарів і не може застосовуватися.

Однак, на мою думку, виклик відповідача через оголошення в пресі виступатиме виключним засобом, коли немає можливості вдатися до звичайних способів повідомлення. В даному випадку ми матимемо справу з правовою фікцією: суд виходить з того, що сторона повідомлена належним чином, хоча насправді судова повістка не дійшла до адресата, і це відомо судді. Це виняток із загального правила, який є об'єктивно необхідним, інакше неможливим буде вирішення спору про право.

Проблемним може видатися те, що відповідно до ЦПК України друкований орган, у якому розміщуються оголошення про виклик відповідача протягом наступного року, повинен визначитися не пізніше 1 грудня поточного року в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України. Як покаже досвід, КМУ часто може затягувати процес визначення такого друкованого органу. Так, перше Розпорядження КМУ “Про затвердження переліку друкованих засобів масової інформації місцевої сфери розповсюдження, у яких у 2006 році розміщуються оголошення про виклик до суду відповідача, третіх осіб і свідків, місце фактичного проживання (перебування) яких невідоме” підписане лише 12 квітня 2006 року. Чим керувалися судді до цього, важко сказати. Але практика підтверджує широке застосування нового процесуального інституту практично відразу після набрання чинності новим ЦПК України; повідомлення про виклик відповідачів в суд можна було зустріти в пресі ще задовго до того, як було затверджене розпорядження КМУ про визначення засобів масової інформації, у яких слід публікува-

ти такі оголошення. Аналогічне Розпорядження КМУ на 2007 рік було прийняте 29 грудня 2006 року, а на 2008 рік – 30 січня 2008 року.

Одразу звертається увага на ще одну дилему – ЦПК України передбачає можливість виклику через публікації у пресі лише відповідача, місце проживання якого невідоме (ч.9 ст.74), а у згаданих розпорядженнях КМУ від 12.04.2006 р., 29.12.2006 р. та від 30.01.2008 р. мова йде про виклик не лише відповідача, а й третіх осіб та свідків. Очевидно, в цій частині Розпорядження КМУ є нечинним, оскільки суперечить ЦПК України, а останній має вищу юридичну силу.

У зв'язку із нововведеннями в цивільному процесі щодо виклику відповідача, місце проживання (перебування чи роботи) якого позивачеві невідоме, потребують певних уточнень положення процесуального закону щодо змісту позовної заяви. Так, відповідно до п.2 ч.2 ст.119 ЦПК України позивач у позовній заяві повинен чітко зазначити відповідача, його місце проживання або місцезнаходження, поштовий індекс, номер засобів зв'язку. Відсутність цих даних є підставою для залишення позовної заяви без руху з наданням строку для усунення вказаних недоліків, або ж повернення позовної заяви, якщо протягом наданого строку позивач не усуне їх. Тому вважаю за доцільне п.2 ч.2 ст.119 ЦПК України доповнити рішенням такого змісту: “Якщо позивачеві місце проживання (перебування чи роботи) або місцезнаходження відповідача невідоме, він повинен зазначити про це після вказівки на відповідача; до позовної заяви в цьому випадку додаються докази, що підтверджують звернення позивача до адресного бюро і органів внутрішніх справ для з'ясування місця перебування відповідача”.

Як показує аналіз судової практики, після систематичних неволоків судді часто вдаються до такого способу інформування відповідача, як виклик через пресу, тоді, коли місце проживання відповідача відоме, вказуючи навіть адресу відповідача у самому повідомленні (публікації). Таку практику не можна визнати правильною. Адже більш вірогідним є те, що відповідач прочитає отриману поштою судову повістку, ніж оголошення в газеті. Саме тому позивачеві і передбачив такий спосіб інформування про час та місце судового засідання як виняток із загальних правил про судові виклики та повідомлення, коли місце проживання відповідача неможливо встановити.

На практиці я зустрічалася із ситуацією, коли відповідач не з'являвся в судові засідання понад десять разів, хоча щоразу інформувався рекомендованими листами із повідомленнями, був ознайомлений із пред'явленим позовом, надсилав свої заперечення проти позову. Розгляд справи був зупинений на тривалий строк у зв'язку із призначенням експертизи. Після відновлення провадження у справі та чергової неявки відповідача суддя запропонував позивачеві проінформувати відповідача про час та місце наступного судового засідання шляхом публікації у пресі. Відповідач проживав в іншій області, а тому виклик його в суд слід було проводити шляхом публікації в газеті «Урядовий кур'єр», а не в місцевих засобах масової інформації. Оскільки це в котрий раз затягнуло б розгляд справи і потребувало б додаткових фінансових затрат, позивач наполіг на вимозі процесуального закону про виклик відповідача судовою повісткою, адже місце його проживання відоме. Як наслідок, відповідачеві була надіслана повістка рекомендованим листом, він з'явився в судові засідання і сторони навіть уклали мирову угоду. Якби ж виклик відповідача здійснювався шляхом публікації в пресі, то напевно чи він би реально ознайомився із таким оголошенням і, очевидно, знову б не з'явився в судові засідання.

На необхідність дотримання вимог ЦПК України щодо підстав виклику в суд відповідача через оголошення у пресі звертають увагу й суди апеляційної інстанції. Так, ухвалою апеляційного суду Львівської області від 25 грудня 2006 року скасовано заочне рішення місцевого суду Франківського району м. Львова від 16 червня 2006 року, а справа направлена на новий розгляд до суду першої інстанції. Скасовуючи рішення, суд апеляційної інстанції мотивував своє рішення неналежним повідомленням відповідачів про час та місце судового засідання. Зокрема, відповідачі викликалися в судові засідання шляхом повідомлення в газеті «Високий Замок», незважаючи на те, що в справі є дані про їх місце проживання або перебування. За таких обставин суд дійшов до висновку, що відповідачі не були належним чином повідомлені про час та місце розгляду справи, тому відповідно до ст.311 ЦПК України скасував рішення суду першої інстанції і направив справу на новий розгляд.

В контексті аналізу питання належного повідомлення відповідача про час та місце розгляду справи слід зупинитися і на питанні, як бути у випадку, коли позивач свідомо дає неправдиву інформацію про місце проживання відповідача. Очевидно, що це буде безумовно підставою для скасування рішення суду в апеляційному порядку, якщо відповідач доведе такі недобросовісні дії з боку позивача. Адже в цьому випадку повідомлення відповідача про час та місце розгляду справи не може вважатися належним. Очевидно, що і суди першої інстанції в змозі унеможливити такі порушення процесуальних прав відповідачів. Тому вважаю за доцільне наділати суди першої інстанції повноваженням вимагати від позивача в окремих випадках підтвердження достовірності наведеного в позовній заяві місця проживання відповідача. У зв'язку з цим, пропоную статтю 163 ЦПК України доповнити частиною 4 такого змісту: «Якщо в судове засідання не з'явився відповідач, а у суду виникли сумніви в достовірності зазначеного у позовній заяві місця проживання або місцезнаходження відповідача, суд може відкласти розгляд справи і зобов'язати позивача подати довідку з адресного бюро про місце проживання або місцезнаходження відповідача». Таку норму можна запровадити, застосовуючи в певній мірі аналогію щодо можливості розгляду справи, коли місце проживання відповідача невідоме.

Таким чином, допускаючи розгляд справи, якщо місце проживання (перебування чи роботи) відповідача невідоме, законодавець все ж вимагає суддів вживати усіх можливих заходів щодо встановлення його місця проживання (аби позивачі не зловживали цим фактом) та повідомлення такого відповідача про розгляд цивільної справи за його участю.

Здійснивши усі ці дії, суд зможе за наявності згоди позивача, приступити до заочного розгляду справи, місце проживання відповідача у якій невідоме. Такий розгляд справи відбуватиметься за загальними правилами розгляду цивільних справ, визначених ЦПК України.

Однак існують особливості оскарження заочного рішення, зокрема, відповідач вправі оскаржити таке рішення виключно до суду першої інстанції, при цьому строк на подання заяви про перегляд заочного рішення обчислюється з моменту отримання відповідачем копії заочного рішення, а не з моменту його проголошення.

А як повідомляти про заочне рішення відповідачів, місце проживання яких невідоме? Законодавство жодним чином не вирішує такої ситуації. Жодної вказівки, як же повідомляти про заочне рішення відповідача, який на судове засідання викликався шляхом публікації у пресі, ні ЦПК України, ні інші нормативно-правові акти не містять. Більше того, є пряма вказівка ст.227 ЦПК України, що копія заочного рішення направляється рекомендованим листом із повідомленням. А на яку ж адресу слід направляти копію заочного рішення, якщо місце проживання (перебування чи роботи) або місцезнаходження відповідача невідоме? Очевидно, запитання риторичне. На мою думку, якщо до порядку повідомлення про заочне рішення застосовувати загальні вимоги щодо судових викликів та повідомлень, то, виходячи з ч.9 ст.74 ЦПК України, повідомляти про заочне рішення відповідача, місце проживання або місцезнаходження якого невідоме, слід шляхом публікації в пресі. Хоча фактично важко буде реалізувати це на практиці (зважаючи на ту масу оголошень про судові засідання, що публікуються з моменту набрання законної сили ЦПК України). Разом з тим, невизначенням залишається момент обчислення строку на подання заяви про перегляд заочного рішення. Запропонований підхід дозволяє зробити висновок, що це буде день опублікування заочного рішення у пресі, адже саме з цього моменту відповідач, місце проживання якого невідоме, вважатиметься повідомленим про заочне рішення. Слід зробити ще одне застереження, що доцільність інформування відповідача про ухвалене заочне рішення шляхом публікації вбачається не у всіх випадках, коли відповідач викликався в судове засідання шляхом публікації в пресі, а лише тоді, коли його місце проживання не з'ясується в ході розгляду справи. Адже не виключено, що відповідач, який про час та місце судового розгляду інформувався через публікацію, згодом з'явився в судове засідання, або ж позивачу під час провадження під час стало відоме місце проживання відповідача.

Зроблений висновок про необхідність в зазначених випадках публікувати заочне рішення (принаймні його резолютивну частину) у пресі базується на ч.7 ст.8 ЦПК України щодо допустимості застосування аналогії закону в цивільному процесі та теоретичних розробках щодо проявів принципу розумності.

В літературі висловлювалася й інша, доволі раціональна позиція, щодо даного питання. Так, М.І. Балок та Д.Д. Лупеник вважають, що якщо місце проживання відповідача невідоме, він повідомляється про дату судового засідання через оголошення у пресі, то слід складати довідку про це і підшивати після проголошення заочного рішення, тобто йому копія заочного рішення не направляється. Однак при цьому відкритим залишається питання щодо визначення моменту набрання таким заочним рішенням законної сили.

Саме тому, за умови збереження (хоча я відстоюю необхідність обчислення строку на подання заяви про перегляд заочного рішення не з дня отримання його копії, а з дня проголошення заочного рішення) в процесуальному законодавстві правила про обчислення строку на подання заяви про перегляд заочного рішення з дня отримання його копії, необхідно вдосконалити ЦПК України, із врахуванням вищенаведених міркувань.

Таким чином, розгляд цивільних справ, якщо місце проживання чи місцезнаходження відповідача невідоме, є можливим, виходячи із системного тлумачення ЦПК України. Однак він потребує досить детальної процесуальної регламентації, оскільки при цьому може бути порушене право відповідача на розгляд справи за його особистої участі. У процесуальному законодавстві залишається багато невирішених питань у даному аспекті, що потребують належного наукового обґрунтування.

ПРОЦЕСУАЛЬНО-ПРАВОВА ПРИРОДА СПРАВ ПРО РОЗІРВАННЯ ШЛЮБУ ЗА ЗАЯВОЮ ПОДРУЖЖЯ, ЯКЕ МАЄ ДІТЕЙ

Німак М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

З моменту набрання чинності 01.09.2005 р. Цивільним процесуальним кодексом України від 18.03.2004 р. справи про розірвання шлюбу за заявою подружжя, яке має дітей, вперше були віднесені до справ окремого провадження. Тому виникає необхідність з'ясування процесуально-правової природи цієї категорії справ та завдання суду при їх вирішенні.

Основними особливостями та обов'язковими передумовами права на звернення до суду вказаної категорії справ є взаємна згода подружжя на розірвання шлюбу; наявність неповнолітніх дітей та досягнення подружжям згоди щодо місця проживання дітей, участі у забезпеченні умов їх життя тим з батьків, хто буде проживати окремо, а також щодо умов здійснення ним права на особисте виховання дітей.

У зв'язку з цим в справах про розірвання шлюбу за заявою подружжя, яке має дітей, відсутній спір про право, оскільки, спільна заява подружжя, підписана особисто чоловіком і дружиною, є вираженням їх взаємної згоди на розірвання шлюбу. Подаючи спільну заяву про розірвання шлюбу, подружжя тим самим засвідчують свій єдиний спільний інтерес – припинити шлюбні відносини. Крім того, на момент подання заяви до суду, питання, які стосуються утримання та виховання дітей подружжя уже вирішені в договорі та погоджені подружжям, тому завдання суду полягає лише у з'ясуванні відповідності умов такого договору інтересам неповнолітніх дітей.

Назва вказаної категорії справ не відповідає процесуально-правовій природі цих справ. Так, термін «розірвати» – вже містить деякий спір, суперечку, а, як було вказано вище, у справах про розірвання шлюбу за заявою подружжя, яке має дітей, спір про право відсутній.

Термін «припинення шлюбу» також не досить вдалий, оскільки розірвання шлюбу є одним з видів припинення шлюбу. Поняття «припинення шлюбу» ширше ніж поняття «розірвання шлюбу», оскільки шлюб може бути припинений внаслідок смерті одного з подружжя чи оголошення його померлим або внаслідок розірвання шлюбу.

Оскільки, як було з'ясовано вище, термін «розірвання шлюбу» стосується лише справ, в яких наявний спір про право, то доцільно для справ, в яких такий спір відсутній, також знайти відповідний термін. Таким терміном, на нашу думку, може бути «розлучення». Отже, назву вказаної категорії справ доцільно змінити на «справи про розлучення» (надалі в тексті вживатиметься термін «розірвання шлюбу» відповідно до термінології чинного законодавства).

В порядку окремого провадження – шлюб припиняється на підставі взаємного волевиявлення подружжя на припинення шлюбних відносин. Але чи є взаємна згода безумовною підставою для розірвання шлюбу? З цього приводу в юридичній літературі склалося дві протилежні позиції.

Представники першої з них вважають, що взаємна згода подружжя на розірвання шлюбу є безумовною підставою для розірвання шлюбу і роль суду при розгляді вказаної категорії справ зводиться виключно до констатації факту припинення шлюбних відносин та з'ясування дійсного волевиявлення сторін. Представники ж іншої концепції навпаки, не вважають взаємну згоду безумовною підставою для розірвання шлюбу.

Так, одні автори посилаються на те, що у тих випадках, коли подружжя погоджується на розлучення, державні органи мають лише реєструвати їх згоду на це. Проте, тут виникає запитання: якщо суд в справах про розірвання шлюбу за спільною заявою подружжя зайняв позицію стовідсоткового задоволення заяв, то чим тоді судовий порядок розірвання шлюбу відрізняється від порядку розірвання шлюбу в органах реєстрації актів цивільного стану (далі – органи РАЦСу)?

Різнити полягає в тому, що при розірванні шлюбу в органах РАЦСу акт реєстрації не є юридичним фактом, виключно з яким пов'язувалося б припинення прав та обов'язків подружжя. Крім цього, розглядаючи справи про розірвання шлюбу, суд здійснює захист прав неповнолітніх дітей подружжя, ухвалюючи рішення про розірвання шлюбу лише після затвердження договору між подружжям про проживання, утримання та виховання дітей. Такими повноваженнями органи РАЦСу не наділені.

Справедливо зазначає Г.М. Свердлов, що шлюб укладається на основі взаємної згоди подружжя, а тому він може бути розірваний теж на основі спільної згоди. Держава повинна мати гарантію в тому, що насправді має місце взаємна згода і що подружжя прийшло до цієї згоди достатньо серйозно, не легковажно.

Натомість Б.С. Антимонов та А.І. Пергамент, не вважають взаємну згоду подружжя безумовною підставою розірвання шлюбу. «Взаємна згода – не підстава для розірвання шлюбу, вона лише серйозна, чи дійсно виключена розпаду сім'ї. Цей доказ не безспірний і підлягає перевірці судом в сукупності з іншими доказами по справі».

Таку ж позицію займає М.Т. Оридорога, яка вважає, що визнання взаємної згоди підставою для розірвання шлюбу веде до необґрунтованого спрощення судової процедури розгляду цієї категорії справ.

При розгляді справ про розірвання шлюбу за спільною заявою подружжя суду недостатньо встановити тільки згоду обох з подружжя на припинення шлюбу. Для правильного вирішення справи він повинен з'ясувати причини згоди подружжя на розірвання шлюбу, наскільки вони серйозні, чи дійсно виключена будь-яка можливість продовження шлюбних відносин і чи відповідає згода подружжя на розірвання шлюбу їх дійсній волі.

Проаналізувавши позиції, висловлені в юридичній літературі, доходимо висновку, що взаємна згода подружжя – це вагома підстава для розірвання шлюбу, оскільки лише саме подружжя повинно вирішувати долю своєї сім'ї. Суд в цьому випадку виступає лише як спостерігач, незалежний суб'єкт, присутність якого необхідна для того, щоб захистити подружжя від хибного вчинку, щоб спрямовувати їхні дії у відповідності з їхніми інтересами, щоб забезпечити прийняття подружжям об'єктивного, неспішного рішення.

Отже, справи про розірвання шлюбу за спільною заявою подружжя, яке має дітей – це справи про встановлення наявності чи відсутності факту припинення шлюбних відносин та створення умов для можливості реалізації особами своїх прав у майбутньому. Основним завданням суду у вирішенні цієї категорії справ є з'ясування дійсної волі подружжя на розірвання шлюбу та відповідності такого розірвання шлюбу не лише інтересам подружжя, але особливо інтересам їх неповнолітніх дітей, а також, що після розірвання шлюбу не будуть порушені особисті та майнові права подружжя, а також права їхніх дітей. Разом з тим порушення тих чи інших прав не обов'язково призводить до ухвалення рішення про відмову в задоволенні заяви, оскільки ніхто не може примусити подружжя жити разом, крім них самих. Суд сприяє подружжю у врегулюванні, узгодженні їх домовленостей, приведенні їх у відповідність з інтересами подружжя та їх дітей. Якщо ж подружжя не досягає згоди з тих чи інших умов, то в такому випадку має місце виникнення спору про право, а тому суд повинен залишити заяву без розгляду і роз'яснити подружжю їх право на подання позову на загальних підставах. На момент ухвалення рішення про розірвання шлюбу в прядку окремого провадження, усі питання, пов'язані із проживанням, утриманням та вихованням неповнолітніх дітей повинні бути вирішені та належним чином врегульовані.

ЗЕМЕЛЬНА ДІЛЯНКА, ЯК ОБ'ЄКТ ЦИВІЛЬНОПРАВОВИХ ВІДНОСИН.

Полянек К.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Земельна ділянка як об'єкт цивільноправових відносин вперше включена до ЦК України. Поряд з Цивільним кодексом земельні відносини регулюються Земельним кодексом України. Останнім визначаються особливості правового режиму окремих видів земель. Для цивільного права правове значення має земельна ділянка як об'єкт правовідносин. Правовий режим земельної ділянки включає цільове призначення, дозволене використання і зареєстроване у встановленому порядку право власності на земельну ділянку.

Право власності на земельну ділянку складається з тріади повноважень: володіння, використання та розпорядження. Але перелічені повноваження власник може здійснювати з дотриманням цільового призначення земельної ділянки. Таким чином право розпорядження не є абсолютним правом в контексті земельних правовідносин. Вчинити певні дії власник повинен з врахуванням та дотриманням вимог законодавства щодо цільового призначення земельної ділянки. Тому поряд із загальною вимогою не порушувати прав та охоронюваних інтересів інших осіб власник земельної ділянки зобов'язаний її використовувати за цільовим призначенням.

Відповідно до ст. 79 Земельного кодексу України земельна ділянка - це частина земельної поверхні з установленими межами, певним місцем розташування, з визначеними щодо неї правами. Право власності на земельну ділянку поширюється в її межах на поверхні (грунтовий шар), а також на водні об'єкти, ліси і багаторічні насадження, які на ній знаходяться.

Право власності на земельну ділянку розповсюджується на простір, що знаходиться над та під поверхнею ділянки, на висоту і глибину, необхідні для зведення житлових, виробничих та інших будівель та споруд.

Земельний кодекс України визначає права обов'язків власників земельних ділянок. Останні, зокрема, мають право:

- а) продавати або іншим шляхом відчужувати земельну ділянку, передавати її в оренду, заставу, спадщину;
 - б) самостійно господарювати на землі;
 - в) власності на посіви і насадження сільськогосподарських та інших культур на вироблену сільськогосподарську продукцію;
 - г) використовувати у встановленому порядку для власних потреб наявні на земельній ділянці загально поширені корисні копалини, торф, лісові посадження, водні об'єкти, а також інші корисні властивості землі;
 - д) на відшкодування збитків у випадках, передбачених законом;
 - е) споруджувати жилі будинки, виробничі та інші споруди тощо.
- До обов'язків власників земельних ділянок згідно із Земельним кодексом України належать:

- а) забезпечувати використання їх за цільовим призначенням;
- б) додержуватися вимог законодавства про охорону довкілля;
- в) не порушувати прав власників суміжних ділянок та землекористувачів;
- г) дотримуватися правил добросусідства та обмежень пов'язаних з встановленням земельних сервітутів та охоронних зон тощо.

Не всі з перелічених прав і обов'язків є цивільно-правовими. Але більшість правомочностей є складовими елементами змісту права власності на земельну ділянку, які визначають її правовий режим. Зокрема, обмеження щодо використання та розпорядження земельною ділянкою, визначенні не тільки цивільним, але й земельним законодавством. Загалом обмеження цивільних прав є допустимо в цивільному праві і диктується потребою захисту прав та інтере-

сів інших осіб та суспільства. Тому здійснення права володіння, користування та розпорядження земельною ділянкою завжди пов'язане з її правовим режимом.

Це стосується зведення будівель на земельних ділянках, використання природних ресурсів, здійснення насаджень, розпорядження ділянками. Тому правовий режим земельних ділянок визначатиметься не лише земельним законодавством, а й іншими спеціальними законами України в сфері містобудування, архітектурної діяльності, охорони довкілля, аграрної справи тощо.

Звідси особливості правового регулювання щодо набуття права власності на окремі види ділянок, їх розміри, отримання дозволів, правового режиму об'єктів, які знаходяться на ній, порядку набуття та припинення права власності та передачі в оренду.

Особливу актуальність зазначені питання мають у випадках складної природи відносин з об'єктами нерухомості, наслідком яких є виникнення майнових прав на різні види нерухомості насамперед це стосується договірних форм, що опосередковують використання земельних ділянок та об'єктів, які знаходяться або будуть споруджені на них. Особливості стосуються правового режиму земельної ділянки та об'єктів нерухомості, що знаходяться на ній.

Адже правовий режим як перших, так і других взаємопов'язаний. Так, передавання прав, пов'язаних з земельною ділянкою перебуває у безпосередньому зв'язку з цільовим використанням об'єктів, які на ній знаходяться. Адже правовий режим земельної ділянки тісно пов'язаний з правовим режимом будівель, споруд інших об'єктів нерухомості, що знаходяться на її поверхні. Звідси важливе значення має встановлення правової основи, яка покликана визначати цей правовий режим.

РОЗГЛЯД СУДОМ СПРАВ ПРО ВИЗНАННЯ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ НЕДІЄЗДАТНОЮ ТА ПОНОВЛЕННЯ ЦИВІЛЬНОЇ ДІЄЗДАТНОСТІ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ

Сеник С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Здатність своїми діями набувати для себе цивільних прав і самостійно їх здійснювати, а також здатність своїми діями створювати для себе цивільні обов'язки, самостійно їх виконувати та нести відповідальність у разі їх невиконання фізична особа набуває, за загальним правилом, з досягненням 18 років (повноліття).

Визнання фізичної особи недієздатною здійснюється в судовому порядку в її інтересах, а також для захисту прав інших осіб, але тільки у випадках, прямо передбачених законом.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 39 ЦК України фізична особа може бути визнана судом недієздатною, якщо вона внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу не здатна усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними.

Право на звернення із заявою про визнання фізичної особи недієздатною належить обмеженому колу осіб. Згідно ч. 3 ст. 237 ЦПК України заява про визнання фізичної особи недієздатною може бути подана членами її сім'ї, близькими родичами, незалежно від їх спільного проживання, органом опіки та піклування, психіатричним закладом.

Якщо із заявою про визнання фізичної особи недієздатною звертається особа, яка не включена у зазначене вище коло осіб, суд повинен відмовити у відкритті провадження у справі.

Заява про визнання фізичної особи недієздатною подається за місцем проживання цієї особи, а якщо вона перебуває на лікуванні у психіатричному закладі – за місцезнаходженням цього закладу. Правило виключної територіальної підсудності, яке застосовується до цієї категорії справ, спрощує збір доказів і забезпечує можливість фактичної участі у процесі фізичної особи, правовий статус якої змінюється.

У заяві про визнання фізичної особи недієздатною повинні бути викладені обставини, що свідчать про хронічний, стійкий психічний розлад, внаслідок чого особа не здатна усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними.

Заявник вправі використовувати будь-які докази. Наприклад, наявність у особи психічної хвороби, внаслідок якої вона не розуміє значення своїх дій та (або) не може ними керувати, може обґрунтуватись у заяві посиланням на виписки із історії хвороби різних психіатричних і психоневрологічних закладів, у яких особа знаходилась на спеціальному обліку, довідки про стан здоров'я чи травми, які могли порушити психіку, про вроджені розумові недоліки, а також обставини здійснення вчинків, які свідчать про неадекватну поведінку особи (протоколи органів внутрішніх справ, акти, складені за участю житлових органів, показання свідків та ін.).

У порядку проведення підготовчих дій суддя у справах про визнання фізичної особи недієздатною обов'язково повинен призначити судово-психіатричну експертизу для встановлення психічного стану фізичної особи. Умовою призначення експертизи є наявність достатніх даних про психічний розлад здоров'я фізичної особи, проте історія хвороби, знаходження фізичної особи на стаціонарному лікуванні, знаходження на обліку психіатричного закладу не можуть замінити висновку експерта.

В ухвалі про призначення судово-психіатричної експертизи на вирішення експерта ставляться наступні питання: чи страждає фізична особа психічним розладом здоров'я; чи здатна фізична особа у зв'язку з цим усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними; чи може фізична особа внаслідок психічного розладу особисто брати участь у розгляді справи. Суд не може ставити перед експертом питання про недієздатність фізичної особи, оскільки це питання має правовий характер і повинно вирішуватись безпосередньо судом.

У тих випадках, коли фізична особа навмисно ухиляється від проходження експертизи, суд у судовому засіданні за участю лікаря-психіатра може постановити ухвалу про примусове направлення фізичної особи на судово-психіатричну експертизу.

Розгляд справи здійснюється за правилами, встановленими главою 4 розділу III ЦПК України. Слід пам'ятати, що розгляд справи про визнання фізичної особи недієздатною проводиться судом у складі одного судді і двох народних засідателів.

Виклик фізичної особи, щодо якої розглядається справа про визнання її недієздатною, залежить від стану її здоров'я, а тому це питання вирішується судом в кожному конкретному випадку з врахуванням доказів, які є у справі, в тому числі висновку судово-психіатричної експертизи. Хоча видається, що сама по собі наявність психічної хвороби чи слабоумство не виключає якби фізичної особи в судове засідання, якщо суддя прийде до висновку про те, що на даний період психічний стан є задовільним.

Крім цього, з врахуванням важливості питань, які вирішуються, а також посиленням процесуальних гарантій захисту прав та інтересів фізичної особи, ч. 1 ст. 240 ЦПК України передбачено обов'язкову участь у розгляді таких категорій справ представника органу опіки та піклування.

Суд, ухвалюючи рішення про визнання фізичної особи недієздатною, встановлює над нею опіку; за поданням органу опіки та піклування призначає фізичній особі опікуна.

Слід пам'ятати, що законодавство встановлює певні вимоги до особи-опікуна. Так, відповідно до ст. 63 ЦК України опікуном може бути лише фізична особа з повною цивільною дієздатністю. Фізична особа може бути призначена опікуном лише за її письмовою заявою. Згідно ст. 64 ЦК України опікуном не може бути фізична особа: 1) яка позбавлена батьківських прав, якщо ці права не були поновлені; 2) поведінка та інтереси якої суперечать інтересам фізичної особи, яка потребує опіки або піклування.

Особа, яка призначена опікуном, має право подати заяву про звільнення її виконуваних нею повноважень. Орган опіки та піклування також має право подати до суду заяву про звільнення особи, призначеної опікуном, від наданих їй повноважень.

У таких випадках, суд у місячний строк в судовому засіданні з повідомленням заінтересованих осіб розглядає питання про звільнення опікуна від наданих йому повноважень. Явка цих осіб не є обов'язковою.

За наслідками розгляду заяви суд звільняє опікуна від наданих йому повноважень та за поданням органу опіки та піклування призначає іншу особу опікуном, про що постановляє відповідну ухвалу.

Відповідно до абз. 2 ч. 1 ст. 75 ЦК України особа виконує повноваження опікуна до увалення рішення про звільнення її від повноважень опікуна чи до закінчення місячного строку від дня подання заяви, якщо вона не була розглянута протягом цього строку.

Судові витрати, пов'язані із провадженням справи про визнання фізичної особи недієздатною відносять на рахунок держави. Проте, якщо під час розгляду буде встановлено, що заявник діяв недобросовісно без достатньої для цього підстави, суд стягне із заявника усі судові витрати.

Фізична особа визнається недієздатною з моменту набрання законної сили рішенням суду про це. Якщо від часу виникнення недієздатності залежить визнання недійсним шлюбу, договору або іншого правочину, суд з урахуванням висновку судово-психіатричної експертизи та інших доказів щодо психічного стану особи може визначити у своєму рішенні день, з якого вона визнається недієздатною (ст. 40 ЦК України). Недієздатна фізична особа не має права вчиняти будь-якого правочину. Правочини від її імені та в її інтересах вчиняє її опікун. Відповідальність за шкоду, завдану недієздатною фізичною особою, несе її опікун (ст. 41 ЦК України).

Якщо відпадуть обставини, які були підставою для визнання фізичної особи недієздатною, можливим є звернення до суду із заявою про скасування відповідного рішення суду та поновлення цивільної дієздатності фізичної особи.

Скасування рішення суду та поновлення цивільної дієздатності фізичної особи здійснюється шляхом відкриття самостійного провадження у цивільній справі.

Заява про скасування рішення суду про визнання фізичної особи недієздатною та поновлення цивільної дієздатності фізичної особи, яка була визнана недієздатною, може бути подана опікуном, органом опіки та піклування.

Підсудність у таких випадках визначається за правилами ст.236 ЦПК України.

У порядку проведення підготовчих дій суддя у справах про поновлення цивільної дієздатності фізичної особи, яка була визнана недієздатною, обов'язково повинен призначити судово-психіатричну експертизу для встановлення психічного стану фізичної особи.

За результатами судового розгляду справи суд може: 1) ухвалити рішення, яким скасувати рішення суду про визнання фізичної особи недієздатною та поновити цивільну дієздатність фізичної особи; 3) ухвалити рішення, яким відмовити у задоволенні заяви про скасування відповідного рішення суду та у поновленні цивільної дієздатності фізичної особи.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН НАЙМУ (ОРЕНДИ) ТРАНСПОРТНОГО ЗАСОБУ

Тарасенко Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Правовому регулюванню відносин найму (оренди) транспортного засобу в чинному законодавстві України присвячено небагато правових норм. Зокрема, у ЦК України міститься § 5 глави 58, який називається „Найм (оренда) транспортного засобу”, який визначає особливості орендних відносин, коли предметом договору найму виступає транспортний засіб. Проте зважаючи на невелику кількість статей, які містяться у цьому параграфі, можна стверджувати, що це лише загальні положення саме про найм (оренду) транспортного засобу. Оскільки предметом договору найму транспортного засобу можуть бути повітряні, морські, річкові судна, а також наземні самохідні транспортні засоби тощо, особливості найму цих транспортних засобів визначаються саме у спеціальних нормативно-правових актах, які регулюють відносини, пов’язані з використанням транспортного засобу певного виду.

У § 5 глави 58 ЦК України містяться зокрема норми щодо: предмету договору, форми договору, діяльності наймача, здійснення витрат, пов’язаних з використанням транспортного засобу, страхування транспортного засобу, правові наслідки пошкодження транспортного засобу, правові наслідки завдання шкоди іншій особі у зв’язку з використанням транспортного засобу, особливості найму транспортного засобу з екіпажем, який його обслуговує. Крім того, до відносин найму транспортного засобу застосовуються загальні положення про найм (оренду), які містяться у § 1 глави 58 ЦК України.

Крім положень щодо найму (оренди) транспортного засобу, які містяться у ЦК України, в інших нормативно-правових актах міститься небагато норм, які безпосередньо регулюють договірні відносини оренди транспортних засобів.

Наприклад, Закон України „Про транспорт” визначає правові, економічні, організаційні та соціальні основи діяльності транспорту загалом.

Відносини, пов’язані з діяльністю транспорту, регулюються Законом України „Про транспорт”, кодексами (статутами) окремих видів транспорту, іншими нормативно-правовими актами.

До відносин, пов’язаних з діяльністю транспорту, належать відносини, які виникають під час перевезень, використання засобів транспорту, шляхів сполучення, організації безпеки руху, охорони громадського порядку, пожежної безпеки, санітарні та екологічні вимоги, що діють на транспорті. Власне такий висновок випливає з аналізу ст.2 Закону України „Про транспорт”.

Варто зазначити, що Закон України „Про транспорт” містить лише норми щодо видів транспортних засобів, безпеки на транспорті тощо. Тобто це норми, які мають незначне відношення до регулювання договірних відносин оренди транспортного засобу.

Відносини оренди автомобіля регулюються Законом України „Про транспорт” від 10.11.1994р., Законом України „Про автомобільний транспорт” від 05.04.2001р. (в редакції від 23.02.2006р.), Законом України „Про дорожній рух” від 30.06.1993р., Статутом автомобільного транспорту УРСР та підзаконними нормативно-правовими актами. Проте ці нормативно-правові акти лише опосередковано регулюють відносини оренди автомобіля.

Наприклад, у Законі України „Про автомобільний транспорт” містяться норми щодо персоналу автомобільного транспорту, щодо класифікації та реєстрації транспортних засобів, вимоги до технічного обслуговування і ремонту автомобіля тощо.

У Законі України „Про дорожній рух” містяться норми щодо допуску до керування транспортними засобами, основні права та обов’язки водія транспортного засобу, допуску транспортних засобів до участі у дорожньому русі, основні вимоги щодо технічного стану транспортних засобів, що перебувають в експлуатації, реєстрація та облік транспортних засобів, підстави для заборони експлуатації транспортних засобів тощо.

У Статуті автомобільного транспорту УРСР містяться норми щодо прокату транспортних засобів.

Таким чином, можна стверджувати, що на законодавчому рівні відносини саме найму (оренди) транспортного засобу практично не регулюються, оскільки норми законів, перелічених вище, лише опосередковано стосуються договірних відносин найму (оренди) транспортного засобу. Зокрема, це норми щодо предмету договору, певних характеристик предмету, вимоги щодо керування та технічної експлуатації транспортного засобу.

Відносини оренди залізничного транспорту регулюються Законом України "Про залізничний транспорт" від 04.07.1996р., Статутом залізниць України, затв. постановою Кабінету Міністрів України № 457 від 6 квітня 1998р., Інструкцією про порядок передачі в оренду вантажних вагонів, затв. наказом Міністерства транспорту України № 151 від 28.04.1997р., Правилами обслуговування залізничних під'їзних колій, затв. наказом Міністерства транспорту України № 644 від 21.11.2000р., Правилами перевезень пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом України, затв. наказом Міністерства транспорту України № 297 від 28.07.1998р.

Зокрема, в Законі України „Про залізничний транспорт” містяться визначення таких понять як, „залізниця”, „транспортний засіб” (в цілях саме цього закону), „залізничний транспорт”, „промисловий залізничний транспорт”, „під'їзні колії” тощо. Крім того, в цьому законі містяться норми щодо правового статусу майна залізничного транспорту, щодо взаємовідносин підприємств залізничного транспорту з власниками залізничних під'їзних колій.

У Статуті залізниць України містяться норми, що регулюють вантажні та пасажирські перевезення. Водночас окремі норми можуть застосовуватися і до регулювання орендних відносин вагонів. А саме – це норми щодо порядку визначення плати за користування вагонами.

Фактично єдиним нормативно-правовим актом, який безпосередньо врегульовує орендні відносини залізничного транспорту, є Інструкція про порядок передачі в оренду вантажних вагонів, затв. наказом Міністерства транспорту України № 151 від 28.04.1997р., оскільки вона детально визначає порядок укладення договору оренди і оформлення передачі вагонів в оренду, порядок і строки внесення плати за оренду вагонів, умови експлуатації оренданих вагонів, порядок заміни загублених вагонів та розірвання договору та повернення вагонів.

У Правилах обслуговування залізничних під'їзних колій, затв. наказом Міністерства транспорту України № 644 від 21.11.2000р., також містяться норми, які хоч безпосередньо не врегульовують відносини оренди вагонів, проте стосуються обслуговування залізничних під'їзних колій, в тому числі орендарями вагонів.

У Правилах перевезень пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом України, затв. наказом Міністерства транспорту України № 297 від 28.07.1998р., містяться норми, яких повинні дотримуватися орендарі залізничного транспорту в разі здійснення перевезення пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти. Крім того, у цьому нормативно-правовому акті містяться певні умови оренди поїзда, наприклад, в туристичних цілях (пп.6.3.7, 6.3.8 Правил).

Таким чином, відносини оренди залізничного транспорту безпосередньо регулюються лише одним нормативно-правовим актом – Інструкцією про порядок передачі в оренду вантажних вагонів. Інші нормативно-правові акти містять лише незначну частину норм, які присвячені регулюванню цих відносин.

Відносини оренди повітряного судна краще врегульовані на законодавчому рівні. Зокрема, багато норм містяться у Повітряному кодексу України. А саме – це норми щодо характеристики і класифікації повітряних суден (предмет договору найму повітряного судна), щодо правового статусу екіпажу повітряного судна, щодо чартерних перевезень тощо.

Крім Повітряного кодексу України, відносини оренди повітряного судна врегульовані такими нормативно-правовими актами:

- Положення про використання повітряного простору України, затв. постановою КМУ № 401 від 29.03.2002р.
- Правила реєстрації цивільних повітряних суден в Україні, затв. наказом Державної служби України з нагляду за забезпеченням безпеки авіації № 67 від 31.01.2006р.

- Правила визначення робочого часу та часу відпочинку екіпажів повітряних суден цивільної авіації України, затв. наказом Міністерства транспорту України № 219 від 02.04.2002р.
- Правила медичної сертифікації авіаційного персоналу цивільної авіації України, затв. наказом Міністерства транспорту України № 641 від 20.11.2000р.
- Правила видачі свідоцтв авіаційному персоналу в Україні, затв. наказом Міністерства транспорту України № 486 від 07.12.1998р.
- Правила виконання чартерних рейсів, затв. наказом Міністерства транспорту України № 297 від 18.05.2001р.
- Правила видачі сертифікатів льотної придатності цивільних повітряних суден України, затв. наказом Міністерства транспорту України № 435 від 07.09.1999р.

Крім того, до 23.05.2006р. діяла Тимчасова інструкція про порядок надання в оренду повітряних суден Збройних Сил України, яка безпосередньо регулювала орендні відносини повітряних суден, які належали Збройним силам України. Проте після втрати чинності цим нормативно-правовим актом застосовуються загальні положення щодо оренди майна Збройних Сил України, які встановлені Законом України „Про господарську діяльність у Збройних Силах України” від 21 вересня 1999 року № 1076-XIV.

Відносини найму (оренди) морського судна регулюються Кодексом торговельного мореплавства України (далі – КТМ України). Зокрема, в ньому містяться норми щодо правового статусу морського судна, судновласника, щодо реєстрації суден, щодо правового становища та складу екіпажу, щодо фрахтування суден та інше.

Опосередковано регулюють відносини найму (оренди) морського судна Положення про збір за реєстрацію суден у Державному судновому реєстрі України і Судновій книзі України, затв. наказом Міністерства транспорту України від 27.03.98 № 93, Порядок укладання договорів страхування морських суден, що перебувають у державній власності і передаються судновласниками у фрахт, оренду, лізинг, затв. наказом Міністерства транспорту України від 17.05.99 № 260, Порядок ведення Державного суднового реєстру України і Суднової книги України, затв. постановою Кабінету Міністрів України від 26 вересня 1997 р. № 1069 та інші нормативно-правові акти.

Таким чином, норми, які регулюють відносини найму транспортних засобів, містяться у багатьох нормативно-правових актах, які зазвичай не призначені для регулювання відносин найму. Проте наявність великої кількості нормативно-правових актів ще не засвідчує належне регулювання відносин найму транспортного засобу. У зв'язку з цим слід усунути численні прогалини та колізії правового регулювання цих відносин.

ПРАВОВІ НАСЛІДКИ СМЕРТІ НАБУВАЧА ЗА СПАДКОВИМ ДОГОВОРОМ

Шама Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Зобов'язальні правовідносини, незалежно від підстави їх виникнення, за своєю природою не можуть бути безстрокковими. В їх існуванні неодмінно настає такий момент, коли вони припиняються, а отже й припиняються ті права і обов'язки, які становлять їх зміст.

Глава 90 ЦК України, присвячена правовому регулюванню спадкового договору, не містить спеціальних положень щодо його припинення, а лише у ст. 1308 ЦК України регламентує розірвання спадкового договору як одну із підстав його припинення.

Натомість, одна із підстав припинення спадкового договору передбачена в "Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України", яка, до речі, згідно ст. 4 ЦК України не є актом цивільного законодавства, а отже й не може регулювати цивільних відносин. Однак, незважаючи на це, все ж доцільно проаналізувати положення Інструкції в частині, що стосується підстав припинення спадкового договору.

У п. 238 Інструкції міститься положення, згідно якого у разі смерті фізичної особи-набувача або ліквідації юридичної особи-набувача за спадковим договором нотаріус за письмовою заявою відчужувача припиняє дію цього договору.

Однак як видається, дане положення в тій частині, в якій воно стосується набувача-фізичної особи, не може застосовуватися у всіх без виключення випадках смерті фізичної особи-набувача. Це зумовлено тим, що, по-перше, дане положення не враховує того факту, що до моменту своєї смерті набувач уже міг частково виконати покладені на нього спадковим договором обов'язки. По-друге, спадковий договір, передбачений Гл. 90 ЦК України, за змістом не відповідає своїй назві, а отже не встановлює права спадкування, яке, не допускаючи правонаступництва, припиняється для особи, призначеної спадкоємцем, якщо вона помре раніше відкриття спадщини. А відтак, у разі смерті фізичної особи-набувача його права і обов'язки, що виникли зі спадкового договору, переходять до його правонаступників, якщо вони не є нерозривно пов'язаними з його особою. І по-третє, в даному положенні не враховано, що спадковий договір може бути укладений на користь третьої особи, без згоди якої з моменту вираження нею наміру скористатися своїм правом відчужувач не може припинити спадковий договір.

Можливість відчужувача припинити спадковий договір внаслідок смерті набувача – це фактично відмова від договору, яка може бути реалізована лише за наявності певних точно визначених умов. Тому немає підстав у всіх випадках, коли набувач помирає раніше відчужувача, відкидати можливість правонаступництва на стороні набувача і надавати відчужувачеві право припинити спадковий договір внаслідок смерті набувача.

Так, спадковий договір може передбачати, що всі визначені у договорі дії набувач зобов'язаний вчинити за життя відчужувача. Якщо набувач належним чином виконував всі передбачені договором обов'язки до моменту своєї смерті, то, очевидно немає підстав для припинення спадкового договору, оскільки права та обов'язки померлого набувача, в тому числі й ті, що виникли зі спадкового договору, можуть перейти до правонаступників набувача у разі прийняття ними спадщини.

Тому, якщо набувач належним чином виконував всі передбачені спадковим договором обов'язки, але помер раніше відчужувача, то його права і обов'язки, що виникли зі спадкового договору, повинні перейти до його правонаступників, а не припинитися внаслідок його смерті, оскільки такі права і обов'язки не носять особистого характеру, а отже згідно ст. 1219 ЦК України можуть входити до складу спадщини набувача. До того ж, відчужувач в цьому випадку не може заперечувати на підставі ст. 520 ЦК України проти заміни боржника у зобов'язанні, бо за даних обставин йдеться не про перевід боргу, а про перехід відповідних прав та обов'язків в порядку спадкування. Крім того, відчужувачеві немає підстав побоюватися, що зобов'язання не буде виконане, бо за його виконання відповідатиме те ж майно, що й до смер-

ті набувача. В цьому випадку відбудеться заміна боржника, яка не впливає на здійснення прав кредитора.

В протилежному випадку, може виникнути ситуація, при якій набувач, який уклав договір і належно виконував всі свої обов'язки за договором, буде надіятися тільки на те, щоб не померти раніше відчужувача.

Крім того, якщо надати відчужувачеві право за його заявою припинити спадковий договір внаслідок смерті набувача, який виконував свої обов'язки, то у спадкоємців останнього виникло б право вимагати на підставі ст. 1212 ЦК України повернення відчужувачем того, що він отримав в результаті виконання договору набувачем як набутого без достатньої правової підстави. І в цьому випадку відчужувач не досягнув би того правового результату, який передбачався ним при укладенні спадкового договору, а саме отримати певне майнове задоволення з боку набувача.

Якщо ж у набувача немає спадкоємців, вони не прийняли спадщину чи відмовилися від її прийняття або ж їх усунуто від права спадкування, то спадковий договір припиняється внаслідок смерті набувача, оскільки відсутні особи, які б могли замінити набувача у тих правовідносинах, в яких він перебував за життя.

Таким чином, спадковий договір припиняється внаслідок смерті набувача чи оголошення його у встановленому законом порядку померлим у випадку:

1) якщо у набувача, який помер раніше відчужувача, немає спадкоємців, вони не прийняли спадщину чи відмовилися від її прийняття або їх усунуто від права спадкування.

Положення ж п. 238 Інструкції про припинення спадкового договору в разі смерті фізичної особи-набувача ми б не відкидали на тій лише підставі, що воно не може регулювати цивільних відносин. На нашу думку, в даному положенні є певна рація. Воно могло би поширювати свою дію на один випадок: спадковий договір може бути припинений за заявою відчужувача, якщо набувач помер, не приступивши до виконання своїх обов'язків у зв'язку з тим, що строк їх виконання ще не настав, незалежно від наявності спадкоємців та прийняття ними спадщини, якщо спадковий договір не передбачав вчинення певних дій на користь третьої особи. Можливість відчужувача припинити спадковий договір в цьому випадку ми вважаємо допустимою з огляду на те, що ще не відбулося порушення співвідношення майнових інтересів сторін, так як жодна зі сторін ще не приступила до виконання своїх обов'язків. Однак, аби надати даному положенню здатність регулювати відносини, що виникли на підставі спадкового договору, ми пропонуємо відобразити його в нормах ЦК України, але із зазначеними вище застереженнями.

З огляду на наведене, оскільки Гл. 90 ЦК України не передбачає спеціальних підстав припинення спадкового договору, ми пропонуємо доповнити її статтею 1307¹ такого змісту:

Стаття 1307¹. Припинення спадкового договору

1. Спадковий договір припиняється внаслідок смерті набувача:

1) якщо у набувача, який помер раніше відчужувача, немає спадкоємців, вони не прийняли спадщину чи відмовилися від її прийняття або їх усунуто від права спадкування;

2) за заявою відчужувача, якщо набувач помер раніше відчужувача, не приступивши до виконання своїх обов'язків у зв'язку з тим, що строк їх виконання ще не настав, незалежно від наявності спадкоємців та прийняття ними спадщини.

ПРАВОВІ НАСЛІДКИ РІШЕННЯ АНТИМОНОПОЛЬНОГО КОМІТЕТУ УКРАЇНИ ПРО ПРИМУСОВИЙ ПОДІЛ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

Юркевич Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Законом України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 № 2210-III передбачено право органів Антимонопольного комітету України (далі – АМК) за результатами розгляду справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції приймати рішення про примусовий поділ суб'єкта господарювання, що займає монополіне (домінуюче) становище на ринку.

ЦК Україне чітко окреслює коло обов'язків особи, що прийняла рішення про припинення юридичної особи. Серед них: обов'язок негайного письмового повідомлення про прийняття рішення про припинення юридичної особи органу, що здійснює державну реєстрацію, який вносить до єдиного державного реєстру відомості про те, що юридична особа перебуває у процесі припинення; призначення комісії з припинення юридичної особи та встановлення порядку і строків припинення юридичної особи відповідно до ЦК; затвердження розподільчого балансу тощо.

На думку О. Пелипенко, якщо припустити, що орган державної влади (орган АМК) є тим самим органом, згаданим у ЦК України та в Законі України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» як орган, що приймає рішення про припинення юридичної особи: то в зв'язку з цим постають питання про те, в якому порядку має вноситися інформація до Єдиного державного реєстру органом АМК, що прийняв рішення про примусовий поділ юридичної особи; які документи повинні надаватися; за чий кошти оплачується публікація в спеціалізованому друкованому виданні. Крім того, підкреслює вчена, оскільки поділ вважається завершеним з моменту державної реєстрації новостворених юридичних осіб та державної реєстрації припинення юридичної особи, що припиняється в результаті поділу, незрозумілим залишається хто прийматиме рішення про створення нових юридичних осіб та відповідно співвідношення активів і пасивів, які будуть переходити до кожної з них за розподільчим балансом. Також варто зазначити, що згаданий автор на підставі абз. 3 п. 9 Роз'яснення № 02-5/334 від 12.09.96 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних зі створенням, реорганізацією та ліквідацією підприємств» вважає за можливе зробити висновок, що відповіддю на позначені вище запитання буде те, що в даному випадку орган державної влади (органи АМК) має розглядатися не як орган, який безпосередньо приймає рішення про припинення юридичної особи шляхом поділу, а має трактуватися як орган, що прийняв рішення, яке є обов'язковим до виконання учасниками юридичної особи або уповноваженим ним органом. Таким чином, як вважає вчена, саме учасники суб'єкта господарювання або уповноважений ними орган мають приймати (не добровільно, а в примусовому порядку) рішення про поділ юридичної особи, відповідно рішення про створення нових юридичних осіб, та вчиняти інші, пов'язані з цими рішеннями дії, у загальному порядку, визначеному Цивільним, Господарським кодексами України, Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» тощо.

Схожої точки зору притримується І. Кучеренко, яка, погоджуючись з позицією ВГСУ, зазначає, що державний орган не може приймати саме рішення про реорганізацію, оскільки він не може, наприклад, вирішити такі питання як поділ майна, передачу прав та обов'язків, вирішити питання, хто із учасників юридичної особи буде в тій чи іншій юридичній особі, які створюються в результаті поділу. Тому, більш коректно було б говорити не про прийняття рішення про реорганізацію, а про можливість прийняття рішення про зобов'язання юридичної особи провести реорганізацію.

Важко, проте, погодитися із зазначеними вище аргументами. Дійсно, виходячи з Роз'яснення № 02-5/334, АМК не може однозначно визнаватися відповідним органом

державної влади, який в контексті ст. 106 ЦК України приймає рішення про припинення юридичної особи з правонаступництвом. З іншого боку, на підставі аналізу ст. 19 Закону України «Про господарські товариства», ст. 40 ГК України та ст. 48 Закону України «Про захист економічної конкуренції» доходимо до висновку, що АМК можна трактувати як відповідний орган державної влади, що вправі приймати рішення про припинення юридичної особи.

Таким чином, виходячи з наведеного, та беручи до уваги, що примусовий поділ здійснюється на розсуд суб'єкта господарювання за умови усунення монопольного становища цього утворення на ринку, можна зробити наступний висновок. У разі добровільного виконання юридичною особою рішення про примусовий поділ, учасники або орган юридичної особи, уповноважений на це установчими документами вважатимуться особою, що прийняла рішення про припинення юридичної особи та виконуватимуть його за загальною процедурою. В іншому випадку, тобто у разі звернення АМК до суду з метою забезпечення виконання примусового поділу, – саме АМК, виходячи з чинного законодавства, повинен вважатися органом, що прийняв рішення про припинення юридичної особи та, відповідно, здійснювати всі передбачені законодавством у зв'язку з цим дії, наприклад призначати комісію з припинення юридичної особи, здійснювати публікацію повідомлення про прийняття рішення щодо припинення юридичної особи у спеціалізованому друкованому засобі масової інформації тощо.

Щодо проблемних питань, які можуть у зв'язку з цим виникати, то, на нашу думку, інформація має вноситися до Єдиного державного реєстру у порядку, передбаченому ст. 38 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» для державної реєстрації припинення юридичної особи на підставі судового рішення, що не пов'язане з банкрутством юридичної особи; публікація в спеціалізованому друкованому виданні повинна здійснюватися за кошти порушника законодавства, тобто юридичної особи, щодо якої прийнято рішення про примусовий поділ, або за кошти АМК з наступним їх стягненням з порушника; рішення про створення нових юридичних осіб, враховуючи, що поділ є одночасно способом утворення юридичних осіб повинно прийматися учасниками юридичної особи на виконання припису про примусовий поділ. Стосовно співвідношення активів і пасивів, які будуть переходити до кожної з новоутворених юридичних осіб, то воно повинно визначатися у розподільчому балансі, який підлягає затвердженню АМК України з врахуванням позиції ВГСУ, висловленої у п. 10 роз'яснень № 02-5/334, яка передбачає, що якщо в розподільному акті (балансі) відображено лише розподіл майна, а дані про розподіл кредиторської і дебіторської заборгованості відсутні, розподіл заборгованості за наявності спору здійснюється між новоутвореними підприємствами пропорційно вартості отриманого ними майна.

ДОГОВІР ПРО УЧАСТЬ У ФОНДІ ФІНАНСУВАННЯ БУДІВНИЦТВА ЯК ПРАВОВА ФОРМА ЗАЛУЧЕННЯ ІНВЕСТИЦІЙ У ЖИТЛОВЕ БУДІВНИЦТВО

Яворська О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Законом України від 19 червня 2003р. „Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю” були впроваджені нові механізми залучення коштів фізичних та юридичних осіб у будівництво житла. До введення в дію цього закону будівельні компанії залучали кошти на будівництво житла на підставі прямих договорів про пайову участь у будівництві. Закон став результатом пошуку більш досконалих механізмів захисту прав пересічних осіб, які, маючи потребу в житлі, готові вкладати власні кошти у його будівництво. У схему фінансування будівництва житла введено фінансових посередників – управителів, які від свого імені діють в інтересах установників управління майном і здійснюють управління залученими коштами згідно із законодавством, Правилами фонду та отримали в установленому порядку дозвіл /ліцензію. Паралельно з прийняттям цього закону було внесено зміни і доповнення до ЦКУ. Зокрема, ст. 316 ЦКУ була доповнена частиною другою такого змісту: „Особливим видом права власності є право довірчої власності, яке виникає внаслідок закону або договору управління майном”. Саме в механізмі залучення коштів, що спрямовуються на фінансування житла, задіяна і довірча власність.

Законом України від 15 грудня 2006р. „Про внесення змін до деяких законодавчих актів” стаття 4 Закону України від 18 вересня 1991р. „Про інвестиційну діяльність” була доповнена ч. 3, з якої випливало, що об’єктами інвестиційної діяльності не можуть бути об’єкти житлового будівництва, фінансування спорудження яких здійснюється з використанням недержавних коштів, залучених від фізичних та юридичних осіб, у тому числі, в управління. Слід зауважити, що прямої заборони на укладення договорів про пайову участь чи інвестиційних договорів з таких законодавчих змін не випливає. Суб’єктами системи фінансово-кредитних механізмів, за визначенням закону, є: довірители, управителі, забудовники, страхові компанії, емітенти сертифікатів ФОН та власники сертифікатів ФОН. Управителем може бути фінансова установа як банківська, так і небанківська. Фінансова установа може створити Фонд фінансування будівництва (далі ФФБ) за власною ініціативою з метою отримання довірителями ФФБ у власність житла.

Отже, правовою формою, що опосередковує відносини між фінансовою установою та фізичною чи юридичною особою, яка бажає інвестувати кошти в житлове будівництво, є договір про участь у ФФБ. Із ст. 2 закону випливає, що договір про участь у ФФБ є договором управління майном, за яким установник управління передає управителю у довірчу власність майно з метою досягнення визначених ним цілей та встановлює обмеження щодо окремих дій управителя з управління цим майном. Спостерігається певна змістовна непослідовність законодавчих підходів. По-перше, якщо метою створення ФФБ є отримання довірителями ФФБ у власність житла, то чому ця мета у дефініції договору трансформована у „визначені установником цілі”. Адаже установник має конкретно визначену ціль і причому одну – отримати у власність житло. По-друге, управителю ФФБ передається не будь-яке майно, а виключно грошові кошти. Більше того, інше майно, крім грошових коштів, в принципі не може залучатися для фінансування житлового будівництва. В тексті закону не вживається термін „грошові кошти”, а лише майно, кошти, однак зі змісту закону слідус. що йдеться власне про грошові кошти. Нормою ч. 2 ст. 1030 ЦКУ встановлене імперативне правило про те, що грошові кошти не можуть бути предметом договору управління майном, крім випадків, коли право здійснювати управління грошовими коштами прямо встановлене законом.

Довірителем за договором про участь у ФФБ може бути виключно одна особа – фізична або юридична. Особа стає довіртелем ФФБ за умови передання коштів в управління управителю та укладення з управителем ФФБ договору про участь у ФФБ. За такого підходу незро-

зумілим є на якій підставі установник управління передає управителю кошти, якщо за законом передання коштів та укладення договору розглядаються як два окремі правочини. Очевидно, що правовою підставою передання коштів в управління управителю є договір про участь у ФФБ, який і вважається укладеним з моменту передання коштів в об'ємі, що визначається Правилами для кожного окремого ФФБ.

Договір про участь у ФФБ є реальним, взаємно зобов'язуючим, відплатним договором. Цей договір є договором про приєднання, а також може бути охарактеризований як публічний договір. Нормами ст. 14 Закону визначено, які умови має містити договір про участь у ФФБ. З договору виникають права та обов'язки як для управителя, так і для установника управління (довірителя). Хоч договір про участь у ФФБ, виходячи зі змісту закону, розглядається як договір управління майном, однак мета довірителя (установника управління) є чітко вираженою – отримання у власність житла як об'єкта інвестування. Вся система функціонування ФФБ передбачає отримання довірителями у власність закріплених за ними об'єктів інвестування. Тому є всі підстави вважати цей договір як такий, що спрямований на передання майна у власність. Договір про участь у ФФБ в сукупності з іншими юридичними фактами (повної оплати вартості об'єкта, передання об'єкта та іншими) веде до набуття права власності на житло.

Права управителя на контроль за виконанням забудовником зобов'язань за договором визначені у ст. 18 зазначеного Закону. Такий підхід гарантує інтереси довірителів. У разі виявлення управителем ризику порушення умов договору він має право припинити фінансування будівництва, вимагати розірвання договору, повернення забудовником усіх спрямованих на фінансування цього об'єкта коштів, перерахування на рахунок ФФБ коштів, необхідних для розрахунків з довірителями, що виходять із ФФБ у зв'язку з розірванням договору, а також здійснювати інші заходи щодо виконання забудовником своїх зобов'язань за договором. Сума коштів, що підлягає поверненню довірителю, визначається управителем виходячи з кількості закріплених за довірителем вимірних одиниць об'єкта інвестування на поточній ціні вимірної одиниці цього об'єкта інвестування на день подання заяви про вихід із ФФБ (ст. 17 Закону). Такий підхід теж гарантує інтереси довірителів. Але, з другого боку, повернення коштів здійснюється тільки в рамках ФФБ, оскільки не може здійснюватися за рахунок іншого ФФБ або власного майна банку. Втрати через інфляційні процеси, зростання цін на нерухомість тощо довірителі не зможе компенсувати, оскільки джерела їх компенсації просто відсутні.

Закон не регламентує порядок здачі об'єкта в експлуатацію. Після введення об'єкта будівництва в експлуатацію забудовник письмово повідомляє про це управителя та надає в 3-х денний строк засвідчену належним чином копію технічного паспорту на об'єкт. Управитель одразу ж після отримання даних від забудовника проводить розрахунки з довірителями відповідно до закріплених об'єктів інвестування, фактичної площі, поточної вартості однієї вимірної одиниці, закріплених вимірних одиниць. Надзвичайно важливою гарантією інтересів довірителів є положення закону про те, що у разі підвищення поточної ціни вимірної одиниці об'єкта інвестування у довірителя не виникає зобов'язань щодо внесення додаткових коштів за закріплені за ним вимірні одиниці об'єкта інвестування. В принципі таке положення фіксувалося і в прямих договорах із забудовниками. Після остаточного розрахунку довірителі отримують в управителя ФФБ довідку встановленої форми про остаточні розрахунки в обмін на свідоцтво про участь у ФФБ. Довідка є документом, що підтверджує право довірителя на отримання у власність закріпленого за ним об'єкта інвестування. Тому положення ст. 13 Закону про те, що система функціонування ФФБ передбачає передання управителем довірителям, які повністю проінвестували закріплені за ними об'єкти інвестування, майнових прав на ці об'єкти інвестування за договором про уступку майнових прав видається невірним. Правовою підставою передання права власності на об'єкт є сам договір про участь у ФФБ, а тому укладення окремого договору не потрібно.

Проблематичними є взаємовідносини між довірителем і забудовником, оскільки жодного правового зв'язку між ними не існує. Якщо ж залишатися в рамках конструкції договору про участь у ФФБ виключно як договору про управління майном, то довірителі позбавляться будь-якої правової підстави на звернення до забудовника про усунення недоліків чи відшкодування заподіяних збитків. Вимога про відшкодування заподіяних збитків в результаті непередання об'єкта чи передання йому неякісного об'єкта не може бути заявлена і до управителя,

оскільки останній здійснював лише управління майном. Закон і не передбачає відповідальності управителя у разі, якщо довіритель не буде передано об'єкт інвестування у власність. Мова може йти лише про повернення коштів. На підставі договору про управління майном в принципі і не можливо заявити вимоги про відшкодування понесених збитків у зв'язку з недоліками об'єкта чи з його непереданням. Довірителью слід надати право на відшкодування понесених збитків, в тому числі упущеної вигоди, у разі непередання йому об'єкта відповідно до умов договору та свідчення про участь у ФФБ. Таку вимогу довіритель мав би право заявити як до управителя, так і до забудовника. Право вимоги про відшкодування понесених збитків до забудовника має ґрунтуватися на прямій вказівці закону, оскільки між забудовником та управителем не існує жодних правових зв'язків. У законі слід чітко регламентувати процедуру участі довірителя на етапі здачі-приймання об'єкта інвестування. Окремо мають бути врегульовані строки для усунення виявлених довірительом недоліків. До повного усунення виявлених недоліків довіритель має право не підписувати акт.

Якщо довіритель виконав усі зобов'язання перед управителем ФФБ та після введення об'єкта в експлуатацію підписав акт прийому-передання закріпленого за ним об'єкта інвестування, умови договору про участь у ФФБ вважаються виконаними та управління майном припиняється. Невизначеним залишається питання врегулювання відносин у випадку виявлення прихованих недоліків об'єкта, що уже належить на праві власності особі. Договір управління майном припинився його виконанням. Жодних правових зв'язків між забудовником, який має бути відповідальним за приховані недоліки будівництва, і тепер уже власником житла не існувало. Гарантії якості об'єкта будівництва, встановлені у ст. 884 ЦКУ, встановлені для замовників за договором будівельного підяду. Саме замовник вправі звернутися до підрядника про усунення недоліків. За договорами про участь у ФФБ управитель виступає в інтересах довірительів замовником у договорі із забудовником. Тому в таких ситуаціях необхідною є пряма законодавча вказівка, за якою власник житла має право заявити претензії щодо якості об'єкта протягом гарантійних строків до управителя ФФБ, учасником якого він був.

Отже, договір про участь у ФФБ є новою договірною конструкцією, поіменованою в Законі „Про фінансово-кредитні механізми...” як договір управління майном. Однак, як слідує із самого змісту закону, так і з практики договірних відносин сторін, договір укладається з конкретною метою – набути право власності на житло, а не виключно отримати вигоди від управління майном.

ПРАВОВА ПРИРОДА ТА ОСОБЛИВОСТІ СТРУКТУРИ ПРАВОВІДНОСИН СТРАХУВАННЯ ЦИВІЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ВЛАСНИКІВ ТРАНСПОРТНИХ ЗАСОБІВ

Якібчук Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Традиційно в цивілістичній літературі під правовідносинами розуміють особисті немайнові та майнові відносини, врегульовані нормами цивільного права, що виникають між автономними і рівноправними суб'єктами, які наділені суб'єктивними цивільними правами та обов'язками.

Цивільні правовідносини класифікують за кількома критеріями. Зокрема, за спрямованістю та цілями встановлення цивільні правовідносини поділяють на регулятивні та охоронні. Регулятивні правовідносини призначені опосередковувати (регулювати) зв'язки нормального цивільного обігу. Вони є типовими для цивільного права, виникають при позитивному розвитку взаємодії сторін і здійснюються у правомірних діях суб'єктів. Охоронні правовідносини виникають у разі необхідності захисту інтересів учасників цивільного обігу цивілістичними засобами.

На думку Шихова О.К. та Шихова О.О. така класифікація притаманна і страховим правовідносинам. За функціями в правовому регулюванні автори пропонують виділяти регулятивні страхові правовідносини та охоронні страхові правовідносини. Регулятивні страхові правовідносини виникають і реалізуються на підставі правомірної поведінки суб'єктів цих правовідносин, передбаченої відповідними нормами страхового права. Ці правовідносини, в свою чергу, поділяються на дві підгрупи:

- 1) страхові правовідносини, що виникають і діють в процесі підготовки та укладення договорів страхування до моменту вступу їх у силу;
- 2) страхові правовідносини, що виникають та діють в процесі виконання договорів страхування, їх зміни, розірвання або припинення.

Охоронні страхові правовідносини розглядаються авторами як такі, що виникають внаслідок неправомірної поведінки суб'єктів страхових правовідносин, порушення ними вимог норм страхового права. В межах охоронних страхових правовідносин здійснюється юридична відповідальність правопорушника, відновлюються суб'єктивні права.

Дана позиція потребує уточнення. На нашу думку, механізм реагування страховика на порушення умов договору страхувальником і навпаки знаходиться в межах регулятивних страхових правовідносин, оскільки є пов'язаним із зміною чи припиненням договору. Охоронне ж правовідношення виникає у разі настання страхового випадку, коли необхідно забезпечити захист майнових інтересів особи, на чию користь укладено договір страхування.

Більш правильним видається підхід Л.Л. Кінашук, яка теж пропонує за підставою виникнення розрізняти регулятивні страхові правовідносини та охоронні страхові правовідносини. Під регулятивними автор традиційно розуміє правовідносини, через які здійснюється регулювання нормальних страхових відносин, тобто, регулювання правомірної діяльності суб'єктів страхування. Охоронні страхові правовідносини виникають на підставі порушення приписів правових норм і відповідного суб'єктивного права. Таким чином автор вважає охоронні страхові правовідносини правовою формою усунення наслідків правопорушення.

Проаналізувавши правову природу правовідносин страхування цивільної відповідальності власників транспортних засобів, можна прийти до висновку про їх комплексний характер. Вони складаються із регулятивного відношення, яке виникає між страховиком і страхувальником під час укладення, виконання, зміни чи припинення договору страхування та охоронного відношення, яке виникає в результаті настання страхового випадку і пов'язане із відшкодуванням шкоди, завданої страхувальником або застрахованою особою третьої особі. Ці відношення поєднує, насамперед, договір страхування цивільної відповідальності, який виступає тим юридичним фактом, на підставі якого виникають правовідносини страхування. Так, М.І.

Брагінський та В.В. Вітрянський вважають, що на ситуацію, в якій фізична чи юридична особа зобов'язані страхувати цивільну відповідальність перед третіми особами за свій рахунок чи за рахунок заінтересованих осіб, положення про обов'язкове укладення договору не поширюється, хоча б тому, що держава не стає стороною даного договору. Тобто оформлення відносин зі страховиком договором обов'язкового страхування цивільної відповідальності здійснюється в загальному порядку, незважаючи на те, що саме страхування є обов'язковим для страховика.

Крім цього, комплексний характер впливає із самої суті та мети страхування як виду цивільно-правових відносин. Так, відповідно до ст. 1 Закону України «Про страхування» страхові правовідносини спрямовані на захист майнових інтересів фізичних осіб та юридичних осіб у разі настання певних подій (страхових випадків), визначених договором страхування. Тобто охоронні правовідносини існують з моменту настання страхового випадку та покликані забезпечити захист майнових інтересів особи. Така будова правовідносин характерна усім видам страхування.

Попри це структура правовідносин страхування цивільної відповідальності має певні особливості. Охоронне правовідношення у цьому виді страхування набуває нового суб'єкта, який не бере участі у регулятивному правовідношенні – третю особу, якій завдано шкоди внаслідок настання страхового випадку.

Отже, правовідносини страхування цивільної відповідальності власників транспортних засобів мають комплексний характер, складаються із регулятивних та охоронних правовідносин, в яких у разі настання страхового випадку з'являється новий суб'єкт – третя особа, якій заподіяно шкоду.

ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ПАТЕНТНИХ ПРАВ В УКРАЇНІ**Якубівський І.***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Одним із основних інститутів права інтелектуальної власності є патентне право, яке має своїми об'єктами такі важливі результати науково-технічної та дизайнерської творчості, як винаходи, корисні моделі та промислові зразки. На сьогоднішній день в Україні діє доволі розгалужена система нормативно-правових актів, які регулюють питання набуття та здійснення права інтелектуальної власності на винаходи, корисні моделі та промислові зразки. Проте, як відомо, суб'єктивне цивільне право лише тоді становить реальну соціальну цінність, коли воно забезпечене ефективним механізмом захисту на випадок його оспорювання, невизнання чи порушення. У зв'язку із цим доводиться констатувати, що станом на сьогодні саме питання захисту патентних прав не одержують належного правового регулювання в національному патентному законодавстві.

Остання теза може викликати подив з огляду на те, що у ЗУ „Про охорону прав на винаходи і корисні моделі” та ЗУ „Про охорону прав на промислові зразки” містяться окремі розділи „Захист прав”. Водночас, більш детальний аналіз положень, що містяться у цих розділах законів, свідчить про недостатній рівень правового регулювання у сфері захисту патентних прав. Навіть якщо порівняти між собою зміст розділів VII ЗУ „Про охорону прав на винаходи і корисні моделі” та ЗУ „Про охорону прав на промислові зразки”, з одного боку, та розділ V ЗУ „Про авторське право і суміжні права”, з іншого боку, то стає очевидним, що на сьогоднішній день в Україні рівень захисту авторських та суміжних прав є помітно вищим, ніж рівень захисту патентних прав, що важко визнати виправданим.

В обох спеціальних законах у сфері патентного права містяться окремі статті, що мають назву „Способи захисту прав” (ст.35 ЗУ „Про охорону прав на винаходи і корисні моделі”; ст.27 ЗУ „Про охорону прав на промислові зразки”). Проте назва згаданих статей не відповідає їхньому змісту. Адже в них не передбачено способів захисту патентних прав, а йдеться про форми захисту цих прав, а також про те, які категорії спорів у цій сфері вирішуються судами. В свою чергу способи захисту патентних прав закріплено у ст.34 ЗУ „Про охорону прав на винаходи і корисні моделі” та ст.26 ЗУ „Про охорону прав на промислові зразки”: на вимогу власника патенту порушення повинно бути припинено, а порушник зобов'язаний відшкодувати власнику патенту заподіяні збитки.

Тобто для захисту патентних прав патентне законодавство передбачає два способи захисту: припинення дії, яка порушує право, та відшкодування збитків. Доречно зауважити, що обидва ці способи належать до загальних способів захисту цивільних прав, що закріплені ст.16 ЦК України. Таким чином, спеціальні патентні закони як таких спеціальних способів захисту патентних прав, по суті, не закріплюють. Такий підхід важко визнати обґрунтованим. Адже специфіка прав інтелектуальної власності, в цілому, та патентних прав, зокрема, обумовлює значні труднощі стосовно визначення збитків, що підлягають стягненню за порушення цих прав. Так, виходячи із загальної норми ст.22 ЦК України, до складу збитків входять реальні збитки та упущена вигода. Проте у випадку порушення патентних прав реальні збитки, як правило, не заподіюються, а тому не може йтися і про їх відшкодування. Що ж стосується упущеної вигоди, то, як свідчить судова практика, суди відносно рідко задовольняють позови про відшкодування упущеної вигоди. Тому питання відшкодування збитків за порушення патентних прав залишається відкритим. У цьому аспекті варто зазначити, що в авторському праві дана проблема вирішується шляхом закріплення права особи, чие авторське право порушено, вимагати замість відшкодування збитків стягнення з порушника доходу, отриманого внаслідок порушення авторського права, або виплати компенсацій (ст.52 ЗУ „Про авторське право і суміжні права”). Як показує судова практика, позивачі в більшості випадків як спосіб захисту порушених авторських прав обирають саме

виплату компенсації, оскільки в такому випадку їм не потрібно доказувати факт заподіяння збитків та їх розмір. Проте у патентному законодавстві аналогічних норм, на жаль, немає.

У ст.432 ЦК України є загальна норма, відповідно до якої, суд у випадках та в порядку, встановлених законом, може постановити рішення, зокрема, про засосування розового грошового стягнення замість відшкодування збитків за неправомірне використання об'єкта права інтелектуальної власності. По суті, закріплене у ст.432 ЦК України „разове грошове стягнення” є відповідником передбаченої ст.52 ЗУ „Про авторське право і суміжні права” „компенсації”. Водночас, розміщення норми ст.432 ЦК України у главі 35 „Загальні положення про право інтелектуальної власності” вказує на те, що передбачений у ній спосіб захисту є загальним для права інтелектуальної власності, тобто, теоретично, мав би стосуватися і захисту патентних прав. Проте неважко помітити, що у ст.432 ЦК України йдеться про можливість застосування даного способу захисту „у випадках і в порядку, встановлених законом”. Як було показано вище, спеціальні закони у сфері патентного права відповідних норм не містять. У зв'язку із цим постає питання про те, чи можуть застосовуватись передбачені у ст.432 ЦК України способи захисту, зокрема, застосування розового грошового стягнення замість відшкодування збитків, для захисту патентних прав.

Варто зазначити, що стосовно поставленого питання на сьогоднішній день немає чіткої позиції у судовій практиці.

Так, у п.6 Оглядового листа ВГСУ від 14.12.2007 р. № 01-8/974 “Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти інтелектуальної власності” передбачено, що стягнення компенсації як спосіб правового захисту порушеного права інтелектуальної власності має застосуватися лише у випадках та в порядку, встановлених законом. При цьому варто зауважити, що зазначена правова позиція безпосередньо стосується захисту прав на торговельну марку. Однак, у цьому ж пункті оглядового листа сказано, що „Законами України, в тому числі Законом України „Про охорону прав на знаки для товарів і послуг” (розрядка моя – І.Я.), не встановлено ні випадків, ані розміру зазначеного стягнення, що здійснювалося б на захист прав, які виникають із свідцтва на знак для товарів і послуг (на відміну від приписів статті 52 Закону України „Про авторське право і суміжні права”)”. Наведена мотивація вказує на можливість поширення даної правової позиції і на сферу захисту патентних прав з огляду на відсутність відповідних норм про даний спосіб захисту у ЗУ „Про охорону прав на винаходи і корисні моделі” та ЗУ „Про охорону прав на промислові зразки”.

Проте ВГСУ у постанові від 21.02.2006 р. було висловлено дещо іншу позицію стосовно застосування ст.432 ЦК України для захисту патентних прав. Так, Товариство звернулося до господарського суду з позовом до машинобудівного заводу, в якому просило:

- зобов'язати відповідача припинити виробництво, пропонування до продажу та реалізацію борон ґрунтообробних дискових БГД-6, БГД-4 та БГД-2,4;
- провести утилізацію зазначених готових виробів та деталей до них;
- стягнути з відповідача 6 422,47 грн упущеної вигоди;
- опублікувати за рахунок відповідача в ЗМІ відомості про прущення прав інтелектуальної власності Товариства як виключного ліцензіата на винахід, захищений патентом на винахід № 51783, та зміст судового рішення щодо такого правопорушення.

Ухвалою місцевого господарського суду позовну заяву Товариства повернуто без розгляду, зокрема, з мотивів порушення встановлених процесуальним законодавством правил об'єднання позовних вимог. Скасовуючи дану ухвалу місцевого господарського суду ВГСУ у своїй постанові зазначив наступне: „Предметом цього спору є захист права інтелектуальної власності на винахід. Частиною 2 ст.432 Цивільного кодексу України визначено, що суд у випадках та в порядку, встановлених законом, може постановити рішення про вилучення з цивільного обороту товарів, виготовлених або введених в цивільний оборот з порушенням права інтелектуальної власності; застосування розового грошового стягнення замість відшкодування збитків за неправомірне використання об'єкта права інтелектуальної власності; опублікування в засобах масової інформації відомостей про порушення прав інтелектуальної власності та зміст судового рішення щодо такого порушення. В цьому разі

Товариством фактично використано передбачені законом різні способи захисту права (родрядка моя – І.Я.) на один і той самий об'єкт інтелектуальної власності, що свідчить про однорідність та єдину правову природу позовних вимог з цього спору⁷⁷. Тобто в даному випадку ВГСУ допускає застосування перерахованих у ст.432 ЦК України способів захисту до патентних відносин навіть пропри відсутність відповідних норм у спеціальних законах.

Таким чином, станом на сьогодні на практиці існує проблема відшкодування збитків за порушення патентних прав. При цьому застосування передбаченого загальною нормою ст.432 ЦК України способу захисту – разового грошового стягнення замість відшкодування збитків – є проблемним з огляду на відсутність відповідних спеціальних норм у ЗУ „Про охорону прав на винаходи і корисні моделі” та ЗУ „Про охорону прав на промислові зразки”. Тому зараз існує необхідність доповнення вказаних вище патентних законів нормами, аналогічними тим, що містяться у ст.52 ЗУ „Про авторське право і суміжні права” стосовно можливості стягнення замість відшкодування збитків доходу, отриманого порушником внаслідок порушення патентних прав, або стягнення компенсації. Це дозволить посилити рівень захисту патентних прав в Україні.

СЕКЦІЯ ТРУДОВОГО, АГРАРНОГО ТА ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА

ОСНОВНІ НАПРЯМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ ЗЕМЕЛЬ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕННЯ

Баран О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Аналіз практики застосування деяких норм земельного законодавства щодо земель сільськогосподарського призначення вказує на невирішеність ряду питань, що стосуються їх правового режиму. Основні положення щодо цих земель були визначені ще в Основах земельного законодавства Союзу РСР і союзних республік 1968 р. і не зазнали суттєвих змін. Тому, в законодавчому порядку, вимагають удосконалення ряд норм. Наямперед, це стосується необхідності законодавчого уточнення складу та закріплення поняття правового режиму земель сільськогосподарського призначення.

Визначення правового режиму земель сільськогосподарського призначення відбувається з урахуванням основного цільового призначення земель, зонування земель, земельного кадастру, обмежень прав на землю та встановлення спеціального порядку землекористування громадян.

1. Встановлення цільового призначення земель має фундаментальне правове значення для характеристики правового режиму земель, тому вимагає окремої уваги. На жаль, ЗК України не конкретизував, що слід розуміти під цільовим призначенням земельної ділянки, а лише вказав на наявність такої ознаки.

По-перше, цільове призначення є основою поділу всіх земель на категорії, серед яких пріоритетне місце займають землі сільськогосподарського призначення.

По-друге, з його допомогою можна відокремити і інші засоби визначення правового режиму земель, наприклад, закріплення в законодавстві поділу земель сільськогосподарського призначення на види.

По-третє, цільове призначення земельних ділянок є основою для встановлення правового статусу різних суб'єктів прав на них.

Ці аргументи переконують у тому, що цільове призначення є єдиним правовим засобом визначення правового режиму земель, що так тісно пов'язане із земельними ділянками.

У зв'язку з цим для визначення правового режиму земель сільськогосподарського призначення потрібно по-новому переглянути законодавчі та наукові підходи щодо поняття цільового призначення земельних ділянок.

Беручи до уваги існуючі законодавчі та наукові підходи щодо використання земель для потреб сільського господарства можна виділити таку ознаку правового режиму земель сільськогосподарського призначення як наявність юридичної форми вираження цільового призначення земельної ділянки – підстави для землекористування громадян. За цією ознакою земельні ділянки можна поділити на два види:

А) угіддя, які виділяються із складу земель сільськогосподарського призначення. Їх цільове призначення визначається при відведенні певній особі в державних актах про право власності на земельну ділянку, а цільове призначення земельної ділянки, яка надана в оренду, визначається у договорі оренди (згідно Закону України "Про оренду землі" до істотних умов договору оренди земельної ділянки належить цільове призначення, умови використання її збереження якості земель);

Б) земельні ділянки інших категорій, які за законодавством можуть використовуватися для потреб сільського господарства.

Практичне і наукове значення такої класифікації полягає у відокремленні в, окрім угідь:

– земель, які тимчасово використовуються для потреб сільського господарства, але входять до складу інших категорій земель та підпорядковуються правовому режиму відповідної категорії земель;

– деградованих та малопродуктивних земель, що мають особливий правовий режим охорони.

2. Потребує вдосконалення ст. 22 ЗК України, в якій дається аналогічне, щоправда, дещо ширше формулювання земель сільськогосподарського призначення порівняно із ЗК УРСР. Для усунення існуючих непорозумінь важливо на законодавчому рівні відмежувати виключно економічне поняття „сільськогосподарських земель” від „земель сільськогосподарського призначення” та „земель сільськогосподарського використання”.

Сільськогосподарські землі, на відміну від правової категорії земель сільськогосподарського призначення, є землями, що за своїми економічними ознаками використовуються, чи можуть бути використані для ведення сільського господарства, але поряд з цим вони входять в інші категорії земель, в тому числі, і переважно, в склад земель сільськогосподарського призначення.

На відміну від правового поняття „земель сільськогосподарського призначення”, поняття „земель сільськогосподарського використання” є категорією економічною, оскільки воно означає економічне, господарське призначення, характеризує споживчу властивість земельних ділянок, що входять в склад інших категорій земель (несільськогосподарського призначення).

З юридичної точки зору, при застосуванні ст. 23 ЗК України потрібно виходити з того, що вона не виключає можливості надання для сільськогосподарських потреб земельних ділянок несільськогосподарського призначення. Такі земельні ділянки можуть бути переведені до складу земель сільськогосподарського призначення і надані для сільськогосподарського використання. Відповідне рішення приймається органами виконавчої влади та місцевого самоврядування на підставі даних державного земельного кадастру (передусім даних бонітування ґрунтів (ст. 199 ЗК України) та економічної оцінки земель (ст. 200 ЗК України)).

Це створює правове підґрунтя для поширення на землі, що тимчасово використовуються для сільськогосподарських потреб та мають усі характеристики угідь сільськогосподарського призначення правового режиму, встановленого для земель сільськогосподарського призначення.

З іншого боку угіддя, щодо яких не встановлено правового режиму, який відповідає їх природним характеристикам, цілком об’єктивно можуть опинитись в складі інших категорій земель. Тому необхідно окремо законодавчо забезпечити особливу охорону ґрунтів, шляхом прийняття спеціального нормативно-правового акту про ґрунти за ознакою їх родючості.

Поділ земель сільськогосподарського призначення за родючістю ґрунтів має, крім господарського, і правове значення, оскільки визначає відмінності змісту правовідносин, що виникають у зв’язку з їх використанням. Такі відмінності прийнято називати правовим режимом.

Метою встановлення правового режиму земель сільськогосподарського призначення є забезпечення раціонального, ефективного та цільового використання всіх видів земель цієї категорії, на забезпечення охорони та гарантування прав усіх власників та землекористувачів, на забезпечення розподілу земель з допомогою правового механізму регулювання ринку землі.

В сучасних умовах встановлення основного цільового призначення земельної ділянки непомірно ускладнює її використання власником у кожному випадку зміни можливостей щодо використання своєї ділянки (обтяжливі процедури зміни цільового призначення та перереєстрація державних актів на право власності на землю, які в даний час є обов’язковими при зміні характеру діяльності власника земельної ділянки).

У зв’язку з тим необхідно погодитись із запропонованими в юридичній літературі пропозиціями скоротити перелік видів цільового призначення земель сільськогосподарського призначення, визначивши лише такі: 1) для ведення сільськогосподарського виробництва, об’єднавши земельні ділянки, що надаються для ведення особистого селянського господарства, ведення товарного сільськогосподарського виробництва; 2) садівництва; 3) для сільськогосподарських дослідних та навчальних цілей.

Щодо визначення правового режиму земель сільськогосподарського призначення, то його потрібно розуміти як визначені нормами земельного законодавства порядок необхідної поведінки щодо землі як основного національного багатства та найбільш цінної категорії земель, як об’єкта права власності та інших прав на землю, як об’єкта державного управління та особливої правової охорони.

ЗМІСТ І СУТЬ ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ ТРУДОВИХ ПРАВ ПРАЦІВНИКІВ

Бурак В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Захист порушеного суб'єктивного права – одна з найбільш важливих категорій теорії права. У трудовому праві під захистом прав та законних інтересів працівників розуміють сукупність матеріально-правових заходів, організаційних і процесуальних способів припинення і попередження порушень трудового законодавства, відновлення порушених трудових прав громадян і відшкодування понесеної внаслідок цього шкоди. В теорії права панує думка, що захист передбачає як діяльність державних і уповноважених державою органів, так і діяльність самих суб'єктів правовідношення по усуненню перешкод, а також відновленню порушених трудових прав.

Правовий захист трудових прав та законних інтересів працівників включає в себе наступні елементи.

По-перше, необхідні певні передумови, для здійснення правового захисту; по-друге, він здійснюється в передбаченому законом порядку, тобто в певній формі; по-третє, він здійснюється за допомогою власних засобів і способів, які передбачені нормами трудового права.

Необхідними передумовами правового захисту є наявність в особи правосуб'єктності. При розгляді питання про правосуб'єктність у правовідносинах по захисту трудових прав і законних інтересів працівників необхідно зважати на те, що у правовідносинах при зверненні до суду права і обов'язки працівника регулюються Цивільним процесуальним кодексом і законодавством про працю. Що ж стосується правовідносин по зверненню до комісії по трудових спорах, то права і обов'язки врегульовані тільки законодавством про працю. У всіх інших видах правового захисту питання правосуб'єктності регулюються спеціальним трудовим законодавством, або спеціальним законодавством яке регулює відповідний вид захисту.

Оскільки захист трудових прав та законних інтересів здійснюється в передбаченому законом порядку, то він здійснюється у певних визначених законом формах. Під формою захисту розуміють комплекс внутрішньо узгоджених і урегульованих законом міроприємств по захисту трудових прав та законних інтересів.

Розрізняють наступні форми захисту:

- а) юрисдикційну;
- б) неюрисдикційну.

Під юрисдикційною формою захисту розуміють діяльність уповноважених державою органів по захисту порушених або оспорюваних суб'єктивних прав. Суть юрисдикційної форми захисту полягає у тому, що особа яка оспорує право чи законний інтерес, звертається до державних або інших компетентних органів, на які законом покладено обов'язок прийняти необхідні заходи для відновлення порушеного права і припинення правопорушення.

В межах юрисдикційної форми розрізняють загальний і спеціальний порядок захисту трудових прав та охоронюваних законом інтересів. Загальний порядок передбачає судовий захист. Серед спеціальних форм захисту трудових прав та законних інтересів можна виділити адміністративний захист, який включає в себе захист органами прокуратури, а також іншими державними органами, які здійснюють контроль за дотримання трудового законодавства. Сюди також можна віднести розгляд індивідуальних трудових спорів в порядку підлеглості. Він здійснюється в порядку передбаченому законом України „Про звернення громадян”, а також розгляд індивідуального трудового спору в комісії по трудових спорах. Видається, що в умовах правової держави КТС повинен виконувати не юрисдикційну функцію, а лише примирну. З таких позицій виходить проект Трудового кодексу України. При цьому видається незрозумілим, чому у кодексі збережено сьогодні існуючий перелік трудових спорів, які підлягають виключній підвідомчості суду. Видається, що КТС, як примирний орган може розглядати усі спори, які випливають з трудових правовідносин, якщо сторони про це попередньо домовилися.

Наступною формою захисту трудових прав та законних інтересів працівників є неюрисдикційна форма захисту, яка охоплює собою дії працівників по захисту порушених суб'єктивних прав, які здійснюються ними самостійно без звернення до державних або інших компетентних органів. Неюрисдикційні форми захисту трудових прав та законних інтересів працівників передбачені трудовим законодавством. До них належать:

а) примирно-третейські процедури, які застосовуються при вирішенні колективних трудових спорів;

б) самозахист;

в) громадський захист, який здійснюють виборні профспілкові органи.

Характерною ознакою неюрисдикційних форм захисту є не вирішення спору, а сприяння сторонам спору у досягненні компромісу, шляхом прийняття взаємоприйнятної рішення.

Разом і з порядком вирішення спорів трудове законодавство врегульовує і матеріально-правові засоби захисту прав та законних інтересів суб'єктів трудових правовідносин.

Передбачені законом засоби захисту трудових прав та охоронюваних законом інтересів залежать від характеру порушення цих прав і являють собою обов'язкові для роботодавця і працівника приписи органу, який розглядає трудовий спір.

До таких засобів можна віднести дій та приписи органів, які розглядають трудові спори спрямовані на відновлення порушених або оспорюваних прав суб'єкта трудового правовідношення.

Серед них в першу чергу необхідно виділити такий засіб захисту як відновлення положення, яке існувало до порушення права і припинення дій, які порушують право. У трудовому праві застосовують також і інші способи захисту, зокрема, визнання права, визнання правочину недійсним, а також відшкодування заподіяної шкоди

Усі вони носять матеріально-правовий характер, оскільки безпосередньо забезпечують захист права чи охоронюваного законом інтересу. Застосування цих засобів можливе лише за допомогою певної процесуальної форми. Це дає підставу стверджувати про наявність процесуальних способів захисту трудових прав. Основними процесуальними способами захисту прав є винесення рішення органом, який здійснює захист права. Орган на вимогу особи, права якої порушені, може застосувати один або декілька матеріально-правових засобів захисту суб'єктивних прав або охоронюваних законом інтересів.

Матеріально-правові засоби захисту порушених чи оспорюваних трудових прав чи охоронюваних законом інтересів є взаємопов'язаними і дуже часто застосовуються органами, які вирішують трудові спори в сукупності. Так, якщо суд приймає рішення про поновлення на роботі незаконно звільненого працівника, то на його вимогу він також приймає рішення про виплату йому заробітної плати за час вимушеного прогулу. Крім того, особа яку незаконно звільнили може вимагати стягнення моральної шкоди, яка була заподіяна незаконним звільненням.

Можна зробити висновок про те, що матеріально-правові засоби захисту порушених прав та оспорюваних законних інтересів працівника застосовуються на його вимогу, але в межах визначених законодавством.

СИСТЕМА ПРИНЦИПІВ АГРАРНОГО ПРАВА УКРАЇНИ*Ващишин М.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Дослідження принципів аграрного права має важливе теоретичне і практичне значення. Правильне визначення принципів права сприяє вдосконаленню правового регулювання суспільних аграрних відносин. Це зумовлене тим, що принципи права, як його основа виконують регуляторну функцію.

Принципи (лат. *princĭpĭum*- основи, засади) є вихідними, визначальними положеннями наукової теорії, системи, явища, устрою. Це усталене визначення може бути використане і при дослідженні принципів права. Принципи права – це такі вихідні засади, на яких ґрунтується право як система норм.

У радянській юридичній літературі принципи права розглядалися не як основоположне, а як похідне явище. Прихильники юридичного позитивізму стверджують, що принципи права формуються після того, як склалися відповідні відносини. У теорії аграрного права домінує думка, що аграрні відносини визначають зміст правових принципів, які одержують нормативне закріплення в нормах аграрного права. З цього випливає пряма залежність формування і функціонування принципів аграрного права від аграрної політики і правотворчої діяльності держави.

Сучасні дослідники природничого права заперечують суб'єктивний характер принципів права. Принципи права консолідують правотворчість і правосуддя, забезпечують внутрішню цілісність діючої правової системи, сприяють зміцненню законності, гарантують реалізацію прав громадян, забезпечують єдність процесу створення права, його реалізації і охорони.

Об'єктивний характер принципів права відповідає семантичному значенню цієї правової категорії, оскільки «основні засади» не можуть бути похідним, другорядним явищем.

Варто також погодитися з П.Д. Пилипенком, який розмежовує «принципи права» і «правові принципи» як об'єктивну категорію і як суб'єктивно-історичне явище. Принципи права становлять його зміст, сутність і є вихідними по відношенню до права юридичного. На відміну від принципів права, правові принципи зафіксовані в нормативно-правових актах у формі окремих загальних приписів (норм-принципів).

Принципи права є апробованими нормами загальносоціального права, а правові принципи формуються в рамках певного юридичного права. Тому, коли йдеться про принципи конкретної галузі права, то це категорія правових принципів. При цьому важливо відзначити, що головною умовою ефективного правового регулювання суспільних відносин є його відповідність принципам права.

Як відзначає М.І. Козирь, юридичну специфіку певної галузі права (як традиційної так і комплексної) відображають не тільки її предмет і методи правового регулювання, але і ряд інших юридичних ознак, особливо наявність принципів, властивих даній галузі права. Більше того, галузеві принципи права відображають закономірності комплексної галузі права набагато виразніше, ніж її методи правового регулювання.

Традиційно, кожній галузі права характерні принципи, що складаються з двох рівнів: загально-правові і галузеві (спеціальні). Комплексні галузі права відрізняються наявністю міжгалузевих правових принципів, які обумовлені значним впливом суміжних галузей права на зміст предмету правового регулювання комплексної галузі в спеціалізованій формі. Тому принципи основних галузей права є «одноріднішими», ніж принципи комплексних галузей права, які також «комплексні» за змістом.

У системі міжгалузевих принципів аграрного права домінуюче місце займають принципи земельного права, покликани забезпечити раціональне використання і охорону сільськогосподарських земель. У аграрно-трудовій сфері необхідно враховувати принцип оптимального поєднання єдності і диференціації правового регулювання трудових відносин. Для приватно-правової сфери аграрних відносин характерним є принцип надання сільськогосподарським то-

варовиробникам права вільно брати участь в договірних, підприємницьких, господарських та інших відносинах, якщо це прямо не заборонено законом.

Аграрне право як комплексна, спеціалізована та інтегрована галузь права формально закріплена і виражена у формі аграрного законодавства, яке стрімко розвивається. Розвиток і вдосконалення аграрного законодавства дає підставу стверджувати про формування інституційних принципів аграрного права, які нормативно фіксуються в окремих аграрний-правових джерелах. Варто окремо виділити систему принципів правового регулювання соціального розвитку села, обґрунтовану А.В. Чичкіним, як приклад інституційних принципів аграрного права.

Слід зазначити, що і галузеві, і інституційні принципи аграрного права не завжди асоціюються з конкретною нормою права. Ті принципи, які безпосередньо не закріплені в аграрному законодавстві, виводяться з його змісту. При цьому важливо, щоби вся система правових норм базувалася на належних принципах права, що зможе гарантувати її цілісність.

Система правових принципів, їх зміст не є незмінними. Основні зміни, які торкнулися принципів аграрного права, були продиктовані реформуванням аграрного сектора економіки та ідеологічними перетвореннями. Так, наприклад, втратив ідейний зміст принцип виключної державної власності на землю, який займав домінуючу позицію в системі принципів радянського земельного і сільськогосподарського права.

Принципи аграрного права – це нормативні положення, які визначають зміст і спрямованість правового регулювання аграрних відносин, гарантують їх цілісність і стабільність.

Систему спеціальних аграрно-правових принципів складають наступні нормативні положення, які закріплені в джерелах аграрного права:

1. *пріоритетність сільського господарства в системі галузей економіки*. Прикладом юридичної фіксації цього принципу виступає Закон України «Про пріоритетність соціального розвитку села й агропромислового комплексу в народному господарстві». Як відзначає Н.І. Титова, головним компонентом цього принципу є пріоритетність сільськогосподарського землекористування серед інших видів використання земель;
2. найбільш декларативний характер має *принцип пріоритетності соціального розвитку села*, який нормативно закріплений і в Законі України «Про пріоритетність соціального розвитку села й агропромислового комплексу в народному господарстві» і в Указі Президента України «Про основні засади соціального розвитку села». Але відсутність належного регулятивного впливу цього принципу не дає можливості соціальній сфері села розвиватися через відсутність необхідного бюджетного фінансування;
3. в умовах плуралізму форм власності на землю і майно важливе значення має *принцип рівноправності суб'єктів аграрних правовідносин*, які відрізняються не тільки формами власності (державні, комунальні, приватні), але й організаційно-правовими формами господарювання. Цим принципом керувався законодавець при прийнятті законів України «Про сільськогосподарську кооперацію», «Про фермерське господарство», «Про особисте селянське господарство», «Про колективне сільськогосподарське підприємство» та інших компетенційних (диференційованих) джерел аграрного права;
4. незмінним залишається сформульований М.І. Козирем принцип органічного зв'язку трудової діяльності з природнокліматичними умовами аграрного підприємництва і екологічної спрямованості цієї діяльності. З урахуванням сезонного характеру сільськогосподарського виробництва і його залежності від природнокліматичних чинників прийнятий Закон України «Про стимулювання розвитку сільського господарства України на період 2001-2004 років»;
5. логічним продовженням попереднього принципу є *принцип стабільної державної підтримки сільськогосподарських товаровиробників*, який наділений регулятивними властивостями завдяки Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України»;

6. навіть в умовах розвиненої ринкової економіки не можна відмовлятися від *принципу регулятивної державної дії на аграрний сектор* для забезпечення захисту аграрних товаровиробників і зміцнення продовольчої безпеки населення держави;
7. важливе місце займає *принцип реальної гарантованості суб'єктивних прав селян*, що слугує основою розширення системи юридичних гарантій для свободи аграрного підприємництва і підвищення рівня життя мешканців села;
8. істотне практичне значення має *принцип сприяння розвитку інфраструктури аграрного ринку*, який вперше був нормативно зафіксований в Указі Президента України «Про заходи по забезпеченню формування і функціонування аграрного ринку»;
9. для забезпечення ефективності правового регулювання аграрних відносин необхідний *принцип вдосконалення аграрного законодавства*, обумовлений соціальними, економічними, ідеологічними, екологічними та іншими вимогами.

Система науково обґрунтованих, об'єктивних, підтверджених практикою і нормативно закріплених універсальних принципів аграрного права пронизує всі рівні правового регулювання суспільних аграрних відносин, забезпечуючи їх стабільність, результативність і ефективність як на стадії розробки і ухвалення аграрних нормативно-правових актів, так і на стадії право розуміння і реалізації аграрно – правових норм.

**ПРОБЛЕМИ ТЛУМАЧЕННЯ ПОЛОЖЕНЬ ХАРТІЇ
ОСНОВОПОЛОЖНИХ ПРАВ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ***Венецька О.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Під час підготовки проекту Хартії основоположних прав Європейського Союзу (далі – Хартія) та після її прийняття одним із найважливіших питань було співвідношення Хартії та інших міжнародних актів із захисту прав людини, зокрема це стосувалось Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – ЄКПЛ). Хартія містить багато прав, які вже закріплені в ЄКПЛ, що викликає дискусії з приводу тлумачення відповідних положень Хартії.

Друга робоча група Конвенту опрацювала спільно з експертами документ під назвою “Актуалізовані пояснення до тексту Хартії основоположних прав” (далі – Пояснення), тобто коментар до неї. Після підписання Лісабонського договору (2007р.) документ було доопрацьовано з урахуванням змін, внесених до Хартії і установчих договорів. Пояснення не мають статусу закону, але вони є цінним інструментом тлумачення, покликаним роз’яснити положення Хартії.

У цьому документі безпосередньо вказано про наступну відповідність окремих положень Хартії певним положенням ЄКПЛ:

Положення Хартії	Положення ЄКПЛ
Ст. 2. Право на життя.	Ст. 2. Право на життя.
Ст. 4. Заборона тортур та нелюдського, такого, що принижує гідність поводження чи покарання.	Ст. 3. Заборона катування.
Ч. 1 ст. 5. Заборона рабської і примусової праці.	Ч. 2 ст. 4. Заборона рабства і примусової праці.
Ст. 6. Право на свободу і безпеку.	Ст. 5. Право на свободу та особисту недоторканність.
Ст. 7. Повага до приватного та сімейного життя.	Ст. 8. Право на повагу до приватного і сімейного життя.
Ч. 1 ст. 10. Свобода думки, совісті і релігії.	Ст. 9. Свобода думки, совісті і релігії.
Ст. 11. Свобода висловлювання та інформації.	Ст. 10. Свобода вираження поглядів.
Ст. 17. Право власності.	Ст. 1 Першого Протоколу до ЄКПЛ. Захист власності.
Ч. 1 ст. 19. Захист у випадку вислання чи екстрадиції.	Ст. 4 Протоколу № 4. Заборона колективного вислання іноземців.
Ст. 48. Презумпція невинуватості і право на захист.	Ч. 2, 3 ст. 6. Право на справедливий суд.
Ч. 1 ст. 49. Принцип законності і відповідності покарання скоєному злочині.	Ст. 7. Ніякого покарання без закону.

Щодо вищенаведених положень Хартії і ЄКПЛ, то у Поясненнях вказується на їх повну відповідність. Але крім того, є ще низка статей Хартії, які базуються на аналогічних положеннях ЄКПЛ, проте мають ширший зміст і трактуються з урахуванням специфіки права Європейського Союзу (далі – ЕС) і його актів. Це такі статті.

Ст. 8. *Захист особистих даних*. Ця стаття базується на ст. 286 Договору про створення Європейського Співтовариства і Директиві Європейського Парламенту і Ради 95/46/ЕС про захист індивідів щодо передачі особистих даних і вільний обіг таких даних, а також на ст. 8

ЄКПЛ і Конвенції Ради Європи від 28 січня 1981 року “Про захист осіб з огляду на автоматичну обробку персональних даних”, яка була ратифікована усіма державами-членами.

Ст. 9. Право на шлюб і право на створення сім'ї. Ця стаття базується на ст. 12 ЄКПЛ. Її формулювання було модернізоване з метою охоплення випадків, у яких національне законодавство визнає інші, ніж укладення шлюбу, способи створення сім'ї. Ця стаття ні забороняє, ні підтримує надання статусу шлюбу союзам між людьми однієї статі. Таким чином, дане право є аналогічним до права, наданого ЄКПЛ, але його обсяг може бути ширшим за передбачений національним законодавством.

Ст. 12. Свобода зборів та асоціацій. Значення положень ч. 1 ст. 12 є таким самим як і аналогічних положень ст. 11 ЄКПЛ, але їхній обсяг є ширшим, оскільки вони застосовуються на усіх рівнях, включаючи європейський рівень. Це право також базується на ст. 11 Хартії Співтовариства про основні соціальні права працівників. Частина 2 вказаної статті відповідає ст. 10(4) Договору про Європейський Союз.

Ст. 14. Право на освіту. Ця стаття базується на спільних конституційних традиціях держав-членів і на ст. 2 Першого Протоколу до ЄКПЛ. Було визнано необхідним розширити зміст цієї статті щодо підвищення кваліфікації і триваючого навчання, а також включити до неї принцип безоплатного обов'язкового навчання. Згідно його формулювання кожна дитина має право на відвідини установи, яка надає безкоштовну освіту. Він не вимагає від усіх установ, які надають освіту чи проводять професійні або додаткові тренінги, особливо приватні, надавати безкоштовну освіту. Він також не включає в себе різні специфічні форми освіти, які є платними, якщо держава вживає заходів для забезпечення фінансової компенсації. Таким чином, Хартія вимагає від ЄС визнання безкоштовної обов'язкової освіти, але це не створює нових повноважень.

Свобода заснування публічних чи приватних учбових закладів є гарантованою, як один із аспектів права на зайняття підприємницькою діяльністю; але вона є обмеженою демократичними принципами і використовується згідно з положеннями національного законодавства.

Ст. 47. Право на ефективний засіб правового захисту і на справедливий судовий розгляд. Суд Справедливості Європейських Співтовариств (далі -- ССЕС) вказує на це право як на загальний принцип права ЄС у своєму рішенні від 15 травня 1986р. у справі Johnston. Відповідно до рішення ССЕС цей загальний принцип права ЄС застосовується і до держав-членів при імplementації ними права ЄС. Включення даного положення до Хартії не мало на меті змінити систему судового розгляду, закріплену установчими договорами, і особливо положення, які стосуються допустимості безпосереднього звернення до ССЕС.

Ч. 2 ст. 47 повністю відповідає ст. 6 ЄКПЛ.

Ч. 3 ст. 47 передбачає, відповідно до практики Європейського суду з прав людини (далі - ЄСПЛ) забезпечення правового допомогою у випадках, коли її відсутність може зробити неможливим надання ефективних засобів правового захисту (рішення ЄСПЛ від 9 жовтня 1979 р. у справі Airey, Series A, Volume 32, p. 11).

Ст. 50. Право не бути повторно засудженим чи покараним у кримінальному порядку за один і той самий злочин. У коментарі до цієї статті цитується ст. 4 Протоколу № 7 до ЄКПЛ. Принцип 'non bis in idem' застосовується у праві ЄС (рішення ССЕС від 5 травня 1966р. у справі Gutmann v. Commission і рішення Суду Першої Інстанції від 20 квітня 1999р. у справі Limburgse Vinyl Maatschappij NV v. Commission). Відповідно до ст. 50 він застосовується не лише щодо юрисдикції однієї держави-члена, але і між юрисдикціями кількох держав-членів.

З вищенаведеного можна зробити висновок, про те, що в контексті питання співвідношення положень ЄКПЛ і Хартії Пояснення є важливим документом інтерпретації. Вони чітко визначають перелік статей Хартії, які мають такий самий зміст і цілі, що й відповідні положення ЄКПЛ, а також тлумачать положення Хартії, які базуються на аналогічних положеннях ЄКПЛ, використовуючи практику ЄСПЛ і ССЕС.

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ АКТИ, ЯК ДЖЕРЕЛА ТРУДОВОГО ПРАВА УКРАЇНИ**Вісьтак М.***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Одним із напрямів інтеграції України у міжнародне співтовариство є впровадження міжнародних стандартів до національного законодавства, а також застосування норм міжнародного права при регулюванні певного виду правовідносин. Зокрема це стосується і трудових правовідносин. Сьогодні відбувається процес удосконалення трудового законодавства, що зумовлено застарілістю деяких норм, які не відповідають сучасним трудовим правовідносинам, а також нормам і принципам міжнародного права.

Варто зазначити що жодний нормативно-правовий акт національного трудового законодавства не визначає переліку міжнародно-правових актів, які можуть бути джерелами трудового права України. Стаття 8-1 Кодексу законів про працю України лише передбачає, якщо міжнародним договором або міжнародною угодою, в яких бере участь Україна, встановлено інші правила ніж ті, що їх містить законодавство України про працю, то застосовуються правила міжнародного договору або міжнародної угоди.

Загальним і найбільш розповсюдженим у науці трудового права є розподіл джерел міжнародно-правового регулювання праці за критерієм їх створення та формою існування: міжнародний договір, міжнародний звичай, акти міжнародних організацій, рішення міжнародних судових органів. За цим критерієм у статті 38 Статуту Міжнародного суду ООН подано перелік джерел міжнародного права, застосовуваних цим судом при розв'язанні переданих йому спорів. До них належать: міжнародні конвенції, як загальні, так і спеціальні, що встановлюють правила, які безумовно визнаються державами; міжнародний звичай як доказ загальної практики, яка закріплена в правових нормах; загальні принципи права, визнані цивілізованими націями; судові рішення і доктрини найбільш кваліфікованих фахівців із публічного права різних націй як допоміжний засіб для визначення правових норм.

Відповідно до ст. 2 Віденської конвенції про право міжнародних договорів, міжнародний договір – це регульована міжнародним правом угода, укладена державами і іншими суб'єктами міжнародного права у письмовій формі, незалежно від того, чи міститься ця угода в одному, двох або декількох зв'язаних між собою документах, а також незалежно від її конкретного найменування.

Щодо міжнародно-правового регулювання праці під міжнародним договором розуміється угода між двома або більше державами, чи іншими суб'єктами міжнародного права щодо встановлення, припинення, зміни взаємних прав та обов'язків у відносинах в сфері праці відповідно до основних принципів міжнародного права. Усі міжнародні договори можна умовно поділити на міждержавні, міжурядові й міжвдомчі.

Особливе місце займають акти міжнародних організацій, як джерела трудового права України. До них належать конвенції, рекомендації, резолюції, директиви, регламенти та інші акти, незалежно від їх назви, що приймаються правотворчими органами всесвітніх та регіональних міжнародних організацій. За характером виконання акти міжнародних організацій можуть бути імперативними та рекомендаційними. Імперативними вважаються ратифіковані конвенції, регламенти, директиви, а рекомендаціями – рекомендації МОП, рекомендації ЄС та інші, що не мають обов'язкового характеру. За рівнем прийняття слід розрізняти акти міжнародних організацій, які приймаються в рамках всесвітніх міжнародних організацій та ті, які приймаються в рамках регіональних міжнародних організацій. За змістом акта, в якому закріплені норми права, що регулюють трудові відносини, міжнародно-правові акти можуть бути загальними та конкретизуючими (спеціальними). Загальні акти регулюють широке коло суспільних відносин і закріплюють основні положення та засади у відповідних сферах регулювання. Такими є Загальна декларація прав людини, Європейська соціальна хартія, Європейська конвенція про захист прав людини та основних свобод 1950 року, Міжнародний пакт про

економічні, соціальні та культурні права та інші. Конкретизуючі акти регулюють спеціальні питання у сфері праці та мають вузьку сферу регулювання.

Ще одним джерелом трудового права України є рішення міжнародних судових органів. Судові рішення відіграють особливу роль в тих випадках, коли наявні прогалини в правовому регулюванні певного кола суспільних відносин. Вони створюють прецеденти для подальшого застосування судових рішень, як норм міжнародного права.

До судових рішень можна віднести рішення міжнародного суду ООН, якщо брати за приклад універсальну міждержавну правову систему, якщо мова йде про регіональну міждержавну правову систему (європейську), то до судових рішень відносять рішення Суду Європейських Співтовариств та рішення Європейського Суду з прав людини. Законом України “Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини” від 23 лютого 2006 року рішення Європейського суду з прав людини визнано джерелом права України.

Таким чином до основних міжнародно-правових актів, що є джерелами трудового права України належать міжнародні договори України, рішення міжнародних організацій, а також рішення міжнародних судових органів.

СОЦІАЛЬНА СПРЯМОВАНІСТЬ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА В УМОВАХ РИНКОВОЇ ЕКОНОМІКИ

Глинська С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Соціально-економічні перетворення, що проводяться в Україні і які пов'язані з розвитком ринкової економіки, суттєво змінили суспільні відносини, у тому числі і ті, що регулюються трудовим законодавством. Проблеми, які появились у зв'язку з цим, вимагають реформування трудового законодавства з врахуванням того, що трудове право є особливою формою реалізації соціальної політики держави.

Соціальна функція трудового права історично обумовлена. Як правильно підкреслюється в літературі поява трудового права на історичній арені була викликана передусім історичними чинниками – вимогами найманих працівників захистити свої права, знизити рівень експлуатації їхньої праці.

За своєю природою і своїм соціальним призначенням трудове право, як відомо, має гуманістичний характер. Це право, яке в основі своїй спрямоване на захист інтересів осіб, що повинні у зв'язку з об'єктивними обставинами продавати свою робочу силу. Вся історія трудового права – це по суті, історія соціального законодавства. Ще Таль Л.С. зазначав, що матеріальні та економічні інтереси суспільства настійливо вимагали втручання законодавця і контролю держави за становищем робітників.

Соціальне спрямування трудового законодавств передбачає вирішення наступних завдань:

- забезпечення свободи праці і рівних можливостей працівників;
- захист прав та законних інтересів працівників;
- пошук шляхів виходу з кризи, в якій знаходиться економіка і суспільство.

Зміни в структурі та змісті суспільно-трудова відносин, пов'язані з переходом до ринкової економіки вимагають реформування трудового законодавства. Необхідно враховувати, що трудове законодавство покликане сприяти взаємному посиленню економічної і соціальної політики, у зв'язку з чим є неоднозначне розуміння шляхів його реформування.

Прихильники концепції лібералізації правового регулювання суспільно-трудова відносин вважають, що існуючий стан трудового законодавства не дозволяє у повній мірі врахувати існуючі реалії, а тому роботодавці не завжди хочуть юридично оформляти трудові відносини з працівниками. Виходячи з цього необхідно дати більше прав роботодавцям по регулюванню трудових відносин і встановленню умов праці із врахування економічного становища. Це можна робити шляхом індивідуальних і колективних переговорів працівників і роботодавців.

Прихильники іншої концепції вважають, що в Україні ще не склалися повноцінні ринкові відносини, а тому повна лібералізація соціально-трудова відносин є недопустимою. Конституційна норма про соціальну державу зобов'язує Україну проводити активну соціально-орієнтовану політику правового регулювання ринку праці.

Видається, що основним завданням будь-якого регулювання суспільних відносин є створення правових умов для досягнення оптимального балансу інтересів сторін цих відносин. Баланс інтересів працівника і роботодавця означає можливість здійснення реального захисту соціально-трудова прав і інтересів працівника з обов'язковим врахуванням інтересів роботодавця в підвищенні ефективності виробництва.

Функціональна спрямованість трудового права не повинна залишатися односторонньою. Адаже не можна захищати лише права працівника ігноруючи при цьому інтереси роботодавців. Адаже в такому випадку трудове право буде гальмувати розвиток ринкових відносин і наносити шкоду нормальному функціонуванню ринкової економіки.

Соціальне спрямування трудового законодавства не повинно зводитися лише до охорони праці. В сучасних умовах воно постійно розширюється. Одним з напрямків розширення на сьогоднішній час це – турбота про найбільш повне закріплення і послідовний розвиток прав людини в галузі праці. Трудове право повинно бути гарантом здійснення цілого комплексу

соціально-економічних прав і свобод, якими наділена людина – учасник процесу праці. Ці права і свободи, разом з політичними, громадянськими і іншими визнані світовим співтовариством основою цивілізованості будь-якої держави.

Виходячи із конституційного положення про те, що права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави необхідно широко розуміти соціальне призначення трудового законодавства. Воно не повинна обмежуватися лише захистом трудових прав працівників. При реформуванні трудового законодавства необхідно врахувати зміну соціальної спрямованості трудового законодавства в країнах з розвинутою ринковою економікою. Завданням трудового законодавства повинно бути гарантування широкого комплексу соціально-економічних прав і свобод, яким наділена людина-учасник праці. В країнах з розвинутою ринковою економікою спостерігається зміщення акцентів на права людини, на захист невідчужуваних прав працівника, які повинні бути недоторканими і тоді коли особа стає працівником.

Фокусування уваги на правах людини підвищує роль загальнодемократичних цінностей, які закріплені в актах ООН, Ради Європи та інших міжнародних органів. В цих актах проголошуються певні стандарти в галузі прав людини, яких держави, що їх ратифікували повинні дотримуватися. Багато загальноновизнаних стандартів прав людини діють як внутрішнє право і розглядаються як важливе джерело національного права. Так, зокрема, КЗпП України у 1991 році був доповнений ст.. 8-1 за яким встановлено правило, що коли міжнародним договором або міжнародною угодою, в яких бере участь Україна, встановлено інші правила, ніж ті, що їх містить законодавство України про працю, то застосовуються правила міжнародного договору або міжнародної угоди. Аналогічна норма міститься і у проєкті Трудового кодексу, який був прийнятий Верховною Радою України у першому читанні в 2007 році. Цим самим українська держава ухвалила по суті, подальше розширення соціальної функції національного трудового права. В умовах переходу до ринкової економіки і розвитку різних форм підприємництва такі напрями впливу на суспільно-трудові відносини слід визнати перспективними.

Завдання соціальної спрямованості трудового права можна сформулювати як посилення уваги до інтересів, потреб кожного конкретного працівника, як особистості, що володіє усім комплексом соціально-економічних і трудових прав і свобод з метою їх реалізації і захисту.

Соціальна спрямованість трудового законодавства повинна реалізовуватися у процесі його реформування. Основним завданням реформування трудового законодавства повинно стати його відповідність ринковим відносинам, а також збалансування інтересів працівників, роботодавців та держави. У процесі його реформування необхідно враховувати у тому числі і міжнародний досвід, а також досвід розвинених країн. При цьому необхідно враховувати особливості національної правової системи. Зокрема, основною особливістю трудового законодавства є те, що вирішальну роль у правовому регулюванні відіграє держава, яка здійснює регулювання суспільно-трудових відносин переважно законодавчим способом.

Таке розуміння соціального призначення трудового законодавства знайшло своє відображення у проєкті Трудового кодексу. В статті 1 вказаного проєкту вказується, що метою Трудового кодексу України є визначення основних засад реалізації передбачених Конституцією України трудових прав і гарантій працівників, створення належних умов праці, забезпечення захисту інтересів працівників і роботодавців. Одне із завдань проєкту кодексу сформульовано як створення необхідних правових умов для досягнення оптимального узгодження інтересів сторін трудових відносин.

УМОВИ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ ТА УМОВИ ПРАЦІ: СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ

Гоголь Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Трудовий договір є одним з основних правостворюючих юридичних фактів, на підставі якого встановлюються трудові права і обов'язки учасників правових відносин.

Водночас трудовий договір – це двостороння зобов'язальна угода. Саме за фактом угоди (погодження) кожна зі сторін набуває для себе відповідних прав і обов'язків, які у теорії права прийнято називати змістом правовідносин.

Зміст будь-якого, в тому числі і трудового договору становлять умови, визначені на розсуд сторін і погоджені ними (договірні), та умови, які є обов'язковими відповідно до актів законодавства (нормативні). Ці умови визначають права та обов'язки сторін відповідного договору.

В трудовому праві умови трудового договору, що становлять його зміст, прийнято поділяти на два види: необхідні (обов'язкові) та факультативні (додаткові). Перші – це такі умови, які обов'язково мають бути передбачені в трудовому договорі. Факультативні ж умови можуть не включатися до змісту трудового договору, тобто його можна укласти і за відсутності таких умов. Однак якщо у процесі переговорів при укладенні трудового договору сторони визнали за потрібне узгодити також і факультативні умови, то їх значимість для конкретного договору стає такою ж, як і обов'язкових умов. Недосягнення згоди сторонами за обов'язковими і додатковими умовами має одні й ті ж правові наслідки – договір не укладається.

Видається, що даний поділ умов трудового договору на обов'язкові та факультативні є не зовсім коректним, оскільки він не чітко відображає природу трудового договору як юридичного факту. Узгодивши всі необхідні та факультативні умови, сторони наділяють їх значенням істотності. А тому в процесі існування трудових правовідносин вони є рівноцінними і не можуть бути змінені в односторонньому порядку.

На наш погляд, більш правильним і доцільним було б застосування щодо змісту трудового договору цивілістичного поняття «істотні умови».

За цивільним правом істотними вважаються умови договору, щодо яких сторонами досягається згода і в результаті чого він вважається укладеним. При цьому істотними є як ті умови, що визнані такими за законом або необхідні для договорів певного виду, так і всі інші, щодо яких за заявою однієї зі сторін має бути досягнуто згоди.

У трудовому законодавстві, на відміну від цивільного, таких умов для трудового договору не передбачено. Хоча термін «істотні умови» також характерний для трудового законодавства, він вживається в дещо іншому контексті, зокрема коли йде мова про «істотні умови праці» (ч.3 ст.32 КЗпП України).

Однак треба зазначити, що поняття «умови трудового договору» і «умови праці» не є тотожними.

Зокрема це можна простежити, звернувшись до Тлумачного словника української мови, де терміну «умови договору» відповідає така дефініція як: вимоги, пропозиції, які висуваються однією із сторін, що домовляються про що-небудь; терміну „умови праці” – правила, які існують або встановлені в тій чи іншій галузі життя, діяльності, які забезпечують нормальну роботу чого-небудь.

В 60-х роках минулого століття під поняттям „умови праці” розуміли обсяг робіт та її розподіл (зміни), фізичне навантаження, протипоказання за станом здоров'я (гарячі цехи, підземні роботи, роботи в сирому приміщенні чи при низькій температурі та ін.). Тобто, йшлося лише про умови, в яких працює працівник, тобто про „умови роботи”.

Зараз умови праці прийнято визначати як сукупність таких чинників як соціальні та виробничі, за яких здійснюється праця. Деякі науковці ці чинники називають факторами виробничого середовища та трудового процесу, які впливають на працездатність та здоров'я людини.

При цьому під виробничим середовищем розуміють сукупність фізичних, хімічних, біологічних, психофізіологічних факторів на виробництві, що діють на людину. А факторами трудового процесу є його основні характеристики: важкість праці та напруженість праці. Важкість праці – характеристика трудового процесу, яка відображає переважне навантаження на опорно-руховий апарат і функціональні системи організму (серцево-судинну, дихальну та інші, що забезпечують його діяльність). Напруженість праці – характеристика трудового процесу, яка відображає навантаження переважно на центральну нервову систему, органи чуття, емоційну сферу працівника.

З приводу розмежування вищезгаданих понять Сгибнева О. В. пише, що поняття «істотні умови трудового договору» характеризує зміст трудового договору як згоду (погодження) працівника і роботодавця, а поняття «істотні умови праці» – зміст трудових правовідносин, що виникають у зв'язку з укладенням сторонами трудового договору. А тому, вона наголошує, що ці поняття є різні за змістом, і при цьому, що поняття «істотні умови праці» є більш широким ніж поняття «істотні умови трудового договору».

Л. Ю. Бугров, з цього приводу зазначає, що поняття «умови трудового договору» і «умови праці» співвідносяться як ціле і його частина. Справді, поняття «умови трудового договору» є більш широким, оскільки містить в собі умови праці, як один із елементів.

Таким чином, якщо виходити з обов'язковості трудового договору як юридичного факту, що зумовлює виникнення трудових правовідносин, то поняття “умови праці” є елементом змісту трудового договору. Вони належать до основної частини умов трудового договору, поряд з іншими умовами : форма договору, час, з якого працівник починає виконання трудових обов'язків тощо.

**ПОСТАНОВИ ПЛЕНУМУ ВЕРХОВНОГО СУДУ УКРАЇНИ ЯК
ДЖЕРЕЛА ТРУДОВОГО ПРАВА.****Кім О.***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Впродовж тривалого періоду вітчизняна юридична наука намагалась не визнавати акти судової влади джерелом права. Однак, вже наприкінці минулого століття у науковій та навчальній літературі з'явилися публікації, в яких вчені називають практику вищих судових інстанцій, і передусім Постанови Пленуму Верховного Суду України джерелами права. Але, не зважаючи на нормативний характер деяких положень цих постанов, питання про долучення їх до джерел трудового права все ж залишається дискусійним.

Радянська теорія права для заперечення приналежності актів судової влади до джерел права загалом і трудового в тому числі, найчастіше висувала два аргументи. Перший базується на тому, що Верховний Суд є найвищим судовим органом в системі судів загальної юрисдикції і своєю діяльністю забезпечує однакове застосування законодавства усіма судами, тобто здійснює правозастосувальну, а не правотворчу функцію. І другий аргумент зводився до того, що правотворча функція суду порушує принцип розподілу гілок влади на законодавчу, виконавчу та судову з чітким розподілом їх повноважень.

Дійсно, Верховний Суд України (і Пленум Верховного Суду України як один з його керівних органів) застосовує право, а також контролює одинакове застосування закону. Однак, ця його функція жодним чином не заперечує того, що у визначених випадках, зокрема при виявленні прогалин у законодавстві, суд може здійснювати і правотворчу функцію шляхом ухвалення актів, що стають джерелами трудового права.

В ст. 6 Конституції України передбачено, що державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України. Як зазначає професор П.Д. Пилипенко у своїй монографії «Проблеми теорії трудового права», кожна із гілок влади – законодавча, виконавча і судова – має один і той же прийом, один і той же засіб здійснення влади – прийняття правових норм. Тому, закріпивши у ст.6 Конституції України принципи розподілу державної влади, ми і за судовою владою юридично визнали право ухвалювати загальнообов'язкові правила.

Для вагомості аргументації наведемо декілька вже відомих судових рішень, які містять в собі положення нормативного характеру. Зокрема, у Постанові Пленуму Верховного Суду України № 13 «Про практику застосування судами законодавства про оплату праці» від 24.12.1999 року, суд розширює коло суб'єктів, які мають право на виплату середньої місячної заробітної плати за час вимушеного прогулу в порівнянні зі ст. 235 КЗпП України. Відповідно до п.10 Постанови, у разі встановлення факту, що на порушення ст.46 КЗпП України роботодавець із власної ініціативи без законних підстав відсторонив працівника від роботи із зупиненням виплати заробітної плати, суд має задовольнити позов останнього про стягнення у зв'язку з цим середньої заробітної плати за час вимушеного прогулу на умовах ст.235 КЗпП України. Зобов'язання такого ж характеру містяться і в п.6 Постанови Пленуму Верховного Суду України №9 «Про практику розгляду судами трудових спорів» від 06.11.1992 року, де визначено, що якщо внаслідок незаконної відмови у прийнятті на роботу або несвочасного укладення трудового договору працівник мав вимушений прогул, його оплата провадиться відповідно до правил ч.2 ст.235 КЗпП України про оплату вимушеного прогулу незаконно звільненому працівникові. Таким чином право на оплату вимушеного прогулу в порядку ст.235 КЗпП України на рівні з незаконно звільненими, переведеними працівниками мають і незаконно відсторонені від роботи, чи ті працівники, яким незаконно відмовлено в прийнятті на роботу чи з якими несвочасно укладено трудові договори.

За правилами ст.114 КЗпП України при переведенні працівника на іншу постійну нижчеоплачувану роботу за працівником зберігається його попередній середній заробіток протягом двох тижнів з дня переведення. Однак, законодавець залишив відкритим для дискусій пи-

тання з цієї ініціативи повинно відбутись переведення, щоб воно було додатково оплаченим в порядку цитованої статті. Пленум Верховного Суду України у Постанові № 13 «Про практику застосування судами законодавства про оплату праці» від 24.12.1999 року, зокрема в п.18 визначив, що положення ст.114 КЗпП України про збереження середнього заробітку за працівником, переведеним на нижчеоплачувану роботу, протягом двох тижнів з дня переведення застосовується і в тому разі, коли переведення мало місце з ініціативи самого працівника. Фактично в даному випадку застосована аналогія, яка є одним із допустимих способів заповнення прогалин в праві, і, як наслідок, породжує встановлення нової правової норми.

Беззаперечним прикладом правотворчості Верховного Суду України може послужити положення п.18 Постанови Пленуму Верховного Суду України №14 «Про судову практику у справах про відшкодування шкоди, заподіяної підприємствам, установам, організаціям їх працівниками» від 29.12.1992 року, в якому визначається, що при визначенні розміру матеріальної шкоди, заподіяної працівниками самовільним використанням в особистих цілях технічних засобів (автомобілів, тракторів, автокранів і т.п.), що належать підприємствам, установам, організаціям, з якими вони перебувають у трудових відносинах, слід виходити з того, що така шкода, яка заподіяна не при виконанні трудових (службових) обов'язків, підлягає відшкодуванню із застосуванням норм цивільного законодавства. Шкода відшкодовується у повному обсязі, включаючи і не одержані підприємством, установою, організацією прибутки від використання зазначених технічних засобів. У цьому випадку, як бачимо, Пленум Верховного Суду звужив сферу застосування п.7 ст. 134 КЗпП України, який передбачає зобов'язання працівника, у разі завдання шкоди не при виконанні трудових обов'язків, відшкодувати її у повному обсязі в розумінні трудового права, тобто без урахування при обчисленні шкоди розміру не одержаних прибутків.

В усіх цих випадках Пленум Верховного Суду України, ухвалюючи постанови щодо застосування трудового законодавства з метою звернення уваги судів на необхідність покращення практики розгляду трудових спорів та забезпечення вирішення кожної справи у суворій відповідності із законом, фактично розширює, доповнює та вдосконалює трудове законодавство. Тим самим українська юридична практика йде шляхом прийняття положень Постанов Пленуму Верховного Суду України нормативного характеру, що мають обов'язковий характер як для судів загальної юрисдикції так і для інших суб'єктів, які їх фактично застосовують. А це означає, що постанови Пленуму Верховного Суду України стали джерелом трудового права.

**ПРОФСПІЛКОВИЙ КОНТРОЛЬ ЗА ДОТРИМАННЯМ
ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА***Лещух Д.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Контроль за додержанням законодавства про працю – це діяльність компетентних державних та громадських органів чи їх представників, спрямована на захист трудових прав працівників. У процесі цієї діяльності вони попереджують і виявляють порушення законодавства про працю з боку роботодавця, уповноважених ним осіб і працівників, поновлюють трудові права працівників та притягують до відповідальності винних у порушенні цих прав.

Контроль є частиною організаційно-виконавчої діяльності і спрямований на прийняття організаційно-виконавчих актів. Він має за мету надати допомогу підконтрольним органам у здійсненні управлінської діяльності. Контроль за дотриманням трудового законодавства здійснюється як державними органами, так і громадськими організаціями та уповноваженими трудових колективів. Що стосується громадського контролю за дотриманням законодавства про працю та охорону праці, то згідно із Законом України “Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності” від 15 вересня 1999 року (п. 12, 21 ст.38), виборний орган первинної профспілкової організації на підприємстві, в установі або організації здійснює громадський контроль за дотриманням роботодавцем законодавства про працю та про охорону праці, за забезпеченням на підприємстві, в установі або організації безпечних та нешкідливих умов праці, виробничої санітарії, за правильним застосуванням установлених умов оплати праці та вимагає усунення виявлених недоліків. Також право виборних органів первинної профспілкової організації здійснювати контроль за дотриманням законодавства про працю і нормативних актів про охорону праці передбачено ст. 244 КЗпП України.

Відповідно до ст. 46 Закону України “Про охорону праці” від 14 жовтня 1992 року громадський контроль за дотриманням законодавства про охорону праці здійснюють трудові колективи через вибраних ними уповноважених осіб; професійні спілки – в особі своїх виборних органів і представників.

Правовою базою для здійснення профспілкового контролю є закони України “Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності”, “Про колективні договори та угоди”, КЗпП України та деякі інші правові акти.

14 жовтня 1992 року був прийнятий Закон України “Про охорону праці”, у ст. 46 якого передбачено, що громадський контроль за додержанням законодавства про охорону праці професійні спілки здійснюють в особі своїх виборних органів і представників.

Окремі елементи профспілкового контролю передбачено і у Генеральній угоді, укладеній на 2008–2009 р.р. Зокрема, профспілки зобов'язуються:

- здійснювати громадський контроль за додержанням на підприємствах, в установах та організаціях законодавства про працю, в тому числі за виплатою заробітної плати.
- проводити громадський контроль за додержанням законодавства з питань охорони праці, створенням безпечних і нешкідливих умов праці, належних виробничих та санітарно-побутових умов, забезпеченням працівників спецодягом, спецвзуттям, іншими засобами індивідуального та колективного захисту та вносити відповідні подання керівникам підприємств.
- забезпечувати громадський контроль за реалізацією прав громадян у сфері охорони здоров'я, медико-соціальної допомоги та вносити відповідні пропозиції керівникам підприємств, державним контролюючим органам, Кабінету Міністрів України.

Згадана Генеральна угода передбачає також профспілковий контроль за працевлаштуванням молоді, створенням належних умов для її адаптації у трудових колективах, підвищення кваліфікації та професійної майстерності, задоволення її культурно-освітніх та оздоровчих потреб.

Актуальним в умовах сьогодення є залучення представників профспілок до проведення перевірки виконання умов договорів купівлі-продажу державного майна, укладених у процесі приватизації, в частині надання соціальних гарантій для працівників, а у разі порушення таких умов – до вжиття визначених законодавством заходів. Передбачається також надання інформації про виконання взятих суб'єктами господарської діяльності зобов'язань за договорами купівлі-продажу об'єктів приватизації (фіксованими умовами конкурсів), зокрема стосовно забезпечення зайнятості, оплати праці та інших питань соціально-трудових відносин.

Предметом контролю профспілок у всіх випадках є перевірки діяльності роботодавця з точки зору правильності застосування ним чинних норм трудового законодавства, правил охорони праці. Профспілкові органи нагляду та контролю також уживають заходів для усунення прихованих недоліків і профілактики здійснення їх у майбутньому.

Профспілковий контроль полягає в діяльності профспілкових органів із перевірки, яка здійснюється ними не лише з точки зору законності, але й доцільності. При здійсненні контролю профспілкові органи виявляють недоліки у сфері виробництва, праці, побуту, дотримання трудового законодавства, колективних договорів і т. ін., вживають заходів із усунення прихованих недоліків.

Розрізняються дві основні сфери контролю профспілок за дотриманням роботодавцем трудового законодавства: встановлення умов праці (яка є основною) і застосування встановлених умов праці.

Розглядаючи характеристику функцій контролю профспілок за додержанням роботодавцем законодавства про працю, слід мати на увазі, що ця функція не завжди виступає в чистому вигляді – часто вона буває пов'язана з іншими функціями, здійснюваними профспілковими органами. При цьому в одних випадках переважають елементи контролю, а в других – елементи інших функцій.

Залежно від того, коли профспілковий орган контролює законність і доцільність актів адміністративно-управлінської діяльності – до їх видання, у процесі їх дії, чи після їх застосування до конкретних учасників трудових правовідносин – контроль профспілок буде, відповідно, попереднім, поточним, наступним.

Попередній контроль профспілок буде тоді, коли у випадках, передбачених законодавством, роботодавець може видати відповідний акт управління лише після того, як погодить його з виборним органом первинної профспілкової організації, отримає на це його дозвіл. У процесі здійснення попереднього контролю профспілкові органи не допускають незаконних дій роботодавця і цим самим запобігають порушенням законодавства про працю. У більшості випадків вони перевіряють також заплановані роботодавцем дії, хоча вони б і не суперечили вимогам законодавства.

Поточний контроль профспілкових органів полягає у періодичних перевірках додержання роботодавцем трудового законодавства та умов колективного договору. Коло питань, які становлять об'єкт поточного контролю, законодавством не визначено, але слід думати, що ними може бути будь-яка норма трудового права. Може бути перевірено, наприклад, додержання роботодавцем законодавства про працю жінок і неповнолітніх, надання пільг працівникам у зв'язку з навчанням, правильність нарахування заробітної плати, надання чергових та додаткових відпусток тощо. У поточному контролі виявляються всі допущені порушення, вживаються заходи щодо їх усунення і попередження подібних порушень у майбутньому.

Контроль профспілок буде наступним, якщо в його процесі перевіряється законність застосування роботодавцем тієї чи іншої норми трудового права до конкретного учасника трудових правовідносин. Цей вид контролю профспілки застосовують при розгляді трудових спорів та спорів про відшкодування збитків, заподіяних працівникам унаслідок каліцтва чи іншого ушкодження здоров'я, пов'язаних із їх роботою. На відміну від поточного контролю профспілковий комітет або бере безпосередню участь в усуненні порушення, або усуває його сам. У першому випадку рішення приймається представником профспілкового комітету спільно з роботодавцем (при розгляді спору в комітеті по трудових спорах), а в другому – профспілковим комітетом самостійно.

Профспілкові органи застосовують у своїй діяльності всі три види контролю, але значення кожного з них для боротьби з порушенням трудового законодавства не однакове. Значні

переваги має контроль попередній, форми і методи якого дають можливість не допускати порушень, попереджати їх виникнення.

Якщо вести мову про перспективи правового регулювання профспілкового контролю за дотриманням трудового законодавства, то слід згадати відповідні положення проекту Трудового кодексу України (№ 1108 від 4.12.2007р.) Зокрема, стаття 393 передбачає, що громадський контроль за дотриманням трудового законодавства здійснюють професійні спілки та їх об'єднання. Для здійснення цієї функції члени виборних органів профспілок, об'єднань профспілок, а також повноважні представники цих органів мають право:

1) безперешкодно відвідувати та оглядати виробничі, службові та інші приміщення, де працюють члени профспілок;

2) вимагати та одержувати від роботодавця, іншої посадової особи накази, розпорядження, відомості на виплату зарплати, інші документи, пояснення щодо умов праці, виконання колективних договорів та угод, додержання норм трудового законодавства та соціально-економічних прав працівників;

3) перевіряти правильність відрахувань із заробітної плати працівників;

4) контролювати стан безпеки та охорони праці, створення безпечних і нешкідливих умов праці, належних виробничих та санітарно-побутових умов, забезпечення працівників спецодягом, спецвзуттям, іншими засобами індивідуального та колективного захисту, а у разі загрози життю або здоров'ю працівників вимагати від роботодавця негайного припинення робіт на робочих місцях, виробничих дільницях, у цехах, інших структурних підрозділах на підприємстві в цілому на час, необхідний для усунення загрози життю або здоров'ю працівників;

5) складати акт перевірки стану додержання вимог трудового законодавства та вручати його під розписку роботодавцеві;

6) вносити роботодавцям, органам виконавчої влади та органам місцевого самоврядування подання про усунення порушень трудового законодавства, які є обов'язковими для розгляду. У разі неусунення роботодавцем виявлених порушень протягом місяця – вносити припис про усунення порушення;

7) у разі невиконання роботодавцем пропозицій (подання, припису) про усунення порушень надсилати інформацію і матеріали перевірки прокурору, державній інспекції праці для вирішення питання про притягнення роботодавця до кримінальної чи адміністративної відповідальності.

Така редакція на нашу думку необґрунтовано обмежує громадський контроль по суті монопольним становищем профспілок щодо його здійснення, чим фактично буде нівельовано роль громадських організацій, які мають за мету захист прав, зокрема, інвалідів, чорнобильців, ветеранів тощо, а також міжнародних неурядових організацій відповідного спрямування діяльності.

Необхідність посилення контролю профспілок за додержанням роботодавцем трудового законодавства вимагає більш чіткого визначення та закріплення у законодавстві найефективніших видів, форм і методів його здійснення.

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВОВІДНОСИНИ ДОВКІЛЛЯ

Пилипенко П.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Невід'ємною складовою правовідносин довкілля, як і будь-яких інших правових стосунків є їхній зміст. За визначенням теоретиків права таким зокрема вважається сукупність суб'єктивних прав та юридичних обов'язків учасників правовідносин.

Зміст правовідносин може бути *юридичним* або *фактичним*. Перший значно ширший за характером прав та обов'язків і передбачає можливості певних дій уповноважених суб'єктів на протигагу необхідності вчинення відповідних дій чи утримання від заборонених дій зобов'язаними суб'єктами. Переважно юридичним змістом наповнюються так звані абсолютні правовідносини. Як приклад тут можна навести права природокористувачів вимагати утримання від дій інших суб'єктів, які б могли порушити їхні суб'єктивні права. Правовідносини з юридичним змістом у сфері довкілля нерідко мають соціальних характер і при цьому можуть впливати на юридичну природу норм права довкілля.

Фактичний зміст правовідносин виражається у безпосередніх діях учасників правових стосунків, завдяки яким реалізуються їхні взаємні права й обов'язки. Тобто, це ті конкретні права й обов'язки що їх було обрано учасниками при здійсненні своїх суб'єктивних прав. На відміну від юридичного змісту, де є характерним не визначене число можливостей поведінки суб'єкта, фактичний зміст правовідносин, передбачає всього лиш один із можливих варіантів реалізації суб'єктивного права. Зрештою, фактичний зміст завжди виражається у реальних правових стосунках, що постають на підставі юридичних фактів і є формою здійснення суб'єктивних прав та обов'язків.

Важливе значення для формування юридичного змісту правовідносин довкілля мають так звані *екологічні права та обов'язки громадян*. І хоча правовідносини довкілля не менш успішно наповнюються змістом прав та обов'язків інших повноцінних учасників цих стосунків (органів держави, органів місцевого самоврядування, громадських об'єднань юридичних осіб тощо) все ж найбільшої уваги право довкілля надає суб'єктивним правам та обов'язкам фізичних осіб громадян.

Переважає більшість цих суб'єктивних екологічних прав та обов'язків громадян, що є елементами юридичного змісту правовідносин довкілля знайшли своє відображення у Конституції нашої держави та законі України Про охорону навколишнього природного середовища. Крім того містяться вони і в інших законах, що ними регулюються відносини у сфері довкілля. Це передусім, закон Про охорону атмосферного повітря, закон Про захист населення і територій від надзвичайних ситуацій техногенного і природного характеру та багато інших.

Загальноприйнято вважати також, що в основі суб'єктивних юридичних прав громадян у сфері довкілля лежать відповідні права людини, проголошені у міжнародно-правових актах. Йдеться про Загальну декларацію прав людини (1948), Міжнародні пакти Про громадянські і політичні права та Про соціальні, економічні і культурні права (1964), а також документи ухвалені на Стокгольмській конференції ООН по довкіллю (1972), матеріали Всесвітньої хартії природи та Конвенції ООН щодо довкілля і розвитку (Бразилія, 1992) та ін.

Визначальними з поміж інших екологічних прав громадян України є звичайно права, що передбачені Основним законом нашої держави. Тут у ст.50-й зокрема, зазначено, що кожний має право на безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування заподіяної порушенням цього права шкоди. Крім того, Конституція гарантує кожному право вільного доступу до інформації про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту, а також право на її поширення. Така інформація ніким не може бути засекречена.

Важливу групу прав формують екологічні права громадян України, що перелічені у ст.9-й закону Про охорону навколишнього природного середовища.

Екологічні права громадян визначені також у законах Про питну воду та водопостачання від 10.01.2002р., Про природно-заповідний фонд від 16.06.1992р. (ст.10), Про рослинний світ» від 09.04.1999р. (ст.7), Про тваринний світ від 13 грудня 2001р. (ст.10), Про захист населення і

територій від надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру від 8 червня 2000р. (ст.5), Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку від 8 лютого 1995р. (розділ II), Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення від 24 лютого 1994р. та деяких інших.

Наприклад Основи законодавства України про охорону здоров'я від 19 листопада 1992р. у ст.6 проголошують право кожного на охорону здоров'я, що передбачає безпечно для життя і здоров'я навколишнє природне середовище; санітарно-епідеміологічне благополуччя територій і населеного пункту, де він проживає; безпечні і здорові умови праці, навчання, побуту та відпочинку; достовірну та своєчасну інформацію про стан свого здоров'я і здоров'я населення, включаючи існуючі й можливі фактори ризику та їх ступінь, тощо.

Екологічні права зазначені у цих актах не становлять вичерпного переліку і можуть бути доповнені або змінені у майбутньому, в залежності від конкретної екологічної ситуації в державі. Більше того, чимало прав громадян, що формують зміст правовідносин довкілля містяться у Земельному, Водному, Лісовому кодексах та Кодексі України про надра. Це передусім стосується прав власників природних ресурсів та природо користувачів, якими усі ці суб'єкти наділяються при здійсненні своїх прав щодо використання природних ресурсів.

Помимо суб'єктивних юридичних прав зміст правовідносин, як вже наголошувалося становлять також відповідні юридичні обов'язки учасників цих правових стосунків. Зокрема, для правовідносин довкілля екологічними обов'язками вважаються встановлені на законодавчому рівні міри належної, суспільно необхідної поведінки, що забезпечується державним примусом у галузі охорони, раціонального використання і відновлення довкілля.

Юридичне закріплення екологічні обов'язки отримали у Конституції України та в багатьох інших законодавчих актах. Так, ст.66 Основного закону встановила обов'язок кожного не заподіювати шкоду природі, культурній спадщині, відшкодувати завдані ним збитки. До екологічних належать також обов'язки, що стосуються певних аспектів правовідносин довкілля. Наприклад, права власності – «власність зобов'язує, вона не повинна використовуватися на шкоду людини і суспільства» (ст.13), тощо.

Низку екологічних обов'язків передбачає закон Про охорону навколишнього природного середовища.

Чимало екологічних обов'язків учасників правовідносин довкілля містяться у підзаконних нормативних актах. Так, у постанові Кабінету Міністрів України від 2 жовтня 2003 р. №1540 Про затвердження Порядку надання спеціальних дозволів на користування надрами визначаються додаткові обов'язки надкористувачів. Зокрема, вони зобов'язані: дотримуватися вимог, передбачених дозволом; надавати в установленому порядку спеціально уповноваженому центральному органу виконавчої влади з геологічного вивчення та забезпечення раціонального використання надр інформацію щодо користування надрами; забезпечувати збереження геологічних територій та об'єктів; дотримуватись інших умов, визначених угодою на користування надрами тощо.

Усі ці суб'єктивні екологічні права й обов'язки формують зміст правових відносин довкілля. При цьому важливо зазначити, що реалізація норм права довкілля у таких правовідносинах є найбільш ефективною лише за умови коли відповідному праву управо моченого суб'єкта кореспондує обов'язок зобов'язаного суб'єкта. А беручи до уваги соціальний характер деяких правовідносин довкілля, тобто тієї їх частини, що базується на правах які гарантують безпечно для життя і здоров'я довкілля, важливим є активна позиція нашої держави, як основного зобов'язаного суб'єкта.

НЕДЕРЖАВНЕ ПЕНСІЙНЕ СТРАХУВАННЯ: ПРОБЛЕМИ ГАЛУЗЕВОЇ НАЛЕЖНОСТІ

Синчук С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Із запровадженням недержавного пенсійного страхування постало питання визначення галузевої належності цього інституту.

З цього приводу у літературі висловлюються різні точки зору. Так, М. Буянова стверджує, що оскільки виключним видом діяльності недержавних пенсійних фондів є недержавне пенсійне забезпечення учасників конкретного фонду на підставі договору недержавного пенсійного забезпечення з вкладником фонду, то ці відносини є цивільно-правовими і такими, що не стосуються права соціального забезпечення.

На думку Б. Сташківа, С. Тучкової та І. Сироти, недержавне пенсійне забезпечення здійснюється на добровільній основі, а значить належить до цивільно-правових відносин. Останні мають багато спільного з соціально-забезпечувальними відносинами, спрямованими на забезпечення гідного життя непрацездатних, є доповненням до державного соціального забезпечення. Це дає підстави для висновку про те, що їх потрібно віднести до предмета регулювання права соціального забезпечення.

Свого часу ми вже намагались обрентувати природу недержавного пенсійного страхування як інституту права соціального забезпечення у науковій статті “Організаційно-правові основи недержавного пенсійного забезпечення”.

На думку Б. Стичинського, перш ніж визначити галузеву належність інституту недержавного пенсійного забезпечення, потрібно визначити основні риси, які є властивими для права соціального забезпечення. Ними є: 1) особливий склад суб’єктів – громадяни та орган соціального захисту населення; 2) підстава виникнення – непрацездатність або інший фактор соціального ризику; 3) специфічне джерело виплат – бюджет або спеціальні позабюджетні фонди.

За підставою виникнення відносини недержавного пенсійного забезпечення є предметом права соціального забезпечення, оскільки виплати цих коштів починаються з досягненням застрахованою особою пенсійного віку. Віднесення ж недержавного пенсійного забезпечення до предмета правового регулювання права соціального забезпечення за іншими залежить від визначення самого предмета регулювання права соціального забезпечення.

Оскільки ми притримуємося позиції, відповідно до якої право соціального забезпечення регулює відносини не тільки за участю держави, але й за участю інших суспільних інститутів, які виконують певні функції із соціального забезпечення, то на нашу думку, недержавне пенсійне забезпечення є предметом регулювання права соціального забезпечення.

Проте у ч. 3 ст. 2 Закону України “Про недержавне пенсійне забезпечення” зазначається, що недержавне пенсійне забезпечення здійснюється:

по-перше, пенсійними фондами шляхом укладення пенсійних контрактів між адміністраторами пенсійних фондів та вкладниками таких фондів відповідно до цього Закону;

по-друге, страховими організаціями шляхом укладення договорів страхування довічної пенсії, страхування ризику настання інвалідності або смерті учасника фонду відповідно до цього Закону та законодавства про страхування;

по-третє, банківськими установами відповідно до цього Закону та законодавства про банківську діяльність шляхом укладення договорів про відкриття пенсійних депозитних рахунків для накопичення пенсійних заощаджень у межах суми, визначеної для відшкодування вкладів Фондом гарантування вкладів фізичних осіб, що встановлюється згідно із законом.

Звідси випливає, що відносини із недержавного пенсійного забезпечення, яке здійснюється через страхові організації та шляхом відкриття банківського депозитного рахунку в установах банків, є за своєю природою цивільно-правовими і, відповідно, регулюються цивільним законодавством, в тому числі й законодавством про страхування та банківську діяльність.

Що ж стосується недержавного пенсійного страхування, яке здійснюється через недержавні пенсійні фонди, то варто зауважити таке.

Згідно ст. 2 Закону України “Про недержавне пенсійне забезпечення” система недержавного пенсійного забезпечення ґрунтується на засадах добровільної участі фізичних та юридичних осіб у формуванні пенсійних накопичень, крім випадків, передбачених законом. Однак, при цьому, у ч. 2 Прикінцевих положень Закону України “Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування” зазначено, що пенсійне забезпечення застрахованих осіб, які працювали або працюють на підземних роботах, на роботах з особливо шкідливими і особливо важкими умовами праці за списком № 1 та на інших роботах із шкідливими і важкими умовами праці за списком № 2 виробництв, робіт, професій, посад і показників, затверджених Кабінетом Міністрів України, та за результатами атестації робочих місць, на посадах, що дають право на призначення пенсії за віком на пільгових умовах або за вислугу років, які відповідно до законодавства, що діяло раніше, мали право на пенсію на пільгових умовах або за вислугу років, здійснюється згідно з окремим законодавчим актом через професійні та корпоративні фонди.

З вище наведеного випливає, що недержавні пенсійні фонди за таких умов можуть виступати страховиками за обов’язковим пенсійним страхуванням.

З огляду на це, ми погоджуємося із висновком Б. Стичинського про те, що недержавні пенсійні фонди не є страховиками у сенсі цивільно-правового страхування, оскільки вони можуть посидувати функції щодо здійснення договірної пенсійного страхування з виконанням функцій по забезпеченню обов’язкового соціального страхування, тобто виступати суб’єктами соціального забезпечення.

Отже, недержавне пенсійне страхування, яке здійснюється через недержавні пенсійні фонди є предметом правового регулювання права соціального забезпечення.

Недержавне пенсійне страхування іноді ще називають добровільним соціальним страхуванням. Проте ми вважаємо, що це не зовсім відповідає дійсності. Та обставина, що у певній своїй частині воно справді є добровільним, оскільки брати участь у ньому можуть на підставі договору, не заперечує того, що деякі види недержавного соціального страхування є обов’язковими для певних категорій працівників. Це, зокрема, стосується страхування за рахунок професійних та ряду корпоративних пенсійних фондів. Воно повинно здійснюватися на підставі відповідних законів, прийняття яких передбачено Законом України “Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування”. Саме тому, ми погоджуємося із думкою В. Я. Бурака, що цьому виду пенсійного страхування найповніше відповідає назва – недержавне пенсійне страхування.

Тим не менше, недержавному пенсійному страхуванню, яке здійснюється через недержавні пенсійні фонди, притаманний приватноправовий характер. В перше чергу, це проявляється в тому, що пенсійне страхування через недержавні пенсійні фонди здійснюється шляхом укладення пенсійних контрактів; внутрішня діяльність фондів також регулюється договорами цивільно-правового характеру (договори про адміністрування фонду, договори про управління активами фонду, договори із зберігачами, аудиторами тощо). Також правовий статус недержавних пенсійних фондів як некомерційних організацій (непідприємницьких товариств) говорить про те, що при створенні та провадженні діяльності з пенсійного страхування потрібно дотримуватися загальних вимог, встановлених для юридичних осіб у Цивільному та Господарському кодексах України, а також інших актах цивільного законодавства. На приватноправовий характер відносин у системі недержавного пенсійного страхування також вказують договірний порядок визначення розміру страхових внесків, підстав отримання та розміру страхових виплат.

Однак попри це, ми погоджуємося із позицією Б. Стичинського стосовно того, що для визначення відносин з приводу недержавного пенсійного забезпечення як відносин соціального забезпечення потрібно врахувати, що ці відносини виникають із конституційно закріпленого права громадян на соціальний захист, яке включає в себе право на соціальне забезпечення, і які становлять собою предмет правового регулювання права соціального забезпечення.

Недержавному пенсійному страхуванню як і загально-обов’язковому державному пенсійному страхуванню притаманний інститут соціального ризику.

Слід зазначити, що окрім соціального ризику, як передумови здійснення виплат в системі недержавного пенсійного забезпечення, недержавне пенсійне страхування має і інші ознаки соціально-забезпечувального характеру.

По-перше, у договорі про недержавне пенсійне страхування можна передбачити лише ті види виплат, які визначені в законодавстві.

По-друге, при недержавному пенсійному страхуванні, загальні умови здійснення страхових виплат, страховий випадок, визначаються законом, а не договором. Відповідно до ст. 4 Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення», воно здійснюється на принципі законодавчого визначення умов недержавного пенсійного забезпечення;

По-третє, відповідно до Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення», в правовідносинах у сфері недержавного пенсійного страхування беруть участь недержавні пенсійні фонди. Такі фонди не можуть брати на себе зобов'язання, не пов'язані з діяльністю у сфері недержавного пенсійного забезпечення. Реорганізація пенсійних фондів може бути проведена лише шляхом приєднання або злиття кількох пенсійних фондів однакового виду. Законом забороняється проводити реорганізацію будь-яких пенсійних фондів шляхом поділу чи виділення, приєднання або злиття пенсійних фондів різних видів. Окрім цього, недержавні пенсійні фонди не можуть бути проголошені банкрутами та ліквідовані за законодавством про банкрутство. Ще однією особливістю є те, що законом чітко визначені напрямки інвестиційної діяльності недержавного пенсійного фонду та способи розподілу прибутків, отриманих від такої діяльності;

По-четверте, держава здійснює жорсткий нагляд та контроль у сфері недержавного пенсійного страхування. Окрім цього, встановлена вимога про обов'язок щорічно проводити аудиторські перевірки всіх організацій, що беруть є учасниками правовідносинах у сфері недержавного пенсійного страхування.

По-п'яте, система недержавного пенсійного страхування, так як і загальнообов'язкове державне пенсійне забезпечення, є складовою частиною системи пенсійного забезпечення України

Таким чином, враховуючи вищенаведене, а також головне, що відносини з приводу недержавного пенсійного страхування виникають із конституційно закріпленого права громадян на соціальний захист, природа недержавного пенсійного страхування поєднує в собі елементи як цивільно-правового, так і соціально-забезпечувального характеру.

СОЦІАЛЬНА СУТНІСТЬ ТРУДОВОГО ПРАВА

Стасів О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Конституцію України в науковій літературі називають соціальною, оскільки вона містить основні засади, які визначають соціальний напрямок розвитку нашої держави. До цих засад належить право на відпочинок, право на безпечні та здорові умови праці тощо.

Вони виражають особливості правового регулювання, а тому можуть бути визначенні як засади правового регулювання, які лежать в основі соціального права.

Деякі науковці ставлять під сумнів сам факт існування соціального права як відособленої системи, яка стоїть поряд з публічним і приватним правом, або ж нерозривно поєднують поняття соціального права із соціальними правами людини, соціальною функцією держави та теорією соціальної держави.

Термін «соціальний» означає пов'язаний із життям і стосунками людей у суспільстві; суспільний; здійснюваний у певному суспільстві. Тому основним при розподілі системи права на публічне і приватне право має стати забезпечення прав людини, а не формальне дотримання в окремих випадках декларованих засад публічного чи то приватного права. Тобто держава гарантує громадянам надання конкретного права цим самим виконує соціальну функцію, яка має стати визначальною при формуванні соціального права. Публічне і приватне право мають базуватися на його засадах.

У зв'язку з цим важливим напрямком соціальної політики та забезпечення реальної захищеності в умовах ринкової економіки має бути законодавча конкретизація соціальної державності. Вона здійснюється шляхом формування особливої галузі – соціального права, як це є у ФРН, де діє Соціальний кодекс. Замість терміну «трудове право» вживається термін «соціальне право», яке знайшло своє відображення і в юридичній літературі.

В Україні ж трудове право традиційно розглядають як право охорони праці у широкому розумінні цього терміну. У цьому й виражається його соціальне призначення. Але гарантуючи високий рівень умов праці, всемірну охорону трудових прав працівників, як це зазначено у КЗпП України, законодавець оминає своєю увагою права роботодавців. Цим самим порушується засада рівності. Тому соціальна функція трудового права повинна набувати подальшого поширення.

Соціальне призначення трудового права полягає і в досягненні оптимального поєднання інтересів працівників, роботодавців і держави, зокрема через інститут соціального партнерства. Воно являється одним із найефективніших чинників врегулювання соціальних суперечностей, між цими суб'єктами.

Також соціальне призначення права в суспільстві виявляється в його функціях. В трудовому праві традиційно розглядають дві основні функції: захисну і виробничу.

Захисна функція полягає у захисті прав, законних інтересів індивідуальних і колективних суб'єктів трудового права у соціально-трудовій сфері при неможливості їхньої реалізації. Ця функція тісно пов'язана із виховною.

Зокрема, у науковій літературі йдеться про пріоритетність прав та інтересів працівника над інтересами виробництва, яке представляє роботодавець. Разом з тим не можна не враховувати й інтереси роботодавця. Як справедливо зазначає П.Д. Пилипенко, інтереси виробництва (а це цілком закономірно, оскільки випливає з мети підприємництва – отримання прибутку) повинен забезпечувати сам власник. І саме тому, щоб він досягав цього не шляхом надмірної експлуатації працівників, має існувати трудове законодавство, яке буде забезпечувати захист інтересів останніх. Однак при цьому воно має виходити з загальних засад охорони також інтересів власника як суб'єкта вже не тільки трудових, але й майнових інтересів.

Визначаючи загалом соціальне призначення трудового права необхідно наголосити, що соціальна спрямованість трудового права проявляється у закріпленні та захисті усього комплексу соціально-економічних прав. Але для повної реалізації своєї основної функції норми трудового права потребують свого подальшого вдосконалення в умовах розвитку ринкових відносин.

**ПЕРЕХІД ПРАВ НА ЗЕМЕЛЬНУ ДІЛЯНКУ ПРИ ПЕРЕХОДІ
ПРАВА НА БУДІВЛЮ АБО СПОРУДУ, ЩО РОЗМІЩЕНІ НА НІЙ:
ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ**

Федорович В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В умовах розвитку ринку нерухомості актуальними стають питання про перехід прав покупця будівлі або споруди на земельну ділянку, на якій вона розташована. Якщо порядок переходу права на будівлю чи споруду переважно питань не викликає, врегульований досить чітко й повно, то у сфері переходу прав на земельну ділянку виникає чимало проблем. Пов'язані вони в основному з тим, що між земельним та цивільним законодавством у цій сфері існують досить істотні суперечності, відчувається недостатня урегульованість таких відносин.

Чинний ЦК України об'єднав земельні ділянки і розташовані на них будівлі чи споруди в одну категорію – «нерухомість». При цьому не зовсім визначеним є питання, що в даному випадку, земельна ділянка чи споруда, є головною річчю, а що – приналежністю.

Виходячи з положень чинного цивільного та земельного законодавства, співвідношення прав на земельну ділянку з правами на розташовані на ній будівлі чи споруди може бути різним. Можливими є декілька варіантів :

1. Пріоритет прав на земельну ділянку порівняно з правами на будівлю чи споруду.

У такому випадку головною річчю є земельна ділянка, а приналежністю – будівля чи споруда, яка слідує юридичній долі земельної ділянки.

Так, наприклад, права на будівлі чи споруди є похідними від прав на земельну ділянку і слідують за нею при викупі земельної ділянки у зв'язку із суспільною необхідністю (ст. 147 ЗК, ст. 350 ЦК України). У такому випадку земельна ділянка підлягає викупу, а доля житлового будинку, інших будівель, споруд, насаджень вирішується в порядку, передбаченому ст. 351 ЦК України. Вони можуть бути знесені з відшкодуванням збитків, перенесені та відбудовані на іншій земельній ділянці, викуплені.

Якщо власник земельної ділянки, що підлягає викупу у зв'язку із суспільною необхідністю, є власником житлового будинку, інших будівель, споруд чи насаджень, що розміщені на ній, вимога про припинення права власності на ці об'єкти розглядається разом з вимогою про викуп земельної ділянки.

Пріоритет прав на земельну ділянку закріплено й у деяких інших випадках :

– відповідно до ст. 90 ЗК, ст. 375 ЦК України власник земельної ділянки має право зводити на ній жилі будинки, виробничі та інші будівлі чи споруди. Право на забудову у такому випадку є похідним від права власності на земельну ділянку;

– поширення права власності на –земельну ділянку в її межах на поверхневий (грунтовий) шар, а також на водні об'єкти, ліси і багаторічні насадження, які на ній знаходяться (ст. 79 ЗК, ст. 373 ЦК України).

2. Земельна ділянка і розташовані на ній будівлі чи споруди є самостійними об'єктами цивільно-правового обігу незалежно один від одного. У такому випадку відсутній нерозривний зв'язок земельної ділянки й будівлі чи споруди, яка на ній розташована, як єдиного об'єкта нерухомості.

Зокрема, до набрання чинності ЦК України, ст. 120 ЗК України у редакції 2001 року допускала відчуження будівлі чи споруди без відчуження земельної ділянки. В ній було передбачено, що при переході права власності на будівлю і споруду право власності на земельну ділянку або її частину може переходити на підставі цивільно – правових угод, а право користування – на підставі договору оренди. Така норма встановлювала необхідність укладення окремих договорів на придбання земельних ділянок при купівлі будівлі чи споруди. Крім того, відповідно до її змісту, земельна ділянка могла й не переходити до нового власника будівлі чи споруди, про що свідчили слова «може переходити». Питання набуття права влас-

ності на земельну ділянку сторони договору купівлі-продажу об'єкта нерухомості могли виришувати окремо.

Таким чином, ЗК України з 2002 до 2007 року визнавав земельну ділянку і будівлю чи споруду самостійними об'єктами правовідносин. Така ситуація знайшла своє відображення й у законодавстві, що полягало в тому, що:

- порядок відчуження земельних ділянок і будівель був урегульований різними нормативно-правовими актами;
- різними й до сьогодні є порядок реєстрації права власності на будівлю і земельну ділянку;
- моменти виникнення права власності на земельну ділянку і будівлю чи споруду є різними і т.п.

Разом з тим, «самостійність» земельної ділянки та розташованого на ній об'єкта нерухомості породжує чимало проблем теоретичного та практичного характеру:

- це суперечить визначенню поняття нерухомості (ст.181 ЦК) оскільки втрачається нерозривний зв'язок будівлі та земельної ділянки і така ознака нерухомості, як неможливість переміщення об'єктів без їх знецінення та зміни їх призначення;
- у такій ситуації практично неможливо уникнути спорів про права на земельну ділянку між власником будівлі чи споруди і власником земельної ділянки.

З набранням чинності ЦК України з 1 січня 2004 року положення ст.120 ЗК України вступили в суперечність із ст.. 377 ЦК України. Проте, враховуючи, що в даній ситуації норми ЗК трактувалися як спеціальні, а норми ЦК – загальні, регулювання земельних відносин при придбанні будівля чи споруди вирішувалося в користь ЗК України. Особа, яка ставала власником будівлі чи споруди, була змушена окремо врегульовувати земельні питання з власниками землі, якими могли бути не тільки фізичні чи юридичні особи, а й органи державної влади чи місцевого самоврядування. Це істотно ускладнювало процес набуття прав на земельні ділянки, на яких були розташовані вказані об'єкти нерухомості.

3. Визнання пріоритету будівлі чи споруди по відношенню до земельної ділянки, на якій вона розташована. У такому випадку земельна ділянка слідує юридичній долі будівлі чи споруди, що розташовані на ній. Така модель юридичного співвідношення між земельною ділянкою та розташованим на ній об'єктом нерухомості закріплена сьогодні як у цивільному (ст.. 377 ЦК України), так і у земельному законодавстві(ст.. 120 ЗК України). У 2007 році було внесено зміни до ст.. 120 ЗК, положення якої були приведені у відповідність до вимоги ст.. 377 ЦК. Відповідно до чинних сьогодні п. 1 ст.120 ЗК та п.1 ст.377 ЦК, до особи, яка придбала житловий будинок, будівлю або споруду, переходить право власності на земельну ділянку, на якій вони розміщені, без зміни її цільового призначення, у розмірах встановлених договором. Якщо договором про відчуження житлового будинку, будівлі або споруди розмір земельної ділянки не визначено, до набувача переходить право власності на ту частину земельної ділянки, яка зайнята житловим будинком, будівлею або спорудою, та на частину земельної ділянки яка необхідна для їх обслуговування.

Таким чином, придбання за договором житлового будинку, будівлі або споруди передбачає і перехід права власності на землю. При цьому сторони можуть домовитися про розмір земельної ділянки. Законодавець виходить з того, що земельну ділянку не слід «відокремлювати» від нерухомості, що на ній розташована.

За аналогічною моделлю подібні відносини були врегульовані й у радянському земельному законодавстві, що було обумовлено передусім виключною власністю держави на землю. Земельні ділянки надавалися тільки у користування й не могли бути об'єктом цивільно-правових угод. Так, ст.. 90 ЗК УРСР 1970 року закріплювала правило, відповідно до якого при переході права власності на будівлю переходило також і право користування земельною ділянкою або її частиною.

Крім того, необхідно врахувати і те, що земельні ділянки були залучені до цивільно – правового обігу пізніше, ніж будівлі чи споруди, у зв'язку з чим і проявився у законодавстві пріоритет нерухомості по відношенню до земель.

Таким чином, із приведенням ст..120 ЗК України у відповідність до ст.. 377 ЦК України, у законодавстві остаточно сформувався пріоритет прав на будівлю чи споруду перед правами

на земельну ділянку. Внесення змін до ЗК безумовно є позитивним явищем з погляду на єдиний підхід до регулювання зазначених відносин.

Разом з тим, залишаються проблемними ряд важливих практичних питань, які можуть виникнути при переході прав на землю до набувача будівлі чи споруди. Так, не зовсім зрозумілим видається, хто повинен визначати розмір земельної ділянки, якщо він не визначений у договорі про відчуження будівлі чи споруди. Законодавець вказує, що у такому випадку до набувача будівлі переходить та частина земельної ділянки, яка занята будівлею та яка необхідна для її обслуговування. Такий розмір може бути визначений тільки проектом відведення земельної ділянки. Проте це потребує значного часу та коштів, тому говорити про визначення розміру земельної ділянки через проект під час укладення договору немає сенсу.

Значно складніші проблеми виникають при переході прав на будівлю чи споруду, що розташовані на земельній ділянці, наданій у користування. Відчужувач будівлі чи споруди у такому випадку не є власником земельної ділянки і його волевиявлення щодо земельної ділянки не має юридичного значення. У законодавстві взагалі не звертається увага на площу земельної ділянки попереднього землекористувача, а говориться про перехід права користування тією частиною земельної ділянки, на якій розміщені будівля чи споруда та частини земельної ділянки, що необхідна для їх обслуговування.

І знову виникає проблема визначення розміру вказаних земельних ділянок.

Все це свідчить про необхідність удосконалення чинного законодавства у сфері переходу прав на земельну ділянку при переході права власності на житловий будинок, будівлю чи споруду.

**ДО ПИТАННЯ ДОГОВІРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ
НЕДЕРЖАВНОГО ПЕНСІЙНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ****Чернявська Г.***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Договірне регулювання тривалий час було і залишається предметом наукових досліджень вчених – представників науки цивільного та трудового права. Це зумовлено природою суспільних відносин, які становлять собою предмет названих галузей права. Так, предметом цивільного права є особисті немайнові та майнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. Предметом трудового права є комплекс суспільних відносин, що виникають у результаті укладення трудового договору, і до якого входять також відносини, тісно пов'язані з трудовими відносинами та які існують для забезпечення функціонування останніх. Правовідносини, що є предметом цивільного та трудового права, за своєю природою є договірними, оскільки, в основному, виникають на підставі укладення цивільно-правового чи трудового договору.

Договірне регулювання у цивільному праві досліджували О. А. Красавчиков, О. С. Юффе, В. Г. Вердников, В. В. Луць, Л. П. Дашков, А. В. Бризгалін та інші. Представниками науки трудового права, предметом досліджень яких було договірне регулювання у трудовому праві, є П. Д. Пилипенко, Г. І. Чанишева, З. Я. Козак, Е. Ф. Гумерова, А. Д. Зайкін, В. В. Єршов та інші.

На відміну від вказаних галузей права, договірне регулювання практично не було предметом наукових досліджень вчених – представників науки права соціального забезпечення. Вказаний вид правового регулювання досліджувався тільки в контексті джерел права соціального забезпечення.

У зв'язку із запровадженням третього рівня системи пенсійного забезпечення України – недержавного пенсійного забезпечення та прийняттям Закону України “Про недержавне пенсійне забезпечення” дослідження договірного регулювання у сфері недержавного пенсійного забезпечення стало особливо актуальним.

Зі змісту ст. 2 Закону України “Про недержавне пенсійне забезпечення” випливає, що недержавне пенсійне забезпечення є предметом договірного регулювання сторонами такого виду пенсійного забезпечення. Аналогічний висновок також випливає із положення ч. 3 ст. 2 Закону України “Про недержавне пенсійне забезпечення”, відповідно до якого недержавне пенсійне забезпечення здійснюється пенсійними фондами шляхом укладення пенсійних контрактів; страховими організаціями – шляхом укладення договорів страхування довічної пенсії, страхування ризику настання інвалідності або смерті учасника фонду; банківськими установами – шляхом укладення договорів про відкриття пенсійних депозитних рахунків для накопичення пенсійних заощаджень.

Вище наведене дає підстави стверджувати, що у сфері недержавного пенсійного забезпечення держава не відіграє провідної ролі у здійсненні правового регулювання суспільних відносин. Здійснення цієї функції покладається безпосередньо на сторони вказаних відносин.

Договірне регулювання є властивим для країн з ринковою економікою. Оскільки наша держава визначила одним із своїх завдань в економічній сфері розвиток саме ринкової економіки, то договірному регулюванню суспільних відносин повинно бути надано пріоритетного значення. Саме договірне регулювання дозволяє найповніше враховувати особливості конкретних суспільних відносин.

У зв'язку з тим, що відносини соціального забезпечення завжди є наслідком трудових відносин і можуть бути предметом цивільно-договірного регулювання, між трудовим правом, цивільним правом та правом соціального забезпечення існує взаємний зв'язок у регулюванні соціального забезпечення.

Зважаючи на взаємний зв'язок вказаних галузей права, а також на те, що недержавне пенсійне забезпечення є видом соціального забезпечення, визначимо значення соціального партнерства для недержавного пенсійного забезпечення.

Соціальне партнерство є одним із найрезультативніших способів врегулювання соціально-економічних відносин. Його значення для недержавного пенсійного забезпечення полягає в тому, що за допомогою соціального партнерства здійснюються пошук компромісів та підготовка узгоджених рішень з питань запровадження, розвитку та ефективного функціонування добровільного та обов'язкового недержавного пенсійного забезпечення.

Саме у сфері договірної правового регулювання соціальне партнерство проявляється найбільш повно.

Внаслідок того, що законодавством у сфері недержавного пенсійного забезпечення чітко регулюється порядок та умови здійснення вказаного виду забезпечення, договірне регулювання недержавного пенсійного забезпечення вважається організованим процесом. Договірному регулюванню недержавного пенсійного забезпечення також властива цілеспрямованість, оскільки договірне регулювання спрямоване на встановлення, зміну та припинення відносин недержавного пенсійного забезпечення. При цьому кінцевою метою здійснення договірної регулювання є забезпечення реалізації права на недержавне пенсійне забезпечення як вид матеріального забезпечення громадян, які зазнали впливу соціального ризику.

Правовою підставою виникнення відносин недержавного пенсійного забезпечення є укладення пенсійного контракту між вкладником та недержавним пенсійним фондом. Окрім цього, зі змісту Закону України "Про недержавне пенсійне забезпечення" випливає, що відносини недержавного пенсійного забезпечення можуть також регулюватися колективними договорами. Недержавне пенсійне забезпечення є видом соціального забезпечення, яке надається особі за умови настання соціального ризику. Оскільки соціальне забезпечення може бути предметом правового регулювання на рівні генеральної, галузеві та регіональної угоди, то й недержавне пенсійне забезпечення також може регулюватися зазначеними угодами.

Таким чином, договірне регулювання недержавного пенсійного забезпечення є організованим, цілеспрямованим процесом встановлення, зміни та припинення відносин недержавного пенсійного забезпечення, який здійснюється шляхом укладення договорів та угод.

Зважаючи на взаємний зв'язок між цивільним правом та правом соціального забезпечення у регулюванні відносин соціального забезпечення, договірне регулювання недержавного пенсійного забезпечення здійснюється також на цивільно-правових принципах.

В першу чергу, договірне регулювання недержавного пенсійного забезпечення здійснюється на основі загальнодозвільного принципу: дозволено все те, що прямо не заборонено законом. За допомогою загальних дозволів законодавець визначає той соціальний простір, який може бути врегульований за допомогою договорів та угод. При цьому ним також використовуються загальні вказівки на те, що безпосередньо може бути врегульовано договорами, угодами. Зокрема, такі загальні вказівки містяться у ст. 9, ч. 3 ст. 50, ч. 3 ст. 48 Закону України "Про недержавне пенсійне забезпечення".

Стосовно заборон варто зауважити, що за умови загальнодозвільного принципу в законодавстві чітко вказуються обставини та ситуації, з настанням яких забороняється застосовувати договірне регулювання.

Ще одним цивільно-правовим принципом, на основі якого здійснюється договірне регулювання недержавного пенсійного забезпечення, є принцип свободи сторін, в основі якого закладена їх рівність. Рівність сторін знаходить прояв у тому, що встановивши умови договорів, угод, учасники за загальним правилом не можуть в односторонньому порядку внести зміни, доповнення до них або припинити їх дію. У таких випадках свобода однієї сторони обмежується правом іншої.

Договірне регулювання відіграє важливу роль для недержавного пенсійного забезпечення, в першу чергу, для обслуговування загальної норми права шляхом її конкретизації чи індивідуалізації. Зважаючи на те, що недержавне пенсійне забезпечення є новим видом забезпечення, у законодавстві можуть існувати прогалини у його правовому регулюванні. Саме тому договірне регулювання може бути також спрямоване на встановлення нових правил поведінки для заповнення прогалин у законодавстві із недержавного пенсійного забезпечення.

Окрім того, договірне регулювання пенсійного забезпечення підвищує правову активність особи, оскільки через укладення договору проходить її самореалізація як суб'єкта правовідносин.

Предметом договірної регулювання у сфері недержавного пенсійного забезпечення є відносини даного виду забезпечення. Зважаючи на те, що договірне регулювання здійснюється на загальнодозвольному принципі, договірному регулюванню підлягають всі відносини недержавного пенсійного забезпечення, за винятком тих, що чітко регулюються законодавством із недержавного пенсійного забезпечення, а також тих, договірне регулювання яких прямо заборонено законом.

Як зазначалося вище, умови та порядок здійснення недержавного пенсійного забезпечення можуть визначатися не тільки у пенсійному контракті, а й в колективних договорах та угодах. Зазначені договори і угоди є підставою виникнення правовідносин соціального партнерства. Останні, в свою чергу, є елементом колективно-трудова відносин. Колективно-трудова відносини належать до відносин, тісно пов'язаних із трудовими, і складають предмет трудового права.

З огляду на вище наведене розглянемо рівні договірної регулювання у трудовому праві.

За трудовим правом України виділяють два рівні договірної регулювання: колективно-договірне регулювання та індивідуально-договірне регулювання.

Договірне регулювання у сфері недержавного пенсійного забезпечення також може здійснюватися на колективно-договірному рівні. Правова підстава здійснення цього виду страхування на вказаному рівні передбачена статтями 9, 20, 50 Закону України "Про недержавне пенсійне забезпечення".

У колективно-договірному регулюванні недержавного пенсійного забезпечення беруть участь сторони соціального партнерства: держава в особі органів державної влади, органи місцевого самоврядування, представники організацій роботодавців та представники організацій працівників. Застосування колективно-договірному способу правового регулювання недержавного пенсійного забезпечення спрямоване на забезпечення балансу інтересів держави, місцевої влади, роботодавців та працівників в частині реалізації сторонами своєї соціальної політики та забезпечення працівникам права на соціальне забезпечення. Окрім цього, колективно-договірне регулювання дозволяє враховувати особливості умов праці на конкретному підприємстві, у конкретній галузі чи регіоні.

Застосування колективно-договірної регулювання сприятиме підвищенню рівня прав працівників на соціальне забезпечення у разі старості шляхом отримання додаткової до державної пенсії.

Правовою основою колективно-договірної регулювання в Україні є Закон України "Про колективні договори і угоди". Згідно цього Закону колективно-договірне регулювання соціально-економічних відносин здійснюється на рівні генеральної, галузевої, регіональної угод, а також на виробничому рівні.

Предметом колективно-договірної регулювання на державному, галузевому та регіональному рівні можуть бути питання щодо: запровадження на підприємствах, в установах, організаціях добровільного недержавного пенсійного забезпечення працівників шляхом внесення положень про названий вид забезпечення до колективних договорів; формування переліку категорій працівників, які підлягатимуть недержавному пенсійному забезпеченню; розроблення видів пенсійних схем, які можуть використовуватися на підприємствах (в установах, організаціях) з урахуванням специфіки діяльності та прибутковості юридичних осіб – роботодавців – платників таких пенсійних фондів; щодо інформування працівників та роботодавців про переваги недержавного пенсійного забезпечення, необхідність запровадження такого виду забезпечення з метою підвищення соціальної захищеності найманих працівників.

Значення колективно-договірної регулювання на виробничому рівні полягає, в першу чергу, в тому, що воно може поширюватися на значну кількість працівників підприємства, а з урахуванням довгострокової дії пенсійної програми може охопити практично всіх працівників, тобто носить всезагальний характер. По-друге, носить цілеспрямований характер; сприяє зменшенню текучості кадрів на підприємстві. По-третє, сприяє підвищенню соціального захисту працівників конкретного підприємства.

Предметом колективного договору можуть бути такі умови недержавного пенсійного забезпечення: обов'язок роботодавця щодо створення недержавного пенсійного фонду; категорії працівників конкретного підприємства, які будуть брати участь у недержавному пенсій-

ному забезпеченні; стаж роботи на підприємстві, особливі заслуги перед підприємством, а також інші умови, за яких працівник може брати участь у недержавному пенсійному забезпеченні; погодження пенсійних схем, які будуть використовуватись недержавним пенсійним фондом; склад платників пенсійних внесків; розмір внесків до недержавного пенсійного фонду; порядок укладення договорів страхування ризику інвалідності або настання смерті учасника фонду за рахунок частини пенсійних внесків учасників; розмір страхового внеску за таким видом страхування; умова про тимчасове припинення сплати пенсійних внесків засновником фонду тощо.

Таким чином, основним призначенням договірному регулювання у сфері недержавного пенсійного забезпечення є створення умов для найбільш ефективного соціального захисту громадян у разі настання соціальних ризиків шляхом конкретизації законодавчих норм та заповнення прогалін на рівні генеральної, галузевої та регіональної угод, а також у колективних договорах.

ОСНОВНІ ОЗНАКИ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ ЗЕМЕЛЬ ЛІСОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕННЯ

Чопик О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Новелою Закону України від 08 лютого 2006 року «Про внесення змін до Лісового кодексу України» є визначення поняття земель лісогосподарського призначення та їх правового режиму. Правовий режим земель лісогосподарського призначення необхідно аналізувати за такими його елементами, як: визначення поняття цих земель, окреслення кола суб'єктів прав на землі лісогосподарського призначення, характеру власності на землі цієї категорії, встановлення особливостей державного регулювання та управління у сфері використання земель лісогосподарського призначення, видів відповідальності за порушення їх правового режиму.

Землі лісогосподарського призначення є одним з елементів екологічних систем лісів, що беруть участь в природному функціонуванні всієї екосистеми. Земля має тут двояке значення: як просторовий базис, на якому росте лісова рослинність, і як засіб виробництва, що живить кореневу систему лісів ґрунтовими компонентами (вологою, корисними речовинами та ін.).

Загальна площа земель лісогосподарського призначення України складає 9400,2 тис. га, з них: площа хвойних лісів (сосна, ялина) складає – 3969,1 тис. га (42,2%), площа твердолистяних порід (дуб, бук) складає 4064,7 тис. га (43,2%), площа м'яколистяних порід (береза, осика) складає – 1282,1 тис. га (13,6%).

До земель лісогосподарського призначення належать лісові землі, на яких розташовані лісові ділянки, та нелісові землі, зайняті сільськогосподарськими угіддями, водами й болотами, спорудами, комунікаціями, малопродуктивними землями тощо, які надані в установленому порядку та використовуються для потреб лісового господарства. Закріплення в законодавстві такої структури земель лісогосподарського призначення обумовлено різним цільовим призначенням двох зазначених видів земель цієї категорії.

Лісові землі призначені для вирощування, раціонального та ефективного використання, відтворення лісів. Вони можуть бути покриті лісовою рослинністю, а також тимчасово не покриті нею, але призначені для її відновлення – вирубки; гар; деревостої, що загинули; пустирі; площі, зайняті розсадниками, незімкнутими лісовими культурами; плантаціями; лісовими шляхами та просіками; лісовими протипожежними розривами; лісовими осушувальними каналами і дренажними системами та інші землі, де відбувається природний чи штучний процес лісовідновлення.

Нелісові землі – землі, котрі не тільки не зайняті лісами, але і не призначені для їх вирощування. Це землі зайняті просіками, дорогами, сільськогосподарськими угіддями, а також розміщені на кордонах лісового фонду землі, зайняті болотами, каменистими розсипами, та інші незручні для використання землі.

Лісовим кодексом України та Українським класифікатором цільового використання землі, затвердженого листом Державного комітету України по земельних ресурсах № 14-1-7/1205 від 24.04.1998 року, визначено, що основним цільовим призначення земель лісогосподарського призначення є їх використання для ведення лісового господарства.

Лісове законодавство правами на землі лісогосподарського призначення визначає право власності на землі лісогосподарського призначення, право користування землями лісогосподарського призначення та лісові сервітуту.

Ліси, які знаходяться в межах території України, є об'єктами права власності Українського народу. Від імені Українського народу права власника на ліси здійснюють органи державної влади та органи місцевого самоврядування в межах, визначених Конституцією України. Ліси можуть перебувати в державній, комунальній та приватній власності. Суб'єктами права власності на ліси є держава, територіальні громади, громадяни та юридичні особи. Лісовим законодавством вживається словосполучення «власність на ліси», проте, земля, як природний компонент лісу, має значний вплив на зміст такого права власності. Вона є базовим елементом лісу, з яким пов'язані лісові ресурси. Земля забезпечує територіальну цілісність, сталість фун-

кціонування усієї сукупності рослинності, тварин, мікроорганізмів та інших природних компонентів, що утворюють ліс. Тому реалізація власності на ліси здійснюється через власність на землі лісогосподарського призначення.

Лісовим кодексом України передбачене право постійного та тимчасового користування лісами на землях лісогосподарського призначення. Тимчасове користування лісами може бути: довгостроковим – терміном від одного до п'ятдесяти років і короткостроковим – терміном до одного року.

Суб'єктами права постійного користування лісами на землях лісогосподарського призначення є:

1. спеціалізовані державні лісогосподарські підприємства;
2. інші державні підприємства, установи та організації, у яких створено спеціалізовані лісогосподарські підрозділи для ведення лісового господарства та спеціального використання лісових ресурсів, потреб мисливського господарства, культурно-оздоровчих, рекреаційних, спортивних, туристичних, проведення науково-дослідних робіт.

До суб'єктів прав тимчасового користування лісами належать: власники лісів або уповноважені ними особи; підприємства, установи, організації; громадяни України; іноземці та особи без громадянства; іноземні юридичні особи.

Права та обов'язки суб'єктів прав на землі лісогосподарського призначення чітко визначені нормами Лісового кодексу України. Крім того, у випадку відсутності регулювання окремих питань лісовим законодавством, таке здійснюється відповідно до норм Земельного кодексу України.

Особливим різновидом правовідносин землекористування є нормативно визначене та засноване на дозвільній угоді або рішенні суду право, що надається (встановлюється) на вимогу землевласника або землекористувача для обмеженого цільового використання сусідньої земельної ділянки, яка належить на праві власності відповідній особі – право земельного сервітуту. Суб'єктами права земельного сервітуту є власники, лісокористувачі та громадяни. Громадяни мають право вільно перебувати в лісах державної та комунальної власності, якщо інше не передбачено законом. Права власників лісів або лісокористувачів можуть бути обмежені (у вигляді лісового сервітуту) на користь інших заінтересованих осіб на підставі закону, заповіді або за рішенням суду.

Крім того, лісовим законодавством передбачене право лісокористування, що є сукупністю прав виховних норм, які встановлюють умови і порядок багатопільового використання лісів, їх збереження і відновлення, права і обов'язки лісокористувачів, виходячи з інтересів суспільства в отриманні деревинної і не деревинної лісової продукції, використання інших корисних властивостей лісу і забезпечення охорони оточуючого середовища. Лісокористування може здійснюватись в порядку загального та спеціального використання лісових ресурсів.

Державне управління у сфері використання, відновлення і охорони лісу є частиною державного регулювання правового режиму земель лісогосподарського призначення. Під державним управлінням землями лісогосподарського призначення загалом розуміється діяльність державних органів по забезпеченню раціонального використання, відновлення та захисту лісового фонду.

Роль держави в управлінні та регулюванні використання земель лісогосподарського призначення зводиться до того, щоб досягти гармонійного розвитку екологічних, економічних та соціальних властивостей таких земель і лісів, і охоплює правотворчу функцію, функцію реалізації лісового законодавства та контролю за його виконанням, функцію екологічної й соціальної цінності лісів, функцію державного забезпечення потреб лісогосподарської галузі.

Центральним органом виконавчої влади, що забезпечує державне регулювання у сфері використання земель лісогосподарського призначення є Державний комітет лісового господарства, Положення про який затверджено Указом Президента України від 14 серпня 2000 року.

Порушення лісового законодавства – це протиправне винне соціально шкідливе (а дія злочинів – суспільно небезпечне) діяння, котре порушує встановлений порядок використання, відтворення, захисту та охорони лісів, за вчинення якого законодавством встановлено юридичну відповідальність.

Шкода, заподіяна лісопорушеннями, є негативними для лісового господарства наслідками протиправних діянь у формі знищення, пошкодження, забруднення, іншого погіршення якості лісу або окремих елементів лісової екосистеми, порушення екологічних зв'язків між ними, а також зниження ефекту від лісогосподарської діяльності законних лісокористувачів через недоотримання продукції лісової галузі. Основним способом відшкодування шкоди, заподіяної лісовому господарству, є відшкодування збитків, тобто компенсація грошового еквівалента, грошової оцінки негативних наслідків лісопорушення, як тих, що вже виникли, так і тих, котрі мають перспективний характер, що зумовлено наявністю в структурі шкоди екологічної складової – зруйнованих або пошкоджених зв'язків між елементами лісової екосистеми.

Отже, правовий режим земель лісогосподарського призначення вказує на особливу охорону цієї категорії земель з боку держави. Цінність таких земель, в першу чергу, полягає в самих лісах, які мають велике санітарно-гігієнічне, цілюще, естетичне, рекреаційне, а також науково-пізнавальне значення. З прийняттям змін до Лісового кодексу України спостерігається підвищена зацікавленість законодавця в збереженні, відтворенні, охороні та захисті лісів і земель лісогосподарського призначення, що проявляється в посиленні централізованого державного контролю та, зокрема, в підвищенні міри відповідальності за лісові правопорушення.

ПРЕДМЕТ ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА

Чопко Х.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Господарське втручання у природу, зростання рекреаційних навантажень протягом останніх десятиліть загострили проблему підтримки екологічної рівноваги. Разом з охороною природного середовища від забруднення і раціоналізацією використання природних ресурсів необхідною умовою вирішення вказаної проблеми є постійна підтримка природного різноманіття, що стабілізує екологічні системи. При цьому значно зростає роль природоохоронних заходів впливу, серед яких важливе місце відведено екологічному праву.

Назва галузі походить від терміна «екологія» (грецьк. *oikos* – будинок, житло, місце мешкання, *logos* – наука) і буквально означає наука про місце і життя людини. Однак досі немає одностайності щодо визнання екологічне право є самостійною галуззю права, оскільки чітко не окреслений предмет правового регулювання екологічного права. А як відомо для того щоб сукупність правових норм була визнана самостійною галуззю права, вона має відповідати виробленим юридичною наукою критеріям. Головним з них є предмет, об'єкт і метод правового регулювання. Взяті в сукупності ці критерії є визначальними для виділення самостійної відповідної галузі права.

На нашу думку екологічне право є самостійною галуззю права, що має єдиний предмет правового регулювання – екологічні відносини поділені на декілька різновидів (земельні, водні, лісові, гірничі та інші), які мають свої істотні специфічні особливості, що зумовлені об'єктом екологічного права.

Загалом в літературі не сформульовано окремого поняття «об'єкт екологічного права», а виділяються конкретні категорії цих об'єктів: інтегровані, тобто навколишнє природне середовище; диференційовані, тобто окремі його компоненти; і такі, що підлягають особливій охороні. Професор В.І. Андрейцев дає аналогічну класифікацію.

Законодавство України про охорону навколишнього природного середовища наводить досить детальний перелік вищезгаданих об'єктів, включаючи до цього: навколишнє природне середовище як сукупність природних і природно-соціальних умов і процесів; природні ресурси; території та об'єкти, що підлягають особливій охороні; здоров'я і життя людей.

Дійсно, об'єкти екологічного права, зокрема земля, надра тощо є і об'єктами інших галузей права, однак найголовнішою відмінною ознакою між землею як об'єктом земельного права і екологічного права виступатиме екологічний фактор, тобто екологічні відносини існують лише при наявності природних об'єктів без відриву від навколишнього природного середовища, а у земельному праві земля виступає засобом виробництва, просторово-операційним базисом і об'єктом правової охорони.

Що ж стосується чіткого окреслення кола суспільних відносин, які підлягають врегулюванню екологічним правом, то тут існує декілька думок. В.М. Комарницький вважає, що екологічні правовідносини – це суспільні відносини, що врегульовані нормами екологічного права, які виникають, існують і припиняються відповідно до вимог і на підставах, передбачених законодавством.

Ці суспільні відносини включають в себе:

1) суспільні відносини пов'язані з вилученням речовин і енергії з природного середовища. Так, надкористування пов'язане з вилученням корисних копалин, мисливство – з відстрілом, виловом диких тварин, лісокористування – із вирубуванням лісу;

2) суспільні відносини, пов'язані з використанням корисних властивостей природних об'єктів. Наприклад, сільськогосподарське землекористання засноване на родючості ґрунтів;

3) суспільні відносини, пов'язані з внесенням у природне середовище речовин або енергії, які раніше не існували в природі або існували в незначних обсягах. Так, використання надр здійснюється для захоронення речовин і відходів, атмосферного повітря – для викидів забруднюючих речовин, водойм – для розведення риби тощо;

4) суспільні відносини, що виникають у зв'язку з перетворенням природного об'єкта, наприклад, з метою створення парків, штучних водойм, будівництва шляхів тощо;

5) суспільні відносини пов'язані з охороною природних об'єктів, що використовуються, і довкілля у цілому. Щоб попередити негативні впливи господарської та іншої діяльності на довкілля, передбачається здійснення екологічної експертизи, екологічного моніторингу, екологічного контролю тощо.

На нашу думку, розмежування суспільних відносин пов'язаних з вилученням речовин і енергії з природного середовища, суспільних відносин, пов'язаних з використанням корисних властивостей природних об'єктів, суспільних відносин, пов'язаних з внесенням у природне середовище речовин або енергії, які раніше не існували в природі або існували в незначних обсягах, суспільних відносин, що виникають у зв'язку з перетворенням природного об'єкта є недоцільним, оскільки це вже конкретні способи природокористування, а останнє випливає із мети існування екологічного права як галузі права – це регулювання і забезпечення раціонального використання природних ресурсів. Отже, вищеназвані відносини слід об'єднати в одну групу – суспільні відносини в галузі використання природних ресурсів.

Не є обгрунтованою, на нашу думку, і диференціація суспільних відносин, що становлять предмет екологічного права запропонована В.Г. Анісімовим. Вчений розмежовує:

1) відносини, що виникають з приводу приналежності природних об'єктів певним суб'єктам на праві власності або праві користування;

2) відносини, що виникають із приводу забезпечення екологічної безпеки довкілля, суспільства та громадян;

3) відносини, що виникають в сфері експлуатації екологічних об'єктів конкретними суб'єктами з метою задоволення своїх інтересів;

4) відносини, що складаються в галузі відтворення, відновлення природних об'єктів, поліпшення їх якості;

5) відносини, що виникають в сфері охорони навколишнього природного середовища.

З приводу виділення такого предмету впливу екологічного права як відносини, що виникають з приводу приналежності природних об'єктів певним суб'єктам на праві власності чи на праві користування, то це вже сфера правового впливу іншої галузі права, а саме цивільного права. Що ж стосується застосування такого терміна як «експлуатація» екологічних об'єктів, то це синонім терміну «використання», а зважаючи на те, що нам слід вживати юридичну термінологію, то доречніше застосовувати термін «використання», зміст якого охоплюватиме «вилучення корисних властивостей з будь-якого об'єкта з метою задоволення різних за характером потреб – це матеріальних, естетичних, оздоровчих, рекреаційних.

Найбільш оптимальним буде поділ суспільних відносин, які підлягають врегулюванню екологічним правом, запропонований В.І. Андрейцевим – це відносини, що виникають в галузі використання природних ресурсів, охорони навколишнього природного середовища, забезпечення екологічної безпеки. Обгрунтованість цього твердження можна довести наступним чином.

Як відомо взаємодія людини і природи є об'єктивно закономірним явищем, а закономірність ця полягає в наступному:

По-перше, людина як істота біологічна, не може існувати у відриві від природи, оскільки природа служить засобом задоволення життєво необхідних потреб, зокрема естетичних, оздоровчих, рекреаційних, матеріальних;

По-друге і природа потребує втручання людини, яке полягає у використанні, відтворенні й відновленні природних ресурсів.

Усе це в сукупності зумовлює необхідність врегулювання відповідної групи суспільних відносин, а саме:

– відносин в галузі використання природних ресурсів, як способу задоволення життєво необхідних потреб, зокрема естетичних, оздоровчих, рекреаційних, матеріальних;

– використання природних ресурсів в свою чергу зумовлює врегулювання відносин в галузі охорони навколишнього природного середовища та забезпечення екологічної безпеки, тобто запобігання погіршенню екологічної обстановки та виникненню небезпеки для здоров'я людини внаслідок використання природних ресурсів.

Враховуючи дослідження проведені професором В.І. Андрейцевим можна запропонувати власне визначення поняття предмету екологічного права – це комплекс природоресурсових, природоохоронних і антропоохоронних відносин.

ЯДЕРНА ЕНЕРГІЯ ЯК ДЖЕРЕЛО ПІДВИЩЕНОЇ ЕКОЛОГІЧНОЇ НЕБЕЗПЕКИ

Ярчак В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Україна – одна з провідних ядерних держав Європи, що намагається інтегруватися в європейські економічні й політичні структури. Вона володіє потужним ядерно-енергетичним потенціалом і за загальними кількісними показниками входить до першої десятки ядерних держав. Наша держава посідає сьоме місце у світі за сумарною потужністю ядерних енергоблоків (12880 МВт), восьме – за їх кількістю та виробництвом на них електроенергії. Крім АЕС в Україні діють два дослідницьких ядерних реактори, підприємства з видобутку і переробки уранової руди.

Неконтрольоване, зловмисне застосування або необережне поводження з ядерною енергією (свідченням цього є ядерне бомбардування Хіросіми і Нагасакі, катастрофа на Чорнобильській АЕС та інші ядерні інциденти) призводить до значних руйнівних наслідків. Використання енергії атомного ядра пов'язане з ризиком радіаційного впливу на людей та навколишнє середовище, у зв'язку з чим промислове використання ядерної енергії розглядається як одна із найбільш потенційно небезпечних технологій та джерелом підвищеної екологічної небезпеки.

Перед Україною постає невідкладне завдання – забезпечити безпеку використання ядерної енергії, радіаційно небезпечних технологій та речовин за будь-яких варіантів розвитку або згортання ядерної енергетичної програми.

Особливу проблему є те, що сьогодні в нашій державі ядерну енергію, радіаційно небезпечні технології та речовини використовують, по-перше, в умовах недостатньої законодавчої бази, а по-друге, за наявності недосконалих державних та господарських структур.

Відсутність гармонійного поєднання технічних і правових норм гальмує удосконалення роботи системи ядерної безпеки, оскільки залежність її складових одна від одної формує цілісний розвиток даної галузі, яка є потенційно небезпечною як для людини, так і для навколишнього природного середовища в цілому.

Держава України на певному етапі свого існування взяла на себе ряд зобов'язань, які пов'язані з врегулюванням питань ядерної та радіаційної безпеки. Так, першочергово під час з'ясування ступеня небезпеки даної галузі – використання ядерної енергії – були розроблені нормативно-правові акти, з яких на сьогоднішній день можна виділити найосновніші: Закони України „Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку” від 08 лютого 1995 року, „Про дозвільну діяльність у сфері використання ядерної енергії” від 11 січня 2000 року № 1370-XIV, „Про фізичний захист ядерних установок, ядерних матеріалів, радіоактивних відходів, інших джерел іонізуючого випромінювання” від 19 жовтня 2000 року № 2064-III, „Про цивільну відповідальність за ядерну шкоду та її фінансове забезпечення” від 13 грудня 2001 року № 2893-III, „Про порядок прийняття рішень про розміщення, проектування, будівництво ядерних установок і об'єктів, призначених для поводження з радіоактивними відходами, які мають загальнодержавне значення” від 08 вересня 2005 р. № 2861-IV, наказ Державного комітету України з ядерної та радіаційної безпеки „Про затвердження Тимчасового положення про порядок видачі спеціальних дозволів (ліцензій) на експлуатацію ядерних установок, умови та правила здійснення цього виду діяльності, та контроль за їх дотриманням” від 30 грудня 1993 р. № 202, постанова Кабінету Міністрів України „Питання Чорнобильського центру з проблем ядерної безпеки, радіоактивних відходів та радіоекології” від 28 вересня 1996 р. № 1177, наказ Міністерства охорони навколишнього природного середовища та ядерної безпеки України „Про затвердження Правил поводження з інформацією щодо фізичного захисту ядерних установок, ядерних матеріалів, інших джерел іонізуючого випромінювання, доступ до якої обмежується” від 28 грудня 1998 № 191, постанова Кабінету Міністрів України „Про обов'язкове страхування цивільної відповідальності за ядерну шкоду” від 23 червня 2003 р. № 953 тощо.

Базовим документом у регулюванні відносин, пов'язаних з використанням ядерної енергії, є Закон України „Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку”. Цей Закон, що є основоположним у ядерному законодавстві України, встановлює пріоритет безпеки людини та навколишнього природного середовища, права і обов'язки громадян у сфері використання ядерної енергії, регулює діяльність, пов'язану з використанням ядерних установок та джерел іонізуючого випромінювання, встановлює також правові основи міжнародних зобов'язань України щодо використання ядерної енергії.

Критеріями, вимогами і умовами забезпечення безпеки під час використання ядерної енергії є норми, правила і стандарти з ядерної та радіаційної безпеки. Їх дотримання є обов'язковим при здійсненні будь-якого виду діяльності у сфері використання ядерної енергії. Зазначені норми, правила та стандарти приймаються з урахуванням рекомендацій міжнародних організацій у сфері використання ядерної енергії, зокрема, МАГАТЕ, у порядку, що визначається законодавством України, підлягають опублікуванню і є обов'язковими на території України.

Джерело іонізуючого випромінювання, радіаційний вплив якого є настільки низьким, що не потребує застосування обмежувальних заходів згідно з нормами, правилами та стандартами з ядерної та радіаційної безпеки, регулюванню не підлягає.

Діяльність у сфері використання ядерної енергії провадиться на підставі ліцензій, окремих дозволів та сертифікатів відповідно до Закону України „Про дозвільну діяльність у сфері використання ядерної енергії” та до інших законів і підзаконних нормативно-правових актів.

Розглянувши питання законодавчого забезпечення регулювання відносин, пов'язаних з використанням ядерної енергії, необхідно з'ясувати також правові аспекти шкоди, яка заподіюється чи може бути заподіяна у зв'язку з неналежним поведінням з даним видом енергії.

Національне законодавство розуміє під поняттям ядерної шкоди втрату життя, виникнення будь-яких ушкоджень, завданих здоров'ю людини, або будь-яку втрату майна, або шкоду, заподіяну майну, або будь-яку іншу втрату чи шкоду, що є результатом небезпечних властивостей ядерного матеріалу на ядерній установці або ядерного матеріалу, який надходить з ядерної установки чи надсилається до неї, крім шкоди, заподіяної самій установці або транспортному засобу, яким здійснювалося перевезення (Закон України „Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку” від 08 лютого 1995 року). Дане визначення потребує чіткішого викладу, що сприятиме ефективності правового регулювання відносин у цій сфері.

Дещо ширше поняття „ядерної шкоди” визначено у Віденській конвенції про цивільну відповідальність за ядерну шкоду 1963 року, у якій передбачено, що ядерна шкода це:

1. смерть чи тілесне ушкодження;
2. втрата майна чи шкода майну;
3. економічні наслідки, які виникли внаслідок втрат чи ушкоджень, визначених пунктами 1) і 2);
4. затрати на заходи щодо відновлення навколишнього середовища;
5. втрата доходів внаслідок погіршення стану навколишнього середовища;
6. затрати на превентивні заходи і вартість майбутніх витрат чи шкоди, заподіяних такими заходами;
7. будь-які інші економічні витрати.

Ядерна шкода відшкодовується виключно у формі грошової компенсації (ч. 2 ст. 4 Закону України „Про цивільну відповідальність за ядерну шкоду та її фінансове забезпечення”).

Негативні наслідки, як важливий фактор визначення шкоди, можуть полягати у наступному:

1. забрудненні біосфери, атмосфери та гідросфери Землі шляхом викиду шкідливих речовин понад встановлені норми концентрації;
2. впливи на людину шляхом радіоактивного чи іонізуючого випромінювання.

Систематична або періодична наявність в атмосферному повітрі шкідливих речовин в концентраціях, які перевищують нормативні величини, призводить до захворювань населення, навіть ракових, до поширення серед частини населення токсикоманії, ускладнює перебіг сер-

цево-судинних захворювань, сприяє виникненню та розвитку захворювань дихальної і нервової систем людини. Від забруднювальних речовин у повітрі страждають слизові оболонки людей.

Небезпека викидів підприємств ядерної сфери для людини полягає у тому, що вони не мають смаку і запаху, їх не можна побачити і почути. З продуктами харчування, водою і повітрям вона потрапляє у кров, кістки, уражає і руйнує весь організм людини, провокуючи передчасну смерть.

Позитивом використання ядерної енергії, на думку деяких науковців, є те, що немає більш екологічно безпечних і екологічно вигідних джерел енергії, ніж ядерна енергія. Необхідно тільки посилити увагу до підвищення безпеки АЕС і продовжувати пошук альтернативних джерел енергії. Енергетики запевняють, що ядерна енергетика має, як мінімум, три переваги:

1. малий, за умов безаварійної роботи, шкідливий вплив на навколишнє середовище і людину;
2. не викидає в атмосферу вуглекислий газ, який породжує парниковий ефект;
3. не витрачається кисень.

Негативними тенденціями у сфері ядерної енергетики є:

1) відсутність до недавнього часу гармонійно розробленої до вимог сьогодення нормативної бази;

2) необґрунтовані та технічно-ризиковані випробування ядерної зброї.

Наявність певного об'єму законодавчої бази, яка стосується відносин у сфері ядерної енергетики (у тому числі відносин, пов'язаних з радіаційною безпекою) не означає, що ці питання не потребують відповідного контролю, а нормативно-правові акти – удосконалення. Безумовно, що частково проблема політично-правової безпорадності нашої держави полягає у тому, що Україна не була готова ні юридично, ні економіко-екологічно до самостійного та незалежного існування. Діставши у спадщину від Радянського Союзу відповідні ядерно-енергетичні ресурси, наша держава пост-фактум береться за вирішення питань, які потребують уже не тільки нормативного забезпечення, але й негайого і безумовного реагування.

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО, КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА ТА КРИМІНОЛОГІЇ

ВІДПОВІДНІСТЬ ПОСТАНОВ ПЛЕНУМУ ВСУ ТЕОРЕТИЧНИМ ПОЛОЖЕННЯМ НАУКИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

Антонюк Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У багатьох державах судова практика визнається джерелом права і, як наслідок, рішення судів по конкретних справах є обов'язковими під час вирішення аналогічних справ. Такі держави належать до англо-саксонської системи права. Україна відноситься до іншої групи держав із романо-германською системою права. Характерною рисою романо-германської системи права є невизнання судового прецедента джерелом права.

Однак багато вчених піддають сумніву так звану “необов'язковість” застосування всіх судових рішень в романо-германській системі права. Так, вже з радянських часів вчені-теоретики дискутували над природою керівних роз'яснень Пленуму Верховного Суду СРСР. Станом на сьогодні дискусійним є питання про те чи є обов'язковими для застосування роз'яснення Верховного Суду України (далі – ВСУ), які дані у постановах Пленуму ВСУ. Адже, якщо реально оцінити стан речей, слід констатувати, що суди завжди керуються тими роз'ясненнями, які дані у постановах Пленуму ВСУ. Виходячи із цих міркувань, доцільно проаналізувати відповідність положень, які містяться у постановах Пленуму ВСУ теоретичним положенням науки кримінального права.

З огляду на велику кількість Постанов Пленуму ВСУ по кримінальних справах вважаємо за доцільне зупинитися на постанові Пленуму ВСУ, що була прийнята останньою – Постанові Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 р. № 5 “Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи” (далі – Постанова).

Безперечно, слід визнати, що порівняно із “старою” постановою Пленуму ВСУ від 27 березня 1992 р. № 4 “Про судову практику у справах про зґвалтування та інші статеві злочини”, у новій постанові усунуто ряд недоліків, уточнено і роз'яснено ті питання, які були упущені. Так, найважливішими, на наш погляд, положеннями які знайшли безпосереднє відображення у Постанові є такі положення:

- уточнення змісту погрози у складі зґвалтування або насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом (погроза знищити або пошкодити майно потерпілої особи чи її родичів, погроза розголосити відомості, що ганьблять їх честь і гідність не визнаються погрозами у зґвалтуванні або насильницькому задоволенні статевої пристрасті неприродним способом);
- питання щодо визначення кола осіб, до яких може бути застосовано фізичне насильство або яким можуть погрожувати застосуванням фізичного насильства у складах злочинів, передбачених ст. ст. 152 та 153 КК України (погрозою застосування фізичного насильства як способу подолання чи попередження опору потерпілої особи слід вважати залякування її застосуванням такого насильства до неї і (або) до іншої людини, доля якої потерпілій не байдужа (родича, близької особи)...).

Однак, слід зауважити, що деякі із роз'яснень аналізованої постанови Пленуму ВСУ не відповідають теоретичним положенням науки кримінального права. Ми зупинимося лише на деяких роз'ясненнях Постанови і наведемо аргументи щодо їх невідповідності загальноприйнятним положенням науки кримінального права.

Зокрема, вважаємо спірним положення, яке міститься у абз. 2 п. 3 Постанови: “У разі поєднання насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом із заподіянням потерпілій особі умисного середньої тяжкості тілесного ушкодження дії винної особи не-

обхідно кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених відповідною частиною статті 122 КК та відповідною частиною статті 152 або статті 153 КК”.

Ч. 1 ст. 152 КК України та ч. 1 ст. 122 КК України конкурують як частина і ціле, де норма, що передбачає кримінальну відповідальність за зґвалтування, поєднане із застосуванням фізичного насильства є цілим, а норма, що передбачає кримінальну відповідальність за умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження – частина. Такий висновок слідує із того, що однією із ознак зґвалтування є застосування фізичного насильства, під яким слід розуміти і заподіяння тілесних ушкоджень.

Визначення того, які тілесні ушкодження охоплюються поняттям фізичного насильства у складі злочину, передбаченого ч. 1 ст. 152 КК України слід проводити із застосуванням правил подолання конкуренції частини і цілого. Згідно із правилами кримінально-правової кваліфікації, розробленими наукою кримінального права, під час конкуренції частини і цілого вчинене слід кваліфікувати за нормою-цілим. Якщо ж норма-частина становить більш суспільно небезпечне діяння, – кваліфікацію слід здійснювати за сукупністю норм про ціле і про частину. Якщо провести співвідношення між ч. 1 ст. 152 і ч. 1 ст. 122 КК України, тобто порівняти санкції статей, слід констатувати, що ч. 1 ст. 122 КК України повністю охоплюється ч. 1 ст. 152 КК України, оскільки не є більш суспільно-небезпечним діянням. Як наслідок, кваліфікувати зґвалтування, поєднане із заподіянням середньої тяжкості тілесних ушкоджень, слід лише за нормою-цілим – ч. 1 ст. 152 КК України. Аналогічне співвідношення ч. 1 ст. 152 і ч. 2 ст. 122 КК України, ч. 1 ст. 153 і ч. 1 ст. 122 КК України, ч. 1 ст. 153 і ч. 2 ст. 122 КК України.

З огляду на викладене, вважаємо неправильним положення аналізованої постанови Пленуму ВСУ, про необхідність кваліфікувати за сукупністю злочинів зґвалтування або насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом із заподіянням потерпілій особі умисного середньої тяжкості тілесного ушкодження.

Навряд чи правильною є вказівка на те, що “у разі, коли зґвалтування або насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом було поєднано з умисним вбивством потерпілої особи, яке мало місце в процесі вчинення зазначених злочинів чи одразу ж після них, такі дії слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених пунктом 10 частини другої статті 115 та частиною четвертою статті 152 чи частиною третьою статті 153 КК, як такі, що спричинили особливо тяжкі наслідки” (абз. 2 п. 12 Постанови). Адже, умисне заподіяння смерті ми оцінюємо шляхом посилення у формулі кваліфікації на п. 10 ч. 2 ст. 115 КК України. Повторно розглядати умисне заподіяння смерті як особливо тяжкий наслідок і кваліфікувати такі діяння за ч. 4 ст. 152 чи ч. 3 ст. 153 КК України немає жодних підстав. Фактично, кваліфікуючи зґвалтування або насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом, яке було поєднано з умисним вбивством потерпілої особи за сукупністю п. 10 ч. 2 ст. 115 і ч. 4 ст. 152 чи ч. 3 ст. 153 КК України, двічі у формулі кваліфікації враховується наслідок у вигляді умисного заподіяння смерті: перший раз – як умисне вбивство, другий – як особливо тяжкий наслідок.

Не визнається особливо тяжким наслідком зґвалтування або насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом умисне заподіяння потерпілій особі тяжкого тілесного ушкодження, визаного таким лише за ознакою небезпечності для життя на момент його заподіяння. Такі дії, відповідно до абз. 4 п. 11 Постанови “*підлягають кваліфікації за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами статей 152 або 153 і відповідними частинами статті 121 КК*”.

У Правилах судово-медичного визначення ступеня тяжкості тілесних ушкоджень (затв. Наказом Міністерства охорони здоров'я України від 17 січня 1995 р. № 6) зазначено, що небезпечними для життя є ушкодження, що в момент заподіяння (завдання) чи в клінічному перебігу через різні проміжки часу спричиняють загрози для життя явища, і які без надання медичної допомоги, за звичайним своїм перебігом, закінчуються чи можуть закінчитися смертю. Чітко вказано на матеріальний наслідок (створення небезпеки для життя) і умови, за наявності яких можна вести мову про заподіяння умисних тяжких тілесних ушкоджень, які визнані тяжкими за ознакою небезпечності для життя в момент заподіяння. Небезпечне для життя тілесне ушкодження, як і втрата будь-якого органу чи його функцій, психічна хвороба або інший розлад здоров'я, поєднаний зі стійкою втратою працездатності не менше ніж на

третину, непоправне знівечення обличчя, переривання вагітності, є матеріальним наслідком, який має “безпосереднє відображення” на здоров’ї і організмі потерпілого. Тому, вважаємо, що тяжкі тілесні ушкодження за всіма ознаками (в тому числі і за ознакою небезпечності для життя в момент заподіяння) повинні визнаватися особливо тяжкими наслідками зґвалтування чи насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом.

Ми зупинилися лише на деяких роз’ясненнях, які, на нашу думку, суперечать положенням науки кримінального права. Слід зауважити, що у Постанові № 5 Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 р. “Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи” є і інші спірні положення, які потребують уточнення або зміни. Однак, практика надання роз’яснень, щодо застосування тих чи інших норм, що здійснюється Верховним Судом України є необхідною. Єдине, що слід пам’ятати, під час підготовки постанов Пленуму Верховного Суду України – ці роз’яснення, як правило, безапеляційно лягають в основу судових рішень по конкретних справах, а тому мають відповідати загальноприйнятим положенням науки кримінального права.

ОКРЕМІ ТЕОРІЇ ДЕТЕРМІНАЦІЇ ЗЛОЧИННОСТІ У СУЧАСНІЙ ВІТЧИЗНЯНІЙ КРИМІНОЛОГІЇ

Бойко А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У кримінології детермінація передбачає встановлення причинно-наслідкових і обумовлюючих зв'язків між соціальними чинниками і злочинністю. Тобто, коли ми говоримо про детермінацію злочинності, то мова йде про всю сукупність явищ, процесів, фактів, проявів, з якими злочинність взаємопов'язана та якими вона обумовлена.

Теорія детермінації злочинності не становить на сьогодні цілісного вчення, а залишається ще полем для існування найрізноманітніших концепцій. Наявні концепції детермінації злочинності умовно можна поділити на чотири основні підходи. Критерієм такого поділу є роль причини чи причинного комплексу у структурі детермінації злочинності.

Перший підхід, поширений і до сьогодні – факторний. Який, у свою чергу, поділяється на багатфакторний і однофакторний.

Багатфакторний підхід пояснює існування та відтворення злочинності під впливом певної сукупності соціальних чинників. Сукупність цих чинників різними авторами визначається по-різному, до того ж у кожному новому дослідженні з урахуванням його характеру відбувається певне доповнення або модифікація вже зазначених чинників. При чому у залежності від сукупності, яка аналізується виділяють повні причини і специфічні, внутрішні і зовнішні, об'єктивні і суб'єктивні та ін.

При багатфакторному підході злочинність розглядається як елемент загальної і більш складної системи соціальних взаємодій.

Однофакторний підхід базується на домінуванні одного з чинників у структурі детермінації злочинності. На підтвердження правильності такої позиції наводяться певні статистичні залежності між динамікою злочинності і зміною певних соціальних явищ. До таких чинників, як правило, відносять рівень освіченості та нерівні можливості у забезпеченні гідного існування, несприятливе середовище для розвитку особистості, нерівний доступ до культурних цінностей, негативний вплив оточення, проблеми у неповноцінних і неблагополучних сім'ях, тощо.

І дійсно, емпіричні дослідження виявляють певний статистично значущий зв'язок вище зазначених чинників зі злочинністю. Разом з тим для пізнання природи детермінації злочинності встановлення певних статистичних закономірностей є недостатньо, оскільки у поле зору попадають тільки ті чинники, що є на поверхні, а вони не дозволяють зрозуміти структурну і предметну складність соціальних процесів і явищ, а отже, пояснити ступінь і особливості впливу одного чинника (або навіть сукупності) на злочинність.

Що ж стосується самого факторного підходу його недоліком є відсутність розмежування механізму дії, змісту і природи різних видів детермінант, а також ототожнення причинної і не причинної детермінації. Факторний підхід розглядає індивіда у пасивному аспекті, як такого, поведінка якого залежить від соціальних чинників.

Наступний – соціально-психологічний підхід. У рамках цього загального підходу представлені різні теорії детермінації злочинності, але їх суть зводиться до того, що у структурі детермінації злочинності причинами злочинності вважаються тільки соціально-психологічні чинники, а саме криміногенна деформація групової і індивідуальної свідомості у вигляді традицій, звичок, мотивацій, які суперечать ідеології і соціальній психології суспільства, а також кримінально-правовій забороні держави. Окремі кримінологи наголошують, що безпосередні причини необхідно шукати у сфері свідомості, оскільки всі обумовлюючі сили, які викликають дії людини, повинні пройти через її усвідомлення, повинні перетворитись у порив її волі. Висуваючи і відстоюючи положення про пріоритет соціально-психологічної причинності у цілому ряді своїх робіт, Н. Ф. Кузнєцова дійшла висновку про соціально-психологічну природу причин злочинності.

Правда у межах цього підходу простежується різниця позицій щодо послідовності причинного впливу соціально-психологічних чинників, їх поділу щодо індивіда на зовнішні і внутрішні. Звідси одні оцінюють вплив соціально-психологічних чинників на загальносоціальному рівні в якості безпосередньої причини злочинності, інші вважають, що причиною злочинних проявів є тільки вплив соціально-психологічних чинників на індивідуальному рівні.

Наступний підхід базується на позиції, згідно якої причиною злочинності є соціальні протиріччя. Зокрема, Я.Л. Гілінський вважає, що найважливішим криміногенним чинником є протиріччя між потребами людей і реальними можливостями їх задоволення, які перш за все залежать від місця індивіда чи групи у соціальній структурі суспільства, – тобто ступінь соціально-економічної диференціації і нерівності. На загальносоціальному рівні ці протиріччя викликані соціальною диференціацією і соціально-економічною нерівністю. На індивідуальному рівні протиріччя між наявними потребами індивіда і можливостями їх задоволення може актуалізуватися і посилюватися невідповідністю об'єктивних властивостей індивіда (інтелектуальний рівень, фізичні, вольові і емоційні характеристики, освіта, професія, кваліфікація тощо) вимогам соціальної позиції яку він займає, тобто, «соціально невлаштованістю».

У свою чергу В.А. Намоконов стверджує, що причини злочинності – це комплекс протиріч, які відносяться до суспільства в цілому або, точніше, до різних сфер суспільного життя. Проте він зазначає, що причиною злочинної поведінки можуть бути не будь-які соціальні протиріччя, а тільки соціальні деформації, тобто такі соціальні протиріччя, які гальмують соціальний розвиток, соціальний прогрес.

Четвертий підхід – інтракціоністський, або підхід до причинності з позиції взаємодії. Злочинність, за цим підходом, є результатом взаємодії соціального середовища і людини (людей). У даному контексті з усіх видів взаємодії вибирається генетична, яка породжує злочинність, або, інакше, причинна взаємодія. Якраз вона, на думку А.І. Долгової, і розглядається як причина. Зазначені підходи тільки схематично ілюструють розуміння детермінації злочинності у сучасній кримінології, оскільки майже всі вони абсолютизують певні елементи структури детермінації злочинності. Тому більш правильним є підхід до розуміння детермінації злочинності, який передбачає аналіз всього детермінуючого комплексу різних ланок і на різних рівнях детермінації проявів злочинної активності. Такий підхід знайшов своє висвітлення у кримінологічній літературі, його визначив Г.Ф. Хохряков. а цілісну теорію представив А.П. Закалюк.

Зокрема А.П. Закалюк структуру детермінації злочинності поділив на детермінуючі комплекси відповідних ланок, що дає можливість побачити детермінацію злочинності в статичі і динаміці. Він окремо виділяє детермінуючий комплекс першої безпосередньої ланки, а саме детермінації конкретних злочинних проявів як дуже важливий для розуміння того, що саме є причиною певного злочинного прояву. Автор цього підходу вважає, що у детермінуючому комплексі першої ланки конкретних злочинних проявів «роль безпосередньої причини злочинного прояву відіграють антисоціальні суспільно неприйнятні елементи індивідуальної свідомості, особистості загалом, які через досягнення суспільної небезпечності стають підґрунтям формування криміногенної мотивації та перетворюються на мотив конкретного злочину, як його внутрішня (суб'єктивна причина)».

У аналізованому підході, другою, за своїм детермінуючим значенням, безпосередньою ланкою детермінації злочинного прояву є ланка обумовлення елементів першої криміногенної ланки, у тому числі їх спричинення. Відповідно детермінанти другої ланки обумовлення утворюють другий детермінуючий комплекс детермінації злочинного прояву. Подібним чином формуються детермінанти третьої та наступних ланок, а на певному етапі узагальнення та усупільнення їх дії – ланку детермінації злочинності в цілому.

Проведений аналіз дає можливість побачити сильні і слабкі сторони існуючих на сьогодні концепцій детермінації злочинності, і має значення для формування нових підходів з цієї проблематики.

ВИРІШЕННЯ ПИТАННЯ ПРО СУКУПНІСТЬ ЩОДО СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ, КОНСТРУКТИВНОЮ ЧАСТИНОЮ ЯКИХ Є ВКАЗІВКА НА ПОЄДНАННЯ ДІЯНЬ

Брич Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В результаті диференціації кримінальної відповідальності Особливою частина КК містить групи складів злочинів, для яких властивою є наявність спільних, тобто однакових за змістом ознак. В зв'язку з цим виникає запитання чи не суперечить принципу *non bis in idem* кваліфікація вчиненого за сукупністю злочинів, склади яких містять спільні ознаки. У теорії кримінального права традиційно виділяють два види сукупності: реальну та ідеальну. Оскільки реальна сукупність злочинів має місце тоді, коли вчинено два і більше суспільно-небезпечних діяння, то можливість реальної сукупності стосовно злочинів, що місять склади зі спільними ознаками, сумнівів не викликає. Наявність реальної сукупності не обумовлюється і не обмежується будь-якими факторами, пов'язаними з особливостями конструкції складів злочинів. Реальна сукупність можлива завжди: як щодо тих складів злочинів, що не мають спільних ознак, так і щодо тих складів злочинів, що такі ознаки мають. Інша справа можливість ідеальної сукупності, особливою якої є те, що кваліфікації підлягає одне суспільно небезпечне діяння, яким заподіяно шкоду різним об'єктам кримінально-правової охорони і тим самим вчинено два і більше злочини. Можливість ідеальної сукупності залежить від співвідношення складів злочинів, що входять у таку сукупність.

Співвідношення складів злочинів зі спільними ознаками, може мати чотири основних типи, зокрема, склади злочинів є суміжними, і склади злочинів, передбачені нормами, що можуть перебувати у конкуренції трьох виділених у науці видів. Констатація наявності конкуренції кримінально-правових норм визначає необхідність вибору між відповідними нормами і кваліфікації вчиненого як одиничного злочину, ідеальна сукупність, за загальним правилом, тут неможлива. Виняток існує щодо конкуренції кримінально-правових норм як частини і цілого, коли передбачений Особливою частиною КК самостійний злочин, який становить собою спосіб вчинення іншого злочину, підлягає самостійній кваліфікації за умови, що він є більш небезпечним, ніж злочин, передбачений нормою про ціле, способом якого він виступає.

Суміжні склади злочинів можуть поєднуватися в ідеальній сукупності лише за певних умов. Можливість ідеальної сукупності суміжних складів злочинів залежить від того, за якими саме ознаками, розмежовуються ці склади злочинів. Якщо розмежувальними ознаками є предмет, потерпілий, суспільно небезпечні наслідки, форма вини, то ідеальна сукупність таких суміжних складів злочинів можлива. Інша справа, якщо розмежувальними, тобто несумісними за змістом ознаками, є ознаки об'єктивної сторони, що нерозривно пов'язані з суспільно небезпечним діянням: спосіб, місце, час, обстановка, ну і, звісно, саме суспільно небезпечне діяння, а також ознаки спеціального суб'єкта. Це ознаки, які, кожна зі свого боку, характеризують суспільно небезпечне діяння. Діяння, як і кожне явище реальної дійсності, відбувається в просторі, часі, обстановці. Одне й те саме діяння не може бути одночасно вчинене в різних місцях, в різний час, різними способами, різними особами, що впливає із такого закону формальної логіки, як закон несуперечності. Несумісність змісту саме цих ознак унеможливує їх поєднання в одному реально вчиненому злочині. Тим самим унеможливує ідеальну сукупність злочинів, яким вони властиві. Тому, що для ідеальної сукупності характерним є те, що злочини, які входять в таку сукупність мають ряд спільних ознак. Ними, як писав В.Н.Кудрявцев є не лише суб'єкт злочину, але і дія, чи хоча б частина дії.

Ситуації, коли завдяки особливостям конструкції складу злочину потрібно вирішувати питання про дійсну чи лише видиму спільність ознак, можна виділити кілька типів. Один з них – використання у формулюванні складу злочину дісприкетника „поєднаний”, його синоніма „пов'язаний” або однокоренових з ними слів, що належать до інших частин мови. Аналіз статей Особливої частини КК, у диспозиціях яких міститься пряма вказівка на поєднання пе-

редбаченого у них злочину з іншими, дає можливість виділити три типових ситуації, коли законодавець використовує термін „посднаний” („пов’язаний”) для конструювання складу злочину:

1) у диспозиції статті (частини статті) Особливої частини КК про основний склад певного злочину вказується на посднання суспільно небезпечного діяння, що є ознакою цього складу злочину, із діянням, що водночас є ознакою іншого складу злочину або із самим іншим складом злочину. Ця ситуація має місце у ст.353 КК „Самовільне присвоєння владних повноважень або звання службової особи, поєднане із вчиненням будь-яких суспільно небезпечних діянь”.

2) у диспозиції статті (частини статті) Особливої частини КК про кваліфікований склад певного злочину вказується на посднання суспільно небезпечного діяння, що є ознакою цього складу злочину, із діянням, що водночас є ознакою іншого складу злочину або із самим іншим складом злочину, й таке посднання є кваліфікуючою ознакою. Цей тип ситуації має місце у таких статтях Особливої частини КК: п.10 ч.2 ст.115 „Умисне вбивство” – „посднане із згвалтуванням або насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом; ч.2 ст.181 КК „Посягання на здоров’я людей під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів” – „посднані із втягуванням в діяльність групи неповнолітніх”; ч.3 ст.296 „Хуліганство” – „пов’язане з опором представникові влади або представникові громадськості, який виконує обов’язки з охорони громадського порядку, чи іншим громадянам, які припиняли хуліганські дії”.

3) у диспозиції статті (частини статті) Особливої частини КК про основний чи кваліфікований склад певного злочину вказується на посднання суспільно небезпечного діяння, що є ознакою цього складу злочину, із певним способом вчинення цього ж злочину.

Третя типова ситуація має місце у таких, наприклад, статтях Особливої частини КК: ч.2 ст.186 „Грабіж” – „посднаний з насильством, яке не є небезпечним...”, або з погрозою застосування такого насильства”; ч.1 ст.187 „Розбій” – „Напад, поєднаний із насильством, що є небезпечним...”, або з погрозою застосування такого насильства”; ч.1 ст.157 „Перешкодження здійсненню виборчого права або права брати участь у референдумі, роботі виборчої комісії або комісії з референдуму чи діяльності офіційного спостерігача” – „посднані з підкупом, обманом або примушуванням”; ч.2 ст.157 – „посднані із застосуванням насильства, знищенням чи пошкодженням майна...”.

Третю ситуацію від перших двох відрізняє те, що спосіб вчинення злочину, посднання якого з діянням утворює певний склад злочину, є ознакою, залежною від суспільно небезпечного діяння, зміст якої визначається змістом суспільно небезпечного діяння. І не навпаки. Сказаному не суперечить те, що в окремих випадках способи вчинення злочину, будучи зовнішніми виявами діяння вказують на те, яким було це діяння. Тобто діяння об’єктивно є первинним відносно способу його вчинення. В.Н.Кудрявцев спосіб, місце, час та обстановку вчинення злочину відносив до суттєвих характеристик діяння, однак зазначав, що самостійними ознаками об’єктивної сторони складу злочину вони не є. Тому, природно, що законодавча конструкція, яка вказує на посднання діяння із способом вчинення злочину, як тим методом, яким воно вчиняється, є одиничним складом злочину. Й застосування способу передбаченого одночасно, як ознака іншого складу злочину, не вимагає кваліфікації вчиненого за сукупністю. Сказане можна проілюструвати на прикладі основного складу розбою, де, як відомо, спосіб є обов’язковою ознакою складу злочину. Без цього способу вчинене взагалі не може кваліфікуватись як розбій. Фактичний перехід майна від однієї особи до іншої не є злочином сам по собі безвідносно до способу такого переходу. З точки зору формальної логіки, в цьому випадку термін „посднаний” („посднувати”) позначає зв’язок між предметом і його ознакою у судженні, яким є відповідний склад злочину. Проте, покладена законодавцем на цей термін логічна змістова функція не відповідає лінгвістичному значенню цього слова – зводити в одне ціле раніше відокремлені, самостійні явища. Тому термін „посднаний” вжитий тут недоречно.

У цій ситуації маємо справу із складеними складами злочинів. Спосіб вчинення злочину, посднання якого з діянням й утворює конструкцію складеного складу злочину, є спільною ознакою відповідного складу й того, у якому цей спосіб є самостійним діянням. Ці ознаки,

кожна у своєму складі злочину позначають одне й те саме явище реальної дійсності – певну поведінку, яка в одному складі злочину передбачена в ролі суспільно небезпечного діяння, у іншому – способу вчинення злочину. Наприклад, насильство, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, як спосіб насильницького грабежу (ч.2 ст.186 КК) і вияв цього насильства – завдання удару, як суспільно небезпечне діяння у основному складі злочину „Побої і мордування” (ч.1 ст.126 КК). Наявність спільних ознак обумовлює потребу визначити приналежність складів злочинів з такими ознаками до категорії суміжних чи таких, що передбачені конкуруючими нормами. Аналіз змісту ознак, за якими відрізняються, наприклад, насильницький грабж (ч.2 ст.186 КК) і „Побої і мордування” (ч.1 ст.126 КК), дає підстави констатувати наявність конкуренції цілого і частини між нормами, що закріплюють названі складі злочинів. Виходячи з принципу „non bis in idem”, кваліфікувати вчинене за сукупністю не можна. У тих випадках, коли в законі вказується на поєднання діяння із способом його вчинення, це не має ніякого відношення до реальної сукупності злочинів, – стверджує Л.В.Іногамова-Хегай.

Перша і друга конструкції подібні в тому, що вони ґрунтуються на поєднанні ознак, які у конкретному складі злочину є суспільно небезпечним діянням або передбачені як інший самостійний склад злочину. З точки зору формальної логіки у судженнях, якими є розглядувані складі злочинів, терміном „посднаний” позначений зв'язок між предметами, тобто явищами самостійними, такими, що можуть існувати відокремлено, що цілком відповідає лінгвістично-математичному значенню цього слова.

Відрізняє їх те, що в першому випадку таке поєднання формує окремий основний склад злочину, тобто є умовою криміналізації основного діяння. В цьому випадку термін „посднаний”, вказує на одну з істотних ознак „основного” діяння, бо визначаючи умову його існування як діяння злочинного, стає однією з невід'ємних рис суспільно небезпечного діяння. В другому – поєднання з іншим діянням (самостійним складом злочину) утворює кваліфікований склад злочину, тобто є підставою диференціації кримінальної відповідальності. Але в цьому випадку термін „посднаний” позначає умови існування певного явища, яким є конкретний склад злочину, що є зовнішніми відносно нього.

Розглядаючи першу з наведених ситуацій, то у кримінально-правовій літературі не висловлюється сумнівів, щодо того, що самовільне присвоєння влади або звання службової особи, посднане із вчиненням злочину „підлягає кваліфікації за сукупністю злочинів – за ст.353 КК та статтею Особливої частини КК, яка передбачає відповідальність за вчинене при цьому діяння”. Не викликає сумнівів такий підхід і у мене. Умовою криміналізації основного діяння – самовільного присвоєння влади або звання службової особи у диспозиції ст.353 КК названо вчинення абстрактного суспільно небезпечного діяння. Вчинення ж конкретного злочину в поєднанні із самовільним присвоєнням влади або звання службової особи, виходячи з принципів точності та повноти кримінально-правової кваліфікації, потребує самостійного відображення у формулі кримінально-правової кваліфікації.

На перший погляд, роль терміну „посднаний” у конструкції складу злочину, закріпленою у ч.1 ст.181 КК „Посягання на здоров'я людей під приводом проповідання релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів”, така сама, як у проаналізованому вище прикладі. Тому окремо потрібно розглянути використання терміну „посднаний” у ч.1 ст.181 КК у логіко-граматичній конструкції „і посднана із заподіянням шкоди здоров'ю людей або статевою розпустою”. Наведена логіко-граматична конструкція є однією з двох обов'язкових характерних рис групи, за організацію якої або керівництво якою встановлена кримінальна відповідальність у ч.1 ст.181 КК. Але діяльність цієї групи, як обґрунтовано стверджує М.І.Хавронюк, знаходиться за межами аналізованого складу злочину, а злочин є закінченим з моменту організації групи. Заподіяння шкоди здоров'ю людей не може бути визнано таким структурним елементом розглядуваного складу злочину, як суспільно небезпечні наслідки. Адже наслідок у вигляді шкоди здоров'ю людей не може перебувати у прямому причинному зв'язку із діями, що полягають у організації і керівництві відповідною групою. Шкода здоров'ю людей може бути наслідком певних інших дій організатора, керівника чи учасників такої групи. Очевидно, що все такі криміналізації підлягає організація і керівництво групою, діяльність якої спрямована на заподіяння шкоди здоров'ю людей або статевою розпусту. Це все дає підстави для висновку, що термін „посднаний” вжитий у диспозиції ч.1 ст.181 КК недоречно – не у відповід-

ності до лінгвістичного значення цього слова. Мова йде не про поєднання, а про спрямованість, мету діяльності відповідної групи. На це звертає увагу й М.І.Хавронюк у запропонованій ним новій редакції ч.1 ст.181 КК. Тому не можна погодитись з позицією авторів науково-практичних коментарів до цієї статті, які ведуть мову про сукупність злочинів лише у випадках вчинення поряд з „основним” діянням, передбаченим ч.1 ст.181 КК, діянь, що фігурують у конструкції складу відповідного злочину, як поєднані з ним, і становлять собою самостійні, але більш небезпечні склади злочинів. Вважаю, що заподіяння будь-якої кримінально-караної шкоди здоров'ю і будь-які кримінально-карані прояви статевої розпусти, вчинені такою групою підлягають самостійній кваліфікації.

Розглядаючи другу типову ситуацію, то слід зауважити, що щодо кваліфікації діянь, вчинених у поєднанні з іншими злочинами у випадках, коли таке поєднання є кваліфікуючою ознакою, Пленумом Верховного Суду України стосовно різних злочинів висловлюються різні підходи. Так, у п.14 постанови Пленуму Верховного Суду України „Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи” 7 лютого 2003 р. сформульоване правило кваліфікації умисного вбивства, поєднаного із зґвалтуванням потерпілої особи або насильницьким задоволенням із нею статевої пристрасті неприродним способом: за сукупністю п.10 ч.2 ст.115 КК та за ч.4 ст.152 КК чи ч.3 ст.153 КК. Якщо абстрагуватись від того, що пропонується смерть потерпілої особи кваліфікувати двічі: як наслідок умисного вбивства, і як особливо тяжкий наслідок зґвалтування чи насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом, то загальний концептуальний підхід Верховного Суду України щодо кваліфікації поєднаних злочинів, юридичний склад одного з яких містить вказівку на поєднання, виражений ним стосовно умисного вбивства, поєднаного із зґвалтуванням потерпілої особи або насильницьким задоволенням із нею статевої пристрасті неприродним способом, за двома статтями, як кваліфікованого виду умисного вбивства і як відповідного злочину проти статевої свободи, вважаю правильною. Така кваліфікація була б більш бездоганною, якби при цьому у формулі кваліфікації фігурувала не ч.4, а ч.1 ст.152 чи ст.153 КК.

Що ж до кваліфікації хуліганства, поєднаного з опором представникові влади або представникові громадськості, який виконує обов'язки з охорони громадського порядку, у п.8 постанови Пленуму Верховного Суду України від 22 грудня 2006 р. „Про судову практику у справах про хуліганство” пропонується абсолютно протилежне, ніж у наведеному вище прикладі, правило кваліфікації.

У п.3 постанови Пленуму Верховного Суду України від 27 лютого 2004 р. „Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність” наведений перелік статей, котрими поряд зі ст.304 КК встановлена кримінальна відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність, які містять норми, що є спеціальними відносно тієї, що закріплена у цій статті. Вчинення злочину, передбаченого такою нормою, як сказано у цьому пункті постанови, не потребує кваліфікації дії винної особи ще й за ст.304 КК. В цьому переліку ч.2 ст.181 КК не названа.

Конструкція складу умисного вбивства, поєднаного із зґвалтуванням потерпілої особи або насильницьким задоволенням із нею статевої пристрасті неприродним способом (п.10 ч.2 ст.115 КК), так і конструкція складу хуліганства, поєднаного з опором представникові влади або представникові громадськості, який виконує обов'язки з охорони громадського порядку, сформована так, що діяння, яке є основою цього складу злочину, вчиняється поєднано з іншим діянням, яке передбачене у КК як самостійний склад злочину, тобто є юридично тотожними. Не викликає сумніву те, що кваліфікація в юридично тотожних ситуаціях має бути однаковою.

На мою думку, виходячи з лінгвістичного значення терміну „поєднаний”, у кримінальному праві його треба розуміти так, що цим терміном законодавець вказує не на істотні ознаки явища, яким є склад злочину, а на наявність певних умов існування цього явища. Зокрема, на одночасне вчинення злочинів, на те, що один злочин вчиняється в процесі вчинення іншого – „основного” діяння. Одночасне вчинення злочинів не означає, що той злочин, юридичний склад якого містить вказівку на поєднання, охоплює інший. Відповідно, це інше діяння має бути окремо відображене у формулі кваліфікації. Вчинене характеризується як реальна сукуп-

ність злочинів. Лише вчинення певного діяння поєднано з іншим, передбаченим як самостійний склад злочину, діянням, в одних випадках (ст.353 КК) надає цьому основному діянню якості суспільної небезпеки, щоб вважатися законодавцем злочином. Саме поєднання є умовою криміналізації відповідного діяння. В інших випадках (п.10 ч.2 ст.115; ч.2 ст.181; ч.3 ст.296 КК) саме у поєднанні втілена підвищена суспільна небезпека, яке, відповідно, і є кваліфікуючою ознакою.

З проведеного аналізу можна зробити **висновок**, що використовуючи термін „поєднаний” законодавець має вказувати не на одиничний складений склад злочину, як враховану законодавцем сукупність злочинів, а позначати органічний зв'язок певного суспільно небезпечного діяння з іншим діянням.

Розглядаючи проблему з позицій *de lege ferenda*, слід звернути увагу на те, що оскільки термін „поєднаний” означає одночасне існування у одній площині кількох відокремлених, самостійних явищ, то цей термін повинен використовуватись законодавцем в одиничних випадках лише для позначення зв'язку саме таких явищ. Законодавцю слід відмовитися від використання цього терміна, як такого, що за своїм лінгвістичним значенням не відповідає покладеній на нього логічній функції у конструкції складу злочину, для позначення, наприклад, того, що певне діяння вчиняється визначеним способом. Адже суспільно небезпечне діяння і спосіб його вчинення – явища нерозривні. У судженні, яким є відповідний склад злочину вони перебувають у зв'язку певного предмета з його ознакою. Недоречним є використання цього слова також для позначення ситуації, яка не має свого місця в системі ознак того чи іншого складу злочину.

РЕФЛЕКСИ ТА АВТОМАТИЗМИ ЯК МОЖЛИВІ ПРИЧИН НЕОСУДНОСТІ

Бурдін В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

На сьогодні більшість вчених визнають той факт, що впливати на інтелектуально-вольову діяльність особи можуть не тільки різного роду психічні розлади, але й інші фактори, законодавець в частині, що стосується визначення причин неосудності, займає досить консервативну позицію, що не дозволяє врахувати вплив різного роду факторів, крім психічних розладів, на інтелектуально-вольову діяльність особи в межах причин неосудності. В теорії кримінального права така законодавча позиція призводить до того, що розуміння окремих об'єктивних ознак складу злочину наповнюється психологічним змістом. Саме таке їхнє розуміння і дозволяє згодом врахувати, але вже не в межах вирішення питання про осудність чи неосудність особи, а в межах вирішення питання про наявність чи відсутність інших ознак складу злочину вплив різного роду факторів на можливість особи забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою. Розглядаючи кримінально-правове значення непереборної сили, ми вже вказували, що діяння як ознаку об'єктивної сторони складу злочину, здебільшого, розглядають не тільки як зовнішній вираз активної чи пасивної поведінки людини, а вказують при цьому на свідомо-вольовий характер діяння в кримінально-правовому розумінні. Іншими словами, якщо поведінка особи відбувалася поза свідомо-вольовим контролем, як правило, стверджується і про відсутність самого діяння в кримінально-правовому значенні цього поняття. Таке розуміння цієї ознаки об'єктивної сторони складу злочину дозволяє врахувати не тільки вплив непереборної сили, але й інших факторів, які впливають на інтелектуально-вольову діяльність особи. Так, зокрема, таке розуміння поняття діяння дозволяє науковцям говорити про відсутність цієї об'єктивної ознаки складу злочину у випадку, коли поведінка особи була спричинена дією рефлексів чи автоматизмів (Кузнєцова Н.Ф., Кудрявцев В.М., Тер-Акопов А.А.).

Перш ніж ми розглянемо кримінально-правове значення рефлекторної діяльності та поведінки особи, в основі якої знаходиться дія автоматизмів, на наш погляд, необхідно правильно визначити сферу впливу названих факторів. Іншими словами, в першу чергу, потрібно правильно визначити, в межах яких елементів складу злочину проявляють себе вказані фактори і які саме ознаки складу злочину вони деформують. На наш погляд, недопустимо змішування суб'єктивних та об'єктивних ознак складу злочину, зокрема наповнення окремих ознак об'єктивної сторони складу злочину непритаманним їм психологічним змістом. В такому випадку фактично відбувається нівелювання загальноприйнятого поділу ознак складу злочину на об'єктивні та суб'єктивні і відповідно руйнування внутрішньої системи складу злочину. На нашу думку, якщо дотримуватися загальноприйнятої конструкції складу злочину, то вплив різного роду факторів на інтелектуально-вольову діяльність особи необхідно розглядати в межах суб'єктивних ознак складу злочину.

Дослідження фізіологів та психологів дозволяють стверджувати, що однією із причин мимовільних діянь, які відбуваються поза свідомо-вольовим контролем людини, є механізм дії рефлексів. Мимовільні діяння людини виникають під впливом певного сигналу, який іде від периферичної нервової системи. Ці діяння бувають як природжені, так і набуті. Фізіологічною основою природжених мимовільних діянь є механізм безумовних рефлексів, тоді як набуті мимовільні діяння ґрунтуються на механізмі умовного рефлексу. Рефлекс – це найпростіша форма поведінки, яка по своїй суті є реакцією організму на подразник, що відбувається за участю нервової системи. Рефлекс безпосередньо пов'язаний із подразником, який з точки зору причинно-наслідкового зв'язку є його безпосередньою причиною. Рефлекс – це автоматична реакція на стимул, яка відбувається без попередньої когнітивної оцінки цього стимулу, і яка не містить у собі свідомого вибору моделі поведінки.

Як стверджують психологи, системна організація цілеспрямованої поведінки людини порівняно з рефлекторною поведінкою має низку принципово нових центральних вузлових механізмів. В цілеспрямованій поведінці задіяний апарат аферентного синтезу, прийняття рішення, акцептор результату поведінки, багатокomпонентний ефeкторний апарат. Насамкінець, – результат поведінки та зворотна аферентація про досягнутий результат. Вся ця динамічно взаємопов'язана операціональна архітектура цілеспрямованої поведінки людини і визначає задоволення домінуючих потреб людини. Натомість рефлекторній поведінці людини не притаманні механізми прийняття рішення та постановки мети для досягнення домінуючої потреби, крім того, в такій поведінці відсутня оцінка своєї діяльності, яка в цілеспрямованій поведінці відбувається за допомогою зворотної аферентації досягнутих результатів.

Треба відзначити, що рефлекторна діяльність суттєво відрізняється також і від поведінки, яка знаходиться під потенційним свідомо-вольовим контролем, для якої не характерним цілеспрямований характер. Вище ми вже вказували, що значиміо з точки зору кримінального права є не тільки поведінка, яка перебуває під актуальним, але й під потенційним свідомо-вольовим контролем. Саме по відношенню до останнього виду поведінки можливо говорити про встановлення такого виду необережної форми вини як злочинна недбалість. На відміну від рефлекторних діянь, які за своєю природою є неусвідомленіо фізіологічною реакцією біологічного організму на певний подразник, поведінка особи, яка перебуває під потенційним свідомо-вольовим контролем, за належної уважності могла бути усвідомленою та контрольованою у момент її вчинення. Таке розуміння рефлекторної поведінки як такої, що перебуває як поза актуальним, так і поза потенційним свідомо-вольовим контролем людини, не порушує і той факт, що в окремих випадках людина може стримувати рефлекторну діяльність або навіть використовувати її як частину своєї цілеспрямованої поведінки. Так, наприклад, якщо кинути в обличчя людині будь-який предмет, вона відреагує морганням. Як вже було вказано вище, завдяки цьому вродженому рефлексу вразлива поверхня ока захищена від потенційно небезпечних предметів. Разом з тим, при належному настроюванні та підготовці людина може стримати дію вказаного рефлексу або суттєво уповільнити його вплив на поведінку. Одним із рефлексів, в основі якого знаходиться інстинкт самозбереження, є той, коли людина миттєво забирає руку, торкаючись до гарячих предметів. Проте і цей рефлекторний рух також може бути стриманий, якщо завчасно настроїтис на дію відповідного подразника. Не зважаючи на це, рефлекторна діяльність своєю першопричиною має все ж таки фізіологічні закономірності існування біологічного організму – його реакцію на різного роду подразники, яка в своїй основі не залежить від волі та свідомості людини. Довільна поведінка людини в цьому відношенні суттєво відрізняється від рефлекторної, оскільки її першопричиною є свідомо-вольова активність людини, а не фізіологічні закономірності існування людини як біологічного виду.

Наведений вище психологічний аналіз рефлекторної діяльності дозволяє стверджувати, що така діяльність, як правило, відбувається поза свідомо-вольовим контролем людини. В більшості випадків механізм вчинення рефлекторного діяння не тільки не контролюється, але й не усвідомлюється людиною. В окремих випадках рефлекторна діяльність може усвідомлюватися, але не піддаватися вольовому контролю. Не тяжко помітити, що в таких в випадках мова йде про відсутність інтелектуальної або вольової ознаки осудності. Нагадаємо, що відповідно до загальноприйнятого поділу всіх ознак складу злочину на суб'єктивні та об'єктивні, вплив різного роду чинників на інтелектуально-вольову діяльність повинен враховуватися виключно в межах суб'єктивних ознак складу злочину. Оскільки з точки зору психології рефлекс є однією із причин мимовільних діянь, які відбуваються поза свідомо-вольовим контролем людини, то з точки зору кримінального права особу по відношенню до таких діянь не можна вважати осудною. Іншими словами, оскільки рефлекс є причиною внаслідок якої особа втрачає можливість здійснювати свідомо-вольовий контроль за своїми діяннями, він може бути віднесений до причин неосудності.

В психологічній літературі до мимовільних діянь відносять не тільки діяння, породжені рефlekсами, але й так звані автоматизми. У фізіології автоматизми розглядають як здатність органів, окремих клітин чи тканин до ритмічної діяльності поза очевидним зв'язком з зовнішніми подразниками. Автоматизація функцій є суттєвою і необхідною особливістю багатьох психічних процесів (мислення, сприймання, мовлення, запам'ятовування та ін.). Її порушення

може паралізувати нормальний перебіг психічних процесів. Автоматизм відточує і полегшує різні види діяльності, в ряді розумових і практичних дій обслуговує вищі форми свідомої діяльності. Механізми психічної автоматизації позбавляють свідомість від постійного спостереження і непотрібного контролю за кожним фрагментом поведінки особи. В основі автоматизму знаходиться механізм динамічного стереотипу, коли сигналом до наступної дії може бути сам лише факт закінчення попередньої, а не внутрішня команда самої людини. Вольова поведінка дуже часто перетворюється в звичні автоматизми. Як приклад такого автоматизму можна навести дуже комічний випадок, який стався з відомим математиком Гільбертом. Одного разу в домі у нього був банкет. Після того як прийшли гості дружина Гільберта попросила його поміняти краватку. Проїшло чимало часу, але він не повертався. Коли дружина почала його шукати і зайшла до спальні, то побачила, що він міцно спить. Прокінувшись він згадав, що зняв краватку, автоматично продовжив роздягатися далі, надів піжаму і ліг в ліжко.

З огляду на викладену характеристику автоматизмів в психологічній літературі стверджується, що будь-яка автоматизована поведінка має неусвідомлений характер. Разом тим, на нашу думку, було би неправильним ототожнювати за кримінально-правовим значенням рефлекторну та автоматизовану поведінку. Адже те, що автоматизована поведінка має неусвідомлений характер зовсім не означає, що будь-який автоматизм може розглядатися як причина, що виключає можливість особи забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою і відповідно, що кожна автоматизована поведінка втрачає своє кримінально-правове значення. В цьому аспекті важливо пам'ятати, що з точки зору кримінального права свідомою поведінкою вважаються не тільки ті діяння, які відбувалися під актуальним контролем свідомості, але й ті діяння, які не усвідомлювалися в момент їх вчинення, але могли усвідомлюватися особою, тобто які відбувалися під її потенційним свідомим контролем. Справа в тому, що автоматизована поведінка виникає у людини внаслідок тривалого повторення взаємопов'язаних рухів. На початковому етапі вони відбуваються під актуальним контролем свідомості, коли кожних окремих акт поведінки чітко контролюється, але згодом такий актуальний контроль зникає – в ньому просто відпадає потреба і поведінка людини перетворюється на автоматизм. Разом з тим, треба погодитися з А.В. Савченко, який вважає, що хоч автоматизми і не усвідомлюються особою, вони при потребі можуть повернутися під її свідомо-вольовий контроль. На наш погляд, такий механізм виникнення автоматизмів дозволяє стверджувати, що в більшості випадків така поведінка не втрачає свого кримінально-правового значення, оскільки може розглядатися як така, що відбувається під потенційним свідомо-вольовим контролем.

Разом з тим, в окремих випадках залежно від конкретної ситуації автоматизми можуть розглядатися як поведінка людини, що відбувається як поза актуальним, так і поза потенційним свідомо-вольовим контролем. Якщо проаналізувати механізм утворення автоматизму, то можна побачити, що по суті він аналогічний механізму виникнення умовного рефлексу. На наш погляд, не буде помилкою, якщо зробити висновок про те, що умовний рефлекс – це свого роду різновид автоматизму. І в цьому відношенні автоматизми, які призводять до утворення умовно-рефлекторної діяльності, так само як і рефлекси можна розглядати як причину неосудності. Може виникнути питання про те, чи варто тоді окремо виділяти автоматизми серед причин неосудності. Нам видається, що на це питання треба дати позитивну відповідь. Справа в тому, що механізм виникнення умовного рефлексу завжди пов'язаний із автоматизацією певних діянь. При цьому першопричиною його виникнення є саме автоматизація взаємопов'язаних діянь. Отже, генетично первинною в цьому випадку є саме автоматизм. Вище ми вже вказували, що переважно автоматизована поведінка, звісно, якщо вона не призводить до виникнення умовного рефлексу, повинна розглядатися як така, що відбувається під потенційним свідомо-вольовим контролем людини. Разом з тим, вважаємо, що в окремих випадках залежно від конкретної життєвої ситуації навіть ті автоматизми, в основі яких не знаходиться умовно-рефлекторна діяльність, також можуть обумовлювати втрату особою можливості забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою тобто бути причиною неосудності. Адже психологічна характеристика автоматизованої діяльності дозволяє стверджувати, що вона хоч і відбувається, як правило, під потенційним свідомо-вольовим контролем, проте різного роду екстремальні ситуації, за який мала місце автоматизована поведінка,

не завжди будуть дозволяти стверджувати, що особа мала можливість уникнути певного автоматизму і поставити свою поведінку під актуальний свідомо-вольовий контроль.

Отже, враховуючи те, що механізм дії рефлексів та автоматизмів дозволяє стверджувати, що ці фактори впливають саме на інтелектуально-вольову діяльність людини, виключаючи в окремих випадках її можливість забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою, є всі підстави для того, щоб віднести вказані фактори до можливих причин неосудності.

**ДОСТОЙНСТВА ТА НЕДОЛІКИ ЗАКОМУ УКРАЇНИ ВІД 15
КВІТНЯ 2008 Р. "ПРО ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО КРИМІНАЛЬНОГО
ТА КРИМІНАЛЬНО – ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОДЕКСІВ УКРАЇНИ
ЩОДО ГУМАНІЗАЦІЇ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ.**

Василяш В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Прийнятий Верховною Радою України 15 квітня 2008 р. Закон України "Про внесення змін до Кримінального та Кримінально – процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності" є одним із небагатьох законів, яким до чинного КК України внесено найбільше змін та доповнень, які, як зазначено у назві самого закону, безпосередньо направлені на гуманізацію кримінальної відповідальності. В цілому відповідних змін та доповнень зазнало 20 статей Загальної частини та 68 статей Особливої частини КК України. Крім цього, Загальна частина КК України доповнена ст.69-1, яка регламентує призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання, а із Особливої частини виключена стаття 188, яка передбачала кримінальну відповідальність за викрадення шляхом демонтажу та іншим засобом електричних мереж, кабельних ліній зв'язку та їх обладнання, а також ч.1 ст.413, яка передбачала кримінальну відповідальність за продаж, заставу, передачу в користування військовослужбовцем строкової служби виданих йому для особистого користування предметів обмундирування або спорядження (марнотратства), а також втрата або зіпсування цих предметів внаслідок порушення правил їх зберігання. В основу даного законодавчого акту, як зазначається у пояснювальній записці до проекту Закону, покладено принципи соціальної справедливості, згідно з яким кожна кримінально-правова санкція повинна не тільки відповідати ступеню суспільної небезпечності описаного в законі діяння, але й узгоджуватися з санкціями, передбаченими за вчинення інших злочинів такого ж ступеню тяжкості, а також давати суду можливість індивідуалізувати покарання з урахуванням обставин конкретного злочину.

З метою з'ясування ефективності та доцільності внесення до КК України такої кількості змін та доповнень, та встановлення чи досягнуто мети прийняття цього Закону, слід зупинитися на аналізі окремих законодавчих положень.

Перш за все, що привертає увагу в процесі ознайомлення з положеннями цього Закону, це назва Закону, в якій сам законодавець зробив наголос, що передбачені ним зміни та доповнення до КК України стосуються виключно гуманізації кримінальної відповідальності. Однак, детальний аналіз зазначених у Законі змін та доповнень, показує, що переважна більшість із них стосується не стільки питання гуманізації кримінальної відповідальності, як питання пом'якшення покарання, тобто гуманізації кримінального покарання. Крім цього, окремі зміни та доповнення передбачають не тільки криміналізацію певних діянь, але й посилення караності діянь. Так, п.3 ч.2 ст.115 КК доповнений новою кваліфікуючою ознакою – умисне вбивство "викраденої людини", а ч.3 ст.381 КК доповнена такою кваліфікуючою ознакою як спричинення "інших тяжких наслідків". Своєрідних змін зазнала і санкція ч.2 ст.344 КК, яка одночасно і пом'якшує, і посилює караність цього діяння, оскільки доповнена новими більш м'якими альтернативними основними покараннями та факультативним додатковим покаранням у виді позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю, якого раніше у санкції не було. Законом також передбачено ряд змін, які важко віднести до гуманізації кримінальної відповідальності. Так, абзац перший ч.1 ст.141 КК після слова "смерть" доповнений словом "пацієнта", в абзаці першому ч.1 ст.212 КК слова "зборів, інших обов'язкових платежів" замінено словами "зборів (обов'язкових платежів)", в абзаці першому ч.1 ст.219 КК слова "власником" замінено словами "громадянином – засновником (учасником)", у назві ст.371 КК слова "привід або арешт" замінено словами "привід, арешт або тримання під вартою" і т.д. Тому, з огляду на зазначене важко погодитися із назвою цього Закону.

Серед законодавчих змін, що передбачені цим Законом, особливої уваги заслуговують зміни, які внесені до Загальної частини КК. Так, ст.5 КК "Зворотна дія закону про кримінальну

відповідальність у часі” викладена у новій редакції, відповідно до якої, зворотню дію у часі має не тільки закон про кримінальну відповідальність, що скасовує злочинність діяння, пом’якшує кримінальну відповідальність, але й іншим чином поліпшує становище особи. Крім цього, дана стаття доповнена новою четвертою частиною, у якій зазначається, що зворотню дію у часі має і так званий ”проміжний” закон про кримінальну відповідальність, який скасовує злочинність діяння, пом’якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи. Безперечно, що зазначені законодавчі зміни, є не тільки реальним проявом принципу гуманізму і справедливості, але й важливим законодавчим вирішенням довго тривалого теоретичного спору щодо можливості надання зворотної дії у часі такому ”проміжному” кримінальному закону. Законодавець, як бачимо, чітко вказав, що застосування ”проміжного” кримінального закону, що скасовує злочинність діяння, пом’якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи, не повинно ставитися у залежність від часу розкриття злочину чи розгляду справи у суді.

Суттєвих змін, внаслідок прийняття цього Закону, зазнали і положення деяких статей Розділу XI ”Призначення покарання”. Так, з метою забезпечення принципу гуманізму при призначенні судом покарання винній особі, ч.2 ст.65 КК доповнена новим положенням, що більш суворий вид покарання з числа передбачених за вчинений злочин, призначається лише у разі, якщо менш суворий вид покарання буде достатнім для виправлення особи та попередження вчинення нею нових злочинів. Як бачимо, дане законодавче положення зобов’язує суд у всіх випадках призначення судом покарання, коли санкція статті Особливої частини КК, що передбачає відповідальність за вчинений злочин, є альтернативною, в першу чергу обговорювати питання про можливість призначення винній особі більш м’якого покарання, а у випадку призначення судом більш суворого покарання, суд своє рішення повинен мотивувати у вирокі суду.

З метою усунення недоліків судової практики щодо призначення покарання за незакінчений злочин, коли суд за вчинення готування до злочину міг призначити винній особі більш суворе покарання, ніж за вчинення замаху на злочин чи закінченого злочину та обмеження можливості суду для широкого, необґрунтованого суддівського угляду, ст.68 КК доповнено двома новими частинами, в яких визначені межі призначення покарання за вчинення готування до злочину та замаху на злочин. Так, за вчинення готування до злочину строк або розмір покарання не може перевищувати половини максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК. За вчинення замаху на злочин строк або розмір покарання не може перевищувати двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК. Однак, застосування на практиці зазначених законодавчих положень може викликати труднощі, адже вказівка на найбільш суворий вид покарання не враховує, що деякі покарання мають обмеження за суб’єктами застосування, а довічне позбавлення волі не ділиме. Отже, може вийти так, що одні, найбільш суворі покарання в окремих випадках не можуть бути призначені через суб’єкта, а інші у зв’язку з відсутністю строку. Крім цього, у зазначених законодавчих положеннях відсутня вказівка на вид покарання, що не дозволяє чітко встановити, чи поширюється, передбачене цією статтею правило лише на основне покарання, чи також і на додаткове.

Як недолік даного законодавчого акту слід розцінювати те, що вносячи доповнення до ч.1 ст.68 КК, законодавець залишив без змін частину другу даної статті, яка регламентує порядок призначення покарання за злочин, вчинений у співучасті. Відповідно до ч.2 ст.68 КК 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 врахувати не тільки вимоги загальних засад призначення покарання, але й характер та ступінь участі кожного з них 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, можуть виступати у якості виконавця (співвиконавців), організатора, підбурювача та пособника. Згідно з ч.1 ст.29

КК, 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, незалежно від виду співучасника, суд признає покарання кожному співучаснику вчинення злочину у межах санкції статті Особливої частини КК, за якою кваліфікуються дії виконавця. Однак, з урахуванням того, що кожен із співучасників виконує певну роль у вчиненні злочину, суд, признаючи 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 та було справедливим. Однак, ч.2 ст.68 КК, крім зазначеного правила призначення покарання за злочин, вчинений у співучасті, не містить будь-яких чітких визначень між призначення покарання різним видам співучасників. Питання про міру покарання різних видів співучасників на сьогоднішній день по-суті віддано на розсуд суду, а сам кримінальний закон не гарантує призначення більш суворого покарання співучасникам злочину, ступінь суспільної небезпеки вчиненого діяння яких значно вищий від інших. Тому, законодавець рішення вказаної проблеми було б позитивним достоїнством прийнятого Закону.

Нічого іншого, як подив та непорозуміння, викликають внесені цим Законом зміни до ст.ст. 69,70 КК. Положення цих статей доповнені лише словами "санкцією частини статті". Важко чим – небудь пояснити, чому законодавець не вніс суттєвих змін та доповнень до положень цих статей, адже серед проблем призначення покарання, які викликають у судовій практиці труднощі та непорозуміння, проблема призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, та призначення покарання за сукупністю злочинів, є однією із тих, яка потребує законодавчого вирішення. Так, відмовившись від "вняткових обставин справи" як підстави призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, що були передбачені КК України 1960 р., та вказавши на необхідність наявності декількох обставин, що пом'якшують покарання і істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину, законодавець не полегшив, а, навпаки, ускладнив встановлення цієї підстави. Використання законодавцем, для визначення першої підстави застосування ст.69 КК словосполучення "та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину" у судовій практиці викликає неоднозначне тлумачення та призводить до того, що встановлення цієї підстави здійснюється формально, без врахування вказаної законодавчої вимоги. Крім того, вказівка в ст.69 КК на те, що правовими підставами застосування цієї статті є наявність декількох обставин, що пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину, а також урахування особи винного, викликає у судовій практиці труднощі розмежування обставин, пом'якшують покарання та обставин, які характеризують особу винного. Тому, вносячи зміни до зазначеної статті, перш за все необхідно було законодавчо вирішити дану проблему, змінивши підстави застосування ст.69 КК. Для вирішення вказаної проблеми ч.1 ст.69 КК слід викласти у такій редакції: "Якщо суд, врахувавши ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного, обставини, пом'якшують та обтяжують покарання, дійде висновку, що застосування найбільш м'якого покарання, передбаченого у санкції статті Особливої частини цього Кодексу за вчинений злочин, є надто суворим, а виправлення особи, яка вчинила злочин, та попередження вчинення нею нових злочинів, можливі без його застосування, то суд, умотивувавши своє рішення, може призначити основне покарання, нижче від найнижчої межі, встановленої в статті санкції (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу, або перейти до іншого, більш м'якого виду основного покарання, не зазначеного в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу за цей злочин. У цьому випадку суд не може призначити основне покарання, нижче від найнижчої межі, вставленої для даного виду покарання в Загальній частині цього Кодексу".

Певних законодавчих змін потребує і ст.70 КК, яка регламентує порядок призначення покарання за сукупністю злочинів. Перш за все, відсутність чітких рекомендацій щодо обрання того чи іншого правила визначення остаточного покарання при сукупності злочинів, є однією з причин часто, у більшості випадків необгрунтованого, застосування судами правила поглинання менш суворого покарання більш суворим, що призводить до того, що винна особа

фактично несе кримінальну відповідальність лише за один злочин, що суперечить принципу невідворотності покарання за вчинений злочин, принципу гуманізму та справедливості. Адже принцип гуманізму не тільки повинен стосуватися винної особи, але має і реалізовуватися у ставленні до людини як до вищої суспільної цінності, тобто до об'єкта кримінально-правової охорони, захищати інтереси потерпілої особи. Тому, ч.1 ст.70 КК необхідно доповнити таким положенням: "Якщо злочини, що утворюють сукупність, є злочинами невеликої чи середньої тяжкості, то остаточне покарання призначається шляхом поглинання менш суворого покарання більш суворою або шляхом повного чи часткового складання призначених покарань. Якщо хоча б один із злочинів, що утворюють сукупність злочинів, є злочинно тяжким чи особливо тяжким, то остаточне покарання призначається шляхом часткового або повного складання". Крім цього, закріплений у ч.2 ст.70 КК, порядок визначення остаточного покарання при складанні покарань надає можливість суду призначити винній особі, яка вчинила, наприклад, п'ять і більше злочинів, серед яких два і більше тяжкі чи особливо тяжкі злочини, остаточне покарання в межах максимального строку, вставленого для даного виду покарання у Загальній частині КК, тобто, якщо це стосується, наприклад, позбавлення волі, то не більше 15 років позбавлення волі. Однак, навряд чи можна у цьому випадку вважати призначене винній особі судом покарання справедливим, законним і таким, що відповідає меті покарання. Тому, у ч.2 ст.70 КК необхідно внести зміни та доповнення, які б не тільки зобов'язували суд призначити остаточне покарання при сукупності злочинів у межах максимального строку, встановленого для даного виду покарання в Загальній частині КК, але і можливість призначити більш суворе покарання, тобто у випадку, вказаного вище, більше п'ятнадцяти років, але не більше двадцяти п'яти років.

Певні зауваження викликають і положення ст.69-1 КК, якою, даним Законом, було доповнено Загальну частину КК. Як зазначається у цій статті, суд, за наявності обставин, що пом'якшують покарання, передбачених пунктами 1 та 2 частини першої статті 66 КК, відсутності обставин, що обтяжують покарання, а також при визнанні підсудним своєї вини, призначає покарання, строк або розмір якого не може перевищувати двох третин максимальної санкцією строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого відповідною санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК. Як бачимо, доповнивши КК цією статтею, законодавець цим самим встановив максимальну межу покарання, яке може бути призначене судом за наявності передбачених у ній таких підстав: наявність обставин, що пом'якшують покарання, передбачених п.п.1,2 ч.1 ст.66 КК; відсутність обставин, що обтяжують покарання; визнання підсудним своєї вини. Із зазначеного можна зробити висновок, що правило призначення покарання, передбачене ст.69-1 КК, може бути застосовано лише у випадку наявності всіх трьох, зазначених підстав. У випадку відсутності однієї із них ст.69-1 КК застосована бути не може. Однак, як видається, встановлення на практиці цих підстав може викликати неабиякі труднощі, адже у законодавчому формулюванні цих підстав є суперечності та незрозумілості. Так, із змісту п.1 ч.1 ст.66 КК, видно, що законодавець закріпив у ньому три самостійні обставини, що пом'якшують покарання, а саме: 1) з'явлення із зізнанням, 2) шире каяття, 3) активне сприяння розкриттю злочину. У зв'язку із зазначеним виникає питання, скільки обставин, що пом'якшують покарання, зазначених у п.1 ч.1 ст.66 КК, повинно бути у наявності, щоб можна було застосувати правило призначення покарання, передбачене ст.69-1 КК. Крім цього, визнання підсудним своєї вини є обов'язковою підставою для застосування положень даної статті. Однак, і з'явлення із зізнанням, і шире каяття, і активне сприяння розкриттю злочину, так само, як і добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди передбачає повне визнання винною особою своєї вини. Тому, вказівка на визнання підсудним своєї вини як підставу застосування даної статті є недоречною. Крім цього, вказівка у даній статті на те, що строк або розмір покарання не може перевищувати двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання не враховує, що деякі покарання мають обмеження за суб'єктами застосування, а довічне позбавлення волі неділим.

Переважає більшість змін та доповнень, внесених аналізованим Законом, стосується змін санкцій кримінально-правових норм, адже проблема щодо призначення міри покарання, зокрема, неповнолітнім, є однією із найгостріших, яка потребує якнайшвидшого законодавчо-

го вирішення. Недосконалість системи покарань, закріпленої в ст.98 КК, та конструкції значної кількості санкцій статей Особливої частини КК України, призвела до того, що неповнолітня особа, яка вчинила злочин, часто знаходиться в гіршому становищі порівняно з дорослою особою, яка вчинила злочин. Через те, що не всі види покарань можуть бути застосовані до неповнолітніх, кількість альтернативних санкцій щодо них значно зменшується. У зв'язку з цим, суд у більшості випадках вимушений призначити покарання у вигляді позбавлення волі. Безперечно, що такий стан речей унеможливив дотримання при призначенні покарання принципів справедливості, гуманізму та економії кримінальної репресії. Тому, спроба законодавця вирішити дану проблему шляхом доповнення ряду санкцій статей новими, більш м'якими видами покарання, альтернативними позбавленню волі, є позитивним. Однак, прийняття цього Закону, на жаль, не вирішило до кінця дану проблему. У чинному КК України ще до сьогоднішнього дня міститься значна кількість санкцій, у яких є лише два альтернативних види покарань: обмеження волі та позбавлення волі, наприклад, ч.2 та ч.3 ст.109, ст.110, ст.117, ч.1 ст.189, ч.1 та ч.2 ст.135, ст.237 КК. Як бачимо, за вчинення неповнолітньою особою злочинів, передбачених цими статтями, суд, призначаючи покарання, може призначити лише покарання у виді позбавлення волі, так як, відповідно до ч.3 ст.61 КК, покарання у виді обмеження волі до неповнолітніх не застосовується.

У багатьох санкціях Особливої частини КК, прийнятим Законом, знижено нижню та верхню межі покарання у виді позбавлення волі, що на перший погляд є вагомим доказом гуманізації кримінального покарання. Однак, важко пояснити, що було взято до уваги законодавцем для прийняття такого рішення, щодо таких злочинів, що передбачені ч.2 ст.127 КК, ч.3 ст.207, ч.2 ст.211, ч.1 та ч.2 ст.228, ч.2 та ч.3 ст.364 КК. У санкціях зазначених статей без достатніх на те підстав та обґрунтувань, на наш погляд, явно занижені межі санкцій. Так, ст.127 КК у старій редакції передбачала відповідальність за катування, вчинене повторно або за попередньою змовою групою осіб, у виді позбавлення волі від п'яти до десяти років, а за катування вчинене працівником правоохоронних органів, від десяти до п'ятнадцяти років. У чинній редакції ст.127 КК такі дії караються позбавленням волі від трьох до семи років. Якщо за зловживання владою або службовим становищем, що спричинило тяжкі наслідки, раніше передбачене було покарання у виді позбавлення волі від п'яти до восьми років, то у зв'язку із внесеними змінами, від трьох до шести років. Навряд чи ступінь суспільної небезпеки, за ці та зазначені вище злочини, настільки істотно знизився, що виникли підстави для суттєвого зниження караності за вчинення цих діянь.

Аналіз законодавчих змін та доповнень до КК України, внесених цим Законом, дозволяє зробити висновок, що з прийняттям цього спеціального Закону процес гуманізації кримінального законодавства не завершився, а тільки зроблені окремі кроки, спрямовані на розробку комплексного концептуального підходу здійснення гуманізації чинного КК України. Для подальшої гуманізації чинного КК України слід виходити із того, що принцип гуманізму у кримінальному праві включає два аспекти: перший із яких полягає у підлеглості ієрархії інтересів, що взяті під охорону нормами кримінального права, гуманістичним цінностям, тобто спрямовані на захист інтересів потерпілого та суспільства, а другий – у гуманному ставленні до винної особи, тобто пов'язаний із забезпеченням інтересів винного. Тому, всі подальші зміни та доповнення до чинного КК України повинні бути направлені на зрівноваження цих двох аспектів принципу гуманізму. Порушення такого співвідношення, з одного боку, може потягнути за собою застосування надто суворих покарань, а з іншого – призвести до зниження забезпечення кримінально-правової охорони інтересів громадян, до невиправданого м'яких видів покарань.

ВИКОНАВЕЦЬ ЗЛОЧИНУ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ ДЕРЖАВ ПОСТРАДЯНСЬКОГО ПРОСТОРУ

Гриниха І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Дослідження проблем відповідальності виконавця злочину не може бути повним та всебічним без вивчення, як регулюються ці питання в кримінальному законодавстві зарубіжних держав, а особливо тих, що протягом тривалого періоду часу входили до складу єдиного наддержавного утворення – Радянського Союзу.

Із розпадом Союзу РСР у колишніх радянських республіках назріла необхідність проведення правової реформи, одним з етапів якої було реформування кримінального законодавства. Результатом цього процесу стало прийняття нових Кримінальних кодексів (далі – КК).

Говорячи про виконавця злочину, в першу чергу слід визначитися із контекстом, в якому використовується це поняття. За винятком Грузії, Естонії та Латвії, в КК решти держав виконавець розглядається лише як один із видів співучасників злочину поряд із організатором, підбурювачем та пособником. Аналіз положень Пенітенціарного Кодексу Естонії (далі – ПК Естонії) (ст.ст. 20-24) та КК Латвії (ст.ст. 17-20) свідчить про те, що під поняття виконавця злочинного діяння підпадає суб'єкт, що вчиняє його як індивідуально, так і спільно з іншими особами. Що стосується Грузії, то тут позицію законодавця зрозуміти складніше. Хоча виконавець не визнається співучасником злочину (ст. 24), і, відповідно, визначення його поняття міститься в окремій статті (ст. 22), структурне розміщення всіх нормативних приписів, що стосуються виконавця та його відповідальності, в межах глави VII КК "Виконавство злочину і співучасть у злочині", що розрахована на випадки вчинення злочину кількома суб'єктами, невикористання терміну "виконавець" поза її межами дозволяють зробити висновок, що про виконавця злочину в КК Грузії мова йде лише в контексті його вчинення кількома особами.

Залежно від обраного державами законодавчого підходу до формулювання поняття виконавця злочину, їх можна об'єднати в дві групи. До першої віднесемо Російську Федерацію (далі – РФ), Азербайджан, Білорусь, Вірменію, Грузію, Казахстан, Киргизію, Таджикистан та Туркменістан. Для них характерне визнання виконавцями злочину трьох категорій осіб:

1) особи, що безпосередньо вчинили злочин;

2) особи, що безпосередньо брала участь в його вчиненні спільно з іншими особами (співвиконавцями). Зауважимо, що в КК Білорусі (ч. 3 ст. 16) та КК Киргизії (ч. 3 ст. 30) термін "співвиконавець" не використовується, а в КК Азербайджану щодо цієї категорії осіб говориться про "співвиконавство" (ст. 32.2);

3) опосередкованого виконавця. Вказівка на нього робиться: 1) шляхом відкритого переліку осіб, які використовуються для вчинення злочину ("особи, які не підлягають кримінальній відповідальності в силу віку, неосудності чи інших обставин, передбачених Кодексом" – ч. 2 ст. 33 КК РФ, ст. 22 КК Грузії, а в ч. 2 ст. 28 КК Казахстану цей перелік доповнено також особами, що вчинили злочин через необережність); 2) через використання для їх позначення лише узагальнюючого терміну "особи, що не підлягають кримінальній відповідальності в силу обставин, передбачених Кодексом" (ст. 32.2 КК Азербайджану, ч. 3 ст. 30 КК Киргизії, ч. 2 ст. 36 КК Таджикистану, ч. 2 ст. 33 КК Туркменістану); 3) крім використання узагальнюючого поняття, вказується також на використання осіб, які "вчинили злочин через необережність" (ч. 3 ст. 16 КК Білорусі, ч. 2 ст. 38 КК Вірменії).

КК Білорусі, на відміну від КК інших держав, віднесених до вказаної групи, виконавця ми називає не лише осіб, які функціонально є такими, але й визнає ними учасників організованої групи та злочинної організації незалежно від їх фактичної ролі у вчиненні злочину (ч. 9 ст. 16).

Проте такий новий, порівняно з радянським періодом, підхід до законодавчої регламентації поняття виконавця створив поле для наукових дискусій з ряду принципів питань, що

дало підставу російському криміналісту Г. Коробкову прийти до висновку про відсутність єдиної завершеної теоретичної та законодавчої концепції поняття виконавця злочину. Однією з причин розбіжностей у розумінні виконавця є введення поряд з особою, що "безпосередньо вчинила злочин", особи, "що безпосередньо брала участь в його вчиненні спільно з іншими особами (співвиконавцями)". Одна група науковців вважає, що відмінність між цими двома категоріями виконавців полягає в кількості осіб, що безпосередньо виконують об'єктивну сторону складу злочину, а саме: в останньому випадку їх має бути не менше двох осіб – співвиконавців (М.І. Ковальов, Г. Коробков, Г.В. Назаренко, В.М. Хоміч та ін.). Інші ж переконані, що таким чином законодавцем розширено поняття виконавця за рахунок інших співучасників, які знаходяться на місці і під час вчинення злочину, але при цьому виконують інші функції, не пов'язані з виконанням об'єктивної сторони, – допомагають виконавцю, здійснюють керівництво його діями тощо. Таким чином, стверджує А.П. Козлов, у визначення цього поняття перенесено проблеми групового злочину, що не витримує критики. Незалежно від кількості суб'єктів, які виконують об'єктивну сторону, на думку А.П. Козлова, вони підпадають під поняття осіб, що "безпосередньо вчинили злочин".

Активно критикується регламентація опосередкованого виконання в межах інституту співучасті. Зокрема, І. Гончар, М.І. Ковальов, А.П. Козлов, В.С. Комісаров, Г. Коробков стверджують, що той, хто заподіює шкоду опосередковано, не може визнаватися співучасником, оскільки в цьому випадку немає всіх необхідних ознак співучасті. Лише за умови, що поряд з суб'єктом, який вчиняє злочин шляхом використання осіб, що не підлягають кримінальній відповідальності в силу обставин, передбачених законом, у вчиненні злочину братимуть участь організатор, підбурювач, пособник, можна говорити про опосередкованого виконавця. Проте ця позиція не єдина. Так, наприклад, А. Арутюнов вважає, що опосередковане виконання можливе в межах інституту співучасті, коли обидвоє винних наділені ознаками суб'єкта злочину. Мова йде про вчинення злочину із спеціальним суб'єктом, коли для виконання об'єктивної сторони спеціальний суб'єкт використовує особу, такими ознаками не наділену.

Відсутність у КК вичерпного переліку осіб, що можуть бути використані для вчинення злочину як знаряддя, – ще одне дискусійне питання в межах проблеми опосередкованого виконання.

Другу групу країн складають Естонія, Латвія, Литва, Молдова та Узбекистан. У них визначення поняття виконавця злочину дається шляхом вказівки на дві категорії осіб: безпосереднього та опосередкованого виконавця. Так, КК Латвії (ст.17) виконавцем злочинного діяння визнає особу, що "безпосередньо вчинила злочинне діяння або використала для його вчинення іншу особу, що відповідно до положень цього закону не притягується до кримінальної відповідальності". Змістовно аналогічні визначення містяться в КК Литви (ч. 3 ст. 24) та КК Молдови (ч. 2 ст. 42), проте в них частково конкретизований перелік осіб, які можуть бути використані опосередкованим виконавцем (неосудні; особи, що не досягли віку, з якого настає кримінальна відповідальність). На відміну від КК інших країн цієї групи, в КК Узбекистану конкретизується об'єм безпосереднього виконання, а опосередковане виконання становлять випадки не лише використання людей, але й інших засобів: відповідно до ч. 2 ст. 28 "виконавцем злочину є особа, що повністю або частково безпосередньо вчинила злочин або злочин з використанням інших осіб, що в силу цього Кодексу не підлягають відповідальності, чи інших засобів". Найбільш лаконічне визначення поняття виконавця як "особи, що вчинила діяння особисто чи з використанням іншої особи", міститься в ПК Естонії (ч. 1 ст. 21).

Нагадаємо, що в ПК Естонії та КК Латвії під виконавцем злочинного діяння розуміється особа, що вчиняє його як самостійно, так і спільно й узгоджено з іншими суб'єктами. При цьому, якщо злочинне діяння вчиняється як мінімум двома особами, кожна з яких виконує об'єктивну сторону, вони іменуються співвиконавцями (ч. 2 ст. 21 ПК Естонії) або учасниками (співвиконавцями) (ст. 19 КК Латвії), а їх діяльність співвиконанням чи участю (співвиконанством) відповідно. Схожа ситуація має місце у КК Молдови, де термін "співвиконавець" вживається лише для позначення співучасників злочину, вчиненого за простої форми співучасті, – тобто "коли в його вчиненні спільно брали участь двоє чи більше осіб, кожна з яких реалізовувала об'єктивну сторону злочину" (ст.44). Для співучасті з розподілом ролей (т.з. "скла-

дна співучасть") законодавець використовує термін "виконавець", незалежно від кількості осіб, що виконували об'єктивну сторону (ст. 45).

Незрозумілою є позиція литовського законодавця, який, визначаючи поняття виконавця злочину, у цій же ч. 3 ст. 24 КК зазначає, що "якщо злочинне діяння вчинили декілька осіб спільно, то одна з них визнається співвиконавцем". Виникає запитання, чому лише одна особа, яка саме, яке це має значення? Адже в жодній іншій статті про співвиконавця не згадується. Що стосується Узбекистану, то КК цієї країни взагалі не використовує терміну "співвиконавець злочину".

Окрім аналізованих вище питань, у КК всіх держав, за винятком Молдови, врегульовані питання відповідальності співучасників, одне з яких – визначення правил кваліфікації їх дій. Щодо виконавця злочину, то ні в одному із аналізованих нами кримінальних законів не міститься прямої вказівки на те, як кваліфікувати дії останнього. Зважаючи на те, що з посиланням на відповідну статтю загальної частини кваліфікуються дії лише організатора, підбурювача та пособника, можемо зробити висновок що виконавець підлягає відповідальності за вчинений злочин лише за відповідною статтею Особливої частини кримінального закону.

При цьому у КК РФ, КК Азербайджану, КК Вірменії, КК Грузії, КК Казахстану, КК Таджикистану та КК Туркменістану, де у визначенні поняття виконавця злочину як один з його видів названий співвиконавець злочину, містяться окремі положення про його відповідальність, в тому числі правила кваліфікації їх дій. Вони зводяться до наступного: 1) співвиконавці відповідають за однією і тією ж статтею кримінального закону за спільно вчинений ними злочин; 2) посилання на статтю, що визначає види співучасників при цьому не потрібне. Якщо перше твердження прямо закріплене в КК цих держав, то друге таким чином сформульоване лише в КК РФ (ч. 2 ст. 34), КК Азербайджану (ст. 33.2), КК Грузії (ч. 2 ст. 25), КК Казахстану (ч. 2 ст. 29). Підставою для такого висновку щодо решти країн є закріплене у КК правило кваліфікації дій співучасників, коли посилання на статтю про види співучасників злочину є необхідним: лише у випадку кваліфікації дій організатора, підбурювача та пособника (ч. 2 ст. 39 КК Вірменії, ч. 3 ст. 37 КК Таджикистану, ч. 3 ст. 35 КК Туркменістану). Якщо ж співвиконавці при вчиненні злочину виконували й інші функції (організатора, підбурювача, пособника), вони підлягають відповідальності за відповідною статтею Особливої частини КК, без посилання на статтю про види співучасників злочину, тобто лише як співвиконавці. Такий нормативний припис міститься в КК РФ (ч. 3 ст. 34), КК Азербайджану (ст. 33.3), КК Вірменії (ч. 2 ст. 39), КК Грузії (ч. 3 ст. 25) та КК Казахстану (ч. 3 ст. 29).

Хоча КК Латвії виділяє співвиконавця злочину в межах участі у злочині, а ПК Естонії в межах співвиконання, про що йшлося вище, жодних вказівок на правила кваліфікації їх дій вони не містять.

Вірменія, Грузія, Естонія, Латвія та Литва в різному обсязі нормативно врегулювали питання про вплив індивідуальних ознак та певних інших обставин на відповідальність співучасників (чи виконавців і співучасників). Так, у КК Грузії та КК Латвії вказано, що "персональні ознаки, що характеризують вину або особу одного із виконавців чи співвиконавців злочину" (ч. 5 ст. 25 КК Грузії) та "індивідуальні ознаки складу злочину, що відносяться до виконавця чи співучасника злочинного діяння" (ч. 6 ст. 20 КК Латвії) не впливають на відповідальність інших осіб. Згідно із ПК Естонії, особливі особистісні ознаки, до яких відносяться ті, що описують особу винного, цілі і мотиви виконавця чи співучасників, ставляться у вину лише їх носієві за умови, що вони обтяжують, пом'якшують або виключають передбачену законом відповідальність (ч. 1, 3 ст. 24). Якщо ж у співучасника такі ознаки відсутні, але вони є передумовою відповідальності виконавця, то вони ставляться у вину всім, хто вчиняв злочин, але співучаснику пом'якшується покарання (ч. 2 ст. 24, ст. 60). КК Литви передбачає, що обставини, які усувають, полегшують чи обтяжують відповідальність одного із співучасників, не враховуються при визначенні кримінальної відповідальності інших (ч. 3 ст. 26). Очевидно мова йде про будь-які обставини, як ті, що характеризують особу винного, так і злочинне діяння, оскільки законодавець не проводить жодної диференціації. У КК Вірменії міститься протилежне положення. В ч. 6 ст. 39 сказано, що співучасники злочину підлягають відповідальності тільки за ті обтяжуючі обставини злочину, які ними усвідомлювалися. Таким чином, можемо спостерігати різні підходи законодавців до ставлення у вину одних і тих же ознак чи обставин.

Таке дискусійне протягом тривалого часу питання про можливість співвиконавства у злочинах із спеціальним суб'єктом особою, не наділеною спеціальними ознаками, одержало своє законодавче вирішення лише в КК кількох держав. При цьому у кожній із них законодавець дав категорично негативну відповідь: особа, яка не відповідає ознакам суб'єкта злочину, що спеціально вказаний у відповідній статті Особливої частини КК, і брала участь у його вчиненні, може нести відповідальність за вчинене лише як організатор, підбурювач чи пособник (ч. 4 ст. 34 КК РФ, ст. 33.4 КК Азербайджану, ч. 3 ст. 39 КК Вірменії, ч. 6 ст. 25 КК Грузії, ч. 5 ст. 29 КК Казахстану, ч. 4 ст. 37 КК Таджикистану). Проте, кримінально-правова доктрина звертає увагу на те, що це твердження не може бути абсолютним. Як приклад приводиться злочин, в якому частина об'єктивної сторони може бути виконана не спеціальним суб'єктом (згвалтування). В інших країнах це питання вирішується на рівні теорії на правозастосовній практиці.

Таким чином, на підставі аналізу положень кримінальних законів держав пострадянського простору можемо побачити розширення обсягу кримінально-правового регулювання відповідальності виконавця злочину порівняно з радянським періодом. При цьому простежуються різні підходи до регулювання питань, пов'язаних із виконавцем злочину: щодо змістовного наповнення цього поняття, його законодавчого формулювання загалом та окремих складових зокрема, деяких питань відповідальності виконавця злочину. Ряд питань надалі залишаються дискусійними, що, за відсутності відповідних офіційних роз'яснень, створює проблеми для з'ясування їх змісту, а отже й застосування кримінально-правових норм.

ЗАСТОСУВАННЯ ЗАКОНУ ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА АНАЛОГІСІЮ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ

Гуменюк Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Кримінально-правова норма, яка покликана охороняти певні суспільні відносини від суспільно небезпечних посягань, маючи у своєму арсеналі можливість застосовувати до порушника найсуворіші обмеження його прав і свобод, повинна бути чіткою та однозначною, конкретною та вичерпною, і стосуватись лише цих суспільних відносин. Ті ж суспільні відносини, які не представлені серед кримінально-правових норм, не можуть претендувати на каральні можливості впливу останніх. У поєднанні цих двох постулатів знаходить свій прояв принцип урівноваження інтересів приватного і публічного.

Саме ідея недопустимості керування принципом доцільності при вирішенні питання щодо кримінально-правового впливу на особу за її поведінку, отримала своє вираження у положенні, яке міститься у ч. 4 ст. 3 Кримінального кодексу України (далі – КК України), згідно з яким, застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено. Однак, постає питання чи у всіх випадках у кримінальному праві використання аналогії є недопустимим, а точніше забороненим?

У науці теорії держави і права застосування аналогії (чи то закону, чи то права) прийнято розглядати як один із шляхів подолання прогалин у законодавстві, де прогалиною виступає відсутність нормативно-правової регламентації певної групи суспільних відносин. Звідси можемо зробити висновок, що застосування аналогії у праві допустиме лише за умови реальної (практичної) необхідності у цьому. Поряд з цим, виходячи із розмежування аналогії на аналогію закону та аналогію права, постає питання чи застосуванням аналогії може долатися лише прогалина у законодавстві, чи також і прогалина у праві, зокрема кримінальному? А відтак, постає питання чи взагалі можлива прогалина у праві і чи має значення про яке право йдеться – про право як єдину цілісну систему, чи про право галузеве? Думається, що однозначної відповіді на поставлене запитання немає, принаймні в тій частині, яка стосується можливості існування прогалини у галузевому праві.

У юридичній літературі зустрічаються різні погляди щодо розуміння суті аналогії. Так, одні автори пропонують розуміти аналогію як логічний або особливо логічний метод діючого права, інші ж додають, що застосування аналогії не є чисто логічним методом, а є складним творчим процесом, що ґрунтується не лише на логіці, але й на правильній оцінці конкретних правовідносин. Загальноприйнятою є думка, що під аналогією у галузі юриспруденції мається на увазі поширення норми або цілого комплексу норм права на не передбачені законом, але існуючі подібні ситуації (Луспеник Д.Д.). В теорії кримінального права під аналогією розуміють застосування до суспільно небезпечного діяння, що прямо не передбачене законом в момент його вчинення, статті кримінального кодексу, що встановлює кримінальну відповідальність за найбільш схожий за характером та тяжкістю злочин (Борисов В.І). Слід зауважити, що таке визначення є доволі звуженим і відображає лише частину розглядуваного поняття. Застосовувати кримінальний закон за аналогією можна не лише в аспекті вирішення питання про злочинність тієї чи іншої поведінки, яка прямо не названа такою у законі, але й в аспекті вирішення інших кримінально-правових питань (ситуацій), які не знайшли повністю чи частково свого врегулювання кримінальним законом. Відтак, аналогія має місце тоді, коли співставляються два схожих (подібних) суспільних відношення, одне з яких водночас є правовідношенням, і правило, за яким врегульовано це правовідношення поширюється (застосовується) до іншого суспільного відношення. Таке правило, яким виступає норма права (за аналогією закону) чи засада (принцип) права (за аналогією права) виконує роль, такого собі «інструментарію», за допомогою якого вирішується проблема прогалини у праворегулюванні.

Повертаючись до положення, яке міститься у ч. 4 ст. 3 КК України, важливим є з'ясування його змісту. Адже формулювання «застосування закону про кримінальну відпові-

дальність за аналогією заборонено» можна розуміти, принаймні, у двох значеннях: 1) як заборону поширення кримінально-правової норми на неврегульовані суспільні відносини, при якому така норма виступає «інструментарієм»; 2) як заборону аналогії у процесі застосування самої кримінально-правової норми, коли у самій нормі наявні певні прогалини.

Щодо розуміння заборони застосувати кримінальний закон за аналогією у першому значенні, то, як видається, дискусій з цього приводу не повинно виникати. Адже таке розуміння повністю узгоджується із загальнотеоретичним розумінням аналогії у праві. Наприклад, задоволення статевої прахоті неприродним способом з особою яка не досягла статевої зрілості за відсутності ознак насильства та без використання її безпорадного стану, не утворює складу злочину, а кваліфікація такого діяння за ст. 155 КК України буде нічим іншим, як застосуванням закону про кримінальну відповідальність за аналогією. Не можна кваліфікувати таке діяння і за ст. 156 КК України, оскільки в такому разі доведеться стверджувати, що норми, передбачені у статтях 156 і 155 КК України співвідносяться між собою як загальна та спеціальна відповідно, що насправді не відповідає дійсності.

Проте, неоднозначною є відповідь на питання про те, чи у кримінальному праві заборонено застосувати аналогію у процесі застосування закону про кримінальну відповідальність як такого. Наприклад, у випадку, коли у складі злочину описується певна ознака за допомогою оціночних чи неконкретизованих понять. Так, зокрема, до внесення змін у пункти 3 і 4 примітки до ст. 185 КК України згідно із Законом від 15.04.2008 р. № 270-VI, які полягали у тому, що було визначено грошову суму, яка становить шкоду у великих та в особливо великих розмірах при умисному знищенні або пошкодженні майна (ст. 194 КК України), розуміння цієї шкоди було невизначеним. За тодішніх умов, як один із варіантів вирішення питання про те, якою є шкода у великих розмірах, передбачена ч. 1 ст. 194 КК України, пропонувалося застосувати за аналогією інші положення КК України, у яких розкривався зміст цієї ознаки. Про системне тлумачення кримінального закону у цьому випадку говорити не доводилось, адже лише в межах одного Розділу VI КК України «Злочини проти власності» під шкодою у великих розмірах розумілись різні грошові суми (той же п. 3 примітки до ст. 185 і примітка до ст. 192 КК України), не кажучи вже про інші розділи КК України.

Про тлумачення кримінального закону було згадано не випадково. Саме між поширювальним тлумаченням кримінального закону, яке є одним із видів тлумачення за обсягом, та застосуванням аналогії у процесі застосування кримінально-правової норми є багато спільних ознак. Відмінність між ними полягає у тому, що при застосуванні аналогії має місце заповнення прогалини, а при поширювальному тлумаченні має місце розкриття, начебто, дійсного змісту правової норми. Однак, як показує вищенаведений приклад, таке розмежування аналогії і тлумачення може мати доволі умовний, якщо не сказати штучний, характер. Адже, якщо ми вживаємо термін «поширювальне» тлумачення як тлумачення, яке виходить за певні рамки, яке є ширшим, ніж «нормальне» («буквальне») тлумачення, то чи не заповнюємо ми у такому разі прогалину, яка відображена відсутністю того регулюючого впливу правової норми (норми, яка у певній мірі є порожньою), що не дозволяє нам тлумачити закон буквально? Чи не застосовуємо ми у цій ситуації кримінальний закон за аналогією, прикриваючись допустимістю поширювального тлумачення (достатньо навести приклади таких тлумачень, за якими під загибеллю людей пропонують розуміти загибель хоча б однієї людини, чи під неповнолітньою особою пропонують розуміти також і малолітню особу)? У практичній площині, вагу та значимість цього питання важко переоцінити, адже в залежності від того, якою буде відповідь на нього, по різному вирішуватиметься доля конкретної людини.

Слід звернути увагу на те, що із законодавчого формулювання положення про заборону застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією (очевидно, у розумінні аналогії як «інструментарію») випливає, що забороненою є лише аналогія закону. А тому цілком логічно постає питання щодо можливості у кримінальному праві вирішувати неврегульовані законом ситуації, виходячи із загальних засад кримінального законодавства (аналогія права). Більше того, виникає питання й щодо можливості у кримінальному праві застосування за аналогією правових норм і засад інших галузей права, а відповідно засад (принципів) національного права в цілому. Буде доречним у цьому контексті звернути увагу на те, що серед науковців немає єдності й у питанні про те, чи зводиться закон про кримінальну відповідальність лише до понять злочинності діяння, його караності та інших кримінально-

правових наслідків, які згідно з ч. 3 ст. 3 КК України визначаються тільки цим Кодексом. Якщо ж закон про кримінальну відповідальність охоплює ширше коло понять, то, чи можна використовувати аналогію у випадках, які не стосуються понять злочинності діяння, його караності, інших кримінально-правових наслідків?

З одного боку, у науковій літературі висловлюється думка, що у випадку відсутності прямої законодавчої вказівки про заборону застосування аналогії, застосування аналогії є допустимим. Проте, висновок щодо допустимості застосування у кримінальному праві будь-якої аналогії, окрім аналогії закону про кримінальну відповідальність, може виявитися поспішним. Річ у тім, що кримінальний закон не виступає регулятором суспільних відносин між юридично рівними суб'єктами права, а є важелем владного і примусового впливу держави на особу-правопорушника через інститут кримінальної відповідальності. Правова норма, яка міститься у ч. 4 ст. 3 КК України, насамперед звернена до правозастосувача, яким і виступає держава в особі відповідних владних органів. А згідно з ч. 2 ст. 19 Конституції України, органи державної влади, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Саме такий підхід у праворегулюванні відносин між юридично нерівними суб'єктами виступає гарантією дотримання прав, свобод та інтересів підвладного суб'єкта. Відтак, абсолютно немає підстав стверджувати, що у кримінальному праві (стосовно діяльності правозастосувача) може мати місце хоча б і частковий прояв приватноправового принципу «дозволено все, що прямо не заборонено законом». Навпаки, у цих правовідносинах владний суб'єкт зобов'язаний діяти лише за принципом «дозволено тільки те, що прямо передбачено законом». Тому, виходячи із відсутності прямої вказівки закону про протилежне, можна дійти висновку, що у кримінальному праві заборонено застосування за аналогією не лише кримінального закону, але й загальних засад кримінального законодавства, що заборонено застосування за аналогією не лише внутрішньогалузевих правових норм і засад, але й правових норм і засад інших галузей права та загальних засад права в цілому.

Проте з іншої сторони, не можна оминати увагою той факт, що заперечуючи будь-яку можливість використання аналогії у кримінальному праві, ми можемо штучно створити ситуацію, яка погіршуватиме правове становище особи (до прикладу, можна навести неоднакову судову практику застосування першої редакції ст. 69 КК України, яка на той час не передбачала можливості призначення за злочини невеликої тяжкості більш м'якого покарання, ніж передбачено законом). Видається, що шляхи виходу із такої ситуації слід шукати у положеннях самого законодавства, а не у їх запереченні, як це пропонується окремими фахівцями. Так, відповідно до ч. 1 ст. 3 КК України, законодавство України про кримінальну відповідальність становить Кримінальний кодекс України, який ґрунтується на Конституції України та загальноновизначених принципах і нормах міжнародного права. Згідно ж зі ст. 8 Основного Закону, в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Зміст цього принципу, на підставі тих же загальноновизначених норм і принципів міжнародного права, розкрито у ст. 3 Конституції України, згідно з якою людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю, а права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Саме ці норми й законоположення є фундаментальними і визначальними для всієї правової системи нашої держави, і саме вони отримали свій розвиток та закріплення у віддзеркаленому вигляді в частинах 3 і 4 КК України. Виходячи з цього, можемо констатувати, що використання аналогії у кримінальному праві, яке спрямоване виключно на покращення правового становища особи чи недопущення його погіршення, є не допустимим, а необхідним (обов'язковим). Ці дві, здавалось би взаємовиключні, позиції, насправді такими не є. Навпаки, лише у їхній нерозривній єдності, на наше переконання, криється шлях до істинного розуміння суті використання аналогії у кримінальному праві.

Звичайно, що окреслена проблематика порушувалась й раніше і, начебто, давно знайшла своє вирішення. Проте, як видається, що ті зміни, подекуди докорінні, які відбулись у нашому законодавстві дозволяють все ж по новому підходити до усталених положень і тверджень.

**ДІЯННЯ У СКЛАДІ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОМУ Ч. 1 СТ. 442
КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ „ГЕНОЦИД”****Денькович О.***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Дослідження диспозиції ч. 1 ст. 442 Кримінального кодексу України (далі – КК України) привели до висновку, що за чинним формулюванням вказаної кримінально-правової норми склад злочину „Геноцид” з об’єктивної сторони характеризується такими ознаками як діяння та спосіб. У зв’язку з недосконалістю такого формулювання та необхідністю приведення внутрішнього законодавства у відповідність з положеннями міжнародних актів, згода на обов’язковість яких була надана Верховною Радою України, було обґрунтовано необхідність переформулювати ч. 1 ст. 442 КК України (зазначені питання висвітлені у попередніх публікаціях автора). Внаслідок такого переформулювання з об’єктивної сторони склад злочину „Геноцид” характеризуватиметься такими ознаками як діяння, наслідок та причиновий зв’язок між діянням та наслідком. Закінчений склад геноциду, за наявності усіх інших ознак складу злочину, становитимуть такі діяння як позбавлення життя членів національної, расової, релігійної або етнічної групи, заподіяння їм тяжких тілесних ушкоджень, створення для групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення, скорочення дітонародження чи запобігання йому в такій групі, насильницька передача дітей з однієї групи в іншу. У зв’язку з цим постає необхідність аналізу змісту вказаних діянь.

Доцільність заміни у ч. 1 ст. 442 КК України терміно-поняття „позбавлення життя” терміно-поняттям „вбивство” у зв’язку із врахуванням положень міжнародних актів та принципу системності права вже розглядалася мною у попередніх роботах. Ознаки складу злочину „Умисне вбивство”, так само як і складу злочину „Умисне тяжке тілесне ушкодження”, розкрито у КК України (ч. 1 ст. 115, ч. 1 ст. 121). Достатньо досліджені ці склади злочину у літературі з питань кримінального права. Тому у цій науковій роботі не зупинятимось на аналізі таких форм злочину „Геноцид” та „вбивство” та „тяжкі тілесні ушкодження”. Однак слід зазначити, що під „вбивством” у складі злочину „Геноцид” розуміється будь-яке умисне заподіяння смерті, яке підпадає під ознаки складу злочину, закріпленого у ст. 115 КК України (як простий склад умисного вбивства, так і кваліфіковані склади). Щодо необережного вбивства та привілейованих складів умисного вбивства, то вони ст. 442 КК України не охоплюються та потребують самостійної кримінально-правової кваліфікації. Аналогічне твердження стосується злочину „Геноцид” у формі заподіяння членам групи тяжких тілесних ушкоджень. Тобто „тяжкими тілесними ушкодженнями” у ч. 1 ст. 442 КК України охоплюється як простий склад умисних тяжких тілесних ушкоджень, так і кваліфіковані склади. Необережні тяжкі тілесні ушкодження та привілейовані склади умисних тяжких тілесних ушкоджень ст. 442 КК України не охоплюються.

Подальший розгляд конкретних форм діяння у складі злочину „Геноцид” є можливим лише після з’ясування наступного запитання. У ч. 1 ст. 442 КК України для вказівки на об’єктивну сторону складу злочину законодавець використовує таке формулювання: «...створення для групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення, скорочення дітонародження чи запобігання йому в такій групі...». За такого формулювання що частину ч. 1 ст. 442 КК України можна тлумачити двоюко: як формальний склад злочину, який є закінченим з моменту створення для групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення, скорочення дітонародження або запобігання йому в такій групі, чи як матеріальний, який є закінченим з моменту настання наслідків у вигляді скорочення дітонародження чи його запобігання.

Слід зазначити, що у міжнародних актах, зокрема у Конвенції, у цій частині геноцид є формальним складом злочину, а об’єктивна сторона у цьому міжнародному акті викладена наступним чином: 1) умисне створення для такої групи таких життєвих умов, які розраховані на повне чи часткове її фізичне знищення; 2) заходи, спрямовані на запобігання дітонародження

в такій групі. За формулюванням диспозиції ч. 1 ст. 442 КК України однозначного вирішення цієї проблеми не має. Окрім того, який би із запропонованих вище варіантів не застосувати, у будь-якому випадку положення ч. 1 ст. 442 КК України у частині, що розглядається, не узгоджуватиметься з міжнародною практикою. Така незгодженість викликана відмінністю у змісті між поняттям „створення для групи життєвих умов, розрахованих на запобігання дітонародженню чи його скорочення”, яке вживається у КК України, і поняттям „заходи, спрямовані на запобігання дітонародженню чи його скорочення”, яке вживається у міжнародних актах. Вказані терміно-поняття співвідносяться як частина та ціле відповідно. Заходи зі скорочення дітонародження або запобігання йому у демографічній групі можуть полягати як у створенні відповідних життєвих умов, так і у інших формах.

У такому випадку доцільно звернутися до міжнародного досвіду. У міжнародних актах чітко протронується позиція, за якою окремими формами геноциду (окрім інших, згаданих вище) є:

- створення для групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення;
- заходи, спрямовані на запобігання дітонародженню в такій групі.

При цьому таке формулювання міститься не лише у Конвенції. Аналогічна позиція протронується також у Римському статуті Міжнародного кримінального суду від 17.07.1998 року, Кодексу злочинів проти миру та безпеки людства, прийнятого на 48 сесії Комісії з міжнародного права ООН в 1996 році, Статуті Міжнародного кримінального трибуналу для судового переслідування осіб, відповідальних за геноцид та інші серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, вчинені на території Руанди, Статуті Міжнародного трибуналу для переслідування осіб, відповідальних за серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, вчинені на території колишньої Югославії з 1991 року. Саме тому таку практику варто розповсюдити також на КК України, застосувавши його за аналогією і до такої форми геноциду, як скорочення дітонародження. Отже, окрім інших, склад злочину геноцид з об'єктивної сторони характеризується такими діями:

- створення для групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення;
- використання заходів, спрямованих на скорочення дітонародження у відповідній демографічній групі;
- використання заходів, спрямованих на запобігання дітонародженню у такій групі.

Проаналізуємо кожне з цих діянь окремо. Даючи характеристику діяння у складі злочину „Геноцид” у вигляді створення для групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення, автори науково-практичних коментарів КК України в основному зупинялись лише на переліку конкретних заходів, не даючи загального визначення цього поняття. Наведені цими авторами конкретні приклади прояву діяння у вигляді створення для групи життєвих умов, розрахованих на її повне чи часткове фізичне знищення загалом є обгрунтованими. Однак у будь-якому випадку перерахувати усі конкретні прояви цієї форми людської поведінки неможливо. Саме тому важливо виробити загальне поняття діяння, що аналізується, у якому повинні бути відображені усі його суттєві характеристики.

Подаючи визначення поняття „створення для групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення”, важливо наголосити, що такі життєві умови мають бути спрямовані саме на фізичне знищення і саме на знищення групи, а не окремих її представників. Так, фізичне знищення групи як такої без заподіяння смерті її конкретним членам є неможливим, а тому безсумнівно, що такі життєві умови повинні мати потенційну здатність привести до смерті саме фізичних осіб-членів демографічної групи. Проте вказані життєві умови створюються для групи в цілому, а не для її окремих представників. У рамках цієї проблеми слід зазначити, що у ч. 1 ст. 442 КК України передбачено, що кримінально-караними є заходи, розраховані як на повне знищення групи, так і на часткове. Кожна фізична особа-член демографічної групи становить її частинку, а тому створюючи життєві умови, які можуть привести до смерті цієї особи, ми фактично знищуємо частину демографічної групи. Тому необхідно до уваги брати суб'єктивне ставлення винного до вчиненого. Якщо створюючи відповідні життє-

ві умови для всієї групи, винний бажав настання смерті саме конкретної особи як такої, то його дії слід кваліфікувати не за ст. 442, а за наявності усіх інших необхідних ознак складу злочину, за п. 5 ч. 2 ст. 115 КК України. Якщо ж така особа-член демографічної групи розглядалася винним не як окрема фізична особа, а як частина групи, то можна говорити про наявність у його діяч ознак складу злочину, передбаченого ст. 442 КК України, однак не у формі створення для групи життєвих умов, розрахованих на повне або часткове її фізичне знищення, а у формі вбивства. Геноцид у формі створення для групи життєвих умов, розрахованих на повне або часткове її фізичне знищення, відрізняється від такої форми геноциду, як вбивство тим, що, по-перше настання злочинів у вигляді фізичного знищення групи, тобто смерті її членів, для кримінальної караності таких діянь за ч. 1 ст. 442 КК України не є обов'язковим; по-друге, перша з форм з суб'єктивної сторони характеризується тим, що особі байдуже, яким конкретно членом групи буде заповідана смерть (однак винний при цьому розраховує, що вжиті ним заходи знищать групу в цілому або частково). Підсумовуючи усе вищевказане можна запропонувати наступне визначення діяння у складі злочину „Геноцид” у формі створення для групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення – це використання винним заходів щодо створення для національної, етнічно, расової або релігійної групи такого повсякденного, щоденного життя, внаслідок якого існує загроза фізичного знищення такої групи повністю або частково.

Розглянемо наступні форми геноциду, а саме заходи, спрямовані на скорочення дітонародження у певній демографічній групі та заходи, спрямовані на його запобігання. У науковій літературі визначення понять „запобігання дітонародженню” та „скорочення дітонародження” не подавалося, а пропонуються лише приклади конкретних актів поведінки, що відповідають цим поняттям. Зміст терміно-поняття «запобігати» полягає у наступному: не допускати, заздалегідь відвертати що-небудь неприємне, небажане. Скорочувати що-небудь означає зменшувати, обмежувати кількість, об'єм, величину і т. ін. чого-небудь. Запобігання дітонародженню у відповідній групі полягає у недопущенні народження дітей у цій групі, а скорочувати – зменшувати кількість дітонароджень. Запобігання дітонародженню може бути повним (коли вживаються заходи для того, щоб у національній, етнічній, расовій або релігійній групі за обліковий період не з'явилося на світ жодного новонародженого) та частковим (коли за мету ставиться недопущення дітонародження у певних кількостях). При цьому часткове запобігання може мати двоякі наслідки: 1) кількість народжених дітей за обліковий період не перевищувала кількості народжень за попередній період, 2) така кількість є меншою порівняно з попереднім періодом. У останньому випадку запобігання дітонародженню за змістом збігатиметься із поняттям скорочення дітонародження.

У певних випадках повне запобігання дітонародженню також може полягати у його скороченні. Це має місце тоді, коли за попередній період було народжено хоча б одне немовля, а в наступному періоді – показник народжуваності залишився на нулі.

Фактично запобігання дітонародженню у відповідній групі у певних випадках своїм безумовним наслідком має факт скорочення кількості народжених дітей за відповідний період, а скорочення дітонародження завжди виступає результатом його запобігання. Тому КК України лише доповнює, конкретизує положення Конвенції та Статуту, а не суперечить їм.

У рамках цієї проблеми слід розглянути питання про те, за якими показниками слід вимірювати чи має місце скорочення дітонародження або його запобігання, тобто з якими показниками слід порівнювати показник народжуваності за даний обліковий період: з прогнозованими показниками народжуваності на цей обліковий період чи з показниками народжуваності за попередній обліковий період. На мою думку, вибір показника залежатиме від того, чи ми встановлюємо факт запобігання дітонародження чи факт його скорочення. Скорочувати означає зменшувати, обмежувати кількість чого-небудь. Зменшувати можна лише те, що вже мало місце в реальності, що реально існує. Тому для встановлення того, чи мало місце скорочення дітонародження показник народжуваності за наявний обліковий період порівнюється із кількістю народжених дітей за попередній обліковий період. Запобігати можна як тому, що ще не настало, так і не допускати повторення того, що мало місце. Тобто для встановлення факту запобігання дітонародженню використовувати можна і як прогнозовані показники народжуваності

ності, так і показники народжуваності за попередній період. У другому випадку запобігання дітонародженню означатиме його скорочення.

Окрім згаданих вище форм геноциду, ч. 1 ст. 442 КК України передбачає таку форму як насильницька передача дітей з однієї групи в іншу. Насильницька передача дітей – це діяння, яке полягає у передачі дітей у іншу демографічну групу, внаслідок якої дитина втрачає демографічні ознаки, властиві її батькам. При цьому мову можна вести лише про ті ознаки, які не передаються по спадковості, тобто ознаки національної, етнічної або релігійної приналежності. Сам факт передачі дитини у іншу расову групу не приведе до втрати такою дитиною расових ознак. Передача дитини, яка охоплюється ч. 1 ст. 442 КК України, повинна бути насильницькою. Така насильницька передача має два аспекти: 1) дитина передається у іншу демографічну групу проти своєї волі та проти волі її батьків або осіб, які їх замінюють; 2) при передачі до дитини застосовується фізичне або психічне насильство. Насильство, яке застосовується в рамках ч. 1 ст. 442 КК України, своєю метою має подолання опору особи, яка передається. Застосування насильства до батьків або осіб, які їх замінюють, потребує окремої кваліфікації за відповідними статтями КК України. При цьому верхньою межею насильства, яке охоплюється ч. 1 ст. 442 КК України, є кваліфіковані види умисного вбивства. У ч. 1 ст. 442 КК України немає вказівки про те чи передача дитини здійснюється на платній чи безплатній основі. Тому наявність корисливого мотиву на кваліфікацію діянь особи як насильницької передачі дітей з однієї групи в іншу за ч. 1 ст. 442 КК України не впливає.

Загалом проблема встановлення як самих діянь, які за наявності усіх інших ознак складу злочину, становлять собою злочин „Геноцид”, так і їх змісту ускладнюється недоліками словесного викладу диспозиції ч. 1 ст. 442 КК України та неузгодженості цієї кримінально-правової норми з міжнародною практикою. Способом вирішення вказаної проблеми є внесення відповідних змін у ч. 1 ст. 442 КК України.

ДО ПИТАННЯ ПРО СПОСІБ ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ**Довгань Н.***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Загальноприйнятим в сучасній науковій літературі з кримінального права є те, що спосіб поряд із діянням, наслідками, причиновим зв'язком, місцем, часом, обстановкою, знаряддям, засобами вчинення злочину є самостійною ознакою об'єктивної сторони складу злочину. Поряд з тим серед науковців виникає тенденція до заперечення самостійності деяких ознак об'єктивної сторони складу злочину, як наприклад, причинового зв'язку між діянням і наслідками. Так, Н.М. Ярмиш у своїй монографії, присвяченій теоретичним проблемам причинно-наслідкового зв'язку в кримінальному праві, зазначає, що об'єктивна сторона злочину з матеріальним складом описується за допомогою двох обов'язкових ознак – діяння і наслідку. Причиновий зв'язок виступає ознакою наслідку. Поки він не встановлений, називати будь-яку шкodu наслідком некоректно. Отже, як бачимо, причиновий зв'язок, на думку Н.М. Ярмиш, не виступає самостійною ознакою об'єктивної сторони складу злочину, а є лише ознакою наслідку.

Що стосується питання самостійності способу вчинення злочину як ознаки об'єктивної сторони складу злочину, то воно є предметом дискусії, яка точиться в науці кримінального права віддавна.

В.М. Кудрявцев заперечував самостійність способу як ознаки об'єктивної сторони складу злочину і вказував, що розглядаючи злочинне діяння, його слід брати не ізольовано, а в тих конкретних умовах місця, часу і навколишньої обстановки, в яких його було вчинено. Тому суттєвими ознаками злочинної дії (бездіяльності) є спосіб, місце, час і обстановка вчинення злочину. Проте, вони не виступають самостійними ознаками об'єктивної сторони, оскільки вони лише характеризують діяння злочинця. До об'єктивної сторони належать тому не самі спосіб, місце, час і обстановка вчинення злочину, взяті окремо чи разом із діянням, а зовнішня сторона суспільно-небезпечного діяння, що вчинене певним способом в даних умовах місця, часу і обстановки.

Я.М. Браїнін, розглядав спосіб як форму злочинного діяння, зазначаючи, що спосіб вчинення злочину не відділений від самого злочинного діяння, як форма від змісту. Дія і спосіб перебувають у такому ж відношенні одне з одним, як зміст і форма.

Критикуючи Я.М. Браїніна, І.Ш. Жорданія, вказує на недоречність використання в даному випадку таких філософських категорій як форма і зміст. Тут більш доречнішими, – пише І.Ш. Жорданія, – були би поняття частини і цілого. Злочин, тобто ціле, можна розглядати в кримінально-правовому аспекті як систему, що утворюється чотирма сторонами (підсистемами): об'єкт злочину і об'єктивна сторона, суб'єкт злочину і суб'єктивна сторона. А спосіб вчинення злочину є частиною одного із згаданих елементів (підсистем) об'єктивної сторони злочину.

М.І. Панов, вказуючи, що спосіб вчинення злочину в межах загального поняття складу злочину виступає не основною, а додатковою, чи факультативною ознакою, одночасно зазначає, що в складі злочину спосіб завжди належить суспільно небезпечному діянню, виступає однією із найважливіших його ознак. Він конкретизує діяння, показує її відмінність від інших дій, надає їй якісної визначеності.

Отже, як бачимо, в науці кримінального права існує і протилежна позиція, відповідно до якої спосіб вчинення злочину не визнається самостійною ознакою об'єктивної сторони складу злочину, йому надається статус частини, форми чи ознаки злочинного діяння.

Якщо звернутися до тлумачних словників української мови, то ми знайдемо там наступне визначення способу вчинення злочину: «спосіб – 1. певна дія, прийом або система прийомів, яка дає можливість зробити, здійснити що-небудь, досягти чогось. 2. те, що служить знаряддям, засобом і т. ін. у якій-небудь справі, дії (с.1375)».

Обов'язковими ознаками об'єктивної сторони злочинів з матеріальним складом є діяння і наслідки. Наслідки обов'язково мають перебувати у причиновому зв'язку із діянням. Розглянемо на прикладі конкретного злочину, наприклад, шахрайства. Діяння полягає у вчиненні дій, спрямованих на заволодіння майном, або інакше кажучи – у заволодінні майном. Наслідок полягає в тому, що майно вибуває із володіння, наприклад, власника і переходить у володіння особи, яка вчинила шахрайство і має реальну можливість розпорядитися цим майном. Злочин вчиняється одним із двох альтернативних способів – або шляхом обману або шляхом зловживання довірою. Коли ми будемо встановлювати причиновий зв'язок, нам необхідно буде встановити, що такий наявний між діянням – вчиненням дій, спрямованих на заволодіння майном і наслідком – заволодіння майном. Проте, в даному випадку діями, спрямованими на заволодіння майном буде, власне, або обман або зловживання довірою. Тобто дія фактично співпадає із способом вчинення такої дії. Або, як казав М.І. Панов, іноді він (спосіб – Н.Д.) внутрішньо притаманний дії, утворює її зміст, схований в ній, свідчить про операційну своєрідність виконання дії. Така ж ситуація наявна і в крадіжці і в грабежі, які розмежовують за способом вчинення злочину. В крадіжці спосіб таємний, а в грабежі – відкритий. Проте, якщо придивитися, то таємність чи відкритість викрадення «свідчить про операційну своєрідність виконання дії». Тому розглядати спосіб як окрему ознаку об'єктивної сторони складу цього злочину немає сенсу, оскільки логічніше розглядати їх як одну ознаку – дію, а таємність чи відкритість як ознаку цієї дії.

В інших випадках, – зазначає М.І. Панов, – спосіб виступає в складі злочину як окрема дія стосовно основної дії, яка виступає основним елементом об'єктивної сторони. Спосіб тут утворює таку дію (бездіяльність), яка за певних умов виступає самостійним актом вольової поведінки людини, а іноді і самостійним злочином. Така ситуація характерна, зокрема, для так званих складених злочинів, наприклад розбою. Ознаками об'єктивної сторони складу цього злочину, як прийнято вважати, є діяння (напад) і спосіб (застосування насильства, що є небезпечним для життя чи здоров'я особи чи погрози застосування такого насильства). Проте, якщо розглянути конкретний реальний випадок розбою, то дуже важко розмежувати де є напад, тобто дія, а де, наприклад, насильство як спосіб вчинення злочину.

Як правильно зазначає М.І. Панов, спосіб в складі злочину може по-різному співвідноситися із дією. Але у всіх цих випадках спосіб не є чимось самостійним, відокремленим від дії як складовою об'єктивної сторони складу злочин, а одна із важливих ознак, що характеризує якісну своєрідність вчинення цієї дії. «Відокремленість» способу, як бачимо, доволі умовна.

ЕФЕКТИВНІСТЬ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ НОРМИ ТА СУМІЖНІ ПОНЯТТЯ

Ждиняк Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Щодо питання співвідношення ефективності кримінально-правової норми та суміжних понять у науковій літературі існує як мінімум 3 позиції:

1) ефективність кримінально-правової норми ототожнюють з іншими суміжними поняттями (економічності, корисності, оптимальності);

2) суміжні поняття розглядаються як: «обов'язкові риси», «ознаки, що характеризують степінь ефективності» кримінально-правової норми;

3) ефективність кримінально-правової норми та суміжні поняття розглядаються як різні властивості дії кримінально-правової норми;

Вищевказана проблема в правовій науці виникла у зв'язку з декількома причинами:

По-перше – не дивлячись на численні дослідження ефективності кримінально-правової норми, на даний час не існує єдиного визначення цього поняття.

Це спричинено в першу чергу тим, що поняття ефективності є одним із найзаплутаніших в сучасній мові. Один лише «статистичний словник» містить 18 принципово відмінних один від одного визначень поняття ефективності, що відображають майже все багатоманіття традиційних підходів.

Щодо поняття ефективності кримінально-правової норми, то в правовій науці розрізняють: потенційну ефективність та реальну ефективність дії норми; ефективність у широкому та вузькому значенні, юридичну та соціальну ефективність.

По-друге великий хаос у визначення поняття ефективності правової норми внесла економічна наука, що вимагала обґрунтування: досягнення максимальної ефективності при мінімальних затратах в найкоротші терміни.

Таким чином, під іменем ефективності було народжене екліктичне словоутворення із понять ефективності, економічності, корисності й оптимальності, яке широко розповсюдилося на початку 60-х років ХХ століття у вітчизняній теорії права, а згодом й в кримінально-правовій науці.

Однак, не применшуючи ваги вирішення цієї проблеми, та її значення для подальших досліджень, слід зазначити, що вона значною мірою є надуманою, і такою, що виникла через термінологічну неузгодженість з врахуванням наступного.

Ефективність кримінально-правової норми та економічність.

У 60-х роках ХХ століття категорія ефективності кримінально-правової норми практично ототожнювалася з поняттями «економічності», «корисності», «оптимальності».

Згодом, такий широкий та невизначений підхід змінюється спробами вчених, розглядати економічність, як «обов'язкову рису ефективності правової норми» (Зелепукін О.А.), як «ознаку, що характеризує степінь ефективності правового акту» (Лазарев В.В.).

Щодо ототожнення ефективності кримінально-правової норми та економічності слід зазначити наступне. Справедливим, на нашу думку, є застереження авторів монографії «Ефективність правових норм» Кудрявцева В.Н., Нікітинського В.І, Самошенка І.С., Глазиріна В.В., що ототожнення поняття ефективності та економічності є необґрунтована спроба «використання поняття ефективності економічної, господарської, виробничої діяльності в якості загального, універсального визначення ефективності». Той факт, що найменші затрати ми і тут оцінюємо як «дещо бажане», сам по собі не трансформує їх в ціль правової діяльності. Визначення затрат характеризує, як правило, не ціль, а засоби її досягнення. Ціль не обов'язково повинна бути економічно вигідною, в той час як для засобів ця вимога обов'язкова. Отже, якщо ефективною повинна бути практично кожна правова норма, то економічність – властивість дії лише тих з них, які мають в кінцевому рахунку відповідні господарські, економічні цілі. Відповідно, вивчення економічності правових норм актуальне в таких, наприклад, галузях зако-

нодавства, як господарське, трудове, аграрне. В той же час при вивченні дії норм, скажімо, кримінального або сімейного законодавства ця проблема як правило не виникає.

Таким чином, ефективність кримінально-правової норми та економічність це не тотожні поняття, оскільки економічність кримінально-правової норми – це співвідношення між досягнутим результатом та затратами. Тобто показник економічності кримінально-правової норми тим вищий, чим менші затрати отриманого результату. Що не можна сказати про ефективність, адже не завжди найменші затрати свідчать про ефективність кримінально-правової норми. Крім того, ототожнюючи ефективність та економічність правових норм, ми ігноруємо призначення права як регулятора суспільних відносин, не пов'язаного з економічними показниками затрат.

Тому, на нашу думку, найбільш обгрунтовано є позиція, згідно якої поняття ефективності кримінально-правової норми та економічності слід розмежовувати.

Ефективність кримінально-правової норми та корисність.

Щодо співвідношення понять ефективності кримінально-правової норми та корисності в правовій літературі також немає єдності поглядів.

Ряд авторів ототожнюють зазначені поняття. Так, зокрема, Пашков А.С., Четоч Д.М. під ефективністю розуміють «не будь-яку дієвість і результативність, а лише ту, що впливає на суспільні відносини в певному, корисному для суспільства напрямку». Смірнов О.В. вважає, що ефективність правового регулювання «являє собою максимально корисний для розвитку суспільства результат впливу права на суспільні відносини...»; Козлов В.А. поняття ефективності правової норми визначає як «забезпечення досягнення соціально-корисної та об'єктивно обгрунтованої цілі».

Крім ототожнення поняття ефективності правової норми та корисності, зустрічається думка, що «корисність є невід'ємною рисою ефективної норми» (Зелепукін О.А.).

Під корисністю правових норм в юридичній літературі розуміється співвідношення намічених та побічних результатів, що виникають, як правило, поза передбаченням законодавця. Таким чином, якби намічені законодавцем цілі реалізовувалися, і, відповідно, результати дії норм не відхилилися від поставлених цілей, проблема корисності не виникала б. Тому поняття ефективності кримінально-правових норм та корисності не є тотожними, оскільки ефективність дії кримінально-правової норми визначається не «корисністю» результату, а тим, якою мірою реалізовано мету законодавця, що ставилася при прийнятті відповідної норми.

Тому, без сумніву поняття ефективності кримінально-правової норми та корисності слід розрізняти, оскільки вони різняться як змістом, так і показниками.

Ефективність кримінально-правової норми та оптимальність.

На думку Явіча Л.С. під ефективністю правової норми слід розуміти «передбачення оптимального варіанту поведінки, необхідного для досягнення науково обгрунтованої цілі...».

Таким чином, має місце ототожнення ефективності кримінально-правової норми та оптимальності, з яким ми не можемо погодитися. За такого визначення поняття ефективності кримінально-правової норми обмежується його конкретним станом – максимальною (оптимальною) ступінню. Як вказує Зелепукін О.А., ототожнюючи ефективність та оптимальність, ми стверджуємо про можливість існування двох оцінок ефективності норми «нуль ефективність» і «абсолютна ефективність». По суті такий підхід не тільки не виключає диференціації ефективності правових норм на певні рівні, ступені, але й призводить до визнання ефективними лише тих правових норм, за допомогою яких вже повністю досягнуті цілі законодавця. Цей підхід є помилковим, так як норми права зазвичай мають ступінчасті цілі, які формулюються у вигляді приближення до певного ідеального стану («зниження рівня злочинності»). Відповідно, ефективність кримінально-правової норми може набувати різні результати.

Крім того, зустрічаються й інші позиції. Так, І.А. Іконицька, наприклад, зауважує, що ефективність і оптимальність означають різні стани правової норми: оптимальність – це ознака, що характеризує правову норму в статичі, ефективність – в динаміці. З такою позицією ми не можемо погодитися, оскільки вважаємо, що різним станам кримінально-правової норми відповідає різна ефективність: говорючи про кримінально-правову норму в статичі, мова йде про потенційну (прогнозовану) ефективність кримінально-правової норми. Щодо кримінально-правової норми в динаміці – це реальна ефективність дії кримінально-правової норми.

На нашу думку, найточніше визначення оптимальності правової норми наводить В.М. Баранов, вважаючи, що «оптимальність правової норми ... означає, що намічені нею цілі досягнуті повною мірою, в найкоротші терміни, при мінімальних соціальних затратах».

Таким чином, оптимальність – вибір найкращого варіанту з багатьох можливих при найменших затратах. Тому поняття ефективності кримінально-правової норми та оптимальності слід розмежовувати.

Підсумовуючи вищесказане, слід зазначити, що треба розмежовувати ефективність кримінально-правової норми та суміжні поняття (економічність, корисність, оптимальність), оскільки вони різняться як за змістом так і за показниками, кожне з них має своє значення.

На кінець, хочеться зазначити, що вирішення цієї проблеми, без сумніву потребує подальших досліджень, оскільки з'ясування цього питання має важливе не лише теоретичне а й практичне значення, зокрема, для проведення досліджень по вимірюванні ефективності тих чи інших кримінально-правових норм.

ДО ПИТАННЯ ПРО ПОНЯТТЯ ДОДАТКОВИХ ПОКАРАНЬ

Ковтун Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В теорії кримінального права поняттю додаткових покарань не приділяється належна увага науковців. Це пояснюється тим, що основна увага науковців прикута до визначення загального поняття покарання. Поняття додаткових покарань, здебільшого, розглядається у цьому відношенні як щось другорядне, похідне від загального поняття покарання. З одного боку такий підхід є в певній мірі виправданим, адже поняття додаткових покарань є видовим по відношенню до загального поняття покарання і відповідно до правил формальної логіки повинно включати до свого змісту всі ознаки, які властиві родовому поняттю. Разом з тим, не потрібно абсолютизувати значення формальної логіки при виведенні кримінально-правових понять. Обмеженість формальної логіки полягає в тому, що дотримання одних лише її законів для пізнання недостатнє, а не в тім, нібито вона застосовується тільки для пізнання якихось елементарних зв'язків і відношень, а при дослідженні складних явищ і зв'язків її закони нібито й не діють. Адже не залежно від того, яким би складним та важливим за своїм значенням було певне поняття, це ніяк не може заперечити чи змінити правил формальної логіки, які мають застосовуватися при з'ясуванні змісту та обсягу цього поняття. У процесі пізнання на ступені абстрактного мислення має місце постійне поєднання двох моментів – формального дотримання в кожній акті думки і діалектичного спрямування думки в цілому. І формальна, і діалектична логіка діють усюди, при пізнанні будь-яких об'єктів, як простих, так і складних.

Досліджуючи поняття додаткових покарань, необхідно також зауважити, що недотримання законів як формальної, так і діалектичної логіки, може призвести до неправильного розуміння змісту цього поняття, а також його функціонального призначення в кримінальному праві. На нашу думку, обмеженням буде підхід до визначення змісту та обсягу цього поняття виключно на підставі чинного КК України. Адже застосування правил формальної логіки дозволяє виділити істотні ознаки цього поняття, його співвідношення з іншими кримінально-правовими поняттями, але формальна логіка в даному випадку не зможе пояснити причини та необхідність існування цього поняття. Для цього необхідним буде простежити розвиток цього інституту в динаміці, окремо проаналізувати зарубіжне кримінальне законодавство в частині, що стосується додаткових покарань, а також з'ясувати соціально-правові причини самостійного існування підсистеми додаткових покарань в кримінальному законодавстві.

Отже для того, щоб визначити ті істотні ознаки, які увійдуть до цього поняття, необхідно з'ясувати функціональне призначення такого правового інституту як додаткові покарання, згодом проаналізувати його співвідношення з іншими кримінально-правовими поняттями, і лише після цього можна буде запропонувати його визначення. Щоправда, здебільшого при вирішенні цього питання науковці або намагаються запропонувати визначення виходячи виключно із правил формальної логіки, або ж, ігноруючи ці правила, на основі лише функціонального призначення цього інституту.

З приводу означених питань в науковій літературі були висловлені різні точки зору. Так, на думку В.К. Дуюнова, сутність покарання в додаткових покарань проявляється в меншій мірі, ніж в основних покараннях. Головне навантаження в осуді особи, яка вчинила злочин та її правообмеженнях покладається законодавцем саме на основні покарання. Пов'язано це, на його думку, з тим, що саме основні покарання в своєму змісті містять найбільш суворі правообмеження. По суті аналогічну позицію займає і О.Л. Цветінович, вказуючи, що вже сам термін “додаткові покарання” свідчить про те, що ці покарання є допоміжними засобами впливу на засудженого, які застосовуються не завжди, а лише в тих випадках, коли досягти цілі покарання за допомогою лише основного покарання складно, або ж неможливо.

Окремі вчені бачать основне призначення додаткових покарань в тому, щоб забезпечувати індивідуалізацію кримінальної відповідальності особи. Адже додаткові покарання призначені бути допоміжним засобом впливу до основного покарання в тих випадках, коли з ура-

хуванням обставин справи та особи винного є необхідність посилити певні каральні чи виправно-попереджувальні можливості основного покарання. На думку Л.Л. Круглікова, основне функціональне призначення додаткових покарань полягає в наданні суду широких можливостей для індивідуалізації кримінальної відповідальності. Він вважає, що додаткові покарання – це передбачений законом допоміжний захід державного примусу, який застосовується судом до основного покарання, та утворює з ним єдине ціле сукупне покарання, яке сприяє індивідуалізації останнього шляхом вибіркового впливу на окремі сторони особи винного. В цілому погоджуючись з таким підходом до визначення основного функціонального призначення додаткового покарання, П.А. Аветисян вказує на те, що додаткові покарання в окремих випадках враховуються законодавцем не тільки для індивідуалізації, але й при диференціації кримінальної відповідальності. На відміну від диференціації, індивідуалізація кримінальної відповідальності відбувається не на законодавчому, а на правозастосовному рівні. І в цьому відношенні нам видається, що треба погодитися з думкою П.А. Аветисян, адже додаткові покарання не завжди призначаються на розсуд суду з урахуванням тільки положень Загальної частини КК України. В окремих випадках, законодавець безпосередньо в санкціях кримінально-правової норми вказує на можливість чи обов'язковість застосування додаткового покарання і тим самим відбувається диференціація кримінальної відповідальності. Принагідно зауважимо, що в цьому відношенні сфера диференціації кримінальної відповідальності неповнолітніх з використанням можливостей саме додаткових покарань суттєво звужена. Законодавець скорочує кількість таких покарань, які можуть бути застосовані до неповнолітніх злочинців і не передбачає жодних положень, які би були спрямовані на розширення сфери їх застосування до вказаної категорії злочинців. При цьому найгірше, що така тенденція відбувається на фоні загального зниження рівня диференціації кримінальної відповідальності за допомогою використання додаткових покарань. Забігаючи наперед відзначимо, що штраф практично не використовується в санкціях статей Особливої частини КК України як додаткове покарання. А оскільки штраф – це одне із двох покарань, які можуть бути застосовані до неповнолітніх, то зрозуміло, що диференціація кримінальної відповідальності щодо них в такому випадку суттєво і не виправдано звужується.

Як зазначає М.Н. Становський, додаткові покарання – це покарання, які мають допоміжний характер, тобто сутність їхню він бачить у тому, що вони не можуть призначатися самостійно, а застосовуються тільки разом із основним покаранням. По суті так само розглядає додаткові покарання і А.В. Наумов, який бачить сутність цих покарань у тому, що вони застосовуються тільки разом із основними, і не можуть призначатися самостійно. Аналогічну позицію займає О.О. Пінаєв, який бачить суть додаткових покарань в тому, що вони призначаються в доповнення до основного покарання і не можуть призначатися як самостійні види покарань. Таке визначення додаткового покарання критикується вченими з огляду на його неточність, оскільки є такі види додаткових покарань, які можуть застосовуватися і як основні. Крім того, до критики вказаних визначень можна додати і те, що вчені не вказують на істотні ознаки, які розкривають суть додаткових покарань, а звертають увагу на особливості їх призначення, що навряд чи саме по собі може вважатися істотною ознакою цього поняття.

Методологічно правильно підходить до вирішення цього питання в своїй дисертації П.А. Аветисян. Вона вважає, що якщо розглядати додаткові покарання не в якості окремих їх видів, а як певне ціле правове явище, тобто як елемент загального поняття покарання, то необхідно зробити висновок про те, що по своїй суті ці покарання не повинні відрізнятися від основних видів покарання. Разом з тим, окремі науковці саме з урахуванням цього положення пропонують надто вже загальні визначення. Так, в ряді випадків науковці намагаються дати визначення поняття додаткових покарань, калькуючи при цьому загальні ознаки покарання і, несутьво деталізуючи їх. Так, на думку Н.Н. Кулешової, ознаками додаткових покарань є наступні: 1) вони приєднуються до основного покарання; 2) вони призначаються тільки за вироком суду; 3) мають допоміжний характер; 4) обмежують права чи матеріальні блага, або ж здійснюють морально-психологічний вплив; 5) посилюють каральний вплив основного покарання. Аналогічну думку висловлюють і деякі інші вчені, вважаючи, що додаткові покарання необхідно розглядати як захід державного примусу, який застосовується за вироком суду як допоміжний захід впливу на засудженого, який приєднується до основного покарання, особи, ви-

знаною винною у вчиненні злочину, і полягає в позбавленні чи обмеженні прав і матеріальних благ, а також в морально-психологічному впливі на засудженого. Немає сумнівів, що враховуючи те співвідношення, в якому перебувають між собою поняття “покарання” та “додаткові покарання”, з точки зору правил формальної логіки останнє повинно включати до свого змісту всі ознаки підпорядковуючого поняття. Разом з тим, таке запозичення ознак не повинно приховувати суть підпорядкованого поняття. У цьому поняття мають бути чітко відображені його додаткові нові ознаки, які розкривають його сутність і відмінність від інших кримінально-правових понять. Нам видається, що вказані визначення не містять істотних ознак, в яких би розкривалася суть саме інституту додаткових покарань.

Як вважає П.А. Аветисян при визначенні поняття додаткового покарання необхідно звернути увагу на такі положення, які мають бути відображені у цьому понятті: 1) юридична природа додаткових покарань; 2) їх обов’язковість чи факультативність; 3) специфічні підстави їх призначення; 4) їх допоміжний характер у досягненні цілей покарання; 5) зорієнтованість, здебільшого, не на всі, а лише на окремі цілі покарання; 6) те, що вони разом з основним покаранням утворюють єдине сукупне покарання; 7) основні їх функції. З урахуванням таких положень вона пропонує досить об’ємне за своїми ознаками визначення. Додаткові покарання, на її думку, — це передбачені в переліку покарань додаткові для досягнення всіх чи окремих цілей покарання, які призначаються з урахуванням специфіки вчиненого злочину та обставин, які характеризують особу винного, або по безпосередній вказівці закону, або за розсудом суду для посилення та специфікації єдиної (поряд з основним) сукупної міри покарання та призначені для диференціації та індивідуалізації кримінальної відповідальності та покарання шляхом вибіркового впливу на окремі та інші (порівняно з основним покаранням) сторони правового статусу особи засудженого. Визначення поняття, яке пропонує П.А. Аветисян є правильним по суті, але не відповідає правилам формальної логіки, які стосуються конструювання правових понять, оскільки містить у собі вказівку на неістотні ознаки, які тільки загромождають його зміст.

Отже, якщо зробити висновки з приводу існуючих в науковій літературі визначень поняття додаткових покарань, то більшість з них нам видаються неточними саме з огляду на порушення гармонічного взаємозв’язку правил формальної та діалектичної логіки, які повинні використовуватися при формулюванні правових понять, про що йшлося на початку статті. Адже ті вчені, які при формулюванні цього поняття перебільшують значення правил формальної логіки пропонують, як правило, визначення, з яких тяжко з’ясувати сутність та призначення цього кримінально-правового поняття. Якщо ж абсолютизувати положення діалектичної логіки, які дозволяють розкрити сутність відповідного явища та показати його у діалектичному зв’язку з іншими правовими інститутами, то запропоновані визначення виглядають надто об’ємними за кількістю ознак. На наш погляд, враховуючи вказану методологічну основу, поняття додаткових покарань можна було би сформулювати наступним чином: додаткові покарання — це допоміжні (порівняно з основним покаранням) заходи державного примусу, які спрямовані на максимальну диференціацію та індивідуалізацію кримінальної відповідальності з метою найбільш ефективної реалізації цілей покарання. Таке визначення цього поняття, перш за все, уникає непотрібного дублювання у цьому визначенні загальних ознак покарання. Крім того, що важливо в контексті теми нашого дисертаційного дослідження, таке визначення вказує на функціональне призначення додаткових покарань у кримінальному праві. А це в свою чергу дозволяє зробити конкретизовані пропозиції щодо удосконалення системи додаткових покарань для неповнолітніх злочинців. Адже саме стосовно неповнолітніх злочинців в літературі найбільше наголошують на необхідності диференціації і індивідуалізації кримінальної відповідальності.

ДО ПИТАННЯ ПРО КЛАСИФІКАЦІЮ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ САНКЦІЙ

Кондра О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Процес дослідження будь-якого об'єкту матеріального світу пов'язаний з його класифікацією, виділенням різновидів, груп, класів і т.д. Будь-яка класифікація служить для впорядкування певної суми знань, якими людство користується зараз. При цьому класифікація як прийом дослідження також є одним із засобів, за допомогою яких перевіряється обґрунтованість і практичне підтвердження теоретичних висновків. Тому саме наукова розробка класифікації кримінально-правових явищ взагалі, кримінально-правових норм, а також їх окремих елементів, зокрема, кримінально-правових санкцій, дозволяє глибше пізнати їх суть і характерні особливості, розкрити їх функціональні зв'язки з іншими явищами.

Системне дослідження кримінально-правових санкцій припускає необхідність розглянути їх різновиди. У вітчизняній правовій доктрині питання про види санкцій кримінально-правових норм розв'язується головним чином з формально-юридичних позицій, в традиціях класичної школи, хоча єдиний підхід тут відсутній. Так, Л.Л. Кругліков звертає увагу на те, що внесок правової теорії в наукове забезпечення процесу побудови санкцій поки явно недостатній і стримується багато в чому відсутністю ясності у класифікації санкцій. І.Я. Козаченко з цього приводу зазначає, що системно-структурний аналіз кримінальних санкцій дозволяє виробити конкретні рекомендації з подальшого удосконалення як усієї системи санкцій у цілому, так і окремих її підсистем та елементів. Останнє неможливо без відповідної класифікації кримінальних санкцій на видові (підвидові) групи, які мають найважливіше теоретичне і практичне значення.

В першу чергу, якщо згадати піонерів класичного поділу кримінально-правових санкцій, то тут слід відзначити ідеї М.С. Таганцева, які не втратили своєї значущості і по нинішній час. «Каральна частина, або санкція кримінального закону, – писав він, – відрізняється як за об'ємом прав, які вона дає застосовувачу закону щодо вибору міри відповідальності, так і за формою її виразу». Кожний з цих чинників може бути прийнятий за основу класифікації кримінально-правових санкцій.

Залежно від можливостей вибору міри відповідальності (або, по сучасній термінології, по ступеню визначеності санкцій) М.С. Таганцев розрізняв три типи:

- санкції абсолютно-визначені, коли покарання, ні в якому випадку не може бути змінено суддею, а застосовується буквально;
- санкції абсолютно-невизначені, коли законодавець, забороняючи діяння під страхом покарання, не визначає ні роду, ні розмірів відповідальності, надаючи їх встановлення розсуду судді;
- санкції відносно-визначені, коли законодавець визначає лише межі покарання, щонайвищу і якнайменшу його величину, максимум і мінімум.

За наступною класифікаційною підставою – формулюванню санкцій, способу їх виразу в тексті закону – М.С. Таганцев виділяє дві групи:

- закони кримінальні у виді як історичної довідки, вказування на існування заборони або наказу, застосування відомого покарання (тоді зовнішній вид закону – типу «за вбивство, за крадіжку призначається каторга, виселення»;
- закони у виді веління, заяви авторитетної волі: хто вчинить вбивство, крадіжку, той карасться.

Наступність цих концептуальних положень можна прослідити в сучасній вітчизняній правовій доктрині, представники якої проводять класифікацію кримінально-правових санкцій на основі критеріїв, детально розроблених загальною теорією права. Окрім ступеня визначеності санкцій, вказуючого на можливі варіанти покладення кримінальної відповідальності, до

таких критеріїв відносяться, зокрема, спосіб охорони правопорядку; спрямованість несприятливих наслідків; галузева приналежність і функціональне призначення санкцій.

При цьому головною підставою розподілу санкцій на види визнається спосіб охорона правопорядку, або характер реагування на правопорушення. За думкою О.Е. Лейста, тут в першу чергу необхідно розрізняти штрафні і правовідновлюючі санкції. Як впливає з термінологічних визначень відповідних понять, штрафні санкції містять активні заходи, направлені на покарання винного. Найбільш поширеним різновидом штрафних санкцій є каральні: якщо штрафні покладають на правопорушника штрафні обов'язки, то каральні виражаються в правообмеженнях або в позбавленні права.

Правовідновлюючі санкції покликані усунути або звести до мінімуму шкоду, заподіяну правопорушенням. Відзначу, що КК України 2001 року декларував відмову від правовідновлюючих санкцій (хоча у п. 4 ч.2. ст. 105 КК України міститься можливість покладення на неповнолітнього, який досяг п'ятнадцятирічного віку і має майно, кошти або заробіток, обов'язку відшкодування заподіяних майнових збитків), тоді як в КК України 1960 року такі санкції були – наприклад, передбачалось покладення обов'язку відшкодувати заподіяну шкоду.

В юридичній науці достатньо добре розроблені типологічні критерії, на основі яких як в загальній теорії права, так і в галузевих науках визначаються різні види юридичних санкцій. Зокрема, це традиційна, загальновідома градація на прості, альтернативні і складні; абсолютні-визначені, відносно-визначені, альтернативні і кумулятивні.

Але цієї точки зору дотримуються не всі автори. Так, наприклад, М.І.Ковальов називає альтернативну санкцію різновидом визначеної, «єдиної в чинному кримінальному законодавстві санкції». На думку С.І.Демент'єва, в кримінальному законодавстві містяться абсолютно-визначені, відносно-визначені, альтернативні і відсильні санкції. З.А.Незнамова вважає різновидами кримінально-правових санкцій абсолютно-визначені, відносно-визначені, абсолютно-невизначені і альтернативні санкції. О.Е. Лейст єдиним критерієм класифікації санкцій вважає їх відносну визначеність. Вчений наголошує на тому, що за цією ознакою розрізняються ті санкції, котрі передбачають суворо визначений примусовий захід, який підлягає реалізації у випадку правопорушення (абсолютно визначені санкції), і ті санкції, що допускають у випадку правопорушення застосування різних видів або заходів державного примусу у встановлених законом межах (відносно визначені, альтернативні та інші санкції). Цікавою з цього питання є точка зору Н.А. Ниркової, котра кримінально-правову санкцію розглядає як сукупність усіх заходів кримінально-правового впливу, що можуть бути призначені за вчинення злочину, тому право вибору судом заходу кримінально-правового впливу не обмежується межами статей Особливої частини кримінального законодавства. Отже, безальтернативних санкцій у чинному законодавстві не передбачено. А.П. Козлов виділяє три критерії класифікації санкцій:

- ступінь визначеності вираження виду й розміру покарання;
- характер оформлення розміру покарання;
- кількість видів покарання в санкції.

Слід погодитися з Л.Л.Кругліковим в тому, що причина неоднозначності думок з приводу класифікації санкцій – недотримання логічних правил розподілу понять. Таких правил, що забезпечують повноту і чіткість розподілу, науці логіки відомі чотири.

По-перше, розподіл повинен вироблятися за однією і тією ж підставою. Вибрана ознака, за якою виробляється розподіл, повинна залишатися одною і тою ж і не підмінитися іншою ознакою. Змішання цих підстав призводить до того, що члени розподілу частково співпадають одне з одним. Це зовсім не означає, звичайно, що критерій класифікації повинен бути один-єдиний. Навпаки, їх може бути множина. Зокрема, Л.Л.Кругліков приводить в своїх роботах п'ять таких критеріїв (підстав):

- Наявність в санкції додаткового покарання.
- Кількість основних покарань в санкції.
- Ступінь визначеності виразу в санкції виду і розміру покарання.
- Характер названих в санкції заходів (а точніше, наявність вказівки на заходи некримінально-правового характеру).

– Опис змісту санкції в тій же статті, де висловлюється диспозиція, або в іншому місці.

Схожу класифікацію надавав і І.Я. Козаченко, який зводить наявні в юридичній літературі варіанти класифікації кримінально-правових санкцій до чотирьох комбінацій, де кожне поєднання видів санкцій має свої, тільки їм властиві підвиди та їх комбінації. Так, логічно вірними він визнає моделі видів санкцій за такими підставами: а) за кількістю основних покарань: альтернативна й одинична санкції; б) за градацией кожного із значачених у санкції покарань: абсолютно визначені й відносно визначені санкції; в) за ознакою вказівки на додаткові покарання: проста і кумулятивна санкції; г) за ознакою "прописки" санкції в тій чи іншій нормі: безпосередньо визначені й опосередковано визначені санкції.

Слід зазначити, що Кругліков Л.Л. та Козаченко І.Я. виділяють санкції зміст яких розкривається в цій же статті кримінального закону і такі, зміст яких розкривається в іншій статті, або в іншому нормативно-правовому акті, однак в подальшому такий критерій поділу не застосовується і сам проф. Кругліков називає його штучним. А.П. Козлов зазначає, що вони не несуть у собі окремого змісту, оскільки відсильні – це ті ж відносно визначені санкції, тому немає необхідності виділяти їх у самостійний клас. Розвиваючи далі свою класифікацію Л.Л. Кругліков, виділяє 16 типів санкцій (не враховуючи відсильні санкції) і вказує на теоретичну можливість існування понад 360 підтипів

У свою чергу, слід відзначити, що як підстава класифікації можна було б ширше використовувати характер названих в санкції заходів, а також можливість/неможливість індивідуалізації покарання, що міститься в санкції. В процесі класифікації санкцій на абсолютно-визначені, відносно-визначені, альтернативні і кумулятивні (якого підтримуються окремі вчені) не дотримано логічне правило розподілу понять. Тут змішуються три різні підстави класифікації. Перші два види санкцій виведені за ступенем визначеності кількісно-якісної характеристики санкції; третій на основі можливості вибору відповідного основного виду покарання; а четвертий – за ознакою наявності або відсутності в санкції додаткового покарання.

По-друге, розподіл явища (поняття), що класифікується, повинен бути відповідно однаковим. Це означає, що об'єм розділених членів поняття у своїй сумі повинен бути рівний об'єму самого поняття. З цієї точки зору необгрунтованою видається наведена вище позиція М.І.Ковальова, що висловив думку про існування «практично єдиної» у вітчизняному кримінальному законодавстві відносно-визначеної санкції.

Третє логічне правило розподілу понять виходить з попередніх і полягає в необхідності виключення одне одним всіх членів поняття, що ділиться. Інакше видові поняття знаходяться в відношенні часткового збігу. Такий збіг можливий тільки в тому випадку, коли проводиться класифікація на рівні підвидів (типів) членів поняття, що ділиться.

Нарешті, по-четверте, розподіл повинен бути безперервним: у процесі розподілу родового поняття потрібно переходити до найближчих видів, не пропускаючи їх. На мій погляд, порушення даного правила допускається в класифікації санкцій на відносно і абсолютно-визначені і альтернативні. Це так званий стрибок в розподілі, тобто перехід від розподілу на види одного критерію до розподілу на види іншого критерію. Зокрема, можна навести розбіжність в тому, що абсолютно-визначені санкції містять в собі лише одне основне покарання, а альтернативні, будучи різновидом відносно-визначених санкцій, можуть містити два і більше, іноді і п'ять основних покарань.

Застосовуючи розглянуті вище логічні правила розподілу понять відомими у законодавчій техніці способам конструювання санкцій, одержимо їх теоретично можливі різновиди на які вказував Кругліков Л.Л.:

- прості і кумулятивні санкції (критерієм виступає наявність/відсутність в санкції додаткового покарання)
- одиничні і альтернативні (критерієм виступає кількість покарань)
- відносно-визначені і абсолютно-визначені (критерієм виступає можливість дискреції покарання)
- передбачені ст. 51 КК України і не передбачені (критерієм виступає наявність в санкції покарань передбачених і не передбачених в ст. 51 КК України).

Окремим проблемним моментом є розподіл кримінально-правових санкцій на позитивні і негативні (за характером правових наслідків). Проблема полягає в тому, що такий розподіл існує в загальній теорії права, причому схвалюється більшістю вчених-теоретиків, натомість в кримінально-правовій науці такий підхід викликає спротив, оскільки визначення кримінально-правової санкції абсолютною більшістю вчених-кримінологів дається виключно в негативному контексті. Теоретично, позитивні кримінально-правові санкції можуть існувати, наприклад в межах інститутів звільнення від кримінальної відповідальності та від кримінального покарання, але обґрунтованість виділення такого виду санкцій слід розглядати під час критичного підходу до традиційного розуміння поняття кримінально-правових санкцій, що є предметом самостійного дослідження.

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ ЗАКОННОСТІ В ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ТА УСТАНОВ ВИКОНАННЯ ПОКАРАНЬ

Марисюк К.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Принципи будь-якої галузі права є тим ідеальним уявленням про основні напрямки її функціонування, на підставі яких має існувати та розвиватись ця галузь. Закріпивши у ст 5 Кримінально-виконавчого кодексу України 2003 року (далі – КВК України) вичерпний перелік принципів цієї галузі права, законодавець перевів їх з чисто теоретичної в практичну, матеріалізовану сферу, ще більше підвищивши їх значення.

Питанням принципів права присвячували свої дослідження доволі багато відомих науковців, наприклад, П. Рабінович, М. Суботін та М. Цвік, однак вони акцентували свою увагу винятково на дослідження принципів права загалом. В цей же час, питання принципів кримінально-виконавчого права до цього часу не ставало предметом серйозних наукових досліджень. До нього звертались у своїх працях такі відомі дослідники, як О. Джужа, А. Степанюк, В. Трубніков, однак вони звертались до цього питання лише у поєднанні з вивченням інших проблем галузі, часто зводячи пояснення окремих принципів лише до констатації їх існування та визначення завдань, або й просто перелічуючи їх. Розуміючи неможливість в межах короткого дослідження розкрити питання всіх принципів кримінально-виконавчого права, зосередимо свою увагу на одному з найбільш важливих з них – на принципі законності, проаналізувавши найбільш важливі, на думку автора, моменти.

Ст. 8 Конституції України проголошує, що в Україні визнається і діє принцип верховенства права, на якому ґрунтується ця Конституція, яка має найвищу юридичну силу. Норми Конституції є нормами прямої дії. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй.

Громадяни здійснюють свої права за принципом “дозволено все, що не заборонено Законом”. Державні органи, органи місцевого самоврядування, посадові особи здійснюють повноваження за принципом: “Дозволено лише те, що визначене законом”. Органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження в установлених Конституцією в межах і відповідно до законів України.

Крім Конституції слово “законність” міститься в багатьох діючих нормативних актах України, у різних словоформах і словосполученнях. У цих нормативних актах згадується про дотримання законності, про органи, на які покладено це завдання, однак у жодному з нормативних актів не закріплене визначення “законність”, тому воно залишається винятково теоретичним.

На думку М. Цвіка, принцип законності виражається в системі вимог суворого і неухильного дотримання законів і відповідних їм підзаконних актів усіма суб'єктами суспільних відносин. Свій вияв він знаходить у правотворчій і правозастосовчій діяльності. Цей принцип означає також верховенство закону в системі юридичних актів, єдність законності, тобто однакове розуміння і дотримання законів, несуперечність норм, що становлять діючу систему права, обов'язковість норм права для всього населення, неприпустимість зворотної сили законів, що встановлюють нову або більш тяжку юридичну відповідальність та ін.

За такого підходу можна виділити чотири ознаки законності: верховенство закону, єдність, доцільність і реальність законності.

Верховенство закону звичайно трактується як верховенство закону в системі нормативних актів. Варто погодитись з М. Суботіним, який вважає, що цю ознаку слід розуміти набагато ширше як підпорядкованість закону всім нормативним актам, а також усім актам реалізації права (застосування, дотримання, виконання і використання) і всім іншим об'єктам. Тільки в цих умовах ознака верховенство закону стає універсальною, пронизує всю тканину суспільства.

Під єдністю (загальністю) законності розуміється єдина спрямованість правотворчості і правореалізації в територіальному і суб'єктному плані, тобто на всій території дії відповідного нормативного акта, стосовно діяльності всіх суб'єктів суспільних відносин.

Доцільність законності означає необхідність вибору, строго в рамках закону, оптимальних, що відповідають меті й завданням суспільства, варіантів здійснення правотворчої і правореалізуючої діяльності (поведінки), неприпустимість протиставлення законності й доцільності.

І, нарешті, реальність законності – це досягнення фактичного виконання правових розпоряджень у всіх видах діяльності й невідворотність відповідальності за будь-яке порушення їх.

Відтак, як зазначає С. Курганов, принцип законності є і чи не найважливішим принципом права, і ознакою правової держави. Цей принцип передбачає, по-перше, верховенство (пріоритет) закону при виконанні покарань і застосуванні заходів виправного впливу, по-друге, що процес виконання (відбування) має будуватись на суворому дотриманні законів всіма суб'єктами кримінально-виконавчих правовідносин.

Принцип законності у кримінально-виконавчому праві, на думку О. Джужи, проявляється у забезпеченні верховенства закону, який регулює виконання покарання та його пріоритеті перед іншими нормативними актами, що регулюють суспільні відносини в цій сфері. Принцип законності реалізується в точному й суворому дотриманні кримінально-виконавчого законодавства установами і органами виконання покарань, посадовими особами, працівниками організацій, які взаємодіють з установами і органами виконання покарань, військовослужбовцями, які здійснюють охорону і конвоювання засуджених, громадськими організаціями, котрі беруть участь у виправленні засуджених, окремими громадянами при відвіданні місць відбування покарання і самими засудженими.

Досліджуваний принцип є основним стосовно інших принципів кримінально-виконавчого права, закріпленим у ст.5 КВК України. Він також сприяє здійсненню взаємозв'язку й реалізації принципів інституту виконання покарання у вигляді позбавлення волі.

Про важливість принципу законності свідчить той факт, що в КВК України передбачено цілу систему гарантій його реалізації. До цих гарантій відноситься не лише встановлення різноманітних форм контролю за діяльністю органів і установ виконання покарань (ст. 22 – 25 Кримінально-виконавчого кодексу України (далі – КВК України)). Це, наприклад, право засуджених звертатися відповідно до законодавства з пропозиціями, заявами і скаргами до адміністрації органів і установ виконання покарань, їх вищестоящих органів, а також до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, суду, органів прокуратури, інших органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян (п. 3 ч. 1 ст. 8 КВК України). Крім того, засуджені мають право на отримання юридичної допомоги (ч. 2 ст. 8 КВК України, п. 14 ч. 1 ст. 107 КВК України), в тому числі на побачення з адвокатами чи іншими фахівцями в галузі права наодинці без обмеження їх кількості та тривалості (ч. 3 ст. 110 КВК України).

На думку В. Трубнікова чітко дотримання законності як принципу кримінально-виконавчого права означає, що всі працівники органів, які виконують кримінальні покарання, а також засуджені до цих мір, зобов'язані строго підпорядковувати свою поведінку вимогам законів, що регулюють порядок і умови виконання і відбування кримінальних покарань та інших підзаконних (нормативних) актів, виданих на їх основі і в їх розвиток.

Отже, принцип законності кримінально-виконавчого права виражається в режимі законності, що визначає відповідність суспільних відносин, які виникають із приводу й у процесі виконання й відбування покарання, кримінально-виконавчому законодавству й міжнародним договорам України, які стосуються виконання покарань й поведінням із засудженими і проявляється у забезпеченні верховенства закону, що регулює виконання покарання і його пріоритеті перед іншими нормативними актами, які регулюють суспільні відносини у цій сфері.

**ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ РЕЛІГІЙНОГО ОБРЯДУ В СТ. 180
«ПЕРЕШКОДЖАННЯ ЗДІЙСНЕННЮ РЕЛІГІЙНОГО
ОБРЯДУ», СТ. 181 «ПОСЯГАННЯ НА ЗДОРОВ'Я ЛЮДЕЙ ПІД
ПРИВОДОМ ПРОПОВІДУВАННЯ РЕЛІГІЙНИХ ВІРОВЧЕНЬ ЧИ
ВИКОНАННЯ РЕЛІГІЙНИХ ОБРЯДІВ» КК УКРАЇНИ**

Маркін В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Конструюючи диспозиції норм, передбачених ст. 178 – 181 Кримінального кодексу України (далі – КК України), законодавець, поряд із загальнозживаними, змушений використовувати спеціалізовані терміни та термінологічні звороти – «релігійна споруда», «культовий будинок», «релігійна святиня», «священнослужитель», «релігійний обряд», «релігійне віровчення».

Доцільність таких законодавчих кроків не піддається однозначній оцінці. Справді, важко стверджувати, що охороняючи свободу віросповідання, у КК України можливо уникнути використання термінології релігієзнавства, ігнорувати напрацьовані цією наукою поняття та категорії.

Проте, слід визнати, що перенесення подібних термінів на кримінально-правовий ґрунт суттєво утруднює процес їх доктринального тлумачення, і, як результат – не дозволяє чітко та однозначно встановити зміст позначуваних ними ознак складів злочинів. Це природно і обумовлюється складністю самого феномену релігії, його багатогранністю та багаторівневістю. Понятійний апарат конкретного віросповідання, конфесії, течії обумовлений їх догматикою, ієрархією цінностей послідовників, історичними традиціями тощо; саме тому одні й ті ж поняття у межах доктрини конкретного віровчення отримують специфічне забарвлення, особливий релігійний підтекст.

Одним із таких понять є поняття «релігійний обряд», використане законодавцем у ст. 180, ст. 181 КК України. Воно, власне, і є предметом нашого сьогоднішнього дослідження.

Це поняття, нажаль, не знайшло свого легального визначення у чинному законодавстві України. Основний закон нашої держави – Конституція України у ст. 35 взагалі не згадує про нього, використовуючи, натомість, близькі за змістом поняття «релігійний культ», «ритуальний обряд».

У Законі України «Про свободу совісті та релігійні організації» поряд з поняттям «релігійний обряд» вживається щойно згадане нами поняття «релігійний культ», а також поняття «богослужіння».

Спробуємо встановити співвідношення ключових, для нашого дослідження, понять – «релігійний культ», «богослужіння» та «релігійний обряд».

У словниках з релігієзнавства, енциклопедичних виданнях релігійний культ розглядається як система релігійних дій, предметів і символів, апробованих у релігійній практиці впродовж певного часу та змінюваних за потребою. Різновидами культу у розвинутих релігіях виступають: богослужіння, обряди, таїнства, свята, молитви, паломництво, жертвоприношення тощо.

То ж, можна сказати, що богослужіння, як і релігійні обряди, виступають одиничними проявами релігійного культу; саме ж поняття «релігійний культ» є загальним щодо понять «богослужіння», «релігійний обряд».

Богослужіння, зазвичай, розглядається як суворо регламентована сукупність специфічних дій, обрядів і церемоній, що в емоційно-образній формі відтворюють систему віровчення даної релігії і сприймаються віруючими як спосіб уявити свій контакт з Богом.

Під релігійним обрядом фахівці в галузі релігії розуміють сукупність символічних індивідуальних чи колективних дій віруючих, що об'єднують їхні релігійні уявлення та спрямовані на встановлення двобічних відносин між ними і надприродними об'єктами. Цю точку зору

підтримано і в кримінально-правовій літературі (А.П. Бабій, М.І. Мельник, В.О. Навроцький, А.В. Тарасенко).

Як бачимо, релігійні обряди можуть виконуватися у процесі богослужіння, виступаючи його невід'ємною частиною, інтегрованим елементом (у православ'ї такі обряди називають богослужбовими – помазання віруючих священним елеєм, велике освячення води, винесення святої плащаниці у Велику п'ятницю тощо). Однак, чимало релігійних обрядів здійснюються самостійно (наприклад, поминання покійників, освячення житла, продуктів, благих починань тощо).

Беручи до уваги наведене, ми пропонуємо виділяти чотири основні ознаки релігійних обрядів. Перші три з них носять об'єктивний, третя – суб'єктивний характер.

1. Релігійний обряд – це складний, чітко структурований акт поведінки віруючого; кожен обряд складається з окремих елементів, зміст та порядок виконання яких обумовлений канонами того чи іншого віросповідання, догматом визначеної конфесії. Цими елементами, зазвичай, виступають одиничні культові акти – церковні співи, схилення голови, колінопреклоніння, поклони, цілування святих реліквій чи релігійної символіки, спалення свічок тощо.

Слід відзначити, що самі по собі ці елементи ще не утворюють релігійний обряд, а незаконне перешкодження їх здійсненню (скажімо, блокування доступу до ікони, яку віруючий бажає поцілувати, перешкодження особі стати на коліна) може кваліфікуватися за ч. 1 ст. 180 КК України лише за умови, коли такі дії здійснювалися у процесі релігійного обряду, виступали його елементами.

2. Релігійний обряд визначений та обмежений у часі. Як правило, час здійснення і тривалість релігійних обрядів обумовлений канонічно і пов'язується з конкретною календарною датою, часовим проміжком, періодом доби (наприклад, добове, тижневе та річне коло богослужіння у християнстві) або ж подією (народження чи смерть людини, її одруження тощо).

Треба сказати, що в кримінально-правовій літературі часто ігнорують цю ознаку, не відображаючи її у визначеннях релігійного обряду. На наш погляд, таке спрощення є зайвим, оскільки:

а) перешкодження здійсненню релігійного обряду можливе лише за умови, що такий обряд, як вірно зазначив А.В. Тарасенко, «певним чином проявив себе вже, чи обумовив своє здійснення в майбутньому». Зрозуміло, що перешкодити обряду, який не здійснюється зараз (тобто, не існує у реальному часі) або ж здійснення якого не заплановано у майбутньому (не визначено більш-менш чіткий часовий проміжок його здійснення) просто неможливо;

б) одним із суспільно-небезпечних наслідків, визначених ч. 1 ст. 180 КК України, є зрив релігійного обряду. Хіба можливо констатувати наявність цього наслідку без встановлення часових рамок здійснення релігійного обряду? Очевидно, що ні;

3. Релігійний обряд може носити як колективний (це, зазвичай, обряди, що виконуються під час таїнств причастя, хрещення, миропомазання, шлюбу), так і індивідуальний характер (наприклад, ритуальна молитва, одноособові акти паломництва, жертвоприношення тощо).

Щоправда, в атеїстичній літературі радянського періоду науковці часто визнавали релігійними обрядами лише колективну поведінку віруючих, тобто дії, у яких бере участь декілька людей. Зокрема, В.М. Горовою визначає релігійний обряд як «систему колективних символічних дій віруючих, що виражають релігійні ідеї, уявлення, почуття ...».

Цю позицію, у контексті ст. 180, ст. 181 КК України, не можна підтримати. Причин для такого висновку є декілька:

а) у названих статтях відсутня спеціальна вказівка, яка б свідчила про «колективність» релігійних обрядів, про які в них йдеться (наприклад, незаконне перешкодження здійсненню «групових релігійних обрядів», організація або керівництво групою, діяльність якої здійснюється під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання «колективних релігійних обрядів», тощо);

б) Конституція України, ратифіковані Україною міжнародно-правові акти розглядають свободу здійснення одноособових релігійних обрядів як невід'ємну частину свободи віросповідання загалом, її інтегрований елемент. У цих актах спеціально наголошується на свободі «безперешкодно відправляти одноособово чи колективно релігійні культу і ритуальні обряди» (Конституція України), свободі сповідувати свою релігію або переконання як «одноособово,

так і спільно з іншими» (Міжнародний пакт про громадянські і політичні права, Конвенція про захист прав та основних свобод);

в) у деяких релігіях (буддизм, іслам) індивідуальні обряди займають досить вагоме, якщо не основне, місце в системі релігійного культу. Розуміння ж релігійного обряду виключно як колективної поведінки віруючих, на наш погляд, безпідставно позбавить такі обряди (наприклад, намаз – обряд поклоніння Аллаху у ісламі, за якого молитва супроводжується певними установленими рухами та ритуальним вмиванням) кримінально-правової охорони.

4. Релігійний обряд – це не просто сукупність рухів, поз, вокалізацій тощо; критерієм, на основі якого ця сукупність перетворюється, інтегрується у релігійний обряд виступає їх спрямованість (тобто, мета) – встановлення та підтримка двосторонніх відносин між віруючим (віруючими) і надприродними силами – духами, богами, іншими трансцендентними сутностями.

У зв'язку з цим, не можна визнавати релігійними обрядами такі види діяльності: релігійні звичаї (носіння нагільного хрестика, спеціального одягу, різного роду заборони тощо); заходи організаційного чи господарського характеру (наприклад, збори з приводу ліквідації релігійної організації, будівництва або ремонту релігійних споруд); заходи культурно-виховного характеру (концерти, навчання релігії тощо); інші види релігійної діяльності, не пов'язані зі зверненням до надприродних сил (наприклад, відвідування сестрами милосердя хворих у лікарнях чи засуджених до позбавлення волі).

Таким чином, враховуючи наведені вище ознаки, релігійний обряд можна визначити як систему обумовлених приписами (канонами, догмами) врівнення індивідуальних чи колективних дій віруючих, що визначені та обмежені в часі і спрямовані на встановлення та підтримку двосторонніх відносин між людиною (людьми) та надприродними силами (богами, духами, іншими трансцендентними сутностями).

**ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ ЗА СУКУПНІСТЮ ВИРОКІВ:
ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА
ОКРЕМИХ ЗАРУБІЖНИХ ДЕРЖАВ**

Мартинишин Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Питання призначення покарання за вчинення злочину у кримінальному законодавстві зарубіжних держав приділяється чимала увага. Більшість кримінальних кодексів іноземних держав містять главу (розділ), в якому регламентовано порядок призначення покарання. Серед статей, розміщених у цьому розділі, як правило, міститься стаття, яка регулює порядок призначення покарання за сукупністю вироків. Однак законодавці різних держав по-різному підходять до врегулювання цього питання.

Питання призначення покарання за сукупністю вироків у Кримінальному кодексі Російської Федерації (далі – КК РФ) присвячена ст.70, в якій зазначено: «При призначенні покарання за сукупністю вироків до покарання, призначеного за останнім вирокіом суду, частково або повністю приєднується невідбута частина покарання за попереднім вирокіом суду». На думку російського науковця С.І. Курганова, призначення покарання за сукупністю вироків буде мати місце тоді, коли засуджений після постановлення вироку, але до повного відбуття покарання вчинив новий злочин, незалежно від того чи вступив вирок у законну силу. На нашу думку, позиція науковця є правильною, але недоліком російського законодавця, вважаємо, є те, що у диспозиції статті це положення чітко не виписано. А тому може скластися враження, що у разі вчинення особою нового злочину до вступу вироку в законну силу покарання повинно бути призначено за сукупністю злочинів, а не за сукупністю вироків. Таким самим шляхом пішли і законодавці Республік Азербайджан та Туркменістан, закріпивши вказане положення у відповідних статтях. По-іншому і, на наш погляд, більш вдало сформульовані диспозиції статей Китайської Народної Республіки, республік Вірменії, Білорусії, Казахстану, Таджикистану, Узбекистану та України. Так, в ст.71 Кримінального кодексу Китайської Народної Республіки (далі – КК КНР) зазначено: «Якщо після постановлення вироку, але до відбуття повного строку покарання засуджений знову вчинить злочин, йому необхідно призначити покарання за новий злочин і до цього покарання приєднати невідбуту частину покарання за першим вирокіом». Схоже положення закріплено у ст.73 Кримінального кодексу Республіки Білорусія (далі – КК Білорусії), в ст.67 Кримінального кодексу Республіки Вірменія (далі – КК Вірменії), в ст.60 Кримінального кодексу Республіки Казахстан (далі – КК Казахстану), в ст.68 Кримінального кодексу Республіки Таджикистан (далі – КК Таджикистану), в ст.60 Кримінального кодексу Республіки Узбекистан (далі – КК Узбекистану) та у ст. 71 Кримінального кодексу України (далі – КК України), де вказано: «Якщо засуджений після постановлення вироку, але до повного відбуття покарання, вчинив новий злочин, то суд до покарання, призначеного за новим вирокіом, повністю або частково приєднує невідбуту частину покарання за попереднім вирокіом».

Своєрідно дане питання вирішується у Кримінальному кодексі Республіки Литва (далі – КК Литви) та Кримінальному кодексі Республіки Франція (далі – КК Франції). В ч. 1 ст. 64 КК Литви вказано: «Якщо засуджений, не відбувши призначеного покарання, вчиняє нове злочинне діяння або злочинне діяння вчиняє особа, відбуття покарання якої відстрочено, або нове злочинне діяння вчиняє особа, котра умовно-достроково звільнена від покарання в період невідбутого строку, суд, призначивши покарання за новий злочин, признає покарання за сукупністю. При цьому покарання за сукупністю суд признає шляхом повного або часткового складання». Відповідно до ст. 132-2 КК Франції сукупність злочинних дій має місце, коли злочинне діяння вчинено особою до моменту винесення остаточного вироку за інший злочин. У ст. 132-8 -132-10 цього ж кодексу зазначено: «покарання подвоюється, якщо фізична особа, раніше судима за злочин або проступок, протягом вказаного в законі строку з моменту закінчення попереднього покарання або строку давності обвинувального вироку вчиняє новий зло-

чин або проступок». Таке положення означає, що за кримінальним правом Франції ознакою, яка відмежовує сукупність злочинів від сукупності вироків є вступ вироку в законну силу.

На відміну від законодавця Азербайджану, Російської Федерації, Туркменістану, а також Литви, законодавець України, Білорусії, Вірменії, Казахстану, Таджикистану, Узбекистану та Китаю встановив момент з якого необхідно призначати покарання за сукупністю вироків у разі вчинення особою нового злочину. Цим моментом є постановлення вироку по першій справі.

Наступною відмінністю у врегулюванні питання призначення покарання за сукупністю вироків за законодавством іноземних держав є встановлення максимального строку покарання, яке може бути призначено за сукупністю вироків. Важливо зазначити, що така відмінність є двох видів:

1. Якщо остаточне покарання, призначене за сукупністю вироків, не пов'язане з позбавленням волі:

А) воно не може перевищувати максимальних строків або розмірів, встановлених для даних видів покарань в Загальній частині Кримінального кодексу (Азербайджан, Білорусія, Казахстан, Російська Федерація, Таджикистан, Туркменістан, Україна);

Б) воно не може перевищувати максимального розміру, встановленого для даних видів покарання Особливою частиною Кримінального кодексу (Вірменія).

Зовсім інший порядок передбачений в ст.71 КК КНР, де вказано (з посиланням на ст.69 КК КНР): «Якщо після постановлення вироку, але до повного відбуття строку покарання засуджений знову вчинив злочин, то йому необхідно призначити покарання за новий злочин і до цього покарання прислати невідбутої частину покарання за першим вироком. Остаточне покарання при цьому складає менше суми строків покарань, призначених за кожен злочин, але більше максимального строку, призначеного за один із злочинів. Сума строків покарань при засудженні особи до «нагляду» не може перевищувати трьох років; «короткочасного арешту» – одного року».

2. Якщо остаточне покарання, призначене за сукупністю вироків, пов'язане з позбавленням волі:

А) воно не може перевищувати двадцяти років (Азербайджан, Вірменія, КНР, Туркменістан);

Б) воно не може перевищувати тридцяти років (Білорусія, Російська Федерація, Таджикистан);

В) воно не може перевищувати двадцяти п'яти років, а у разі вчинення особливо тяжких злочинів—тридцяти років (Казахстан);

Г) воно не може перевищувати п'ятнадцяти років, а у разі вчинення особливо тяжких злочинів—двадцяти п'яти років (Україна).

На нашу думку, така диференціація максимальних строків та розмірів покарань у разі призначення покарання за сукупністю вироків за законодавством іноземних держав зумовлена тим, що строки та розміри покарання у різних країнах є різними. І, виходячи з цього, законодавці встановлюють максимальні строки і розміри покарань у разі призначення покарання за сукупністю вироків.

Важливим моментом, який враховується при призначенні покарання за сукупністю вироків відповідно до законодавства іноземних держав, є те, що остаточне покарання, призначене за сукупністю вироків, повинно бути більшим від покарання, призначеного за новий злочин, а також від невідбутої частини покарання за попереднім вироком. У врегулюванні цього питання у законодавстві Азербайджану, Білорусії, Вірменії, Казахстану, КНР, Російської Федерації, Таджикистану, Туркменістану та України немає розбіжностей.

Щодо призначення додаткових покарань законодавці названих держав єдині в тому, що призначене хоча б за одним із вироків додаткове покарання або невідбута його частина за попереднім вироком підлягає приєднанню до покарання, остаточно призначеного за сукупністю вироків.

У кримінальному законодавстві Азербайджану, Білорусії, Вірменії, Таджикистану та України є вказівка на те, що у разі призначення покарання за сукупністю вироків, покарання у виді довічного позбавлення волі поглинає менш суворі види покарання. Однак, на нашу думку, конструкція ст.71 КК України та ст.68 КК Таджикистану в цій частині є більш досконалою,

ніж конструкції відповідних статей КК Азербайджану, Білорусії та Вірменії, які регулюють порядок призначення покарання за сукупністю вироків, оскільки в ст.71 КК України зазначено: «При складанні покарань у виді довічного позбавлення волі та будь-яких менш суворих покарань загальний строк покарання, остаточно призначеного за сукупністю вироків, визначається шляхом поглинання менш суворих покарань довічним позбавленням волі». Аналогічне положення закріплено в ч.4 ст.68 КК Таджикистану. А от в ст.67 КК Азербайджану, ст. 67 КК Вірменії і ст.73 КК Білорусії вказується: «У разі вчинення особою, котра відбуває покарання у виді довічного позбавлення волі, нового злочину покарання, призначене за новий злочин, поглинається довічним позбавленням волі». Виходить, що законодавці республік Азербайджану, Вірменії та Білорусії не передбачили поглинання довічним позбавленням волі менш суворих видів покарання у разі, коли воно призначене за нововчинений злочин. В кримінальному законодавстві Казахстану, КНР, Литви, Російської Федерації, Туркменістану, Франції вказівки на поглинання довічним позбавленням волі менш суворих видів покарань взагалі немає. Однак відсутність такої вказівки, на наш погляд, не є суттєвим недоліком законодавства.

Проаналізувавши кримінальне законодавство КНР, республік Азербайджану, Вірменії, Білорусії, Казахстану, Литви, Таджикистану, Туркменістану, Франції та Російської Федерації щодо питання призначення покарання за сукупністю вироків, приходимо до висновку: більшість положень, що регулюють порядок призначення покарання за сукупністю вироків у КК зарубіжних держав, повторюються. Найбільша схожість у врегулюванні цього питання простежується у КК Білорусії, Таджикистану, України та Російської Федерації, а також Азербайджану, Казахстану та Туркменістану. Є деякі особливості у врегулюванні питання призначення покарання за сукупністю вироків у КК КНР та Вірменії, Литви та Франції, на що вже була звернена увага під час детального аналізу законодавства цих держав. Порівнюючи кримінальне законодавство України та вищезазначених зарубіжних держав щодо порядку призначення покарання за сукупністю вироків, вважаємо, що конструкція ст.71 КК України, яка регулює такий порядок, у деяких моментах є досконалішою, ніж конструкції відповідних статей КК зарубіжних держав. Однак окремі положення вказаної статті все ж потребують вдосконалення. А тому необхідно узагальнити зарубіжний досвід і на його основі провести вдосконалення чинного кримінального законодавства України.

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ФАКТИЧНОЇ ПОМИЛКИ

Мелих Б.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В умовах розвитку та вдосконалення кримінального законодавства України на сучасному етапі важливого значення набуває з'ясування змісту та наукове опрацювання деяких кримінально-правових категорій, особливо таких котрі поки що не знайшли свого відображення у кримінальному законі. Однією з таких категорій є, на нашу думку, інститут помилки у кримінальному праві, який є важливою складовою частиною вчення про суб'єктивну сторону злочину загалом та вчення про вину зокрема. Значення даного інституту на сучасному етапі важко переоцінити, оскільки врахування у процесі кримінально-правової кваліфікації помилки особи сприяє впровадженню принципу суб'єктивного інкримінування, який, у свою чергу, є важливим засобом індивідуалізації відповідальності та сприяє гуманізації вітчизняного кримінального законодавства.

Встановлення вини є чи не найскладнішою проблемою при вирішенні питання про кримінальну відповідальність особи, яка допустила фактичну помилку. Вирішивши її, ми з'ясуємо, наявний чи відсутній у конкретній ситуації склад злочину, а якщо наявний – то склад якого саме злочину. Загальноприйнята точка зору виокремлює в структурі вини інтелектуальний та вольовий елементи. У першому з них через категорії усвідомлення та передбачення проявляється ставлення особи до вчиняваного нею діяння та його наслідків. За наявності помилки інтелектуальний елемент вини характеризується тим, що особа під впливом незнання чи омани або нездатна правильно усвідомлювати свою поведінку та передбачати її наслідки, або хоч і може усвідомлювати свою поведінку, але не здатна передбачити наслідки, або ж така особа передбачає інші наслідки, котрі об'єктивно не можуть настати. До змісту інтелектуального елемента вини входять лише об'єктивні за своїм характером ознаки, котрі є обов'язковими для конкретного складу злочину. До них, за загальним правилом, відносять ознаки об'єкта та об'єктивної сторони складу злочину.

Що стосується **усвідомлення** як виду психічної діяльності людини, то під ним слід розуміти інтелектуальний процес відображення явищ дійсності, в нашому випадку – відповідних ознак складу злочину. Хоча у Кримінальному кодексі України (надалі – КК України) вказано про усвідомлення суспільно-небезпечного характеру діяння, вбачається, що тут мається на увазі не суспільно-небезпечне діяння як одна з ознак об'єктивної сторони складу злочину, а сукупність усіх кримінально-значущих ознак складу злочину. Окремого з'ясування потребує питання про те, чи різні відтінки усвідомлення мають однакове кримінально-правове значення. Вважаємо, що при кваліфікації діяння особи повинно враховуватись усвідомлення як достовірності, так і можливості існування певних явищ об'єктивної дійсності. В цьому контексті важливим є вже те, що певні прояви злочинного діяння усвідомлюються особою як такі, що в принципі можуть мати місце у конкретній життєвій ситуації. Наприклад, якщо злочинець, підкладаючи вибухівку під автомобіль жертви, усвідомлює можливість того, що вона не спрацює, але тим не менше, робить це, бажаючи смерті останнього, це не є підставою для того, щоб не вважати його дії замахом на злочин у зв'язку з відсутністю у його діяння вини. І лише в тих випадках, коли особа взагалі не усвідомлювала, не повинна була і не могла усвідомлювати певну кримінально-значущу обставину, можна вести мову про відсутність у її діянні вини, тобто про наявність специфічного виду фактичної помилки – випадку (*casus*).

Характер усвідомлення ознак *об'єкта злочину* (родовий та безпосередній об'єкт, предмет, потерпілий) має важливе значення для кримінально-правової кваліфікації.

Помилки в родовому і безпосередньому об'єктах посягання є взаємопов'язаними і мають однакову природу. Інтелектуальний елемент при цьому полягає у неправильному усвідомленні винною особою наявності чи відсутності певних суспільних відносин. Таке усвідомлення може носити різний характер. Воно може полягати у тому, що особа помилково приймає один об'єкт за інший. Наприклад, вважаючи, що його дії спрямовані на шкоду відносинам власності, суб'єкт насправді посягає на відносини, що існують у сфері господарювання. Неправильне усвідомлення може полягати і у тому, що свідомість особи взагалі не охоплюється заподіяння шкоди пев-

ному об'єкту (вчиняючи злочин, винна особа вважає, що діє правомірно). У перелічених випадках тільки добросовісна помилка обумовлюватиме кваліфікацію діяння залежно від спрямованості умислу. Можлива також ситуація, коли особа вважає, нібито заподіє шкоду певному об'єкту, хоч насправді це не так (посягання на т.зв. відсутній об'єкт, на об'єкт, який не поставлений під кримінально-правову охорону та ін.). В такому разі не можна говорити про злочин, оскільки конкретним суспільним відносинам не була заподіяна істотна шкода чи не було створено загрози заподіяння такої шкоди, діяння особи не є протиправним, а, отже, відсутня як фактична, так і юридична підстави кримінальної відповідальності.

Аналогічний характер усвідомлення притаманний і щодо таких ознак складу злочину як потерпілий та предмет.

Ознаками *об'єктивної сторони*, які можуть бути предметом усвідомлення є суспільно-небезпечне діяння, час, місце, обстановка, спосіб, знаряддя й засоби вчинення злочину. Суспільно-небезпечні наслідки та причинний зв'язок між суспільно-небезпечним діянням та суспільно-небезпечними наслідками можуть бути предметом усвідомлення тільки як такі, що вже відбулися, тобто після вчинення злочину. А, як відомо, вина формується у свідомості особи до або під час, але аж ніяк не після вчинення злочину. Тому прийняти говорити, що на час вчинення суспільно-небезпечного діяння особа може лише передбачати можливість або неминучість настання суспільно-небезпечних наслідків або точний чи гіпотетичний хід розвитку причинного зв'язку.

Усвідомлення чи не усвідомлення особою суспільної небезпеки діяння ґрунтується на розумінні нею фактичних обставин вчиненого (потерпілий та його ознаки, предмет, активний чи пасивний характер поведінки, знаряддя, засоби, об'єктивні умови, у яких відбувається посягання та ін.). З'ясування усіх цих обставин має вкрай важливе значення, оскільки саме через дану ознаку дістає своє вираження злочин в цілому.

Усвідомлення суспільної небезпеки діяння у випадку фактичної помилки може носити різний характер і ступінь:

1) Особа неправильно усвідомлює деякі сторони вчиненого діяння, однак це не впливає на кваліфікацію (наприклад, перелом руки в області передпліччя чи в області кисті).

2) Особа неправильно усвідомлює деякі сторони вчиненого діяння і це впливає на кваліфікацію діяння (для прикладу – незаконне позбавлення волі (ч. 1 ст. 146) і незаконне позбавлення волі, здійснюване протягом тривалого часу (ч. 2 ст. 146)).

3) Особа вважає, що вчиняє одне діяння, але насправді має місце інше, однак це не впливає на кваліфікацію (наприклад, пересилання і перевезення наркотичних засобів, які є різними діяннями і, в той же час, передбачені однією частиною ст. 307 КК України).

4) Особа вважає, що вчиняє одне діяння, хоч насправді має місце інше, і це впливає на кваліфікацію діяння (для прикладу, особа вважає, що завдає потерпілому не тілесні ушкодження певної тяжкості, а побої).

5) Особа вважає, що вчиняє одне діяння, але насправді має місце інше, яке впливає на злочинність чи незлочинність її дії чи бездіяльності (наприклад, давання коштів як винагороду за добре проведеною операцією особа сприймає як хабар).

Надзвичайно важливе значення при фактичній помилці має усвідомлення особою способу вчинення злочину. Спосіб часто виступає розмежувальною ознакою для окремих складів злочину, тому його встановлення має вкрай важливе правозастосувальне значення. Як правило це стосується злочинів проти життя, власності, виборчих прав тощо.

Особа може помилково усвідомлювати наявність чи відсутність конкретного способу вчинення злочину (наприклад, небезпечного для життя багатьох осіб при умисному вбивстві) або ж розуміти під одним способом інший (наприклад, викрадаючи гаманець у присутності п'яного власника, винний вважає, що вчиняє відкрите викрадення, а насправді воно було таємним, оскільки потерпілий не усвідомлював факту вилучення у нього майна). Про кримінально-правове значення такої помилки можна вести мову тільки тоді, коли вона буде добросовісною, а також тоді, коли наявність чи відсутність конкретного способу впливатиме на кваліфікацію діяння.

Ці положення без якихось особливих застережень можуть бути застосовані і до фактичної помилки в інших ознаках об'єктивної сторони, таких як час, місце, обстановка, знаряддя і засоби вчинення злочину.

Окремого з'ясування потребує питання про те, чи буде мати кримінально-правове значення фактична помилка в ознаках *суб'єкта* та *суб'єктивної сторони* складу злочину. Виходячи зі специфіки помилки як неправильного сприйняття особою фактичних (тобто об'єктивно існуючих) обставин, слід обумовити, що дані ознаки можуть бути предметом усвідомлення тільки у тих випадках, коли носять об'єктивний характер. З аналізу ознак суб'єкта та суб'єктивної сторони можна зробити висновок, що такий характер вони матимуть у випадку вчинення злочину у співучасті. До вищезгаданих ознак можна віднести вік, осудність, ознаки спеціального суб'єкта, а також мотив та мету інших співучасників (так, наприклад, мотив організатора є для інших співучасників об'єктивно існуючим, незалежним від їхньої волі). Тому є сенс говорити про те, що дані ознаки можуть входити до змісту інтелектуального елемента вини особи. Вони можуть бути помилково сприйнятими одним зі співучасників внаслідок його власної неухважності, відсутності необхідної інформації або внаслідок введення його в оману іншими особами.

Последовне впровадження принципу суб'єктивного інкримінування вимагає врахування у процесі кримінально-правової кваліфікації помилки особи щодо усіх об'єктивних кримінально-значущих ознак складу злочину, а не лише щодо ознак об'єкта та об'єктивної сторони. Дані поняття не є тотожними і заміна першого з них другим є логічною помилкою. Неврахування об'єктивних ознак суб'єкта та суб'єктивної сторони є не чим іншим як передбаченим законом об'єктивним ставленням у вину.

Що стосується таких ознак складу злочину як вік та осудність іншого співучасника помилка може носити двоякий характер: а) винний помилково вважає, що його співучасник досяг віку, з якого настає кримінальна відповідальність, або що той є осудним; б) він переконаний у протилежному. У першому випадку за наявності добросовісної помилки потрібно, виходячи з принципу суб'єктивного інкримінування, кваліфікувати діяння особи як вчинені у співучасті, а у другому, якщо не було інших співучасників, – як одноособове вчинення злочину або як ж опосередковане виконання.

Деяко складнішою є ситуація у випадку помилки щодо мотиву, мети та ознак спеціального суб'єкта злочину, оскільки дані ознаки є, як правило, багатогранними. Наприклад, у різних складах злочину спеціальним суб'єктом виступають службові особи, працівники правоохоронних органів, медичні працівники, військовослужбовці тощо, мотив може бути корисливим, хуліганським, «благородним» та ін.

Стосовно мотиву чи мети іншого співучасника, особа може помилково вважати, що:

- 1) Інший співучасник має певний мотив або мету, які мають значення для кваліфікації, хоч насправді це не так (наприклад, при незаконному позбавленні волі, один зі співучасників вважає, що інший переслідує корисливий мотив, але насправді той хотів помститися потерпілому).
- 2) У іншого співучасника немає певного кримінально-значущого мотиву чи мети, хоч насправді вони у нього є (для прикладу, один співучасник крадіжки переконує іншого у тому, що гроші викрадаються для благодійних цілей, хоч має намір їх привласнити).
- 3) В іншого співучасника є один мотив або мета, а насправді у нього є інший (наприклад, один співвиконавець умисного вбивства вважає, що інший переслідує хуліганський мотив, але насправді у нього є корисливий). Дана ситуація можлива лише щодо тих злочинів, які можуть бути вчинені з різними мотивами чи метою.

Аналогічні положення можуть бути застосовані і до усвідомлення ознак спеціального суб'єкта злочину. Як і у попередніх випадках добросовісна помилка повинна мати значення для кримінально-правової кваліфікації дій особи.

Таким чином, врахування змісту інтелектуального елемента вини при фактичній помилці особи має важливе правозастосувальне значення. Усвідомлення особою об'єктивних ознак складу злочину обов'язково повинно враховуватись при кваліфікації вчиненого нею діяння та при призначенні покарання. Ми з'ясували, що поняття «об'єктивні ознаки складу злочину» та «ознаки об'єкта та об'єктивної сторони» не є тотожними, оскільки до перших за певних умов можуть бути віднесені також ознаки суб'єкта та суб'єктивної сторони складу злочину. Це положення вимагає корегування існуючих підходів щодо значення цих ознак для кримінально-правової кваліфікації. Вважаємо, що актуальність даного питання обумовлює важливість подальших досліджень у цій сфері.

ДЕЯКІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ПРАВОСУДДЯ

Палюх Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В сучасній вітчизняній науці висловлюються різні позиції з приводу того, які саме суспільні відносини належать до родового об'єкта злочинів проти правосуддя. Дискусійним на сьогодні залишається питання про те, що саме слід розуміти під поняттям «правосуддя», що вжите законодавцем у назві розділу XVIII Кримінального кодексу України.

Як відомо, безпосередні об'єкти злочинів, передбачених відповідним розділом КК України, повинні за змістом охоплюватися родовим об'єктом відповідних злочинів. Виходячи з цього, якщо вести мову про родовий об'єкт злочинів, передбачених розділом XVIII КК України, в даному випадку, видається, що в кримінальному законодавстві є певна неузгодженість, проблема.

Переважає більшість авторів, які досліджували питання про родовий об'єкт злочинів проти правосуддя, зазначають про те, що законодавець, створюючи норми про кримінально-правову охорону правосуддя, виходив не з процесуального значення цього поняття, а вкладав у останнє більш широкий зміст, вважаючи за необхідне захищати будь-яку діяльність, спрямовану на досягнення завдань правосуддя, – чи то діяльність суду чи прокуратури, слідчих органів чи органів виконання покарань. Така позиція на сьогодні є домінуючою в юридичній науці. Її прихильниками є Н.А. Носкова. В.К. Глістін з цього приводу висловлює іншу позицію, зазначаючи, що у розділі про злочини проти правосуддя логічніше було б зосередити, виходячи з родового об'єкта, лише норми, що охороняє відносини по здійсненню правосуддя.

Я.М. Кульберг вважає, що спеціальним об'єктом посягання в розглядуваній категорії злочинів є правосуддя та інтереси особи. Шкода, що заподіюється інтересам особи злочинами проти правосуддя настільки велика і значна, що вказівка на них як на складову частину об'єкта посягання поглиблює уявлення про сутність і велику суспільну небезпеку злочинів проти правосуддя. Щодо цієї позиції слід зауважити таке. Видається, що не всі злочини проти правосуддя посягають на інтереси особи. Так, наприклад, такі злочини, як ухилення від покарання, не пов'язаного з позбавленням волі (стаття 389 КК України), ухилення від відбування покарання у виді обмеження волі та у виді позбавлення волі (стаття 390 КК України) не посягають на інтереси особи, а заподіюють шкоду лише інтересам держави, зокрема, суспільним відносинам щодо виконання і відбування кримінальних покарань, що спрямовані на виконання вироку суду, яким особою призначено відповідне покарання.

Л.В. Иногамова-Хегай зазначає, що родовим об'єктом злочинів проти правосуддя є суспільні відносини по здійсненню державної влади. Таке визначення родового об'єкта злочинів проти правосуддя видається занадто широким, оскільки відносинам щодо здійснення державної влади заподіюється шкода і при вчиненні злочинів, передбачених розділом XV «Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян», розділом XVII «Злочини у сфері службової діяльності». Крім того, слід погодитися з тим, що поміщення цих складів у розділ про злочини проти правосуддя означає, що законодавець бачить спрямованість норм, які не стосуються безпосередньо здійснення правосуддя, не в захисті порядку управління, а в забезпеченні завдань, що стоять перед правосуддям.

Видається, що поняття «правосуддя», вжите в назві відповідного розділу, не може бути одним для законодавства та теорії конституційного процесу, цивільного та кримінального процесу, та іншим для кримінального законодавства, науки кримінального права. На нашу думку, вирішення ситуації, що склалася, є не зміна розуміння поняття «правосуддя», що вжите у матеріальному кримінальному законі у назві відповідного розділу, а зміна самої назви розділу, що більш точно відображала б коло тих суспільних відносин, що охороняються його нормами. В даному випадку, визначаючи назву розділу XVIII КК України, необхідно звернутися до положень процесуального законодавства та теорії. Слід зауважити, що в теорії консти-

туційного, кримінального, цивільного, адміністративного, господарського процесу поряд з поняттям «правосуддя» використовується і поняття «судочинство», що є синонімом до слова «процес». Зокрема, М.М. Михеєнко зазначає, що кримінальний процес називають ще кримінальним судочинством. Судочинство є терміном-синонімом до поняття «процес» і в кримінальному процесі означає врегульовану нормами кримінально-процесуального права діяльність органів дізнання, слідчого, прокурора, судді та суду по розкриттю злочинів, викриттю і покаранню винних та недопущенню покарання невинних, а також система правовідносин, що виникають у перебігу цієї діяльності, вказаних органів один з одним, а також з громадянами, посадовими особами, установами, підприємствами, громадськими об'єднаннями й трудовими колективами, які залучаються до сфери кримінально-процесуальної діяльності. Відповідно до статті 2 КПК України завданнями кримінального судочинства є охорона прав та законних інтересів фізичних і юридичних осіб, які беруть в ньому участь, а також швидке і повне розкриття злочинів, викриття винних та забезпечення правильного застосування Закону з тим, щоб кожний, хто вчинив злочин, був притягнутий до відповідальності, і жоден невинний не був покараний. В такому ж значенні поняття «судочинство» використовується і в інших галузях процесуального права, тобто аналогічно до поняття «процес». Зокрема, у пункті 5 частини 1 статті 3 Кодексу адміністративного судочинства України зазначено: «адміністративний процес – відносини, що складаються під час здійснення адміністративного судочинства». Такого ж висновку можна дійти, виходячи зі змісту статей 1, 2 Цивільного процесуального кодексу України, статті 4-3 Господарського процесуального кодексу України. Поняття «процес» і «судочинство» як синоніми використовують і в теорії господарського процесу.

З урахуванням викладеного вище видається, що більш вдало було б сформулювати назву цього розділу з використанням терміну не «правосуддя», а «судочинство». Хоча слід зауважити, що поняття «судочинство» не охоплює діяльність органів та установ що виконують кримінальні покарання, діяльність спеціалізованих лікувальних закладів, що виконують постанову судді про примусове лікування хронічних алкоголіків і осіб, хворих на наркоманію, діяльність органів внутрішніх справ по виконанню рішення суду про встановлення адміністративного нагляду, що є основним безпосереднім об'єктом низки злочинів, передбачених відповідним розділом КК України. Зокрема, мова йде про такі злочини, як «Ухилення від покарання, не пов'язаного з позбавленням волі» (ст.389 КК України), «Ухилення від відбування покарання у виді обмеження волі та у виді позбавлення волі» (ст. 390 КК України), «Злісна непокірність вимогам адміністрації виправної установи» (стаття 391 КК України), «Дії, що дезорганізують роботу виправних установ» (стаття 392 КК України), «Втеча з місця позбавлення волі або з-під варти» (стаття 393 КК України), «Втеча із спеціалізованого лікувального закладу» (стаття 394 КК України), «Порушення правил адміністративного нагляду» (стаття 395 КК України).. Зважаючи на викладене вище, родовий об'єкт злочинів, передбачених розділом XVIII КК України, можна визначити як судочинство та встановлений законом порядок виконання судових рішень.

Видається необхідним закріпити і відповідну назву розділу XVIII КК України, сформулювавши її так: «Злочини проти порядку судочинства та виконання судових рішень». Видається, що така назва найбільш повно окреслювала б коло тих суспільних відносин, які регулюються нормами розглядуваного розділу, і відображає їх зміст.

СПОСОБИ ДОКТРИНАЛЬНОГО ТЛУМАЧЕННЯ ЗАКОНУ ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ: ВИДИ ТА ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА

Панчак О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Питання про способи тлумачення є одним із центральних у теорії тлумачення законів. Його не омине жодний дослідник цієї проблеми, при цьому намагаючись привнести у неї щось своє, починаючи від виділення видів, декларування назв цих способів і закінчуючи аналізом їх змісту.

Способи тлумачення, в тому числі й доктринального, закону про кримінальну відповідальність, будучи методами його дослідження, повинні обумовлюватися об'єктом цього дослідження. Тобто залежно від того, який зміст дослідник вкладає в поняття "право", такий набір способів тлумачення він обере для його пізнання і буде вкладаєти у них відповідний зміст. В науці всю цю різноманітність підходів до способів тлумачення групують у динамічні та статичні, об'єктивні та суб'єктивні теорії тлумачення.

Найчастіше виділяють чотири види тлумачення за способом: лінгвістичний (ми схиляємося саме до такої назви, хоча ще його називають граматичним, філологічним, мовним, текстовим), логічний, системний та історичний. Періодично в літературі появляються позиції, відповідно до яких не варто той чи інший спосіб тлумачення виділяти в окремий (наприклад, лінгвістичний, логічний, телеологічний). Або, навпаки, поряд з перерахованими, виділяють ще функціональний, телеологічний, спеціально-юридичний тощо.

Виходячи з природного типу праворозуміння, потребового та діалектичного підходу до дослідження й оцінки правових явищ, ми виділяємо такі способи тлумачення закону про кримінальну відповідальність: лінгвістичний, логічний, системний та історичний. При цьому, вважаємо, що чітко відмежувати один спосіб від іншого, як це намагаються зробити в літературі, просто неможливо та й недоцільно, оскільки вони тісно між собою переплетені, як і науки, на закони яких вони опираються. Так, наприклад, мова є явищем системним, логічним й у ній знаходить відображення вплив тієї чи іншої конкретно-історичної епохи. Зрозуміло, що все це враховується в законах лінгвістики (мовознавства). Тому цей поділ є досить умовним і в назві способів відображається тільки те, закони якої із наук переважають при виділенні прийомів тлумачення в межах того чи іншого способу тлумачення. Такий поділ має, можна сказати, виключно теоретичне значення. А саме бажання провести чіткі межі між різними способами тлумачення примушувало окремих науковців до відкидання окремих з них, як самостійних, і "розчинення" їх в інших, про що ми вже зазначали. Хоча, окрім чистого теоретизування, ці дискусії жодного іншого значення не мають і користі не приносять.

Окремо хочемо зупинитися на виділеному нами історичному способі тлумачення. В науковій літературі немає однозначного його розуміння. Обумовлено це тим, що його виділяють в окремий спосіб як прихильники статичного тлумачення, так і динамічного (еволюційного). Ми, схиляючись до останнього, вважаємо, що до цього способу тлумачення можна віднести лише порівняльний прийом, за допомогою якого ми будемо порівнювати закон (законодавчий припис), що тлумачиться, з його попередніми редакціями, із відповідними йому законами, що втратили чинність, чи із законодавчими проектами. Це водночас забезпечить діалектичний підхід до досліджуваного явища і покаже його в розвитку.

Виникає питання, чому ми, як прихильники динамічного тлумачення, не виділяємо в окремий вид функціональне (або як його ще називають – пристосувальне, динамічне, еволюційне) тлумачення? Причиною є те, що кожен спосіб тлумачення ми розглядаємо як сукупність формалізованих прийомів, що опираються на закони різних наук або й відображають їх. У межах цього способу тлумачення якихось конкретних прийомів дослідження у науковців та й взагалі, важко знайти, натомість все зводиться до оцінок, до звернень до моралі, правосвідомості, ідеології та політики. Ми повністю поділяємо позицію, що пізнання у суспільно-

гуманітарних науках невіддільне від оцінок, які складають передумови пізнання, супроводжують весь його процес та впливають на кінцевий результат пізнання. Більше того, оцінки відіграють роль і при виборі конкретних прийомів пізнання, в даному випадку тлумачення. Але такі оцінки та відповідні цінності як їх критерії, далекі від формалізації, вони ніби доповнюють використання наукових способів тлумачення і дають критерій для вибору одного з можливих варіантів тлумачення окремого слова, словосполучення, речення чи й цілого нормативно-правового акта, а також для перевірки кінцевого результату. Ця оціночна складова суспільно-гуманітарного пізнання саме і є причиною таких часто діаметрально протилежних тлумачень одних і тих же законодавчих положень. При цьому має місце розгорнута несуперечлива аргументація кожної з позицій і використовується весь можливий арсенал способів тлумачення. А від встановлення єдино можливої і єдино правильної ідеології, яка б надала єдині критерії оцінок, як вже це було, наша держава відмовилась. Хоча і в цей період нерідко траплялись різнотлумачення кримінальних законів.

Недоцільність виділення як самостійних способів тлумачення телеологічного та спеціально-юридичного переконливо та аргументовано доведена О.Ф. Черданцевим у праці «Толкування права і договору» (Москва, 2003). Ми повністю поділяємо цю позицію.

Неоднозначно вирішується в науковій літературі й питання про те, чи обов'язково в кожному конкретному випадку використовувати всі способи тлумачення та чи можна виробити алгоритм такого використання. Стосовно першого зазначимо, що в кожному випадку ми повинні використовувати всі способи, незалежно від того яким би однозначним і зрозумілим, на перший погляд, не виглядав законодавчий припис. Особливо це стосується доктринального тлумачення закону про кримінальну відповідальність, яке повинно розкривати смисл тексту закону, усі його внутрішні, сутнісні зв'язки та відношення, бути цілісним логічно структурованим та новим. Відомо, що при «недоктринальному» тлумаченні можливий і спрощений його порядок, наприклад, лише шляхом застосування схем вже проведеного іншим суб'єктом тлумачення до свого, аналогічного випадку. Хоча цей шлях є досить ризикованим і може призвести до хибного результату, тому навіть у таких випадках слід все ж самостійно перевірити «запозичені» висновки всіма способами тлумачення щодо конкретного законодавчого припису.

Щодо другого моменту, то, вважаємо, що єдино правильну послідовність використання таких способів у процесі тлумачення навряд чи можна скласти, оскільки, по-перше, як ми вже зазначали, вони всі є взаємопов'язаними, а тому можуть використовуватися і паралельно, по-друге, тлумачення є творчим процесом і обмежувати дослідника певними рамками недоцільно і, по-третє, на що послідовність може значно впливати предмет дослідження та особисті характеристики тлумача.

Таким чином ми відразу виділили дві особливості використання способів тлумачення у його доктринальному варіанті. Окрім цього слід зазначити, що бажаним є відображення всього творчого, мисленого процесу дослідження із застосуванням всіх способів тлумачення суб'єктом доктринального тлумачення у його матеріалізованому результаті, оскільки це забезпечить його обґрунтованість, підвищить авторитетність, рівень і значення.

Як висновок відмітимо, що способи тлумачення законів, в тому числі і закону про кримінальну відповідальність, мають велике значення, оскільки, їх використання забезпечує більш-менш одноманітне тлумачення, сприяє забезпеченню принципу законності. Тому, не зважаючи на різноманітність підходів, майже всі науковці намагаються чітко визначити їх зміст, звести їх до набору конкретних прийомів дослідження тексту закону. Проте, як ми вже зазначали й це доводить нам і практика, лише шляхом використання способів тлумачення ми не зможемо повністю з'ясувати смисл закону, але й ігнорування їх може призвести до повної заміни закону правосвідомістю тлумача.

ВИДИ НАСИЛЬСТВА В ЗАЛЕЖНОСТІ ВІД ЙОГО ХАРАКТЕРУ І ІНТЕНСИВНОСТІ У ЗЛОЧИНАХ ПРОТИ ВЛАСНОСТІ.

Прохоренко А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

За характером впливу на людину насильство поділяється на фізичне і психічне, яке в свою чергу характеризує не тільки сам спосіб дій, але і спрямованість насильства або сферу його безпосереднього застосування.

Аналіз статей КК України, зокрема ст.ст.186, 187, 189 та інші, де мова йде про дії, поєднані з застосуванням насильства або з погрозою його застосувати, дає підстави стверджувати, що законодавець, а також і наукова доктрина, проводячи чітку межу між насильством та погрозою його застосування, як і раніше зводять дійсне насильство до фізичного впливу, а психічне розглядають лише в якості потенційно можливого фізичного насильства.

Сама погроза, як правило, менш небезпечна, ніж її виконання (здійснення). Але слід враховувати, що ступінь її впливу на особу потерпілого часто буває такою, що стає самостійним різновидом насильства – психічним насильством, що існує самостійно, а не в якості своєрідної стадії «виявлення умислу» на фізичне насильство.

Шкода здоров'ю поняття медичне і під цим терміном розуміють:

- тілесні ушкодження (легкі тілесні ушкодження, середньої тяжкості тілесні ушкодження, тяжкі тілесні ушкодження) та
- захворювання і паталогічні стани (розлад здоров'я, поєднаний з втратою працездатності, психічне захворювання, переривання вагітності тощо), які виникають в результаті впливу різних факторів зовнішнього середовища: механічних, фізичних, хімічних, біологічних, психічних, об'єднуючи таким чином, в єдине ціле все багатоманіття форм насильницької поведінки.

У зв'язку з цим можна виділяти енергетичний вплив факторів зовнішнього середовища на органи і тканини людини, що порушують їх анатомічну цілісність або фізіологічні функції, який може бути класифікований, залежно від застосованих засобів на:

- механічний вплив (кінетична енергія);
- фізичний вплив (високі чи низькі температури, електричний струм, інші променеві енергії);
- хімічний вплив (використання отруйних і сильнотіючих речовин в рідкому, твердому чи газоподібному стані);
- біологічний вплив (зараження потерпілого патогенними мікробами, бактеріальними токсинами, що викликають хворобливі стани організму).

Для ідентифікації виду насильства важливим є правильне визначення факторів зовнішнього середовища, які потягли спричинення фізичної шкоди в конкретному випадку.

Тому слід звернути увагу на існуючу дискусію в літературі щодо питання правової оцінки хімічного впливу, а точніше – доведення до непритомного стану шляхом «пригощання» наркотиками, психотропами (наприклад, клофеліном), отруйними чи одурманюючими речовинами, коли вони застосовуються з метою подальшого заволодіння майном особи, яка втратила свідомість або заснула.

В арсенал злочинців такі способи «нейтралізації» потерпілих потрапили давно.

Ще в XIX ст. криміналістів цікавило питання юридичної оцінки дій злочинців, які використовували різні речовини для так званої «нейтралізації» потерпілих.

В царській Росії і доктрина, і судова практика визнавали насильством обманне приведення потерпілого в безпорадний стан при формулюванні складу розбою, зґвалтування і мужеложства – в них приведення в безпорадний стан передбачалось, правда, як один із способів, поряд із застосуванням насильства.

В радянський період пряма вказівка на застосування такого роду препаратів була відсутня. Через це в доктрині час від часу відновлювалася дискусія з приводу визнання чи невизнання фізичним насильством таємне чи обманне введення таких речовин в організм потерпілого.

Одні пропонували такі дії кваліфікувати як насильницький грабіж чи розбій. Їх опоненти висували як аргумент дефініцію про насильство як застосування фізичної сили до потерпілого.

Насильство, вважали деякі вчені, є силовим впливом суб'єкта злочину на потерпілого шляхом: застосування мускульної сили, використання різних предметів (зброя): зброї, отрути, сильнодіючих речовин, використання сили інших осіб (неосудних, тих, що не досягли віку кримінальної відповідальності), використання надресированих тварин.

В таких випадках фізичним насильством визнавалося тільки насильницьке введення в організм потерпілого вказаних препаратів (через силовий контакт з тілом потерпілого).

Якщо ж ці речовини вводились в організм потерпілого таємно, приховано від потерпілого, або обманним шляхом (наприклад, замість таблетки від головного болю – клофелін), то пропонувалося такі дії кваліфікувати як крадіжку і відповідний злочин проти особи, якщо при цьому заподіяна була шкода здоров'ю.

Як на нашу думку, поняття «фізичне насильство» і «застосування фізичної сили» не можна ототожнювати, вони не є синонімічними. Перше є більш широким, бо включає не тільки протиправний вплив на зовнішні покриви людського тіла, але й на внутрішні органи і тканини без пошкодження шкіряного покриву тіла людини (при отруєнні – для прикладу).

Особливість застосування психотропів, наркотиків, одурманюючих препаратів полягає в тому, що це може призвести в залежності від їх активності, кількості, особливостей організму людини, як до фізичних, так і до психічних негативних наслідків (в тому числі – і до смерті потерпілого у випадках передозування).

Стержнем фізичного насильства є енергетичний вплив на іншу людину проти або помило її волі, спрямований на подавлення його свободи. Тому видається, що функції насильства можуть бути успішно реалізовані різними способами, прийомми (удар кулаком, постріл в живу ціль, введення отрути – без різниці таємно ці дії вчинені чи шляхом обману – це не може впливати на кваліфікацію вчиненого).

Отже, справа не в тім, під впливом яких саме засобів (препаратів, речовин, кулака тощо) потерпілий опинився в безпорадному стані, а в тому задіює він вказані засоби з власної волі чи їх вплив реалізується помімо (проти) його волі – але саме для того, щоб подавити волю потерпілого, не дати йому можливості перешкодити винному в його намірах.

Матишевський П.С. свого часу вказував, що при кваліфікації дій винного, який з метою заволодіння майном привів потерпілого шляхом застосування одурманюючих або сильнодіючих речовин (газів) до безпорадного стану необхідно виходити з того, чи були такі дії небезпечними для життя або здоров'я, і керуватись слід такими критеріями: чи був безпорадний стан потерпілого наслідком насильницьких чи обманних дій винної особи або він був досягнутий завдяки добровільному вживанню потерпілим наркотика чи алкоголю. В останньому випадку немає, – на думку Матишевського П.С., – нападу і немає розбою, а може йти мова про насильницький грабіж; наскільки використана злочинцем речовина була небезпечна для життя або здоров'я потерпілого. В залежності від цього він пропонував кваліфікувати дії або як розбій – у разі, коли вони були небезпечні для життя або здоров'я або як грабіж – якщо вони (речовини) не є небезпечні для життя або здоров'я потерпілого.

Як бачимо, спосіб застосування вказаних речовин навіть незастережено, тобто значення практично немає таємно, відкрито, з волі потерпілого, обманним шляхом чи як були вони застосовані. На перший план виступає їх небезпечність для життя або здоров'я потерпілого, бо в залежності від цього будуть кваліфіковані дії винного.

Цікавим видається в цьому контексті визначення правової оцінки дій злочинця, який використовує газовий балончик для приведення потерпілого в стан, коли той не може протидіяти винному, а останній використовує це, викрадаючи майно, неналежне йому.

У більшості випадків судова практика також цю оцінку проводить через аналіз небезпечності газу, випущеного з балончика, для здоров'я потерпілого, кваліфікуючи дії або як розбій, або грабіж насильницький (чи замах на грабіж насильницький).

Що ж стосується погрози застосування психічного насильства, то за своєю природою це є інформаційний вплив на людину як спосіб досягнення винною особою мети злочинного по-

сягання. При цьому винний розраховує на те, що потерпілий виконає його вимоги і буде діяти так, як він цього бажає – передасть майно, не буде чинити опору тощо.

Тепер щодо усунення змісту психічного насильства при розкраданнях і зокрема – при грабежі. Перш за все слід проаналізувати такі його характерні ознаки:

- адресат погрози (тобто кому адресується погроза, на кого спрямована вона);
- форма і її зміст (вербальна, демонстрація зброї, жести, тощо);
- критерії погрози (такі як її наявність, конкретність та реальність).

Адресатом безпосереднього фізичного насильства, яке не є небезпечним для життя та здоров'я потерпілого, може бути як власник майна, так і інші особи, які або охороняють майно, або це майно знаходиться в їх законному володінні, або у їх віданні. Зміст ч.2 ст.186 КК України свідчить саме про таке розуміння адресата реального застосування насильства до потерпілого. Що ж стосується адресата погрози застосування насильства, то тлумачення законодавчого положення (ч.2 ст.186 КК України) дає підстави вважати, що таким адресатом погрози можуть стати і сторонні особи тобто – не власник, не особи, у віданні чи під охороною яких знаходиться майно. Ними можуть бути дружина потерпілого, його діти, друзі тощо.

Такий висновок є логічним з огляду на те, що адресата реального (фізичного) насильства законодавець чітко називає – ним є потерпілий, а адресата потенційного насильства, тобто погрози застосування фізичного насильства не вказує, що дає можливість презюмувати випадки, коли злочинець може погрожувати насильством не самому власнику, а, припустимо, його дружині, вимагаючи віддати, наприклад годинник, бо він поб'є його дружину. Зрозуміло, що в цьому випадку все буде залежати від характеру погрози і безпеки її для життя чи здоров'я особи, якій адресована така погроза. Наявність же потенційної небезпеки перетворює відкритий спосіб викрадення (грабіж) у грабіж, поєднаний з погрозою застосувати насильство, що не є небезпечним для життя чи здоров'я, тобто в насильницький грабіж.

Що стосується форми і змісту такої погрози, то вони можуть зовні проявлятися по різному. Але у всякому випадку погроза має бути зрозумілою потерпілому і іншим особам як така, що може бути негайно реалізована для досягнення злочинцем бажаного результату – вилучення майна.

Частіше всього за формою погроза є вербальною і зводиться до залякування потерпілого такими словами або діями, які б змусили останнього підкоритися волі злочинця, зробити те, що він вимагає. Зрозуміло, що погроза має бути конкретною, тобто адресат повинен ясно розуміти, що йому загрожує у разі його відмови підкоритися.

На практиці виникає питання про реальність сприйняття погрози адресатом. Саме цей критерій є основним при доказуванні питання про те, що винний використав психічне насильство для впливу на потерпілого, щоб заволодіти чужим майном. Про реальність погрози з боку винного можуть свідчити місце, час, обстановка події, сама особа злодія. Але визначальним при цьому буде сприйняття потерпілим реальності погрози, коли у потерпілого складається переконання, що винний негайно реалізує свою погрозу, якщо зустрінє будь-яку перешкоду у вилученні чи утриманні тільки-но викраденого майна.

Можна стверджувати, що психічний вплив на потерпілого як різновид насильства, застосованого при викраденні чужого майна має відповідати таким вимогам:

- за своїм характером погроза має бути рівнозначною фізичному насильству, але проявлятися в специфічній формі (вербально, жестом, демонстрацією зброї);
- за змістом така погроза має бути реальною, наявною і такою, що формує переконання у потерпілого в негайній реалізації намірів винної особи;
- вона може бути адресована як власнику майна, так і іншим особам саме з метою заволодіти чужим майном, нейтралізувавши їх дії, які б могли перешкодити винному.

Викладене в тезах дозволяє зробити висновок про те, що уявлення природи і змісту як енергетичного впливу на людину, її органи та тканини, так і інформаційного впливу має важливе прикладне значення, оскільки допомагає дати правильну кримінально –правову оцінку вчиненому суспільно-небезпечному діянню, сприяє ефективному застосуванню кримінально-го законодавства.

ДО ОБ'ЄКТУ ЗЛОЧИНУ – «ПОРУШЕННЯ ТАЄМНИЦІ ЛИСТУВАННЯ, ТЕЛЕФОННИХ РОЗМОВ, ТЕЛЕГРАФНОЇ ЧИ ІНШОЇ КОРЕСПОНДЕНЦІЇ, ЩО ПЕРЕДАЮТЬСЯ ЗАСОБАМИ ЗВ'ЯЗКУ АБО ЧЕРЕЗ КОМП'ЮТЕР»

Цвинтарна І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Важливу частину конфіденційної інформації для кожної людини становить інформація про її приватне життя. Факт наявності права кожної людини на таємницю приватного життя, а саме кореспонденції, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції в законодавстві України не викликає сумніву.

Кримінальна відповідальність за порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер передбачена ст. 163 Кримінального кодексу України. Суспільна небезпека цього злочину полягає в порушенні конституційного права громадян, передбаченого ст. 31 Конституції України.

Як відомо, згідно з ч. 1 ст. 1 Кримінального кодексу України вказаний кодекс має своїм завданням правове забезпечення **охорони прав і свобод людини та громадянина**. В той же час в теорії кримінального права традиційно вважається, що статті Особливої частини Кримінального закону беруть під охорону ті суспільні відносини, які в теорії отримали визначення «об'єкту злочину».

Переважаюча більшість авторів під об'єктом кримінально-правової охорони розуміють суспільні відносини, яким злочином заподіюється шкода або які ставляться злочином під загрозу спричинення шкоди.

У радянській доктрині, після появи в КК РСФСР 1960 року норми про порушення таємниці листування, зародилася думка, що безпосереднім об'єктом цього злочину є «гарантоване Конституцією СРСР» право громадян на «збереження» **таємниці** їх переписки.

Згодом у літературі з'явилася думка про те, що безпосереднім об'єктом є суспільні відносини, що «забезпечують право громадян на таємницю листування, телефонних розмов та інших повідомлень».

В сучасній теорії кримінального права обґрунтовується позиція, що об'єктом кримінально-правової охорони можуть бути не тільки суспільні відносини в традиційному їх розумінні, так, А. В. Наумов послідовно доводить позицію, згідно якої теорія об'єкту злочину, виключно як суспільного відношення, «не спрацьовує» в цілому ряді випадків.

Таким чином, в кримінально-правовій теорії відбулося повернення до розуміння об'єкту правової охорони не тільки як суспільного відношення, але і як «реального блага, інтересу» кримінально-правової охорони.

Проведений аналіз про об'єкт кримінально-правової охорони має безпосереднє відношення до питання про об'єкт злочину, передбаченого ст. 163 КК України «Порушення таємниці листування телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер».

Так, вважаю, що об'єктом злочину, передбаченого ст. 163 КК України, є **право на таємницю особистої інформації (відомостей)**, що і є об'єктом кримінально-правової охорони.

Одночасно, у кримінально-правовій літературі, зазвичай, стверджується, що відомості (інформація), які складають таємницю будь-якого роду, також є і предметом відповідних злочинів. Однак, ця позиція є досить дискусійною та суперечливою.

Зараз в літературі висунуто певні традиційні підходи з приводу того, що розуміється під предметом злочину, а саме:

1. річ, у зв'язку з якою чи з приводу якої вчиняється злочин; при цьому шкода спричиняється не предмету, а об'єкту злочину, в той час як предмету злочину шкода не завдається (на мою думку, не слід погоджуватися із тим, що злочином не завдається

- ніякої шкоди його предмету. Цілком реальним є пошкодження саме предмету злочину, однак, це є необов'язковим);
2. річ матеріального світу, впливаючи на яку, суб'єкт завдає шкоди об'єкту злочину;
 3. конкретний матеріальний об'єкт, якому притаманні певні властивості суспільних відносин (об'єкта злочину), впливаючи на які, спричинюється шкода у сфері цих суспільних відносин.

Проаналізувавши всі наведені вище позиції, спільним для них є факт матеріалізації об'єкта, а саме, розуміння предмету злочину, як матеріальної речі, якій властиві фізичні характеристики.

Однак, предметом порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер, не характеризуються наведеними ознаками, не є матеріалізованими, оскільки, як вже зазначалося, ними є відомості (інформація) будь-якого характеру.

Предметом вказаного злочину не може бути річ матеріального світу, оскільки матеріальним може бути лише носій інформації (лист, письмовий документ, комп'ютерний диск, магнітна стрічка і т.д.). Цілком реальним є порушення таємниці особистої кореспонденції, яка не має свого відображення на матеріальному носіїві. Наприклад, порушення таємниці особистої кореспонденції, яка передається через Інтернет (електронні листи), шляхом телефонних переговорів.

Звідси, предмет злочину, передбачений ст. 163 Кримінального кодексу України характеризується такими ознаками:

- інформація має належати фізичній особі;
- вона має носити конфіденційний характер, тобто містити відомості, які можуть бути розголошені лише з дозволу фізичної особи;
- інформація повинна носити особистий характер, тобто стосуватися відомостей, які є особистими таємницями особи;
- передача цієї інформації повинна здійснюватися певним способом, наприклад, телеграфом, телефоном, поштою, факсом, електронною поштою тощо.

ПРИЧИНОВИЙ ЗВ'ЯЗОК, ЯК ОЗНАКА СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ, ЩО ПОСЯГАЮТЬ НА ПРАВА ПАЦІЄНТА.

Ясеницький В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Кримінально-правова охорона прав пацієнта передбачена 12 статтями Кримінального кодексу України (далі КК), зокрема: ст. 131 КК “Неналежне виконання професійних обов’язків, що спричинило зараження особи вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби”, ст. 132 КК “Розголошення відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби”, ст. 134 КК “Незаконне проведення абортів”, ст. 138 КК “Незаконна лікувальна діяльність”, ст. 139 КК “Ненадання допомоги хворому медичним працівником”, ст. 140 КК “Неналежне виконання професійних обов’язків медичним або фармацевтичним працівником”, ст. 141 КК “Порушення прав пацієнта”, ст. 142 КК “Незаконне проведення дослідів над людиною”, ст. 143 КК “Порушення встановленого законом порядку трансплантації органів або тканин людини”, ст. 144 КК “Насильницьке донорство”, ст. 145 КК “Незаконне розголошення лікарської таємниці”, ч.1 ст. 184 КК “Порушення права на безоплатну медичну допомогу”. Беручи до уваги складність категорії причинового зв’язку та значний обсяг правової охорони прав пацієнта, доцільно зупинитися на найбільш проблемних питаннях встановлення причинового зв’язку в окремих складах злочинів. До таких, зокрема, належать склади злочинів, передбачені ст. 139 та 140 КК.

Так, принципово важливим для практики застосування, наведених вище двох статей є встановлення наявності чи відсутності причинового зв’язку між суспільно небезпечним діянням і суспільно небезпечним наслідком, настання якого характеризується імовірністю. Адже, настання смерті (ч. 2 ст. 139 КК) чи тяжких наслідків (ст. 140 КК) може відбутися як у випадку ненадання медичної допомоги пацієнту та неналежного виконання професійних обов’язків медичним працівником, так і у разі правомірної і належної поведінки з боку останнього. І якщо правомірна поведінка медичного працівника виключає можливість притягнення його до кримінальної відповідальності за ст. 139 чи ст. 140 КК, у зв’язку із відсутністю такої ознаки відповідних складів злочинів, як суспільно небезпечне діяння, то у протилежному випадку питання наявності причинового зв’язку з імовірнісними наслідками постає найбільш гостро.

В науці кримінального права, серед дослідників цієї проблеми не досягнуто єдності. Зокрема, В.О.Глушков вважав, що бездіяльність медичного працівника у разі порушенні ним правил безпеки сприяє розвитку хворобливих процесів в сторону погіршення, тобто сприяє реальній можливості настання шкідливих наслідків для життя і здоров’я потерпілого. Між ними і несприятливим наслідком є реальний (необхідний) причиновий зв’язок. Вирішення питання про наявність чи відсутність цього зв’язку має бути пов’язане із встановленням достовірних фактів, а не можливості запобігання медичним працівником шкідливих наслідків.

На думку Л.Майданика, встановлюючи причиновий зв’язок між бездіяльністю і наслідком, висновок про його наявність, може бути зроблений на основі імовірнісних фактів, що свідчать про можливість (імовірність) настання наслідку. Так, цей автор зазначав, що судова практика, як правило, надає доказове значення експертним висновкам, які носять категоричний характер та вважав, що, вирішуючи питання про причиновий зв’язок між протиправними діями лікарського персоналу і шкодою, суд, враховуючи конкретні обставини, може прийняти як повноцінний доказ і такі висновки медичної експертизи, які не будучи категоричними, констатують, однак, високий ступінь імовірності наявності чи відсутності такого зв’язку.

Ф.Ю.Бердичевський писав, що якою б не була величина імовірності сприятливих наслідків лікування хворого за належного медичного втручання, відсутність останнього завжди необхідно розглядати як причину несприятливого результату лікування, а отже і як достатню об’єктивну передумову для відповідальності за такий результат. Щодо самої величини цієї імовірності він пропонував враховувати її при призначенні покарання.

Проте, перш ніж перейти до безпосереднього аналізу цієї проблеми, доцільно навести випадок із судової практики, що яскраво характеризує можливі труднощі в застосуванні ст 139 та 140 КК на практиці. Так, у 1997 р. місцевим судом Личаківського району м. Львова, було встановлено відсутність причинного зв'язку між ненаданням медичної допомоги лікарем та смертю двох потерпілих внаслідок ДТП, на основі висновку експерта про те, що смертність в аналогічних випадках становить від 40 до 80%. Суд зазначив у вирокі, що потерпілі могли померти і у разі належного надання медичної допомоги.

В цій ситуації суд допустив декілька помилок. По-перше, будь-яка імовірність смерті, крім 100% не може об'єктивно підтверджувати безперспективність надання допомоги. Адже, навіть імовірність у 1% уникнення летального випадку, зобов'язує медичного працівника реалізувати цю імовірність в дійсність шляхом надання належної допомоги. Більше того, навіть за імовірності у 1%, кожен сотий медичний працівник, який надавав допомогу чи неналежно надав цю допомогу, буде необгрунтовано уникати кримінальної відповідальності під прикриттям цифр статистики і з кожним зростанням імовірнісних показників число таких лікарів пропорційно зростатиме. Контраргумент про те, що в протилежному разі до кримінальної відповідальності буде притягнуто 99% відсотків осіб, які гіпотетично не могли відвернути наслідок, можна спростувати наступним чином. Особі можна ставити у вину лише той наслідок, який вона передбачала або могла і повинна була передбачити. Очевидно, що стосовно імовірнісних наслідків інтелектуальні ознаки вини особи не змінюються. Тому, якщо особа, усвідомлюючи можливість настання наслідку або маючи можливість його передбачити, не виконує певне діяння, або неналежно його виконує, тоді вона повинна нести за нього відповідальність, за умови наявності причинного зв'язку. Але, оскільки причинний зв'язок в кримінальному праві носить не природний, а юридичний характер, можна зробити висновок, що з правової точки зору, відсутність належної поведінки призводить до невідворотності настання наслідку. Саме на цю особливість діяння призводять до невідворотності наслідку, вказував у свій час Ф.Ю.Бердичевський. По-друге, медичний працівник на момент, коли від нього вимагається надати допомогу не може володіти чіткими статистичними даними, з приводу імовірності настання тих чи інших наслідків, незалежно від вжитих медичних заходів. Тому, зобов'язаний реалізувати покладене на нього законом завдання з врятування життя і здоров'я людини. По-третє, суд фактично здійснив підміну причинно-наслідкових зв'язків, взявши до уваги низьку імовірність виживання потерпілого і характер завданих травм як безпосередню причину смерті. З таким висновком важко погодитися, адже статистикою враховано лише узагальнені показники смертності від конкретного типу травм, водночас індивідуальні особливості людського організму, зовнішні фактори, тривалість між заподіяними травмами і моментом надання належної медичної допомоги не можуть бути завжди однаковими, тому й нема підстав вважати, що і в цьому конкретному випадку наявність належної допомоги не призвела б до позитивного результату. А от фактор ненадання медичної допомоги є завжди однаковим і незалежним від інших, адже допомога або надається або ні. По-четверте, природньою причиною смерті дійсно були отримані травми, точніше нездатність організму перебороти наслідки травми, але в правовій площині ми повинні вести мову про явища, що породжують наслідок, які або виступають діянням (як ознакою складу злочину), або виступають іншими факторами і тоді про причинність в контексті встановлення в діях особи складу злочину говорити не можна. В конкретному випадку винна особа, допомоги не надала, тим самим не реалізувала можливість врятувати хворого від смерті. Фактично, медичний працівник вирішив своєю бездіяльністю буде жити пацієнт чи ні. Саме він спричинив настання летальних наслідків, незважаючи на доволі суттєву можливість їм запобігти.

Таким чином, можна дійти висновку, що причинний зв'язок між суспільно небезпечним діянням і імовірнісним наслідком існує в силу правового характеру причинного зв'язку. І тому, незалежно від величини імовірності настання негативних наслідків для хворого (пацієнта), крім стовідсоткової, ненадання допомоги чи неналежне надання допомоги слід вважати причиною наслідку, що настав.

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ТА КРИМІНАЛІСТИКИ

ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ ОЦІНКИ НЕПРЯМИХ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Багрій М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Одним з елементів процесу доказування є оцінка доказів та їх процесуальних джерел. Кримінально-процесуальний закон (ст. 67 КПК України) встановлює основні правила оцінки доказів незалежно від їх виду, які є обов'язковими для суб'єктів кримінально-процесуального доказування.

В науці кримінального процесу по-різному трактується поняття “оцінки” доказів та їхніх процесуальних джерел, проте найбільш вдалим видається визначення, запропоноване Ю.М. Грошевим та С.М. Стахівським, відповідно до якого оцінка доказів та їхніх процесуальних джерел – це розумова діяльність суб'єктів доказування з визначення допустимості та повноти процесуальних джерел, а також належності до справи наявних відомостей про факти, їх допустимості, достовірності та достатності для прийняття відповідних рішень. Слід зазначити, що зазначене визначення є універсальним, тобто стосується і прямих доказів, і непрямих, незалежно від видової приналежності. Слід також зауважити, що далі розглядатиметься оцінка саме доказів як відомостей про факти, тобто процесуальні джерела доказів залишатимуться поза межами дослідження.

2. За загальними правилами теорії доказів і доказування оцінка доказів відбувається з точки зору їх належності, а також допустимості, достовірності та достатності. Саме з огляду на зазначені критерії оцінки доказів будуть розглядатись особливості оцінки непрямих доказів.

3. Оцінка належності непрямих доказів обумовлюється встановленням їх зв'язку із предметом доказування. Це питання є одним із центральних всієї структури доказування за допомогою непрямих доказів. Процес доказування непрямими доказами проходить в два етапи: на першому етапі встановлюється зв'язок непрямих доказів між собою в рамках конкретної системи, кінцевою метою яких є встановлення „проміжних фактів”; на другому етапі встановлюється зв'язок між „проміжним фактом” та обставинами, які складають предмет доказування. Саме встановлення зазначених зв'язків складає суть належності непрямих доказів. Особливість оцінки непрямих доказів тут полягає в тому, що ці зв'язки не так легко виявити і однозначно тлумачити. Пов'язано це з тим, що непрямі докази є дуже різні за своїм характером, і поєднати їх між собою з одного боку, та з предметом доказування – з іншого, не завжди вдається. На встановлення зазначених зв'язків направлена розумова діяльність слідчого.

4. Поняття допустимості доказів у кримінально-процесуальній науці справедливо розглядається як одне з вихідних положень теорії судових доказів. Правильне розкриття цього поняття має важливе теоретичне і практичне значення. Особливого значення набуває зазначений критерій оцінки при оперуванні непрямими доказами. Слід зауважити, що окремі науковці відкидають допустимість як критерій оцінки доказів (в тому числі і непрямих). Проте, така позиція, як видається, навряд чи є правильною. Теорія доказів і доказування протягом тривалого часу розробляла положення, які в тому числі стосуються правил оцінки доказів. Особливий внесок в цьому напрямку зробив Н.М. Кіпніс, який визначив загальні умови забезпечення допустимості доказів у кримінальному судочинстві. При аналізі допустимості непрямих доказів особливе значення мають наступні умови. Першою умовою є належність джерела фактичних даних, які складають зміст непрямих доказів. Полягає вона в тому, що це джерело передбачене кримінально-процесуальним законом і при його одержанні дотримано вимог діючого законодавства. Потрібно бути особливо ретельними при дотриманні зазначеної умови.

Пов'язано це з тим, що множинний характер непрямих доказів обумовлює дотримання процесуальних джерел їх отримання. При оцінці прямого доказу цей процес проходить в дещо спрощеній формі, оскільки певна інформація, яка безпосередньо вказує на обставину предмету доказування в будь-якому випадку повинна бути закріплена у процесуальному джерелі. Таке порушення легше виявити, оскільки на прямих доказах безпосередньо будуються висновки, які лежать в основі вироку суду. Другою умовою є належний порядок проведення процесуальної дії (слідчої чи судової). Вона впливає із попередньої умови і вказує на дотримання процесуальної форми.

5. Вирішення питання про достовірність непрямих доказів є одним із найскладнішим при їх оцінці. Пов'язано воно з тим, що тут існує багато моментів, які потрібно враховувати при переході від ймовірного знання до достовірного, тобто від припущення (версії) до достовірної інформації (непрямого доказу).

Достовірність непрямого доказу означає, що інформація, яка лежить в його основі точно і повно відображає дійсність в межах предмету доказування. Суб'єктивною стороною достовірності є впевненість у тому, що оцінка даної події є повною та правильною. Вся складність в даному випадку полягає в тому, що для того, щоб кінцевий висновок був достовірний, потрібно, щоб достовірними були непрямі докази, на основі яких він будуватиметься, і щоб вони були правильно поєднані. Тут важливими є зв'язки непрямих доказів, тобто способи їх поєднання, які базуються на правилах логіки та закономірностях явищ. Слід зауважити, що такі зв'язки не так легко виявити, адже вони існують в межах конкретних систем, а також між самими системами непрямих доказів. Окрім встановлення зазначених зв'язків, структура переходу від ймовірного знання до достовірного характеризується особливістю механізму формування висновків при оперуванні непрямими доказами, а отже їх оцінці. Такий механізм побудови висновків передбачає використання методів математики, і полягає в тому, що, оскільки судження про об'єктивний зв'язок непрямих доказів із обставинами предмету доказування розглядається як ймовірний, то його достовірність доводиться шляхом спростування протилежного йому припущення – про випадковий збіг цих непрямих доказів. Таким чином, перехід від ймовірності до достовірності в доказуванні непрямими доказами можливий лише завдяки фактору системності, наявності зв'язків між компонентами системи – непрямими доказами та „проміжними фактами”.

6. Ще одним з критеріїв оцінки доказів є їхня достатність, під якою розуміють таку їх сукупність на певному етапі провадження, яка дозволяє прийняти законне і обґрунтоване рішення у справі. Достатність доказів визначається, по-перше тим, чи дають вони в своїй сукупності можливість встановити ті обставини справи, які необхідні для певного рішення, складають його фактичні підстави; по-друге, чи дають вони можливість для висновку про ці фактичні підстави на тому рівні знань про них, який передбачений законом.

Закон не встановлює і не може встановлювати конкретних критеріїв достатності доказів, він навіть не розкриває цього поняття. Визначення достатності непрямих доказів пов'язане з предметом доказування, змістом „проміжних фактів” і характером їх об'єктивного зв'язку з обставинами вчинення злочину. З одного боку, визначення достатності непрямих доказів передбачає з'ясування питання про те, який об'єм відповідного елемента предмета доказування „заповнює” той чи інший „проміжний” факт. З іншого боку, достатність непрямих доказів визначається також тим, чи складає їх сукупність необхідну фактичну підставу для висновку про наявність всіх обставин, які підлягають доказуванню, тобто чи встановлює система „проміжних” фактів з достатньою повнотою елементи предмету доказування.

СИСТЕМА ПЕРЕГЛЯДУ СУДОВИХ РІШЕНЬ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ ТА ЗАСАДИ, НА ЯКИХ ВОНА ГРУНТУЄТЬСЯ

Бобечко Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. КПК України передбачено три форми проваджень по перевірці вироків, постанов і ухвал суду: апеляційне провадження, касаційне провадження та перегляд судових рішень у порядку виключного провадження. У своїй сукупності вони утворюють систему перегляду судових рішень у кримінальному процесі України.

Утім, наявність у кримінальному судочинстві України аж трьох форм проваджень по перегляду судових рішень зовсім не означає, що рішення суду тричі перевіряється, адже не кожне судове рішення піддається переглядові, а тим більше тричі. Лише апеляційний та касаційний перегляд (судових рішень, що не набрали законної сили) відкривають справді широкі можливості для оскарження та перевірки судового рішення безпосередньо за волевиявленням сторін. Перегляд судових рішень у порядку виключного провадження, а також касаційне оскарження судових рішень, що набрали законної сили, такої волі учасникам процесу не надає.

Аналіз вітчизняного кримінально-процесуального законодавства дозволяє стверджувати, що система перегляду судових рішень у кримінальному процесі України ґрунтується на певних засадах.

Видається, що такими засадами є наступні положення.

2. Перегляд судового рішення може здійснити тільки суд, але вже не той самий, що виніс судове рішення і, можливо, допустив помилку, а вищестоящий суд, який наділений необхідними процесуальними засобами та повноваженнями по виявленню і виправленню недоліків судової діяльності, судді якого мають вищу кваліфікацію.

З огляду на це, перегляд судових рішень здійснюється тільки після того, як функція правосуддя у кримінальній справі вже виконана нижчестоящим судом. Сама перевірка судових рішень є одним з видів діяльності по здійсненні правосуддя і відбувається шляхом розгляду справ у судових засіданнях, базуючись при цьому на принципах кримінального судочинства. Водночас, вищестоящі суди у своїй діяльності користуються дещо іншим методом, відмінним від методу розгляду справ у суді першої інстанції.

3. Судове рішення до моменту його зміни чи скасування вищестоящим судом вважається законним, обґрунтованим та справедливим.

Дана засада зустрічається ще у працях авторитетного французького юриста XVIII ст. Роберта Жозефа Пот'є, хоч насправді її витoki сягають знаменитого правила римської юриспруденції: «Res judicata pro veritate habetur».

4. Право на звернення до суду вищої інстанції мають, за загальним правилом, усі учасники кримінального процесу, інтересів яких торкається винесене судове рішення.

Водночас, звернення до вищестоящего суду спрямоване на захист тих прав і законних інтересів, для захисту яких даний суб'єкт був залучений або вступив у процес та вчинив необхідні дії на досудовому та судовому провадженні.

5. Свобода оскарження судових рішень, що надає можливість заінтересованим особам оскаржити рішення суду в обсязі, необхідному та достатньому, на їх погляд, для захисту своїх або представлених прав і законних інтересів.

Свобода оскарження передбачає право учасника процесу за своєю волею та своїми власними діями розпочати провадження по перевірці судового рішення, не чекаючи чийогось дозволу або санкції на початок такого перегляду. Утім свобода оскарження має й інший аспект – засуджений, виправданий та особа, справу щодо якої закрито, не повинні побоюватись не тільки того, що внаслідок їх звернення до вищестоящего суду погіршиться їхнє становище, але й того, що їх становище може бути погіршене і в результаті відмови від подання скарги.

Свобода оскарження судових рішень гарантує права та законні інтереси особи у кримінальному процесі і, водночас, забезпечує ефективність діяльності вищестоящего суду щодо виявлення, виправлення та попередження недоліків судової діяльності. Це не випадкова засада системи перегляду судових рішень у кримінальному судочинстві, вона виражає суть і зумовлена завданнями цього інституту, є необхідною умовою для його успішного функціонування. Саме цим пояснюється той факт, що в ході розвитку інституту перегляду судових рішень у кримінальних справах дана засада знаходить все більш послідовне втілення.

Зміст свободи оскарження судових рішень становлять наступні положення: а) майже усі судові рішення (за винятком тих, які не підлягають оскарженню в будь-якому порядку, а також ухвали спільного засідання Судової палати у кримінальних справах і Військової судової колегії Верховного Суду України) можуть бути оскаржені до вищестоящего суду; б) право на оскарження надано усім суб'єктам, захист прав та законних інтересів яких пов'язаний із винесеним судовим рішенням; в) такі особи вправі (щоправда тільки у межах визначених законом) оскаржити будь-яке порушення чи обмеження своїх прав та законних інтересів.

Свобода оскарження забезпечується рядом гарантій: публічним проголошенням судових рішень; обов'язком головуючого відразу ж після проголошення судового рішення роз'яснити учасникам судового розгляду право оскаржити це рішення, повідомити про строки та порядок оскарження, не обмежуючись вказівкою про це в самому рішенні; врученням засудженому, виправданому та особі, справу щодо якої закрито, копії вироку, ухвали чи постанови; правом учасників процесу ознайомитися з матеріалами кримінальної справи для вирішення питання про оскарження судового рішення; достатніми для захисту прав та законних інтересів особи строками на оскарження судових рішень; можливістю відновлення пропущеного строку на оскарження; заборобою витребування кримінальної справи з суду першої інстанції протягом строку, встановленого для оскарження судового рішення; можливістю оскаржити майже всі судові рішення; правом подати скаргу як через суд, що виніс судове рішення, так і безпосередньо до вищестоящего суду; можливістю подання скарги рукописним способом на своїй рідній чи вільно обраній мові спілкування, якщо скажник не володіє мовою, якою ведеться судочинство; правом подання скарги не тільки в своїх інтересах, але й в інтересах інших учасників процесу; можливістю доповнити, змінити та відкликати скаргу; звільненням заінтересованої особи від сплати судового збору та державного мита у зв'язку з оскарженням; дією правила про недопустимість погіршення становища засудженого, виправданого та особи, справу щодо якої закрито; наданням можливості доповнити, змінити, відкликати скаргу чи подання до початку судового розгляду, а також підтримувати свої вимоги або відмовитися від них; обов'язком суду першої інстанції направити кримінальну справу, рішення по якій оскаржується, разом із скаргою чи поданням, запереченнями на них до вищестоящего суду та визначення ним дати судового розгляду; обов'язком вищестоящего суду розглянути справу у день, визначений судом першої інстанції, керуючись строком, встановленим законом.

Водночас, відповідно до вимог КПК України свобода оскарження судових рішень вже не пов'язана з відсутністю обов'язкових вимог до форми скарги чи подання. Запровадження у КПК України чітких вимог щодо змісту та форми звернення до суду вищої інстанції має на меті обов'язкове наведення доводів заінтересованих осіб, що, своєю чергою, пришвидшить процес провадження у вищестоящому суді.

6. Перевірка судом вищої інстанції можуть підлягати тільки ті рішення суду (їх частини), які оспорені учасниками кримінального процесу.

Звернення до вищестоящего суду повинно бути виразом чіткого та конкретного волевиявлення. Суд, який виніс рішення, не може самостійно внести у вищу судову інстанцію клопотання про перегляд і виправлення свого рішення, навіть, за наявності у ньому помилки. Цього не може зробити з власної ініціативи і сам вищестоящий суд. Однак він зобов'язаний перевірити всі доводи скарги або подання.

7. Поєднання перевірки законності, обґрунтованості і справедливості оспореного судового рішення.

Законність, обґрунтованість і справедливість складають внутрішні властивості судового рішення, тобто його правосудність. Сучасна система перегляду судових рішень спрямована на визначення таких його внутрішніх властивостей.

Перевірка законності судового рішення означає перевірку: 1) дотримання нижчестоящим судом та органами досудового розслідування під час провадження у справі вимог встановленої кримінально-процесуальним законом процесуальної форми їх діяльності; 2) правильності застосування кримінального закону при вирішенні питання про особу, яка підлягає кримінальній відповідальності, її вини, кваліфікацію вчиненого нею діяння, призначення такої особи покарання, звільнення її від кримінальної відповідальності, покарання чи його відбування; 3) правильності застосування норм цивільного права при визначенні цивільно-правових наслідків вчиненого суспільно-небезпечного діяння; 4) дотримання загальноновизначених принципів і норм міжнародного права та міжнародних договорів України, які є невід'ємною частиною національного законодавства, що регламентує кримінальне судочинство.

Перевірка обґрунтованості судового рішення означає перевірку: 1) наявних у справі доказів з точки зору їх належності, допустимості і достовірності; 2) повноти доказового матеріалу, його достатності для висновків, яких дійшов суд; 3) підстав, за яких суд відкинув одні докази і взяв до уваги інші; 4) відповідності висновків суду наявним у справі доказам; 5) відсутності суперечностей в самому доказовому матеріалі; 6) відсутності суперечностей у висновках суду.

Послання перевірки законності судового рішення з перевіркою його обґрунтованості пояснюється тим, що вирішення питань права та факту в суді першої інстанції тісно між собою пов'язані. Якщо б перевірка судового рішення охоплювала тільки його законність або, навпаки, тільки його обґрунтованість, то в результаті такої перевірки неможливо було б встановити, чи відповідає судові рішення усім вимогам, які до нього ставляться, або не відповідає. Тому у вітчизняному кримінальному судочинстві будь-яка одностороння перевірка судового рішення рідко відкинуто.

Перевірка законності та обґрунтованості судового рішення пов'язана з перевіркою ще однієї важливої внутрішньої властивості будь-якого судового рішення – його справедливості. Більше того, справедливість судового рішення є логічним наслідком його законності і необґрунтованості. Справедливість є категорією морально-правової та соціально-політичної свідомості, що містить вимогу відповідності між злочином і заходом процесуального примусу, покаранням. Невідповідність у цьому співвідношенні і оцінюється як несправедливість.

Перевірка справедливості судового рішення означає перевірку: 1) відповідності обраного судом заходу процесуального примусу ступеню тяжкості злочину, у вчиненні якого підозрюється чи обвинувачується особа, та самій особі, щодо якої його застосовано; 2) відповідності призначеного покарання ступеню тяжкості злочину, особі засудженого та обставинам, що пом'якшують і обтяжують покарання; 3) відповідності застосованих примусових заходів виховного характеру ступеню тяжкості злочину та особі неповнолітнього; 4) відповідності застосованого примусового заходу медичного характеру ступеню тяжкості суспільно-небезпечного діяння та особі, яка його вчинила, у стані неосудності чи обмеженої осудності, або вчинила злочин у стані осудності, але захворіла на психічну хворобу до постановлення вироку чи під час відбування покарання.

Значення аналізованої засади полягає в тому, що одночасна перевірка законності, обґрунтованості та справедливості судових рішень дає можливість найповніше забезпечити повноту та ефективність контролю за діяльністю нижчестоящих судів, а також реально гарантувати права та законні інтереси учасників процесу.

8. Подання (витребування) нових (додаткових) матеріалів.

Новими (додатковими) матеріалами є подані сторонами або витребувані за їхнім клопотанням вищестоящим судом, а у випадках, коли суд виходить поза межі процесуальних вимог заінтересованих осіб, якщо це не суперечить правилу про недопустимість погіршення становища засудженого, виправданого чи особи, справу щодо якої закрито, – витребувані і з його власної ініціативи, процесуально закріплені постановою (ухвалою) суду об'єкти матеріального світу, які містять нові відомості про обставини, що підлягають доказуванню у справі або вказують на допущені істотні порушення вимог кримінально-процесуального закону, неправильне застосування кримінального закону та невідповідність призначеного покарання ступеню тяжкості злочину та особі засудженого у справі чи безпосередньо матеріально відображають ознаки події злочину.

За допомогою нових (додаткових) матеріалів виявляються та заповнюються наявні у справі прогалини, виправляються допущені помилки, відшуковуються джерела відомостей про факти та встановлюються можливості для їх одержання. Нові (додаткові) матеріали для вищестоящего суду поряд з матеріалами кримінальної справи служать засобом перевірки правосудності судового рішення, а сторонам надають нові, додаткові можливості для обґрунтування своїх процесуальних вимог, для спростування скарг та подання інших суб'єктів кримінального процесу, для оспорення судового рішення.

9. Недопустимість погіршення становища підсудного (засудженого, виправданого, особи, справу щодо якої закрито) за результатами перевірки судового рішення.

Суть недопустимості погіршення становища підсудного (засудженого, виправданого, особи, справу щодо якої закрито) на судово-контрольних стадіях кримінального процесу полягає у тому, що з метою забезпечення охорони прав та законних інтересів згаданих учасників процесу, вищій судовій інстанції забороняється за відсутності передбачених кримінально-процесуальним законом умов (це стосується лише апеляційного суду), безпосередньо змінювати обвинувачення на більш тяжке або таке, що істотно відрізняється від попереднього за фактичними обставинами, посилювати покарання, або іншим чином погіршувати становище особи.

Значення цього інституту зумовлене тим, що він служить надійною процесуальною гарантією права підсудного (засудженого, виправданого, особи, справу щодо якої закрито) на захист, забезпечує реалізацію свободи оскарження судових рішень, робить її реальною та створює впевненість у тому, що в результаті оскарження ним судового рішення, його становище не буде погіршене порівняно з першим рішенням суду, а можливо і покращиться. Звідси простежується етична основа даного правила, оскільки з точки зору моралі недопустимо погіршувати становище людини у відповідь на її прохання про допомогу. Крім того, існування даного правила продиктоване інтересами забезпечення підсудного знати, проти чого саме йому захищатися.

Недопустимість погіршення становища підсудного (засудженого, виправданого, особи, справу щодо якої закрито) водночас є і гарантією, яка забезпечує досягнення публічних інтересів – чим більше вільно оскаржуваних судових рішень, тим вищі можливості виявлення та виправлення недоліків судової діяльності.

10. Скасування чи зміна оскарженого судового рішення тільки за наявності відповідних для цього підстав.

Виділення в законі конкретних підстав для скасування чи зміни судових рішень викликане об'єктивними потребами процесуальної діяльності та має важливе науково-практичне значення. По-перше, у цьому реалізується загальна для багатьох галузей права тенденція до відокремлення правоохоронних норм. По-друге, це сприяє цілеспрямованій перевірці правосудності судових рішень, оскільки в підставах узагальнюються і класифікуються можливі порушення закону за найтиповішими їх ознаками. По-третє, це підвищує об'єктивність прийнятих рішень вищестоящих судів, є гарантією від суб'єктивізму при негативній оцінці кримінально-процесуальної діяльності та кримінально-процесуального рішень у конкретних справах. По-четверте, це сприяє точності оцінки якості провадження у кримінальній справі, оскільки саме по собі рішення вищестоящего суду про скасування чи зміну вироку, постанови або ухвали без конкретизації та вказівки на підстави такого рішення не визначає вид та характер порушення. По-п'яте, це сприяє усуненню допущених у справі порушень кримінально-процесуального закону при скасуванні вищестоящим судом судового рішення і поверненні справи на нове чи додаткове розслідування, новий судовий, апеляційний чи касаційний розгляд. По-шосте, точна правова оцінка недоліків провадження у кримінальній справі в рішенні вищестоящего суду забезпечує не лише правильний вибір процесуальних засобів усунення виявлених недоліків, але й сприяє попередженню подібних недоліків в майбутньому.

Необхідно підкреслити, що правовий зміст критеріїв перевірки законності, обґрунтованості та справедливості судових рішень для всіх форм проваджень у вищестоящих судах повинен бути однаковим. Порушення цієї фундаментальної засади системи перегляду судових рішень призведе до різного розуміння судовими інстанціями поняття «законності».

11. Обов'язковість вказівок вищестоящого суду для судів нижчих інстанцій та органів досудового розслідування при поверненні справи на нове чи додаткове розслідування, новий судовий, апеляційний чи касаційний розгляд (крім випадків, прямо вказаних в законі).

Поряд з цим, порядок перевірки правосудності судового рішення гарантує невтручання вищестоящого суду у прерогативи суду першої інстанції, дотримання принципу незалежності суддів і підкорення їх лише закону, і у той же час забезпечує права та законні інтереси учасників процесу та заінтересованих осіб.

12. Порядок перегляду судових рішень повинен усувати недоліки кримінально-процесуальної діяльності у справі, допущені на попередніх стадіях процесу, і водночас запобігати невинуватому затягуванню виконання судових рішень, попереджати подання необгрунтованих звернень до вищестоящого суду, безпідставну зміну або скасування рішень суду.

Перегляд судових рішень побудований, з одного боку, з урахуванням вимоги непохитності, стабільності судових рішень, а з іншого – необхідності встановлення об'єктивної істини, утвердження законності та справедливості. Повне задоволення обох цих умов є надзвичайно важким завданням, але неможливість досягнення ідеалу не може бути причиною відмови від пошуку способів та засобів для наближення до нього.

13. Усі зазначені засади тісно між собою пов'язані, утворюють єдину систему, впливають на порядок розгляду кримінальних справ, визначають підстави та умови, за наявності та з дотриманням яких може бути скасоване чи змінене оспорене судове рішення.

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ ДО ОСОБИ ПРИМУСОВИХ ЗАХОДІВ МЕДИЧНОГО ХАРАКТЕРУ В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ.

Бойко В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Особи, що страждають психічними розладами являються самою вразливою в правовому відношенні категорією населення країни.

Про це вказується і в міжнародно-правових актах, де одним із показників рівня соціально-економічного розвитку, гуманізації і демократизації суспільства відзначається дотримання і забезпечення прав людини в сфері психічного здоров'я.

В Принципах захисту осіб з психічними захворюваннями і покращення психіатричної допомоги (прийняті 18.02.1992 Генеральною Асамблеєю ООН), Декларації про права розумово відсталих осіб (прийнята 20.12.1971р Генеральною Асамблеєю ООН) передбачено, що кожна людина з психічним захворюванням повинна мати право користуватися всіма громадянськими, політичними, соціальними і культурними правами, обмеження в здійсненні цих прав допускається тільки в рамках закону і у випадку необхідності захисту здоров'я і безпеки самої особи, інших осіб або у випадку захисту громадської безпеки, порядку, здоров'я або моральності.

1. Згідно із ст. 93 КК України примусові заходи медичного характеру можуть бути застосовані судом до осіб:

- які вчинили у стані неосудності суспільно-небезпечні діяння;
- які вчинили у стані обмеженої осудності злочини;
- які вчинили злочин у стані осудності, але захворіли на психічну хворобу до постановлення вироку або під час відбування покарання.

Застосування примусових заходів медичного характеру є правом, а не обов'язком суду. Ці заходи застосовуються лише до осіб, які є суспільно небезпечними. Якщо особа страждає на психічну хворобу і вчинила суспільно небезпечне діяння, але за характером вчиненого і за своїм психічним станом не становить небезпеки для суспільства і не потребує надання психіатричної допомоги в примусовому порядку, то примусові заходи медичного характеру не застосовуються.

Таким чином, застосування примусових заходів медичного характеру спрямовано на забезпечення безпеки суспільства (має на меті відвернення небезпечних діянь з боку психічно хворих осіб), а також на інтереси особи, яка страждає психічною хворобою (з метою її вилікування чи поліпшення стану її здоров'я). Очевидно, з врахуванням значимості цих питань, насамперед, для практичного вирішення питань про призначення, зміну і припинення примусових заходів медичного характеру, мета застосування цих заходів має бути безпосередньо закріплена в законі. Крім того, в законі слід було б вказати і на таку мету застосування примусових заходів медичного характеру, як охорона прав та законних інтересів психічно хворих осіб, що відповідало б принципу пріоритету прав особи в кримінальному судочинстві. Охоронна мета цих заходів буде орієнтувати практику, насамперед, на охорону і захист прав та законних інтересів самих психічно хворих осіб при призначенні, зміні і припиненні примусових заходів медичного характеру. В свою чергу, однією з важливих умов для досягнення цієї мети було б закріплення в законі процесуальних прав та обов'язків особи, щодо якої ведеться провадження по застосуванню примусових заходів медичного характеру, що забезпечило б можливість активної участі цієї особи в захисті своїх законних інтересів під час досудового слідства і в судовому розгляді, якщо цьому не перешкоджатиме характер її психічного захворювання. Необхідність законодавчого визначення процесуального статусу цих осіб зумовлена тим, що на момент провадження досудового слідства або судового розгляду цих справ можливе покращення психічного здоров'я осіб, які вчинили суспільно небезпечні діяння в стані неосудності або тих, що захворіли на психічну хворобу після вчинення ними злочину, внаслідок чого в них з'являється здатність до са-

мостійного вчинення процесуальних дій, участі в них, здійснення процесуальних прав і виконання обов'язків. Така здатність повинна бути встановлена на підставі висновку судово – психіатричної експертизи, на вирішення якої обов'язково повинно бути поставлено питання про можливість особи в силу свого психічного стану брати участь в провадженні по застосуванню примусових заходів медичного характеру. Саме в зв'язку з такими обставинами закон передбачає можливість участі цієї особи в судовому розгляді і заслуховування судом її пояснення, якщо цьому не перешкоджає характер її захворювання (ч.3 і 5 ст.419 КПК України) або закриття судом справи, коли він визнає непотрібним застосовувати до особи примусові заходи медичного характеру (ч.1 ст.421 КПК України), якщо така особа перестала бути суспільно небезпечною.

Таким чином, в законі повинні бути закріплені всі процесуальні права і обов'язки, які, за наявності у особи здатності їх здійснювати, дають їй можливість брати повноцінну безпосередню участь на досудовому слідстві і в судовому розгляді і здійснювати захист своїх інтересів. При цьому психічний стан цієї особи може бути лише підставою для обмеження в здійсненні наданих їй законом прав, а не підставою для позбавлення процесуальних прав цієї особи взагалі.

2. Для застосування примусових заходів медичного характеру вимагається наявність підстав. Такими підставами є достатні дані, які підтверджують наступні обставини:

1). вчинення суспільно небезпечного діяння, передбаченого кримінальним законом або злочину;

2). вчинення цього діяння або злочину даною особою;

3). наявність у цієї особи під час вчинення суспільно небезпечного діяння психічного розладу, який виключав її здатність усвідомлювати фактичний характер і суспільну небезпеку своїх дій (бездіяльності) або керувати ними; наявність у особи під час вчинення нею злочину психічного розладу, внаслідок якого вона не була здатна повною мірою усвідомлювати свої дії (бездіяльність) та (або) керувати ними;

4). наявність небезпеки хворого для суспільства, для себе або інших осіб в силу характеру вчиненого нею діяння і психічного розладу.

Застосування примусових заходів медичного характеру до вказаних осіб можливе лише за наявності всіх перерахованих вище підстав в їх сукупності. За відсутності хоча б однієї з цих підстав, застосування цих заходів не допускається.

3. Як вже було зазначено раніше, примусові заходи медичного характеру можуть бути застосовані судом не лише до неосудних осіб, але й до обмежено осудних, тобто до особи, яка під час вчинення злочину через наявний в неї психічний розлад, не була здатна повною мірою усвідомлювати свої дії (бездіяльність) та (або) керувати ними (ст.21 КК України).

В той же час, чинне законодавство, що регулює питання застосування і реалізації примусових заходів медичного характеру до обмежено осудних осіб містить чимало невирішених проблем, які вимагають вдосконалення кримінального і кримінально – процесуального законодавства.

По – перше, в ч.1 ст.94 КК України, що встановлює види примусових заходів медичного характеру, не вказано про можливість застосування примусових заходів медичного характеру не тільки до неосудних осіб, але й до осіб, що вчинили злочин і визнані судом обмежено осудними;

По – друге, кримінальний закон встановлює можливість застосування до обмежено осудних осіб будь – яких видів примусових заходів медичного характеру, що передбачені ст.94 КК України. В той же час, застосування до вказаних осіб, поряд з покаранням, таких видів примусових заходів медичного характеру, як госпіталізація до психіатричного закладу із звичайним, посиленням і суворим наглядом фактично унеможливить досягнення мети призначеного цим особам покарання – їх виправлення, оскільки примусове лікування цих осіб в такому разі буде проводитись в закритих психіатричних закладах, що здійснюватимуть стосовно цих осіб комплекс лікувальних, медико-реабілітаційних і медико-профілактичних заходів, які мають суто медичний (психіатричний) зміст і мети виправлення засуджених не переслідують. За таких умов застосування заходів виправного впливу до таких осіб буде неможливим і мета покарання цих осіб не буде досягнута. Це зумовлено і тим, що застосування примусових заходів медичного характеру не обмежується певним строком і може бути продовжено і після відбуття особою при-

значеного їй покарання. В зв'язку з цим, в законі слід було б передбачити, що до осіб, які визнані судом обмежено осудними, поряд з покаранням, може бути застосований примусовий захід медичного характеру у виді надання амбулаторної психіатричної допомоги в примусовому порядку. На це звернув увагу і Пленум Верховного Суду України в своїй Постанові від 3.06.2005р. №7 "Про практику застосування судами примусових заходів медичного характеру та примусового лікування", де в п.7 спеціально зазначив, що до неосудних (не здатних усвідомлювати свої дії або керувати ними), обмежено осудних (не здатних повною мірою усвідомлювати свої дії або керувати ними) осіб за медичними критеріями не можуть застосовуватися однакові примусові заходи медичного характеру з числа передбачених частинами 3-5 ст.94 КК. З огляду на те, що надання в примусовому порядку амбулаторної психіатричної допомоги застосовується щодо осіб, які мають психічні розлади, наявність яких саме і є критерієм обмеженої осудності (ч.1 ст.20, ч.2 ст.94 КК), судам слід враховувати, що до осіб, визнаних обмежено осудними, у разі потреби може застосовуватися лише цей вид примусових заходів медичного характеру. Своєрідність зазначеної психіатричної допомоги, як вказав Пленум, полягає в тому, що вона надається обмежено осудним особам у примусовому порядку одночасно з відбуванням покарання, призначеного за вироком суду.

По-третє, в Законі слід було вирішити питання про відповідальність осіб, які визнані обмежено осудними і які були засуджені до покарання, не пов'язаного з позбавленням волі в разі їх ухилення від проходження лікування при застосуванні щодо цих осіб примусового заходу медичного характеру у виді надання амбулаторної психіатричної допомоги в примусовому порядку.

4. Провадження досудового слідства по даній категорії справ обов'язкове (ст.111 КПК України). Обов'язковість провадження досудового слідства зумовлено складністю, специфікою в розслідуванні справ даної категорії. Згідно із ч.2 ст.417 КПК України, в ході досудового слідства проводяться всі необхідні слідчі дії для всебічного і повного з'ясування обставин вчиненого суспільно небезпечного діяння і особи того, хто його вчинив, а також обставин, які характеризують цю особу та її психічне захворювання.

Таким чином, предмет доказування у даній категорії справ має свої особливості порівняно із загальним предметом доказування (ст.64 КПК України). В той же час, закон не розкриває змісту вказаних вище обставин, що підлягають доказуванню у цих справах. В зв'язку з цим, ст.417 КПК України слід було б доповнити нормами, що визначали б, які саме обставини підлягають встановленню у цій категорії справ.

До числа обставин, що підлягають встановленню у цій категорії справ слід було б віднести:

- час, місце, спосіб та інші обставини вчинення суспільно небезпечного діяння;
- вчинення цього суспільно небезпечного діяння даною особою;
- наявність у цієї особи психічних захворювань в минулому, ступінь і характер психічного захворювання на момент вчинення суспільно небезпечного діяння або злочину і під час провадження у справі;
- характер і розмір шкоди, заподіяної суспільно небезпечним діянням;
- чи пов'язаний психічний розлад особи з небезпечкою для неї чи інших осіб.

Ретельне дослідження цих обставин дає можливість слідчому і суду вирішити питання про наявність або відсутність підстав для застосування примусових заходів медичного характеру, а суду – призначити особі конкретний вид примусового заходу медичного характеру (ст.94 КК України).

Головна особливість предмету доказування у справах цієї категорії полягає в тому, що особа, яка вчинила заборонене кримінальним законом суспільно небезпечне діяння в стані неосудності не притягається до кримінальної відповідальності. Тому у відношенні цієї особи не ставиться питання про доведення її винуватості у вчиненні злочину, мотивів злочину, форми вини, обставин, що пом'якшують і обтяжують покарання і інше. Якщо по справі ведеться провадження щодо особи, в якій психічний розлад наступив після вчинення злочину, то доказуванню підлягають всі обставини, вказані в ст. 64 і в ст. 417 КПК України. Необхідність вста-

новлення цих обставин зумовлена тим, що після виздоровлення така особа може бути притягнута до кримінальної відповідальності.

Обов'язковому доказуванню у справах цієї категорії підлягають: наявність у особи, яка вчинила суспільно – небезпечне діяння психічних захворювань в минулому, ступінь і характер психічного захворювання або іншого психічного розладу на момент вчинення суспільно небезпечного діяння або злочину або під час провадження у справі, а також, чи пов'язаний психічний розлад особи з безпекою для неї чи інших осіб.

ПРАВОВИЙ СТАТУС УЧАСНИКІВ ПРОЦЕСУ В ПОСТАНОВАХ ПЛЕНУМУ ВЕРХОВНОГО СУДУ УКРАЇНИ: ОКРЕМІ ПИТАННЯ

Ващук Б.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Після розпаду командно-адміністративної системи, істотною реформування національного законодавства, активного намагання привести його у відповідність до європейських стандартів, нового осмислення вимагає також існуюча система джерел права. Зі зміною світоглядних орієнтирів суспільства та визнанням пріоритетності прав людини, цілком закономірно, що сьогодні як в Україні, так і в пострадянських державах з'явилася низка комплексних досліджень джерел права (Марченко М. Н., Пархоменко Н. М.), зокрема й кримінально-процесуального (Дроздов О. М., Яковлева Л. В.), або ж питання, які певною мірою стосуються джерел кримінально-процесуального права опосередковано розглядаються у роботах науковців.

Поряд із дослідженням джерел кримінально-процесуального права, для кримінального судочинства важливого значення набуває визначення ролі та місця роз'яснень Пленуму Верховного Суду України. Свідченням цього є активна робота над дисертаційними дослідженнями у такій сфері (напр. Нор Н. В. Правороз'яснювальна і правозастосувальна діяльність Верховного Суду України в механізмі кримінально-процесуального регулювання). У науковій літературі нині є дискусійною позиція про можливість визнання постанов Пленуму Верховного Суду України джерелами кримінально-процесуального права. Незважаючи на відсутність легітимних підстав для їх такого визнання, при аналізі змісту цих роз'яснень неважко побачити, що Верховний Суд України у деяких випадках внаслідок тлумачення окремих норм КПК створює цілком нові правоположення, невідомі чинному кримінально-процесуальному закону, якими в подальшому суди загальної юрисдикції повинні керуватися при вирішенні конкретних кримінальних справ.

Виходячи з аналізу змісту постанов Пленуму Верховного Суду України, що застосовуються у кримінальному процесі, можна дійти висновку, що вони мають двоякий характер: а) роз'яснюють зміст та процедуру застосування деяких положень Кримінально-процесуального кодексу України (далі – КПК), які недостатньо чітко та повно викладені у його нормі (тобто здійснюється тлумачення норми. Відповідно до п. 6 ч. 2 ст. 55 Закону України «Про судоустрій» Пленум Верховного Суду України дає роз'яснення судам загальної юрисдикції з питань застосування законодавства); і б) як слушно зазначає О. М. Дроздов, звертають увагу судів на точне виконання закону у зв'язку з ігноруванням ними окремих його приписів.

У роз'ясненнях Пленуму Верховного Суду України можемо зустріти випадки, коли Верховний Суд, даючи трактування відповідної норми КПК, певною мірою виходить за межі своєї компетенції та створює цілком нові правоположення. Тим самим у його постановах подекуди розширюється компетенція окремих суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності, що закономірно призводить й до розширення правового статусу учасників кримінального процесу, порівняно з тим, що визначений для них у кримінально-процесуальному законі. Незважаючи на те, що такі роз'яснення здебільшого покликані виконати позитивну роль у захисті прав фізичних та юридичних осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, все ж можна констатувати, що в цих випадках Верховний Суд України виходить за межі своєї компетенції.

Зокрема, виходячи зі змісту ст. 310 КПК, у разі призначення експертизи в суді, головуючий пропонує потерпілому, як і іншим учасникам судового розгляду, подати в письмовому вигляді питання, які він бажає поставити експерту. Після цього суд обмірковує питання, запропоновані учасниками процесу, у тому числі потерпілим, враховуючи при цьому думку учасників судового розгляду, усуває з них ті, що не стосуються справи або не належать до компетенції експерта, а також формулює ті питання, які він ставить перед експертом з власної

ініціативи. Після цього суд виносить ухвалу, а суддя постанову, в якій викладає поставлені на вирішення експертизи питання.

Незважаючи на чітку регламентацію цього питання в Законі, Пленум Верховного Суду України в постанові «Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів» № 13 від 2.07.2004 р. значно ширше тлумачить наведену норму, зазначаючи, що при призначенні і проведінні експертизи суду слід не лише надати та забезпечити потерпілому праву поставити експертові в межах його компетенції питання, які стосуються розглядуваної справи (як це передбачено у ст. 310 КПК), але й належить з'ясувати думку потерпілого та його представника щодо **необхідності та доцільності** проведення експертизи (п. 22). Таким роз'ясненням Верховний Суд України певним чином надає потерпілому додаткове право, яке прямо не закріплене у КПК, – висловлювати свої міркування щодо **необхідності та доцільності проведення експертизи**, якщо її признає суд під час судового розгляду кримінальної справи, а на суд, тим самим, покладає додаткові обов'язки – надати потерпілому таке право, а отже й забезпечити його належну реалізацію.

По-друге, відповідно до п. 4 вищезгаданої постанови, якщо хтось із осіб, яким злочинном заподіяно моральну, фізичну або майнову шкоду, не визнаний потерпілим на стадії досудового розслідування, при попередньому розгляді справи **за наявності відповідного клопотання** суддя своєю постановою має визнати таку особу потерпілим. Пункт 3 ч. 1 ст. 253 КПК чітко передбачає, що суддя, прийнявши рішення про призначення справи до судового розгляду, поряд з іншими питаннями, повинен також вирішити питання про визнання особи потерпілою, якщо рішення про це не було прийняте під час розслідування справи. Співставлення змісту наведеного роз'яснення постанови Пленуму Верховного Суду України і відповідної норми КПК дозволяє зробити висновок, що це роз'яснення вимагає наявності відповідного клопотання, чого не передбачає КПК. Тож у цьому випадку роз'яснення Верховного Суду України входить у розбіжність з нормою Закону. Позиція Пленуму Верховного Суду України щодо розглядуваного питання стає не зовсім зрозумілою, оскільки певним чином нівелює ініціативу судді під час попереднього розгляду справи, **за відсутності відповідного клопотання**, визнати особу потерпілою, якщо для цього є належні підстави та якщо це не було зроблено на попередніх стадіях процесу.

По-третє, відповідно до ч. 3, 4 ст. 165² КПК подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту повинно бути розглянуто судом, до якого воно надійшло, протягом 72 годин з моменту затримання підозрюваного чи обвинуваченого, а в разі, коли особа перебуває за межами населеного пункту, в якому діє суд, – не більше 48 годин з моменту доставки затриманого у цей населений пункт. У встановлений законом термін – 72 чи 48 годин відповідно – включається строк, протягом якого орган дізнання, слідчий, прокурор повинні звернутися до суду з поданням про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, а суд повинен його вирішити. Можливості пропуску цих строків законодавець не передбачає (суд має хіба що право продовжити строк затримання на підставі ч. 8 ст. 165² КПК, проте це не стосується можливості продовження терміну, протягом якого може бути внесене до суду подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту).

Незважаючи на чітку позицію законодавця у цьому питанні, Пленум Верховного Суду України подає невинувато розширене роз'яснення наведеної норми. Так, відповідно до п. 5 його постанови «Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства» № 4 від 25.04.2003 р. з наступними змінами та доповненнями, ненадходження до суду подання про взяття затриманої особи під варту після закінчення цих строків (тобто 72 чи 48 годин відповідно) **не є підставою для відмови в його розгляді**. Отож якщо співставити відповідні правові норми і роз'яснення Пленуму Верховного Суду у цій сфері, неважко побачити, що у своєму роз'ясненні Верховний Суд України покладає **додаткові обов'язки** на суд загальної юрисдикції, зобов'язуючи його розглянути подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, яке надійшло й після встановлених законом строків. Обов'язок розглянути таке подання передбачає, відповідно, і обов'язок його вирішити по суті. Це, звичайно, не виключає можливість за наявності до того підстав обрати до підозрюваного, обвинуваченого

найсуворіший запобіжний захід, що своєю чергою буде істотно впливати на його процесуальне становище у кримінальному процесі.

Поряд з наведеними вище роз'ясненнями, які подекуди невиправдано широко тлумачать норми КПК, у постановвах Пленуму Верховного Суду України зустрічаємо також тлумачення, що ґрунтуються на загальному розумінні закону та відіграють позитивну роль при здійсненні кримінального судочинства. Сюди, зокрема, можна віднести встановлення переліку даних, які повинні міститися у поданні про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту (п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства» № 4 від 25.04.2003 р. з наступними змінами та доповненнями), покладення на головуючого у судовому засіданні обов'язку роз'яснити підсудному, потерпілому, цивільному відповідачеві та ін. суть та призначення судових дебатів перед їх початком (п. 29 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів» № 13 від 2.07.2004 р.) тощо.

СУТЬ АНАЛОГІЇ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Вовк І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Прогалини – одне з негативних явищ у праві, навіть, якщо і виникають вони з об'єктивних причин. Це результат недоліків правотворчої діяльності. Найчастіше вони виявляються в процесі реалізації права. Саме тоді перед правозастосовними органами постає завдання своєчасного та правильного вирішення справи. Однак, заповнення прогалини через звернення до законодавця затягує процес вирішення справи або ж взагалі може не привести до бажаного результату. У такому разі відповідний орган вправі самостійно подолати прогалину.

Дослідження питання прогалин у праві зводиться в юридичній літературі, головним чином, до правил і прийомів їх заповнення. Ці правила та прийоми в теорії права об'єднуються поняттям «аналогії», що використовується як метод усунення прогалин закону в тих галузях права, де це допускається. Аналогія – це подібність, схожість, відповідність у чому-небудь між явищами, предметами, поняттями. Аналогічний – схожий, подібний випадок.

2. Ставлення до інституту аналогії серед вчених неоднозначне. Існують дві протилежні позиції: від повної підтримки до категоричного заперечення.

Одні відкидають аналогію, обґрунтовуючи це тим, що в кримінально-процесуальному праві побічно діє принцип кримінального права – «немає злочину – немає покарання». Однак прихильники зазначеної позиції не враховують специфіки кримінально-процесуального права, суть якої у наступному.

Якщо порівняти кримінально-процесуальне право з кримінальним правом, то останнє – це система заборон, які мають відповідний зміст, дотримуватись яких повинен кожен громадянин. Кримінальний закон адресується усім. На відміну від кримінального, кримінально-процесуальне право не є системою заборон; це сукупність правил судочинства, що діють лише тоді, коли порушене провадження у конкретній справі. Ці правила стосуються тільки суб'єктів кримінального процесу. Оскільки кримінально-процесуальний закон діє лише під час провадження у кримінальній справі, не можна чекати заповнення прогалини законодавцем. Справа повинна бути вирішена так, щоб усі вимоги закону, які логічно з нього випливають, але через прогалину не передбачені для даного випадку, були виконані, інакше завдання кримінального судочинства не будуть досягнуті. У разі виникнення необхідності визнати яке-небудь діяння злочинним, вона має бути усвідомлена законодавцем, до виключного права якого і входить вирішення такого питання. Якщо в процесі вирішення конкретної справи з'являється потреба у вчиненні конкретної дії, законодавець тут не потрібен: він уповноважив відповідні державні органи забезпечити всебічний, повний та об'єктивний розгляд справи щодо кожного злочину, якщо він був вчинений.

Загалом, з твердженням про неможливість застосування аналогії у кримінальному процесі важко погодитись, оскільки об'єкти аналогії (прогалини у кримінально-процесуальному законодавстві) неможливо усунути повністю, вони завжди були, є і будуть, а правозастосовні органи вимушені їх долати.

3. На протигагу поданій позиції, ряд вчених, дотримуючись думки про наявність прогалин у будь-якій галузі права, вважають, що обійтись без аналогії у сфері кримінального судочинства неможливо. Вони (В.П. Божьєв, М.О. Громов), зокрема, зазначають, що кримінально-процесуальний закон не встановлює, які діяння визнаються злочинними, а регулює правовідносини суб'єктів під час провадження у справі. Тому аналогія в кримінальному процесі не розширює рамки репресій, а відіграє позитивну роль, надаючи динамізму кримінально-процесуальним відносинам.

Крім того, застосування у кримінальному процесі закону за аналогією може сприяти досягненню завдань кримінального судочинства.

4. Окремі науковці (В.О. Белоносов) зазначають, що в кримінально-процесуальному праві ідеї заборони аналогії взагалі не виникали в силу відсутності відповідних суспільно-політичних причин.

Про це свідчить і практика, зокрема:

- питання визнання судом недопустимими доказами протоколів огляду місця події, обшуку, виїмки, складених з порушенням закону повинно аналогічно вирішуватись і щодо речових доказів, документів, вилучених в процесі проведення цих слідчих дій, а також висновків експертів, якими досліджувались ці об'єкти;
 - обов'язок захисника не перешкоджати встановленню істини у справі, передбачений ст. 48 КПК України, має поширюватися на інших учасників кримінального процесу;
 - КПК України регламентує участь спеціаліста при проведенні огляду місця події, відтворення обстановки і обставин події та деяких інших слідчих дій. Але до їх переліку, зокрема, не входить очна ставка, допит. Утім, участь спеціаліста можлива при проведенні будь-яких слідчих дій, про що повинно зазначатись в законі;
 - час допиту свідка і потерпілого законодавством не регламентований, але встановлюється за аналогією з часом допиту обвинуваченого, який, крім виняткових випадків, повинен проводитись удень (ст. 143 КПК України);
 - заборона навідних запитань, яка передбачена ст.ст. 143, 167 КПК України стосується лише допиту, але по суті повинна поширюватись й на інші слідчі дії, якими передбачена вербальна передача інформації (очна ставка, пред'явлення для впізнання і т. п.);
 - ст. 194 КПК України допускає проведення відтворення обстановки і обставин події лише за умови, коли дослідні дії не принижують гідності осіб, що беруть у них участь, і не є небезпечними для їх здоров'я. Таких умов за аналогією практичні працівники дотримуються і при проведенні обшуку, огляду, одержанні зразків для експертного дослідження.
5. На практиці не завжди зрозуміло, чи за наявності прогалини у праві необхідно застосовувати аналогію. У відповідного правозастосовного органу може сформувався думка про те, що слід відмовити у розгляді справи. Не усякчас очевидно, що потрібно застосовувати саме схожу норму, а, наприклад, не загальні принципи даної галузі права. Щоб ці та інші можливі запитання належним чином вирішити, необхідно норму про застосування аналогії закону та аналогії права спеціально обумовити в законодавстві. Це, як зазначають дослідники (А.С. Піголкін), буде сприяти зміцненню законності, стабільності правового регулювання.

Така необхідність обумовлена тим, що у сфері кримінального процесу діє не принцип «дозволено все, що не заборонено», а протилежна засада – «дозволено тільки те, що передбачено законом». За інших умов неодмінно запанує сваволя владних державних органів і посадових осіб, які ведуть процес. При цьому застосування норм цього інституту потрібно обмежити чіткими рамками, які б не дозволили зловживати ним.

6. Інститут аналогії не суперечить діючому законодавству, не ігнорує його, а забезпечує найбільш ефективне і доцільне його використання (Р.Д. Рахунов). Аналогія є формою впровадження процесуального закону у практику, умовою повного та всебічного дослідження обставин справи. Такий підхід до проблеми сприяє утвердженню законності в кримінальному судочинстві. Так, неможливо відмовити у розгляді кримінальної справи, якщо існує відповідна матеріальна норма, однак відсутні приписи щодо порядку вирішення даної справи. В іншому разі буде порушено законність, що призведе до бездіяльності матеріального закону там, де його дія необхідна. Тож, інститут аналогії є оперативним засобом подолання прогалин в праві.

Як правило, для того, щоб усунути чи заповнити прогалину, слід звертатись до правового органу (законодавця), що займе тривалий період часу. Однак, це може привести до порушення кримінально-процесуальних строків, а отже – важливих гарантій прав учасників кримінального процесу. Саме за допомогою аналогії можливо швидко, в межах строків вста-

новлених законом, вирішити питання, які виникають у процесі провадження у кримінальній справі, але не врегульовані КПК України.

Основне призначення аналогії – своєчасне реагування на зміни та появу нових суспільних відносин, які потребують правової оцінки та вирішення. Якщо законодавець не завжди може швидко реагувати на зміни в суспільстві, аналогія дає можливість їх врегулювати на підставі вже діючих норм і принципів. Тому цей інститут займає важливе місце в механізмі правового регулювання, є засобом, що дозволяє праву водночас бути стабільним і гнучким інструментом регулювання суспільних відносин.

7. Отже, інститут кримінально-процесуальної аналогії, по-перше, передбачає застосування норм цієї галузі права; по-друге, поширюється на відносини, не врегульовані нормами кримінально-процесуального права, за наявності інших норм, що регулюють подібні суспільні відносини; по-третє, є гарантією швидкого вирішення справи за умови дотримання всіх прав учасників кримінального судочинства.

Таким чином, аналогія у кримінальному процесі є способом врегулювання кримінально-процесуальних відносин, які виникли у процесі кримінально-процесуальної діяльності, але не передбачені кримінально-процесуальним законодавством, на підставі застосування норм, що регулюють подібні відносини, за умови дотримання всіх прав учасників кримінального судочинства.

ІНСТИТУТ ПРИМИРЕННЯ ПОТЕРПІЛОГО З ОБВИНУВАЧЕННЯМ (ПІДСУДНИМ) У СПРАВАХ ПУБЛІЧНОГО ОБВИНУВАЧЕННЯ В КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Гайворонська І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Із прийняттям у 2001 році нового Кримінального кодексу України в дію введено ст. 44 „Правові підстави та порядок звільнення від кримінальної відповідальності” та ст.46 "Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим", які викликали наступне внесення змін в Кримінально-процесуальний кодекс України, зокрема, у ст. 7-1 КПК України "Закриття кримінальної справи у зв'язку з дійовим каяттям, з примиренням обвинуваченого, підсудного з потерпілим, із застосуванням примусових заходів виховного характеру, з передачею особи на поруки або із закінченням строків давності", ст. 8 КПК України "Порядок звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням обвинуваченого, підсудного з потерпілим" та ст.ст. 232-1, 237, 244, 248, 282, 376, 400-1 КПК України.

Враховуючи вищевказану сукупність правових норм, які регулюють порядок закриття кримінальної справи у зв'язку із примиренням з потерпілим у справах публічного обвинувачення, виникає питання: чи свідчить це про формування нового правового інституту?

Для того, щоб дати відповідь на поставлене питання нам слід звернутись до положень загальної теорії права, яка визнає правовим інститутом групу однорідних правових норм, які регулюють самостійний вид суспільних відносин. Безперечно, що одна лише значна кількість правових приписів не може бути достатньою підставою для визнання їхньої множинності правовим інститутом. Зазначене вище свідчить лише про наявність у приписів про закриття кримінальної справи у зв'язку із примиренням потерпілого з обвинуваченим (підсудним) у справах публічного обвинувачення деяких зовнішніх, формального характеру атрибутів, властивих правовому інституту. Але правовий інститут повинен мати також ознаки, що внутрішньо характеризують його як самостійну частину галузі права. Головна функція правового інституту полягає в його здатності забезпечувати цільне, відносно закінчене регулювання відособленої групи суспільних відносин. Такі ознаки властиві сукупності норм, що регулюють порядок закриття кримінальної справи у зв'язку із примиренням потерпілого з обвинуваченим (підсудним).

Предмет правового регулювання норм про закриття кримінальної справи у зв'язку із примиренням потерпілого з обвинуваченим (підсудним) у справах публічного обвинувачення не збігається з предметом регулювання жодних інших норм. Вказані вище правові приписи специфічним чином змінюють правовий статус суб'єктів правовідносин і впливають на розвиток останніх. При фактичній наявності зазначених у 8 КПК України обставин (вчинення вперше злочину невеликої тяжкості або необережного злочину середньої тяжкості, примирення з потерпілим та відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди) органи, що представляють у кримінально-процесуальних відносинах державу, зобов'язані відмовитися від кримінального переслідування особи, що вчинила злочин, від реалізації кримінальної відповідальності за вчинене (внести мотивовану постанову про направлення справи до суду для вирішення питання про звільнення від кримінальної відповідальності, закрити кримінальну справу). Особам, які вчинили злочин, відповідно, надається право претендувати на позбавлення того кримінально-правового тягаря, який загрожував їм за вчинений злочин. Статті 7-1, 232-1, 237, 244, 248, 282, 376, 400-1 КПК України встановлюють процесуальний порядок прийняття рішень органами, що представляють у кримінально-процесуальних відносинах державу, на різних стадіях кримінального процесу (досудовому слідстві, попередньому розгляді справи, судовому розгляді справи, апеляційному провадженні, касаційному провадженні) щодо закриття кримінальної

справи у зв'язку із примиренням потерпілого з обвинуваченим (підсудним) у справах публічно-обвинувачення.

Таким чином, зазначені норми призначені регулювати суспільні відносини, які виникають при закритті кримінальної справи публічного обвинувачення у зв'язку із досягненням примирення між сторонами кримінального конфлікту. У кримінально-процесуальному праві відсутні інші норми, які б регулювали саме такі випадки.

Правові інститути відокремлюються і усамостійнюються в правовій системі й за своїм інтелектуально-вольовим змістом, що насамперед означає їх фактичну і юридичну однорідність. У всіх нормах про звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із примиренням потерпілого з обвинуваченим (підсудним) у справах публічного обвинувачення законодавцем використано однотипні юридичні конструкції і єдину правову термінологію. Отже, юридичне оформлення даного комплексу норм також вказує на самостійність його правового інституту.

Правовим інститутом може бути визнано завершений комплекс норм, які дозволяють всебічно охопити всі можливі моменти регулювання відповідної групи суспільних відносин. Переважна більшість правових приписів, що містяться в нормах про закриття кримінальної справи у зв'язку із примиренням потерпілого з обвинуваченим (підсудним) у справах публічного обвинувачення, дійсно самостійні за своїм значенням, вони не доповнюють один одного, тобто в сукупності є цілісним нормативним комплексом.

Вищевикладене дозволяє зробити висновок, що сукупність норм про закриття кримінальної справи у зв'язку із примиренням потерпілого з обвинуваченим (підсудним) у справах публічного обвинувачення дійсно може бути визнано цілісним, однорідним і самостійним підрозділом правової системи, що забезпечує в рамках кримінально-процесуального регулювання вплив на певну групу суспільних відносин. Тому цілком обґрунтовано можна стверджувати про існування самостійного міжгалузевого інституту закриття кримінальної справи у зв'язку із примиренням потерпілого з обвинуваченим (підсудним) у справах публічного обвинувачення.

Даний правовий інститут можна розглядати як широко, так і вузько. В широкому розумінні слова весь інститут примирення становлять правовідносини, які являють собою, як справедливо зазначає М. С. Строгович, правову форму діяльності органів дізнання, слідства, прокуратури та суду щодо звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням обвинуваченого, підсудного з потерпілим. Тобто, даний правовий інститут складають: по-перше, правовідносини між органом дізнання, особою, яка провадить дізнання, слідчим, прокурором та судом; по-друге, це правовідносини вказаних суб'єктів процесу з потерпілим, обвинуваченим, підсудним та іншими учасниками процесу щодо реалізації положень ст. 46 КК України.

У вузькому ж сенсі слова примирення з потерпілим слід звести до положень ст. 46 КК України та ст.ст. 7-1, 8, 232-1, 244, 248, 282, 366, 376, 396, 400-1 КПК України, оскільки кримінальний та кримінально-процесуальний закон саме так називає спеціальний механізм взаємодії обвинуваченого чи підсудного і такої процесуальної фігури, як потерпілий.

Щодо правовідносин, які регулює інститут примирення з потерпілим у справах публічного обвинувачення, то слід відзначити, що вони є тристоронніми. У них беруть участь особа, яка вчинила суспільно-небезпечне діяння, з одного боку, і потерпілий – з іншого. При цьому контроль за процедурою і її легальним закріпленням здійснює держава за допомогою уповноважених органів.

МЕХАНІЗМ РЕАЛІЗАЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРАВ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ НА УЧАСТЬ У ВІДПРАВЛЕННІ ПРАВОСУДДЯ В КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВАХ

Гринишин А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Конституція України визнає людину найвищою соціальною цінністю, а її права і свободи вказівником змісту та спрямованості діяльності держави. Однак, проголошення основних прав людини ще не є справжньою свободою для людини, для цього потрібно, перш за все, надати людині можливість використовувати надані їй права. Як вірно відзначено у правовій доктрині, право є нічим, якщо його положення не знаходять своєї реалізації в діяльності людей, їх організації, у суспільних відносинах. Неможна зрозуміти право поза механізмом його реалізації в житті суспільства. Тож очевидно, що реалізація конституційних прав громадян є складним та багатостороннім процесом, в якому крім громадян беруть участь ще й органи державної влади.

2. Конституційним правом громадянина України є право здійснювати правосуддя у кримінальних справах в ролі непрофесійних суддів. Механізм реалізації цього конституційного права розкривається через форми, способи, а також гарантії реалізації конституційних норм з врахуванням меж реалізації, відповідно до демократичних процедур, принципів законності та справедливості.

3. Право громадян на участь у відправленні правосуддя в кримінальних справах слід розуміти як надану, гарантовану державою та закріплену Конституцією України можливість громадянина України в установлених законом формах і порядку брати участь в здійсненні важливої галузі державної діяльності, спрямованої на розгляд та вирішення соціальних конфліктів, пов'язаних з порушенням норм права. Відповідно до Конституції України судочинство в Україні провадиться суддею одноособово, колегією суддів (де до професійних суддів прирівнюються народні засідателі) та судом присяжних. У визначених законом випадках народ безпосередньо бере участь у здійсненні правосуддя через народних засідателів і присяжних (ст.ст. 124,127,129). Таким чином, Основний закон нашої держави надає громадянам України право брати участь у відправленні правосуддя в кримінальних справах у статусі народних засідателів та присяжних засідателів.

Порядок реалізації вказаного конституційного права в законодавстві України майже не визначений, а процес його застосування є майже мертвим. З моменту прийняття Конституції України і до цього часу не розроблено належного механізму залучення громадян України до розгляду та вирішення кримінальних справ як народних та присяжних засідателів. Більше того, судочинство за участю присяжних засідателів в нас не провадиться взагалі, а тому надане право на участь у здійсненні правосуддя в кримінальних справах є лише правовою (в тому числі і конституційною) декларацією, оскільки громадяни позбавлені його реалізації.

4. Деякі положення щодо залучення народу до відправлення правосуддя в кримінальних справах викладені в Кримінально-процесуальному кодексі України та Законі України «Про судоустрій України» 2002 року. Спроба більш детального врегулювання механізму залучення народу до відправлення правосуддя в кримінальних справах чим привести законодавство України у відповідність до норм Конституції України зроблено у зареєстрованому наприкінці минулого року новому проекті Кримінально-процесуального кодексу України (Реєстр №1213).

5. Україна має багаторічний досвід діяльності суду за участю народних засідателів, хоча у юридичній спільноті часом з усмішкою говорять про народних засідателів, відводячи їм роль «бокових суддів». Проте варто наголосити на тому, що основна проблема полягає не в самих народних засідателях, а в механізмі їх залучення до здійснення правосуддя в кримінальних справах, що своєю чергою впливає на якість виконуваних ними функцій.

Закон України «Про судоустрій України» 2002 року (ст.66) закріпив наступний порядок формування корпусу народних засідателів, наділивши правом подання списку народних засідателів виключно голову місцевого суду, однак незрозуміло, ким саме і як громадяни мають включатися до списку, яка процедура відбору саме тих осіб, які потрапляють до цього списку? Можна вважати, що такі особи відбираються одноособово головами відповідних судів, проте постає наступне питання – на яких підставах і за яким критерієм? Саме так, відповідно до чинного законодавства, «демократично обираються» народні засідателі, через яких здійснюється правосуддя в кримінальних справах. Пересічний громадянин України не може скористатися своїм правом на участь у судовому процесі в статусі народного засідателя, оскільки процес їх відбору та добору до конкретної справи є малопродуктивним і таким, що в більшості випадків не дотримується. Вказана процедура потребує детальної регламентації і чіткого механізму здійснення. Тільки за таких умови громадяни України будуть мати реальну можливість скористатися своїм конституційним правом – брати участь у здійсненні правосуддя в статусі народних засідателів.

Також варто замислитися – чи доцільно вказаний вище список називати списком народних засідателів, можливо, варто було б його назвати списком кандидатів у народні засідателі. Ця думка базується на тому, що в Законі України «Про судоустрій України» 2002 року закріплено визначення народних засідателів, відповідно до якого ними є громадяни України, які у випадках, визначених процесуальним законом, вирішують у складі суду справи разом з професійними суддями, забезпечуючи згідно з Конституцією України безпосередню участь народу у здійсненні правосуддя. Таким чином, доцільніше було б вважати народними засідателями тільки осіб, які залучені до розгляду та вирішення конкретної справи, а не всіх, які зазначені в якомусь списку. На нашу думку взагалі варто відмовитися від якихось додаткових списків, а запровадити процедуру обрання народних засідателів шляхом випадкового відбору з списку виборців (як це практикується в країнах, де діє шеффенський суд) для кожної конкретної справи.

6. Суд за участю присяжних в юридичній літературі розглядається в декількох аспектах: як право обвинуваченого на розгляд його справи колегією незалежних представників суспільства, які керуються не нормою закону, а поняттями справедливості, життєвого досвіду, здорового глузду; як гарантія права людини на нормальне життя, не пов'язане з позбавленням волі на довготривалий період; як обов'язок громадянина, який відповідає вимогам законодавства щодо характеристик кандидата в присяжні засідателі, брати участь в судовому засіданні як присяжний; як право громадянина брати реальну участь в здійсненні важливої галузі діяльності держави – відправлення правосуддя. Як зазначається багатьма авторами наукових праць, суд присяжних – це, перш за все, право підсудного, результат його вільного волевиявлення (М.В. Неметіна). Однак це також форма виразу гарантованого державою права громадянина України брати участь у здійсненні правосуддя та залучатися до судочинства України.

7. Станом на цей час, громадяни України не можуть скористатися своїм конституційним правом на участь в здійсненні правосуддя в кримінальних справах в статусі присяжного засідателя. Пов'язано це з тим, що інститут суду присяжних в Україні передбачений Конституцією та Законом України «Про судоустрій» 2002 року, на відміну від інституту народних засідателів, досі не запроваджений.

Відповідно до законодавства України, є певні відмінності між процесом реалізації конституційного права особи на участь у відправленні правосуддя в кримінальних справах як присяжного засідателя та участь у відправленні правосуддя в кримінальних справах в якості народного засідателя. Це пов'язано з особливостями відбору таких осіб і з особливостями самого судового процесу за їх участю. Головна відмінна риса полягає в тому, що рішення про винність чи невинність підсудного приймається самостійною колегією непрофесійних суддів чи спільною з суддями колегією. Цю особливість можна вважати ядром процесуальної конструкції інституту присяжних, навколо якого формуються всі інші особливості – процесуальні, організаційні, психологічні.

8. В наш час більшість юристів, особливо практиків, побоюються суду присяжних і широким чином вважають, що запровадження такого суду – не на часі. Вони знайшли своє місце в професії, заробили певну репутацію й абсолютно не бажають змін в правилах «правосудної гри». Слід кон-

статувати, що нова ліга молодих учених, чи то із солідарності зі старшими, чи з інших причин, також не в захопленні від суду присяжних. Серед фахівців, що стверджують необхідність якнайшвидше ввести в Україні суд присяжних перше місце посідають адвокати.

9. Конституційне право громадянина на участь у відправленні правосуддя в кримінальних справах в силу своєї специфіки має суворо визначені межі, що перш за все, обмежене публічним інтересом, правами інших осіб та законодавчо встановленими заборонами. Наприклад, громадяни мають право залучатися до здійснення правосуддя не завжди, а тільки в окремих категоріях справ про злочини, які носять в собі особливу суспільну небезпеку і за які передбачена найсуворіша міра покарання.

Конституційне право особи на участь у відправленні правосуддя в кримінальних справах повинне забезпечуватись законними гарантіями для таких осіб, які повинні, перш за все, забезпечувати їх незалежність та недоторканність від незаконного впливу не тільки заінтересованих осіб, але й з боку різних державних органів і правоохоронних структур. Незалежність цих осіб повинна забезпечуватись як самою процедурою судового розгляду справи, так і заборонаю під загрозою кримінальної відповідальності будь-чийого втручання в їх діяльність. У зв'язку з цим, Кримінальний Кодекс України передбачає відповідальність за вбивство чи замах на вбивство, погрози чи насильство щодо народного засідателя та присяжного, а також щодо їх близьких родичів у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя та відповідальність за умисне знищення або пошкодження майна, що належить народному засідателю чи присяжному або їх близьким родичам, у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя (ст.ст. 377, 378, 379).

На сьогодні в практиці діяльності народних засідателів в Україні фактів посягань на їх безпеку і незалежність практично нема. Але це пов'язано скоріше не з їх надійним захистом, а з їх незначною роллю при прийнятті рішення у справі та вузьким колом кримінальних справ з їх участю.

10. Ефективність реалізації конституційного права громадян на участь у відправленні правосуддя в кримінальних справах залежить ще й від того, наскільки органічно правовий механізм взаємодіє із соціальним механізмом. Попри суто правові питання, які стосуються питань реалізації конституційного права особи на участь у відправленні правосуддя в кримінальних справах, існує величезний комплекс ще й інших питань від вирішення яких залежить реалізація такого права. Йдеться, зокрема, про соціальні умови та фактори, які впливають на реалізацію конституційних прав особи.

11. Слід констатувати факт того, що правовий механізм залучення громадян України до відправлення правосуддя в кримінальних справах має ряд проблем, які є багатоаспектними. Перш за все, це – належне нормативно-правове оформлення залучення народу до відправлення правосуддя в кримінальних справах, це необхідні фінансові і технічні можливості для реалізації цих прав громадян України та традиційний формалізм професійних юристів (перш за все суддів).

**ДО ПИТАННЯ ПРО ПІДСТАВИ І ПРЕДМЕТ ПЕРЕВІРКИ СУДОМ
ЗАКОННОСТІ ТА ОБґРУНТОВАНOSTІ РІШЕНЬ ОРГАНІВ
ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ПРО ЗАСТОСУВАННЯ
АРЕШТУ І ПРОДОВЖЕННЯ СТРОКІВ ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ
НА ДОСУДОВИХ
СТАДІЯХ ПРОЦЕСУ.**

Гузела М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Право на свободу й особисту недоторканість є одним з найбільш значущих прав людини. Не випадково міжнародне співтовариство неодноразово у своїх документах декларувало це право та закріплювало гарантії його здійснення. Частиною 2 ст. 29 Конституції встановлено, що ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше, як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку визначених законом. На реалізацію саме цих положень Основного закону спрямовані у гл. 13 КПК України зміни, якими із шести передбачених чинним законодавством запобіжних заходів до виключної компетенції суду віднесено тільки застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

Окрім цього, законодавець закріпив судовий контроль на досудовому слідстві, як врегульовану законом діяльність, що являється реальною гарантією охорони життєвих благ і цінностей людини, громадянина, таких як недоторканість особи і особистої свободи від можливого самоуправства працівників органів дізнання та досудового слідства, дозволяє виявити випадки незаконного тримання під вартою³.

За змістом діючого законодавства про дачу санкції на арешт і, продовження строків тримання під вартою необхідно перевірити законність і обґрунтованість рішення прийнятого з цього питання у зв'язку з проведенням досудового слідства по кримінальній справі.

Під законністю арешту розуміється точне, повне і однакове дотримання і застосування всіх норм кримінально-процесуального законодавства, а також постанов Пленуму Верховного Суду України, які встановлюють відповідний порядок застосування, цього запобіжного заходу і продовження строків його дії всіма суб'єктами правовідносин.

Обґрунтованість арешту полягає в наявності достатніх відомостей, які містяться в матеріалах, що надійшли до суду в тому числі тих які характеризують дані про особу обвинуваченого чи підозрюваного, які підтверджують необхідність застосування взяття під варту в якості запобіжного заходу, чи продовження строку тримання під вартою.

В юридичній літературі зроблена спроба конкретизувати предмети перевірки законності і обґрунтованості арешту і продовження строків тримання під вартою з допомогою питань, які необхідно з'ясувати в будь-якому випадку:

- Чи порушена кримінальна справа по відношенню до підозрюваного, обвинуваченого?
- Чи пред'явлено йому обвинувачення?
- Чи дотримані строки пред'явлення обвинувачення?
- Чи надав згоду прокурор на обрання запобіжного заходу?
- Чи передбачено статтею за якою пред'явлено обвинувачення покарання у вигляді позбавлення волі на строк понад 3 роки.
- Чи немає підстав для закриття кримінальної справи?

На думку В.М. Лебедєва, перераховані питання і складають основу предмету судової перевірки законності і обґрунтованості арешту і продовження строків тримання під вартою. Однак вважати цей перелік вичерпним навряд чи можливо, оскільки є цілий комплекс обставин, які дозволять обрати запобіжний захід, а тим паче такий, як взяття під варту.

З позиції П.Пилипчука, "предметом дослідження під час судового розгляду подання органа дізнання, слідчого чи прокурора про взяття особи під варту є ті обставини з якими закон

пов'язує можливість обрання цього запобіжного заходу". Крім цього, в юридичній літературі до предмету судової перевірки відносять і вмотивованість обрання запобіжного заходу.

Вважаємо також, що суддя має переконатись, що підозра у вчиненні особою злочину чи обвинувачення є обґрунтованими, тобто що в розпорядженні органу дізнання чи слідчого є здобуті у визначеному законом порядку достатні дані, які вказують на наявність ознак злочину (такими даними можуть бути заяви й повідомлення про злочин, явка за повинною, документи складені за результатами оперативно-розшукової діяльності, протоколи слідчих дій, висновки експертиз, тощо).

Після проведення «малої» судової реформи 2001 року вступила в дію ст. 156 КПК України, яка встановлює строки тримання під вартою під час досудового розслідування. Ці зміни закону практично всіма оцінюються позитивно, оскільки спрямовані на удосконалення механізму забезпечення конституційних прав громадян, припинення тяганини та неорганізованості. Вони потребують внесення корективів не тільки в діяльність судів але і інших органів.

Згідно ст. 156 КПК України, тримання під вартою під час досудового розслідування не повинно тривати більше двох місяців. У випадках, коли у цей строк розслідування справи закінчити неможливо, а підстав для скасування чи зміни запобіжного заходу на більш м'який немає, він може бути продовжений відповідним суддею. Максимальний строк тримання під вартою вісімнадцять місяців. Дальше продовження строку не допускається, обвинувачений якого тримають під вартою підлягає негайному звільненню.

Процедура вирішення питання про продовження строків тримання під вартою здійснюється в судовому порядку. Вирішення цього питання поза рамками судового засідання буде лише кроком назад у забезпеченні гарантій прав особи, не буде сприяти і зупиненню тяганини, своєчасному виявленню і усуненню помилок слідства. За словами В.Росинського, "продовження строку тримання під вартою під час розгляду справи в суді можливе при наявності даних, які свідчать про суттєві труднощі усестороннього, повного і об'єктивного дослідження обставин справи, а також при вмотивованості прийнятого рішення".

За відсутності підстав для зміни запобіжного заходу, чи у разі неможливості закінчення розслідування справи в частині доведення обвинувачення, слідчий за поданням з відповідним прокурором або прокурор звертається до суду з поданням про продовження строку тримання під вартою. У поданні зазначаються причини у зв'язку з якими необхідно продовжити строк, обставини та факти, що належить дослідити, докази, які підтверджують, що злочин вчинено особою яка тримається під вартою, і обґрунтування необхідності збереження цього запобіжного заходу.

Подання про продовження строку тримання під вартою повинно бути подано до суду у строки, встановлені ч. 2 ст. 165³ КПК України.

Одержавши подання суддя вивчає матеріали кримінальної справи, при необхідності опитує обвинуваченого, особу у провадженні якої перебуває справа, вислуховує думку прокурора, захисника, якщо він з'явився, після чого залежно від наявності підстав виносить постанову про продовження строку тримання під вартою або відмовляє в його продовженні. У зв'язку з цим виникає питання, якщо суддя не дає згоди на продовження строку тримання під вартою, як бути у такому випадку? В даній ситуації суддя, продовжуючи строк тримання під вартою, повинен відмінити запобіжний захід – взяття під варту або обрати інший запобіжний захід, наприклад, підписку про невиїзд чи заставу. В розрізі розглядуваної проблеми необхідно підкреслити, що суддя, перш за все вирішуючи питання про подальше продовження строку тримання під вартою, повинен виходити з того, що якщо за відповідною статтею КК України, за якою обвинувачується особа строк покарання у вигляді позбавлення волі являється не меншим у порівнянні з відбутим строком тримання під вартою і запропонованим строком подальшого тримання під вартою, разом взятих, лише після того він виносить постанову про продовження строку тримання під вартою.

Аналізуючи далі вищезгадану проблему слід зазначити, що у ч. 5 ст. 156 КПК закріплено положення, відповідно до якого час ознайомлення обвинуваченого та його захисника з матеріалами кримінальної справи при обчисленні строку тримання під вартою як запобіжного заходу не враховується.

На мій погляд це дозволяє тримати осіб під вартою без достатніх підстав до цього без обмежень строку, що призводить до ущемлення конституційного права громадян на свободу і особисту недоторканість. Адже для тримання обвинувачених під вартою понад санкціоновані строки не передбачено обов'язкове внесення відповідними посадовими особами компетентних органів рішень. Обвинувачений може знаходитись під вартою навіть після того, як рішення про застосування до нього запобіжного заходу або про його продовження вичерпало себе, втратило чинність чи відпала потреба в цьому.

Неприпустимість перевищеного або необмеженого за тривалістю тримання особи під вартою випливає з п. 3 ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, згідно з яким кожен має право на розгляд будь-якого представленого йому обвинувачення без невинуватого затримки, що насамперед стосується осіб, позбавлених волі на досудових стадіях кримінального судочинства.

Тенденція до встановлення гарантій від свавільного арешту дістала вияв у затвердженому Генеральною асамблеєю ООН 9 грудня 1988 року "Зводі принципів захисту всіх осіб, що затримуються або ув'язнюються у будь-якій формі, відповідно до яких особа, затримання за кримінальним обвинуваченням має право у будь-який час порушити перед судовим або іншим органом питання про розгляд законності її затримання, а також на вирішення його в розумний строк або на звільнення від суду.

Увесь правовий інститут запобіжних заходів, а отже і ч. 5 ст. 156 КПК України спрямований в основному на те, щоб обвинувачений не зміг переховуватись від слідства та суду, зашкодити розгляду кримінальної справи, а також, щоб він і його захисник не затягували процес ознайомлення з її матеріалами, хоч формально цей процес не обмежено якимось строком.

Звертає також на себе увагу та обставина, що ч. 5 ст. 156 КПК, дозволяє тримати обвинувачено під вартою при ознайомленні останнього та його захисника з матеріалами кримінальної справи, незважаючи на наявність передбачених для цього законом підстав, без їх відповідної перевірки і підтвердження такими обставинами, які свідчили б про цілеспрямовані дії обвинуваченого спрямовані на те, щоб уникнути покарання. Крім цього, можливість невмотивованого застосування ч. 6 ст. 156 КПК щодо всіх обвинувачених у конкретній справі є обмеженням їх права на свободу та особисту недоторканість. Адже ця норма створює умови для того, щоб у кримінальній справі по обвинуваченню декількох осіб, з передбачених КПК причин строків тримання під вартою виключався час витрачений на ознайомлення з її матеріалами не тільки зазначеною вище особою та її адвокатом, а й іншими обвинуваченими та їх адвокатами.

За словами В. Ключкова, "по суті це означає, що законодавець обрав таке правове регулювання за якого усі обвинувачені, а не тільки обвинувачений який зловживає вказаним процесуальним правом піддаються свавільному взяттю під варту. Надання обвинуваченому часу для ознайомлення з матеріалами кримінальної справи не повинно бути пов'язане з настанням для нього такого наслідку, який тягне подальше тримання під вартою".

На підставі вищевказаного можна зробити висновок, що ч. 5 ст. 156 КПК обмежує права і свободи людини і громадянина, що не відповідає ч.1 ст. 29, ч.1 ст.55, ч.ч.1 і 2 ст. 64 Конституції України.

В зв'язку із цим, доречним було прийняття 03.04.2003 року Закону України "Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України", згідно з яким дана проблема знайшла своє вирішення. Відповідно до п.2 вищезазначеного Закону матеріали закінченої розслідування кримінальної справи повинні бути пред'явлені обвинуваченому, взятому під варту, та його захисникові не пізніше як за місяць до закінчення граничного строку тримання під вартою, встановленого частиною другою цієї статті.

Якщо матеріали кримінальної справи було пред'явлено обвинуваченому та його захисникові з порушенням місячного терміну до закінчення граничного строку тримання під вартою, встановленого частиною другою цієї статті, то після його закінчення обвинувачений підлягає негайному звільненню. При цьому за обвинуваченим та його захисником зберігається право на ознайомлення з матеріалами справи.

Якщо матеріали кримінальної справи було пред'явлено обвинуваченому та його захисникові з додержанням місячного терміну до закінчення граничного строку тримання під вар-

тою, але його виявилось недостатньо для ознайомлення з матеріалами справи, зазначений строк може бути продовжено суддею апеляційного суду за поданням слідчого, погодженим з Генеральним прокурором України чи його заступником, або поданням цього прокурора чи його заступника. Коли у справі беруть участь кілька обвинувачених, яких тримають під вартою, і хоча б одному з них строку, передбаченого частиною шостою цієї статті, виявилось недостатньо для ознайомлення з матеріалами справи, то зазначене подання може бути внесено стосовно того обвинуваченого або тих обвинувачених, які ознайомилися з матеріалами справи, якщо не відпала необхідність у застосуванні до нього або до них взяття під варту і відсутні підстави для обрання іншого запобіжного заходу”.

Прокурорсько-слідча і судова практика свідчить про те, що у багатьох випадках незважаючи на закінчення максимального строку тримання під вартою (півтора року), обвинувачені продовжують перебувати у слідчих ізоляторах. Потім справи надсилаються до судів, які також розглядають їх протягом тривалого часу.

Здебільшого суди постановляють обвинувальні вироки. Однак нерідко справи надсилаються на додаткове розслідування і при цьому частина з них закривається з різних причин, а іноді виносяться й виправдувальні вироки. Тоді постає справедливе питання: за що людина незаконно перебувала під вартою й зазнавала обмежень у конституційних правах та свободах.

Для усунення цієї правової прогалини поділяємо думку про те, що до ч.6 ст. 156 КПК слід внести зміни, виклавши їх в наступній редакції: “При обчисленні строку тримання під вартою, як запобіжного заходу враховується весь час ознайомлення обвинуваченого та його захисника з матеріалами кримінальної справи.” Це відповідатиме світовим стандартам, які регламентують порядок додержання прав і свобод людини та громадянина.

Враховуючи все вищенаведене слід зазначити, що продовження строків тримання під вартою суддею скероване на те, щоб значно зменшити тяганину, яка обмежує конституційні свободи людини і громадянина, що пов’язані з довготривалим необґрунтованим триманням під вартою, а також суттєво сприятиме підвищенню дисциплінованості і відповідальності суддів.

ПРОБЛЕМИ ОРГАНІЗАЦІЇ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ТЕХНІКИ В РОЗКРИТТІ ЗЛОЧИНІВ І ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ.

Єзерський Р.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Вдосконалення правового регулювання застосування криміналістичної техніки найтісніше пов'язане з організаційним забезпеченням діяльності щодо розкриття злочинів.

Видається, що дослідження питань організації застосування криміналістичної техніки в рамках криміналістичної науки не виходить за межі її предмету. Будучи синтетичною галуззю знань, криміналістика покликана акумулювати досягнення інших наук. Питання планування розслідування, побудови версій, взаємодії є невід'ємними елементами криміналістичної тактики і методики. Правомірність вивчення організаційних проблем криміналістикою стосовно проблем використання науки і техніки в розкритті злочинів підтверджується також науковими дослідженнями.

У найзагальніших рисах організація є процесом або сукупністю дій, які призводять до створення і вдосконалення взаємозв'язків між частинами цілого. Варто зазначити, що серед науковців не склалося єдиної думки щодо змісту організації та обсягу даного поняття.

Зміст організації застосування криміналістичної техніки, через свою вузько-спеціальну спрямованість, не був предметом цільових досліджень. Криміналістична техніка в основному застосовується в рамках розслідування, організаційні аспекти якого детально висвітлювали в криміналістичній літературі.

Організаційні основи застосування криміналістичної техніки можуть бути розглянуті як нормативно-регламентована система заходів, спрямованих на підвищення ефективності застосування криміналістичної техніки в розкритті злочинів, що забезпечують:

- оптимізацію структури органів задіяних в системі техніко-криміналістичного забезпечення (визначення структури підрозділів, їх штатної чисельності, підбір кадрів їх підготовку);
- впорядкування зв'язків між ними (визначення об'єму компетенції окремих елементів структури, порядку їх взаємодії, забезпечення управління);
- вдосконалення умов застосування криміналістичної техніки (вибір найбільш раціональних шляхів зменшення витрат часу і ресурсів, підвищення продуктивності праці, планування, звітність);
- розвиток її засобів і методів (вирішення комплексу питань, пов'язаних з їх розробкою, апробацією і впровадженням).

Очевидно, що організація застосування криміналістичної техніки є складною, багатоелементною структурою. Вдосконалення організаційних основ застосування криміналістичної техніки в розкритті злочинів обумовлює вирішення багатьох проблем. Об'єм дослідження дозволяє розглянути лише ті з них, які, по-перше, мають безпосереднє відношення до реалізації права; по-друге, є головними і найбільш перспективними напрямками у вдосконаленні організації застосування криміналістичної техніки.

Це дозволяє зосередити основну увагу на вирішенні вже визначених проблем переважно з позиції системного підходу. Згідно вибраної методології, організаційні як і правові основи є невід'ємним елементом цілісної системи техніко-криміналістичного забезпечення. Як вказує В.Г. Афанасьєв: "Зв'язок між компонентами цілісної системи істотний і органічний. Зміну одного з них з необхідністю викликає та або інша зміна інших, а нерідко і системи в цілому. В даному випадку запропоновані зміни в правовому полі повинні здійснюватися в комплексі з відповідними змінами в організації застосування криміналістичної техніки.

Запропонована раніше диференціація процесуальних форм застосування спеціальних знань створює правову основу для вдосконалення організації їх використання, і, зокрема, – для організаційного розмежування експертів і спеціалістів-криміналістів, а також диференціації їх функцій.

Ідея формування суто експертних і науково-технічних служб вже давно отримала свій розвиток в науковій літературі. Так, В.О.Волинський пропонує разом з експертно-криміналістичними підрозділами, створити науково-технічні, розмежувавши їх функції. Н.С.Суригіна, обгрунтовуючи необхідність формування інституту техніків-криміналістів, пропонує створити самостійну науково-технічну службу, разом з експертною.

Варто зазначити, що організаційне поєднання функцій експертів і спеціалістів в цілому негативно вплине на результативність техніко-криміналістичної роботи. Як справедливо відзначає В.Беляєв, "поклавши обов'язки спеціалістів на експертів, ми не лише зупиняємося на місці, а все більше відстаємо від розвинених країн".

Зростання злочинності в нашій країні спричиняє значне збільшення навантаження на співробітників експертно-криміналістичних підрозділів. У таких умовах необхідність підвищення продуктивності праці співробітників експертно-криміналістичних підрозділів стає ще очевиднішою. Це, зокрема, може бути досягнуто за допомогою розподілу праці на основі поглиблення спеціалізації в професійній підготовці і практичній діяльності співробітників експертно-криміналістичних підрозділів. Видається, що така спеціалізація, пов'язана з конкретизацією форм, завдань і функцій експертів і спеціалістів-криміналістів повинна ґрунтуватися на їх організаційному розмежуванні.

Таким чином організаційне розмежування варто проводити з урахуванням конкретних умов функціонування експертно-криміналістичних підрозділів. Варто погодитися з думкою Г.Г.Зуйкова і О.М.Ларіна, які відзначили необхідність визначення "для кожного підрозділу, напрямів, форм, рівнів і меж спеціалізації, обумовлених реальними потребами, штатними можливостями, поширеністю злочинів тих або інших видів та іншими факторами". Організаційне роз'єднання можливе тільки на основі крупних (на міському і регіональному рівні) експертно-криміналістичних підрозділів, що мають відповідні організаційно-штатні можливості. Це може бути також реалізовано на основі укрупнення існуючих експертних лабораторій.

Таким чином виділення суто експертної роботи дозволить повніше використовувати потенціал найбільш кваліфікованих співробітників експертно-криміналістичних підрозділів і можливості лабораторного устаткування.

Цілеспрямованість підготовки і практичної діяльності експертів сприятиме зростанню їх професійної майстерності, підвищенню якості проведення експертиз, скороченню термінів їх проведення, що відповідає основним завданням судочинства.

Очевидна необхідність спеціалізації не тільки експертів але і спеціалістів, що залучаються до огляду місця події. Її специфіка полягає в універсалізації підготовки спеціалістів-криміналістів, спрямованості на вирішення найрізноманітніших (з орієнтацією на найбільш розповсюджені) техніко-криміналістичних завдань в польових умовах.

Через такі організаційні форми здійснюватиметься спеціалізація працівників не тільки експертно-криміналістичних підрозділів, але і досудового слідства та дізнання, а також їх взаємодія, що в комплексі може підвищити ефективність первинного етапу розслідування.

Запропоновані правові заходи щодо створення умов для використання криміналістичної техніки (спрощення порядку її застосування, посилення доказового значення результатів), особливо в процесі проведення слідчих дій повинні кореспондуватися із заходами організаційного характеру. Особливе значення в цьому належить спеціалістам-криміналістам. Необхідність їх залучення до участі в слідчих діях визначається:

- причинами тактичного і етичного характеру;
- потребою в комплексному (одночасному) застосуванні засобів і методів криміналістичної техніки, або, коли потрібно виконати значний об'єм техніко-криміналістичної роботи;
- відсутністю у певних випадках необхідних знань і навиків у суб'єктів розслідування.

Варто зазначити, що можливості суб'єктів розслідування в застосуванні криміналістичної техніки досить обмежені, оскільки у них немає для цього ні засобів (при існуючому рівні забезпечення), ні необхідних, за великим рахунком, знань і навиків.

В умовах демократизації нашого суспільства, формування правової держави, як ніколи раніше, очевидно є потреба у створенні якісно нової системи техніко-криміналістичного, а в більш широкому аспекті, інформаційного забезпечення діяльності органів досудового розслідування щодо розкриття злочинів.

НОВІ МОЖЛИВОСТІ ЩОДО ІДЕНТИФІКАЦІЇ ОСОБИ ЗА ОЗНАКАМИ ЗОВНІШНОСТІ

Жолнович І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Об'єктами дослідження судово-стоматологічної експертизи поряд із прижиттєвими фотографіями обличчя і черепа, прижиттєвими і посмертними рентгенограмами щелепно-лицевої області, слідами і відбитками зубів, виступає і рельєф спинки язика, а також малюнок твердого піднебіння.

Малюнок твердого піднебіння повністю набуває сформованості у зрілому віці. Він залишається незмінним впродовж всього життя людини. У старечому віці відбуваються зміни з боку еластичних волокон, які стовщуються, але форма і розміри піднебіння залишаються незмінними. Лікарські маніпуляції в порожнині рота, протезування не впливають на його малюнок.

Під час опису малюнка піднебіння звертають увагу на його анатомічні утворення – середній шов, різцевий сосочок, складку, борозну, рисочку, крапку і кому, бічний сосочок та вал.

Під час опису постійних елементів малюнку твердого піднебіння вказують ступінь їх вираженості – якщо елемент зовсім не виражений, то йому надають 0 балів, при поганій вираженості – 1 бал, при добрій вираженості – 2 бали і при інтенсивній вираженості – 3 бали.

За наявності топографо-анатомічних утворень твердого піднебіння та ступенем вираженості його постійних елементів складають формулу твердого піднебіння, строго дотримуючись послідовності. Спочатку відмічають різьовий сосочок, далі середній шов, складки, борозни, рисочки, крапки, коми, бічний сосочок і вал. Різьовий сосочок і середній шов описують залежно від ступеня їх вираженості в балах, а інші елементи – тільки вказують їх кількість. У разі відсутності пишуть “0”.

Відтиски язика з верхньої та нижньої щелепи знімаються з допомогою злипкових ложок (з використанням альгінатних мас “Палгепласт” або “Септалгін” категорії В) і потім виготовляється гіпсова (позитивна) модель.

Для точного позначення локалізації, форми і кількості жолобовидних, листовидних, грибовидних, ниткових сосочків, кут їх розміщення, які є суто індивідуальні, використовується схема-карта, згідно якої спинка язика поділяється на 10 квадратів (по п'ять з кожної сторони), розділених серединної лінії, яка йде від пограничної бороздки до середини кінчика язика. Від 1 до 5 квадрати розміщені справа і 6 до 10 – зліва.

Особливу увагу слід приділити кількості і локалізації жолобовидних сосочків, які під час ідентифікаційних дослідженнях є найбільш інформативними.

Відбиток губ людини складається з поперекових ліній (борозен) і гілчастих ліній, що можуть розташовуватись як на одній губі – верхній або нижній чи обох, та утворювати фігури. Серед таких фігур, наприклад, можна виділити малюнок у вигляді пучка “частоколу”, “замкнутих полігональних фігур”, “решітки”, “зірки”, “вилки” чи “тризуба”.

Серед усіх можливих малюнків, що зустрічаються на відбитках губ, тільки два – сітчаста форма та горизонтальні або близькі до них лінії виявляються досить рідко і таким чином є “особливими прикметами” людини, що їх залишила.

Під час огляду місця події пригоди та речових доказів можуть бути виявлені біологічні об'єкти, як за своїм виглядом нагадують волосся. Експертизу волосся проводять в судово-імунологічному відділенні відділу судово-медичної експертизи речових доказів.

Під час проведення експертизи можливо вирішити наступні питання:

1. Чи є даний об'єкт волосся?
2. Якщо це волосся, то воно походить від людини чи тварини?
3. Якщо це волосся людини, то з якої ділянки тіла?
4. Волосся випало чи вирване?
5. Яка групова та статева приналежність волосся?

6. Чиє на волоссі ознаки впливу факторів зовнішнього середовища?

7. Чи походить волосся з тіла конкретної особи?

Для ідентифікації особи за ознаками зовнішності можна використовувати і елементи вказаних вище ознак, або їхні властивості. Тому слідчим необхідно знати можливості сучасних судових експертиз, що дасть можливість більш ефективно виконувати свої функції щодо розшуку та встановлення осіб.

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ ДОПИТУ МАЛОЛІТНЬОЇ ОСОБИ НА СТАДІЇ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ.

Ковна У.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Допит малолітніх осіб як на стадії досудового слідства, так і на стадії судового розгляду справи характеризується істотними особливостями, зумовленими віковими психофізичними характеристиками цих осіб. На особливості допиту малолітніх осіб у межах судового розгляду впливають різні фактори. Однак, в будь-якому разі не можна ігнорувати покази малолітніх осіб. Вони є важливим, а нерідко й визначальним джерелом доказів. Виходячи із цього та не зважаючи на психічні особливості неповнолітніх та малолітніх учасників кримінального судочинства, їхні покази можуть бути достовірними, достатньо повними і точними.

2. В науці кримінального права судовий допит прийнято класифікувати на певні види за різними критеріями. Щодо малолітніх осіб, то доцільно розрізняти залежно від їхнього процесуального становища допити малолітнього свідка та допит малолітнього потерпілого.

Враховуючи тактичне значення послідовності допитів осіб, зважаючи на їхнє процесуальне становище, у законодавстві (ст. 308 КПК України) й на практиці сформувався певний стереотип черговості їхнього проведення. Отже, спочатку, як правило, прийнято допитувати (після підсудних) потерпілих, а після них – свідків. Відтак, при дослідженні особливостей допиту малолітніх потерпілих та свідків ми враховуватимемо що послідовність.

3. Потерпілий згідно із ст. 308 КПК України допитується за правилами допиту свідків. Отже, особливості допиту потерпілого віком до 14 років проводиться за правилами, зазначеними у ст. 168 КПК України, а саме: в присутності педагога, а при необхідності – лікаря, батьків чи інших законних представників такої особи. Така лаконічність правового регулювання допиту потерпілих без врахування особливостей становища потерпілого у кримінальному процесі свідчить про ігнорування прав малолітніх-жертв злочинів, відсутності належних процесуальних гарантій їхнього захисту у кримінальному процесі України.

Кримінально-процесуальний кодекс України оперує поняттям «потерпілий», в той час як міжнародно-правові акти застосовують переважно термін «жертва». І хоч на перший погляд істотних змістовних етимологічних відмінностей у зазначених термінах не спостерігається, все ж необхідно враховувати ту обставину, що потерпілим особа визнається лише на підставі постанови особи, яка проводить дізнання, слідчого чи судді, або за рішенням (ухвалою) суду. А жертвою людина стає в момент вчинення насильства. Таким чином, виникає достатньо очевидне розходження в змістовному навантаженні понять «потерпілий» та «жертва». Ця відмінність і визначає, в кінцевому результаті, ставлення держави і суспільства до проблем правосуддя (Н.Л.Хананашвілі) й не може не позначитись на процесуальному становищі потерпілих в кримінальному судочинстві.

Згідно із Рекомендацією R (85)11 11 Комітету Міністрів Ради Європи про становище потерпілого в структурі кримінального права та судочинства, прийнятій 28 червня 1985 р. на всіх етапах розгляду допит потерпілого повинен вестись із врахуванням його особистого становища і поваги до його прав і гідності. Коли це можливо і доцільно, діти і душевнохворі чи інваліди повинні допитуватись у присутності їхніх батьків чи законних представників (ст. 8 Рекомендації № R (85) 11). Необхідно відзначити, що чинний КПК України відображає що необхідність посиленого захисту прав та інтересів дитини. Проте ст. 168 КПК, яка сприйняла зазначену Рекомендацію, не повинна бути диспозитивною. Кримінально-процесуальний закон України у цій частині повинен містити вимогу про необхідність участі батьків чи інших законних представників при допиті малолітніх осіб. Імперативність цієї норма також зумовлюється вимогами «Пекінських правил» про те, що діти не повинні вилучатися з під наглядом батьків.

5. У міжнародно-правових актах питанням щодо особливості становища у кримінальному судочинстві дітей-жертв і свідків злочинів приділяється значна увага. 22 червня 2005 р. ре-

золоцією ЕКОСОР ООН (Економічна і соціальна рада ООН) були прийняті Керівні принципи, які стосуються правосуддя з питань, пов'язаних із участю дітей-жертв і свідків злочинів. Згідно із цими принципами, кожній дитині-жертві чи свідку злочину повинно забезпечуватись ряд прав, які реалізуються через діяльність відповідних органів, структур, посадових осіб тощо.

У світлі міжнародно-правових актів щодо захисту прав дитини та, враховуючи, необхідність посиленого захисту малолітніх і неповнолітніх потерпілих та свідків, кримінально-процесуальний закон повинен враховувати і закріплювати процесуальні особливості залучення малолітніх і неповнолітніх потерпілих та свідків, гарантуючи їм посилений захист їхніх прав та інтересів. Разом з тим його норми повинні мати диспозитивний, а не імперативний характер з тим, щоб дати можливість суду вирішувати у кожному конкретному випадку про доцільність чи недоцільність виклику малолітнього чи неповнолітнього потерпілого чи свідка та їхній допит. Чинний кримінально-процесуальний кодекс України за певних умов передбачає можливість допиту неповнолітніх свідків та потерпілих за відсутності підсудного (ч.4 ст.307), проте з приводу показань свідка повністю від необхідності допиту неповнолітніх потерпілих та свідків КПК України не відмовляється. Що ж стосується малолітніх потерпілих та свідків, то, як видається, КПК України необхідно доповнити нормами, згідно із якими малолітній потерпілий та свідок можуть, за необхідності, не допитуватись у суді, якщо допит проводився на досудовому слідстві та підозрюваний або обвинувачений мали можливість задавати йому запитання, а також коли покази малолітньої особи підтверджуються іншими доказами у справі.

У практиці Європейського суду з прав людини це питання теж вирішується неодноразово. Виникнення протиріч (колізій) між правом обвинуваченого на справедливий судовий розгляд і правом жертви на приватність примушує суд у кожному конкретному випадку враховувати особливі обставини справи.

6. Ще однією важливою гарантією прав малолітніх та неповнолітніх потерпілих та свідків при допиті, якій, на жаль, не приділяється достатня увага в юридичній літературі, є провадження допиту з використанням мови, яку застосовує і розуміє дитина (р. V Керівних принципів, що стосуються правосуддя з питань, пов'язаних із участю дітей-жертв та свідків злочинів), ст. 19 КПК України зазначає, що судочинство провадиться українською мовою або мовою більшості населення даної місцевості. При цьому особам, що беруть участь у справі і не володіють мовою, якою провадиться судочинство, забезпечується право робити заяви, давати показання, заявляти клопотання, знайомитися з усіма матеріалами справи, виступати в суді рідною мовою і користуватися послугами перекладача в порядку, встановленому цим Кодексом. Водночас, це правило повинно бути деталізовано нормою КПК України, якою регулюється порядок допиту малолітніх свідків та потерпілих.

7. Як відомо свідком згідно із ст. 68 КПК може бути особа, про яку є дані, що їй відомі обставини, які відносяться до справи. Законодавець не ставить у залежність можливість надання показів свідком від його віку. Тобто мінімальний вік свідків чинним законодавством не регламентується. Зрештою, й міжнародно-правові акти зобов'язують поводитись із будь-якою дитиною, як із дієздатним свідком, який може бути допитаний і покази якого не повинні вважатись недійсними чи недостовірними лише з причини його віку, якщо вік і ступінь зрілості дитини дозволяють їй давати ясні і заслуговуючі довіри покази з використанням чи без використання допоміжних засобів спілкування і інших видів допомоги (р. VI Керівних принципів, що стосуються правосуддя з питань, пов'язаних із участю дітей-жертв та свідків злочинів).

На сьогоднішній день суди рекомендують приймати свідочькі покази дитини, якій виповнилось не менше чотирьох років. Можливість адекватно сприймати відповідні події і обставини малолітніми у віці від чотирьох років і давати покази підтверджується і дослідженнями фахівців в галузі юридичної психології. Проте, вчені застерігають на необхідність врахування при цьому наступних факторів: вікового, особистісного, ситуаційного і дизонтогенетичного (М.В.Морозова).

8. Особливості допиту малолітніх осіб у судовому засіданні пов'язані також із швидкою втомлюваністю допитуваних. Не останньою мірою здатність малолітніх потерпілих та свідків давати покази у суді залежить від тривалості проведення допиту в суді. Надмірність (у часовому сенсі) допитування малолітніх осіб, як правило, призводить до неусвідомлених відпові-

дей чи відповіді «для відчіпки». Крім того, виклик в судове засідання малолітнього свідка повинен плануватися таким чином, щоб дитина не чекала допиту, оскільки чекання швидко стомлює дітей (В.І. Сміслов).

9. Як відомо, на досудовому слідстві й, відповідно, при судовому допиті малолітніх осіб, обов'язкова участь педагога. У той же час кодекс не врегулював умови цієї участі. При вирішенні питання про залучення педагога необхідно розглянути питання, якого саме педагога запросити: того, який приймав участь під час досудового слідства, чи іншого.

Не має єдиної думки і щодо питання про кількість педагогів, які повинні бути залучені до участі в ході судового розгляду, якщо необхідно допитати декілька малолітніх чи неповнолітніх, які мають різний процесуальний статус. Можливість залучення кількох педагогів до участі у судовому засіданні не виключається чинним КПК України. Проте, сумнівно, чи вона може вважатися доцільною. Педагог є незалежним незаінтересованим учасником кримінального судочинства й залучаються для надання кваліфікованої допомоги та сприяння суддям тощо у провадженні ними кримінальних справ, а тому немає потреби запрошувати кількох педагогів. Зрештою, при виникненні сумнівів в неупередженості педагога КПК України передбачає можливість його відводу як спеціаліста (ст. 62 КПК). Для виключення заінтересованості, на наш погляд, доцільно залучати педагога із тієї школи, у якій не навчався жоден із допитуваних.

10. В юридичній літературі питання про те, чи можна педагога вважати спеціалістом є дискусійним. Єдине у чому погоджуються переважна більшість науковців, що його процесуальний статус значно вужчий, аніж спеціаліста. Ми підтримуємо позицію тих вчених, які вважають, що педагог у кримінальному судочинстві за участю малолітніх та неповнолітніх є спеціалістом.

Залучення психолога, проте, не підтримується міжнародно-правовими актами в сфері захисту прав дітей-жертв та свідків злочинів. Керівні принципи, що стосуються правосуддя з питань, пов'язаних з участю дітей-жертв і свідків злочинів, вказують на необхідність мати доступ до допомоги, яка надається спеціалістами. При цьому мова іде, в тому числі, про допомогу і допоміжні послуги, зокрема, фінансові, юридичні, консультативні, медичні, соціальні та педагогічні послуги, служби фізичної і психологічної реабілітації та інші служби, необхідні для реінтеграції дитини. Будь-яка така допомога повинна надаватися з врахуванням потреб дитини і давати їй можливість ефективно брати участь у всіх етапах процесу здійснення правосуддя. Спеціалістам необхідно розробити і здійснювати заходи, які полегшують давання дитини свідочьких показів чи надання інших доказів шляхом спілкування і розуміння процесів, які мають місце на досудовій і судовій стадіях провадження. Такі заходи можуть включати: а) призначення спеціалістів з питань, що стосуються дітей-жертв і свідків, для врахування особливих потреб дитини; б) супровід дитини в процесі дачі показів помічниками, в тому числі спеціалістами і відповідними членами сімей; в) призначення, у певних випадках, опікунів для захисту юридичних інтересів дитини (р. IX). Зазначені заходи переважно не належать до кримінально-процесуальних, а є допоміжними. У юридичній літературі вони охоплюються терміном «соціальний елемент» й реалізуються в контексті відповідного принципу ювенальної юстиції – соціальної насиченості ювенальної юстиції. В Україні, на жаль, зазначені послуги і служби, які їх надають, або відсутні, або у процесі становлення. Їхнє становиче і роль у здійсненні правосуддя за участю малолітніх та неповнолітніх дітей повинні визначатись у спеціальному Законі України «Про ювенальну юстицію».

КРИМІНАЛІСТИЧНА ТАКТИКА ТА МІСЦЕ У НІЙ ТАКТИКИ РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ У СУДІ

Когутич І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

За роки свого існування вітчизняна криміналістика досягла чималих успіхів у визначенні теоретичних аспектів розслідування злочинів. У прикладному аспекті криміналістичні знання усіх розділів цієї науки успішно використовують у повсякденній діяльності ті, хто здійснює це розслідування та забезпечує його ефективність і законність.

Розвиткові криміналістики загалом і криміналістичної тактики зокрема властивий односторонній характер. Так, М.В. Терзів, досліджуючи питання про систему криміналістики, свого часу відзначав, що криміналістика є наукою не лише для попереднього (досудового) слідства. Аналогічно до цього, якщо йшлося про криміналістичну тактику, то під нею також розуміли і, здебільшого, розуміють тільки тактику досудового розслідування (слідчу тактику). Інший, не менш важливий аспект – тактика розгляду кримінальних справ у суді – випадав з поля зору вітчизняних криміналістів і, власне кажучи, ще й дотепер залишається невивченим. Було і залишається спірним питання щодо поняття, сутності та місця тактики розгляду кримінальних справ у суді в системі науки криміналістики.

А що ж таке криміналістична тактика взагалі? Що є її предметом, яка її система, структура складових тощо?

Юристи не раз зверталися до цих питань і їм присвячено чимало спеціальних наукових досліджень, монографій.

Серед науковців, які досліджували ті чи інші аспекти криміналістичної тактики, першочергово необхідно назвати р.С.Белкіна, Л.Ю.Ароцкера, О.Я.Басва, В.П.Бахіна, І.Є.Биховського, Л.В.Віницького, О.М.Васильєва, А.І.Вінберга, Ф.В.Глазиріна, Л.Я.Драпкіна, А.В.Дулова, В.А.Журавля, О.О.Закатова, Г.О.Зоріна, Л.М.Карнесува, В.П.Колмакова, В.І.Комісарова, В.Є.Коновалова, О.М.Ларіна, С.П.Мітрічева, О.І.Михайлова, В.О.Образцова, В.І.Попова, М.І.Порубова, О.Р.Рагінова, С.Я.Розенбліта, О.Б.Соловійова, М.О.Селіванова, П.І.Тарасова-Родіонова, О.Г.Філіпова, П.П.Цвєткова, Є.Є.Центрова, Б.М.Шавера, В.Ю.Шепітька, В.І.Шіканова, І.М.Якімова, Н.А.Якубович і багато інших. Їхніми зусиллями розроблено такі окремі криміналістичні теорії, як вчення про криміналістичну версію, планування розслідування, тактичні прийоми, їхню систематику, про слідчу ситуацію і тактичну комбінацію (операцію), тактичне рішення, криміналістичне прогнозування тощо, детально досліджено тактику слідчих дій, шляхи використання під час розслідування злочинів спеціальних знань, форми взаємодії слідчого з органами дізнання й ін.

Як цілком правильно в літературі зазначено, криміналістична тактика – це не просто третій (після загальної теорії і криміналістичної техніки), а сполучний елемент усієї системи вітчизняної криміналістики.

Не вдаючись до детального аналізу багаточисельних варіантів визначення поняття “криміналістична тактика”, виправдано зазначити, що більшість науковців під криміналістичною тактикою розглядає систему наукових положень і розроблених на їхній основі рекомендацій щодо організації та планування досудового і судового слідства, визначення оптимальної лінії поведінки осіб, які здійснюють судові дослідження, і прийомів виконання окремих процесуальних дій для збирання й дослідження доказів, на встановлення причин та умов, що сприяли виникненню й прихованню злочинів.

За такого, як видається методологічно правильного, підходу криміналістичну тактику розглядають як цілісну структуризовану систему, утворену двома відносно самостійними частинами: 1) системою тактичних прийомів і методів як елементів практичної діяльності суб'єктів, що здійснюють чи беруть участь у здійсненні провадження у кримінальній справі; 2) системою наукових положень, на основі яких розробляються й використовуються на практиці тактичні прийоми і методи.

Що ж до наукознавчої системи криміналістичної тактики, то частково можна погодитися з М.І.Порубовим і О.О.Закатовим, які вважають, що в ній виправдано виокремлювати: загаль-

ну й особливу частину. Загальна частина містить загальні положення (предмет, зміст) тактики, що, як вважають вони, повинні однаково належати як слідчій, так і судовій тактиці. Особлива ж частина криміналістичної тактики розробляє конкретні тактичні прийоми і методи виконання конкретних слідчих і судових дій. Разом з тим, розглядаючи в особливій частині тактику слідчу і тактику судову, у переважній більшості під судовою тактикою науковці розуміють винятково тактику суду як такого.

Однак, все частіше у спеціальній літературі озвучують й дещо інше бачення сутності особливої частини криміналістичної тактики. Так, В.М. Бозров зазначає, що ця частина криміналістичної тактики складається з двох розділів: а) слідчої тактики, де акцент зроблено на пошуковий момент, б) тактики судового слідства, в якій акцентується увага на дослідницьких аспектах і яка пов'язана, передусім, з перевіркою висновків, викладених в обвинувальному висновку. У свою чергу, тактика судового слідства поділяється на тактику вирішення справи (судова тактика) і на тактику обвинувачення і захисту.

З погляду принципу змагальності, про що вже було зазначено, такий підхід є цілком законним і ґрунтується на теорії поділу процесуальних функцій сторін у кримінальному судочинстві.

У спеціальній літературі виокремлено дві групи питань, які висвітлюють тактику захисту і стосуються таких аспектів: 1) психологічного контакту між адвокатом і службовою особою, яка провадить слідство, а також учасниками кримінального процесу (обвинуваченим, підсудним, потерпілим, прокурором тощо), з особами, що беруть участь у процесі (свідками, перекладачами, спеціалістами, експертами); 2) організація, підготовка й конкретні дії з реалізації захисту на досудовому слідстві й судових діях, бесіди з обвинуваченим, підсудним, його законним представником, родичами, визначення конкретних завдань захисту, опрацювання позицій у справі тощо).

Аналогічно прокурору й суду, всі прийоми, способи, які використовує захист у здійсненні захисної функції, мають відповідати певним вимогам: а) законність використання тактичних прийомів, способів і інших засобів криміналістичної тактики; б) їхня відповідність нормам професійної етики адвокатури; в) наукова обґрунтованість прийомів; г) рекомендаційне (ненормативне) спрямування прийомів; д) спеціальна спрямованість рекомендацій на досягнення певної мети у правозахисній функції.

Сутність організаційного аспекту тактики захисту полягає у встановленні конкретних завдань діяльності захисника, а також у визначенні методів, що ними ці завдання мають досягатися.

Серед умов, що забезпечують успішність тактики захисту, як і тактики судді, прокурора, важливо детально володіти нормами матеріального й процесуального права, особливостями їхнього застосування у конкретних криміналістичних (судових) ситуаціях. На формування тактики у конкретній справі впливає належна обізнаність і адвоката із принципами, базовими категоріями і визначеннями, якими оперують спеціалісти та експерти.

Звернемо увагу на іншу складову криміналістичної тактики (у рамках тактики розгляду кримінальних справ у суді) – прокурорську тактику. Зауважимо, що цю тактику необхідно розглядати дещо ширше, аніж винятково тактику підтримання державного обвинувачення у судовому слідстві. Адже у формуванні державної обвинувальної позиції у конкретній кримінальній справі можна виокремити кілька етапів: затвердження обвинувального висновку, за якого остаточно формулюється обвинувальна теза; розгляд справи судом першої інстанції, де обвинувачення підтримується спеціально призначеною для цього службовою особою прокуратури; внесення, у разі потреби, апеляції, касаційного подання тощо. Загалом усі ці елементи і визначають тактику прокурора протягом усього руху справи. Окрім цього, необхідність диференційованого розгляду тактики прокурора стосовно різних етапів кримінального процесу зумовлена і тим, що специфічні умови, за яких відбувається реалізація процесуальної функції даної особи на стадії судового розгляду кримінальних справ, а також засоби і методи її реалізації настільки відрізняються від умов діяльності зазначеного суб'єкта на стадії досудового розслідування, що вивчення цього виду діяльності і розробка на його основі тактичних рекомендацій з його оптимізації вимагає свого дослідження в рамках окремої тактики – тактики розгляду кримінальних справ у суді, що необхідно долучити, як вже зазначалось, до системи криміналістичної тактики.

ГЕНЕЗА ІНСТИТУТУ ПОВЕРНЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ ПРОКУРОРУ.

Луцик В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Слід зазначити, що хоча інститут повернення кримінальної справи прокурору є новим у вітчизняному законодавстві, проте можна простежити історичний генезис способів усунення істотних порушень кримінально – процесуального закону, допущених прокурором при складанні обвинувального висновку та направленні кримінальної справи до суду.

Так, Статутом кримінального судочинства 1864 року, який діяв на частині території України, передбачалось, що обвинувальні акти по найбільш важливих справах надавались прокурором окружного суду прокурору судової палати для їх розгляду обвинувальною камерою. У випадках коли обвинувальна камера приходила до висновку про необхідність віддання до суду обвинуваченого з інших підстав, чим це було встановлено під час досудового слідства, палата зобов'язана була замість затвердження обвинувального висновку винести свою ухвалу. Із судової палати справи через прокурора палати і окружного прокурора направлялась у відповідний суд для розгляду по суті.

Таким, чином винесення подібної ухвали було одним із засобів контролю вищестоящого суду за досудовим розслідуванням. При цьому цей суд не розглядав справу по суті, що сприяло безпосередності і незалежності суду першої інстанції. Крім того, суд першої інстанції міг більш якісно виконувати функцію розгляду справи по суті. При такому порядку, як зазначає В.В. Воскресенський «суд, який розглядає справу, повинен був вирішити її по суті, він позбавлявся можливості повернути справу на додаткове розслідування з формальних підстав, коли він не хотів брати на себе відповідальність за винесення вироку по складній справі».

Однак, дана процедура не була позбавлена і недоліків, зокрема зайва повільність судової процедури. Оскільки один суд касаційної інстанції повинний був перевіряти якість всіх кримінальних справ, які поступали з декількох округів, то це призводило до перенавантаження судової системи, її неефективності.

Враховуючи, що частина території України у той час перебувала у складі Австро – угорської імперії, слід прослідкувати розвиток кримінально – процесуального законодавства на цій території. Робота над кодифікацією кримінального права роз почалася у грудні 1768 р., коли в Австрії був затверджений імператрицею Марією Терезією кримінальний кодекс (скорочено Терезіана). Він складався з двох частин, з яких перша належить до процесуального, а друга – до матеріального права. Цей кодекс не діяв у Галичині в частині матеріального кримінального права, але був запроваджений там 1774 р. у частині процесуального права, яке дещо змінилось впродовж найближчих років.

Імператор Йосиф II 1786 р. затвердив загальну судову інструкцію для судів усіх інстанцій, що детально регулювала порядок розгляду судами справ. У цій інструкції, яку можна вважати своєрідним процесуальним кодексом, подавалися зразки процесуальних документів і форми бланків для судової статистики. Судочинство згідно з тогочасним кримінальним процесом поділялось на дві стадії. Перша називалась інквізиція генеральна (inguisitio generalis), її завданням було констатувати скоєння злочину і зібрати відповідні докази вини злочинця. Це робили відповідні урядовці за вказівкою судді. На цій стадії попередньо заслуховувались і свідки, підозрюваний зазвичай ні. Після цього згідно з розпорядженням судді починалась друга стадія – інквізиція конкретна (inguisitio specialize). Підозрюваний ув'язнювався, проводили його допит, а у випадку невизнання вини – з застосуванням тортур (були відмінні, як зазначалось, 1776р.). Далі починався судовий розгляд справи: представлення доказів, заслуховування свідків тощо. Враховуючи таку структуру кримінального судочинства, та відсутність поділу на сторони обвинувачення і захисту реалізації норм подібних до інституту повернення кримінальної справи прокурору була неможливою.

У порядку досвіду 1796 р. був запроваджений у Західній, а з 1797 р. у Східній Галичині кримінальний кодекс, підготовлений австрійським юристом Й. Зонненфельсом. Цей кодекс 1803 р. під назвою "Книга статутів про злочини і тяжкі поліцейські проступки" (*Strafgesetz über Verbrechen und schwere Polizeibertretungen*) із незначними змінами був проголошений діючим у всій Австрії. Кодекс складався з двох розділів – перший стосувався норм кримінального матеріального права, другий – процесуального права.

Та частина Кримінального кодексу 1803 р., що регулювала кримінальний процес, діяла до 1853 р. Тоді ж прийнято окремий закон про кримінальне судочинство, який запроваджував частково гласність процесу, але не допускав участі громадськості у здійсненні правосуддя. Однак, як зазначає Б.И. Тищик, засади інквізиційного процесу збереглися і в пізніших австрійських кодифікаціях, зокрема, кодексі 1803р. Тобто домінуючу роль у порушенні справи, збиранні доказів, залученні свідків, експертів продовжували виконувати поліцейські та судові органи.

Кримінально-процесуальний кодекс 1853 р. суперечив основним демократичним принципам суду, тому 1869 р. його доповнили законом про суди присяжних, а 1873 р. був затверджений новий Кримінально-процесуальний кодекс, який проіснував з незначними змінами аж до розпаду Австро-Угорщини. Цей кодекс встановив усність та гласність процесу, допустив участь громадськості (мається на увазі суд присяжних) у розгляді тяжких злочинів і проводив ідею вільної оцінки доказів за внутрішнім переконанням суддів. У кримінальному процесі усунуто засади інквізиційності, зокрема, положення, коли суддя виступав ще й як обвинувач. Функції обвинувачення згідно з законом 1850р. передано новоствореному органу – державній прокуратурі (*Staatsanwaltschaft*).

Кримінально – процесуальний кодекс 1873 року діяв на території Галичини і після розпаду Австро – угорської імперії, до 1 липня 1929 р., коли вступив у силу Кримінально-процесуальний кодекс Польщі, прийнятий у 1928 р.

Перший КПК УРСР 1922 року відніс затвердження обвинувального висновку до компетенції суду, що звичайно покладало на суд реалізацію функції обвинувачення, оскільки затверджуючи обвинувальний висновок, суд підсвідомо вирішував для себе питання про винуватість обвинуваченого. Оскільки затвердження обвинувального висновку покладалося на суд, відповідно і у випадку непогодження суду з формулюванням обвинувачення, одному з членів суду доручалось складання нового обвинувального висновку з відповідно зміненими пунктами обвинувачення. В цьому випадку первісний обвинувальний висновок вилучався зі справи.

КПК УРСР 1960 року передбачав перевірку обвинувального висновку у стадії віддання обвинуваченого до суду. Відповідно до ч. 2 ст. 245 КПК України в разі віддання обвинуваченого до суду, суд у розпорядчому засіданні чи суддя одноособово міг виключити з обвинувального висновку окремі пункти обвинувачення або застосувати кримінальний закон про менш тяжкий злочин, не змінюючи при цьому формулювання обвинувачення. Наділення суду такими повноваженнями покладало на суд виконання обвинувальної функції, оскільки суд підміняючи прокурора самостійно змінював обвинувальний висновок.

Таким чином інститут повернення кримінальної справи прокурору зі стадії попереднього розгляду справи суддею, виокремився, як самостійний процесуальний інститут, завдяки історичному розвитку форм і способів усунення помилок допущених прокурором при затвердженні обвинувального висновку і направлення кримінальної справи до суду, і в сучасних умовах повинен слугувати дієвим засобом усунення процесуальних помилок.

ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ОБСЯГУ ПОВНОВАЖЕНЬ ПРОКУРОРА ЯК СУБ'ЄКТА ПРАВА НА АПЕЛЯЦІЙНЕ ОСКАРЖЕННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ СУДОЧИНСТВОМ УКРАЇНИ.

Мармаш В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Особливе місце серед суб'єктів права на апеляційне оскарження належить прокурору. Природа його участі на етапі апеляційного оскарження рішень суду першої інстанції є дещо відмінною від інших учасників процесу, які звертаються до суду апеляційної інстанції з приводу захисту приватних інтересів та є суб'єктами диспозитивності при реалізації наданого їм права на апеляційне оскарження. Натомість звернення прокурора із апеляцією на судове рішення обумовлено необхідністю захисту публічних інтересів (державних, суспільних, окремих громадян).

Слід зауважити, з приводу участі прокурора на етапі апеляційного оскарження судових рішень у кримінальному судочинстві України в науковій літературі тривалий час ведеться гостра дискусія, яка знаходить своє відображення й у правозастосовчій практиці. Пов'язана вона, в тому числі, й із визначенням обсягу повноважень прокурора на апеляційне оскарження рішень суду першої інстанції.

Зокрема, у п.8 ст.348 КПК України передбачено, що апеляція може бути подана прокурором лише виключно в межах обвинувачення, що підтримував прокурор, який брав участь у розгляді справи судом першої інстанції. Зазначене положення кримінально-процесуального закону з моменту його прийняття стало об'єктом гострої критики з боку науковців та практичних працівників. Зокрема, колишній голова Верховного Суду України В.Т.Маляренко вважає, що обмеження прокурора-апелянта, котрий затвердив обвинувальний висновок, тією позицією, яку займав прокурор, що брав участь у суді першої інстанції, завдає шкоди правосуддю. Справа в тому, що перегляд судових рішень, постановлених місцевими судами, стає неможливим в апеляційній інстанції (Маляренко В.Т. Про подання апеляцій на судові рішення у кримінальних справах. // Вісник Верховного Суду України. – 2002. – №1(29). – С.45). Суддя В.Коваль із посиланням на дані Узагальнення, проведеного Верховним Судом України практики розгляду судами кримінальних справ в апеляційному порядку у I півріччі 2002 р. порівняно з таким же періодом 2001 р., підкреслює: "неправильна позиція прокурора, який безпосередньо підтримував обвинувачення в суді, позбавляє його колег права оспорювати незаконне або необгрунтоване рішення в апеляційному порядку. Наводиться приклад, коли прокурор-обвинувач явно неправомірно зорієнтував суд на застосування амністії до особи, яка вчинила тяжкий злочин, і суд з цим погодився. Спроби ж внести апеляцію на це рішення були безуспішними, оскільки прокурор, який затвердив обвинувальний висновок, вправі апелювати лише в межах обвинувачення, що підтримував прокурор, який брав участь у розгляді справи судом апеляційної інстанції" (Коваль В. Ініціювання апеляційного провадження. // Вісник Прокуратури, 2003, № 12(30). – С. 100). Науковці М.Копетюк та О.Книш аналогічно відзначають: "Виникає запитання: чи обмежений прокурор, який бере участь у судовому засіданні апеляційної інстанції,... позицією прокурора, який брав участь у суді першої інстанції? КПК України (п.8 ст.348) дає на це запитання ствердну відповідь, проте доцільність такого обмеження викликає серйозні сумніви, адже вищестоящий прокурор, підтримуючи державне обвинувачення в суді апеляційної інстанції, перетворюється на статиста, тоді як в силу покладених на нього функцій та завдань він повинен займати активну позицію" (Копетюк М., Книш О. Правові засади участі прокурора в апеляційному провадженні. // Юридична Україна, 2005, № 3. – С. 86-87).

Перше, на що слід звернути увагу при аналізі наведених точок зору, це незрозуміло із яких причин проведена авторами підміна закріпленого у п.8 ст.348 КПК України терміну "в

межах обвинувачення" на інший термін "в межах позиції", хоч цілком зрозуміло, що позначають вони різні поняття.

Зокрема, під обвинуваченням у вітчизняній правовій науці традиційно розуміють твердження про винність особи у вчиненні конкретного злочину. Слід підкреслити, що авторами проекту КПК України в редакції 2007 р. пропонується на законодавчому рівні закріпити визначення терміну "обвинувачення". Зокрема, в п.36 ст.6 проекту КПК обвинувачення визначається як твердження уповноваженого згідно з цим Кодексом органу чи особи про вчинення певною особою злочину, пред'явлене у встановленому цим Кодексом порядку. При цьому обвинувачення, його зміст, зміна й відмова від обвинувачення детально врегульовані у кримінально-процесуальному законі. Натомість термін "позиція прокурора, що брав участь у суді першої інстанції", позначає швидше збірне питання, яке, крім іншого, означає міркування та висновки прокурора як однієї із сторін процесу з тих чи інших питань, що вирішуються в ході судового розгляду справи, й не завжди знаходять своє вираження у відповідних процесуальних рішеннях.

У свою чергу, межі обвинувачення, яке підтримує прокурор у суді першої інстанції, є чітко визначеним у передбачених в законі процесуальних документах. Зокрема, автори науково-практичного коментаря до КПК України за ред. В.Т.Малаяренка, В.Г.Гончаренка у коментарі до ст.275 КПК, яка регламентує межі судового розгляду, вказують, що такі визначаються: постановою судді про призначення справи до судового розгляду, після винесення якої обвинувачений стає підсудним; обвинувальним висновком або постановою прокурора про зміну обвинувачення, винесеного в порядку ст.277 КПК, а у справах приватного обвинувачення – скаргою потерпілого. Із сказаним можна погодитись. При цьому лише зауважимо, що постановою про призначення справи до судового розгляду при визначенні меж цього розгляду має опосередковане значення, оскільки впливає лише на формальне набуття обвинуваченим статусу підсудного, тоді як сам зміст обвинувачення у ній, порівняно із затвердженим прокурором обвинувальним висновком, змінений бути на може.

Водночас, за певних умов межі судового розгляду та межі обвинувачення, яке підтримував прокурор, що брав участь у розгляді справи судом першої інстанції, можуть відрізнятись. У разі коли прокурор відмовився від обвинувачення чи змінив його в бік пом'якшення, а потерпілий (чи його представник) вирішив скористатися правом на підтримання обвинувачення у раніше пред'явленому обсязі, межі судового розгляду продовжують визначатись тим процесуальним документом, у якому викладено обвинувачення, що підтримується потерпілим, натомість межі обвинувачення, яке підтримує прокурор, визначатимуться постановою про зміну чи відмову від обвинувачення.

Таким чином, межі обвинувачення, що підтримував прокурор, який брав участь у розгляді справи судом першої інстанції визначаються: обвинувальним висновком (ст.223 КПК України), затвердженим прокурором без змін або зі змінами, внесеними ним чи його заступником в порядку, передбаченому ч.2 ст.231 КПК України (за умови, що пред'явлене підсудному обвинувачення, знайшло своє підтвердження в ході судового розгляду; якщо ж при постановленні вироку обвинувачення, визнане доведеним, у порівнянні із раніше пред'явленим, було змінено судом на менш тяжке, у такому разі прокурор вправі діяти у межах того обвинувачення, що було викладено в обвинувальному висновку); постановою прокурора про зміну обвинувачення в суді (ч.3 ст.277 КПК); постановою про відмову від обвинувачення (ч.3 ст.264 КПК). Лише цими процесуальними документами, на наш погляд, у розумінні п.8 ст.348 КПК України визначаються допустимі межі права прокурора на апеляційне оскарження судових рішень. У випадку, якщо буде встановлено, що вимоги апеляції прокурора виходять за межі обвинувачення, що підтримував прокурор, який брав участь у розгляді справи судом першої інстанції, суд апеляційної інстанції за результатами попереднього розгляду справи повинен відмовити у прийнятті апеляції до розгляду.

Будь-яких інших обмежень права прокурора на апеляційне оскарження судових рішень, пов'язаних із його "позицією" у суді першої інстанції чинний кримінально-процесуальний закон не передбачає. Тому не можемо погодитись із деякими, на наш погляд, безпідставними випадками відмови у прийнятті до розгляду апеляцій прокурора у практиці судів апеляційної інстанції. Зокрема, в матеріалах аналізу практики повернення кримінальних справ на додатко-

ве розслідування в 2005 році, підготовленого суддею В.В.Бришанчуком, помічником судді Ю.Є.Швець, подається наступний приклад із судової практики. Постановою Солом'янського районного суду м. Києва від 01.06.2005 р. справу про обвинувачення Т. за ч.2 ст.176 КК України направлено прокурору м. Києва для проведення додаткового розслідування. На постанову прокурором, який брав участь у розгляді справи судом першої інстанції, була подана апеляція. Вважаючи, що у прийнятті апеляції до розгляду слід відмовити, суд апеляційної інстанції з посиланням на п.3 ст.348 КПК України обґрунтував своє рішення тим, що у протоколі судового засідання під час обговорення клопотання захисника про направлення справи на додаткове розслідування прокурор, який брав участь у розгляді справи судом першої інстанції, залишив вирішення цього клопотання на розсуду суду, що, фактично, є формою невідтримання прокурором пред'явленого особі обвинувачення без додаткового розслідування справи (Аналіз практики повернення кримінальних справ на додаткове розслідування в 2005 році, підготовлений суддею В.В.Бришанчуком, помічником судді Ю.Є.Швець. // Судова апеляція, 2006, № 2(3). – С. 136).

На наш погляд, підміна понять: обвинувачення конкретної особи у вчиненні злочину, яке знаходить своє враження у відповідних процесуальних рішеннях, та позиції прокурора, яку він займав при вирішенні одного із питань в ході судового розгляду кримінальної справи, в наведеному прикладі є очевидною. Не слід забувати, що міркування й висновки прокурора з будь-яких питань, що вирішуються в ході судового розгляду справи, не є обов'язковим для суду та повинні оцінюватись ним поряд із позицією інших учасників процесу, за результатами чого повинні бути прийняті законні і обґрунтовані процесуальні рішення у справі. Обов'язковими для суду є лише рішення прокурора про зміну обвинувачення чи відмову від обвинувачення, якщо потерпілий не скористався правом на підтримання обвинувачення у раніше пред'явленому обсязі. За цих умов суд змушений діяти у межах обвинувачення, визначеного прокурором. А тому ненадання останньому, а також вищестоящому прокурору права виходити в апеляції за межі підтримуваного раніше у суді першої інстанції обвинувачення є обґрунтованим кроком з боку законодавця. При цьому він не суперечить, як вважають окремі науковці, ст.261 КПК України, яка передбачає рівність сторони обвинувачення і сторони захисту в оскарженні процесуальних рішень суду, а навпаки сприяє їй. Як засуджений не вправі оспорювати фактичні обставини справи та розмір цивільного позову, визнані ним в ході судового розгляду справи, та стосовно яких докази в порядку ч.3 ст.299 КПК України, не досліджувалися, так само і прокурор, незалежно, чи брав він участь у справі, не повинен бути наділений правом оспорювати прийняті раніше рішення щодо зміни або відмови від обвинувачення.

ВИКОРИСТАННЯ МОЖЛИВОСТЕЙ ВІДЕОКОНФЕРЕНЦІВ ЯЗКУ ДЛЯ ДЕМОНСТРАЦІЙ ДОКАЗІВ У ПРОЦЕСІ РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ У СУДІ

Мурадов В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Розвиток криміналістики висунив на передній план ідею використання відеоконференцій язку як сучасного та перспективного техніко-криміналістичного засобу, здатного суттєво спростити роботу у сфері кримінального судочинства, економити часові, матеріальні та інші ресурси. Переваги такого засобу очевидні: зручність у використанні та спілкуванні в режимі реального часу, можливість спостерігати реакцію учасників процесу на запитання, відповіді, можливість демонстрації доказів, інших аспектів розгляду справи в суді, скорочення часу розгляду кримінальних справ у суді та різноманітного роду затрат на такий розгляд (перевезення та конвоювання підсудних, забезпечення безпеки у самому залі засідань і т.д.).

Позитивний досвід застосування вказаної технології на практиці можна запозичити у ряді зарубіжних країн (Велика Британія, США, Австралія, Сінгапур, Канада), законодавство яких іде по шляху легалізації так званих електронних кримінальних справ, а також відправлення правосуддя на основі телекомунікаційних технологій.

На жаль, в Україні не спостерігається суттєвого прогресу у даній сфері. Серед проблем, які стоять на перешкоді впровадження відеоконференцій язку у кримінальний процес можна, зокрема, виділити такі, як: необхідність суттєвих інвестицій у обладнання та навчання персоналу на початковому етапі побудови єдиної інформаційної системи; відсутність загальних стандартів та форматів аудіо- та відеоданих, що використовуються у системі електронного документообігу правоохоронних органів; швидкість обробки аудіо- та відеопотоку (час кодування інформації, що передається та декодування прийнятої); слабкорозвинена мережа зв'язку для передачі інформаційного сигналу відеоконференції. Всі ці причини суттєво гальмують розвиток відеоконференцій язку в контексті його використання у кримінальному судочинстві України.

Однією з можливостей технології відеоконференцій язку є демонстрація доказів. Мова може йти про огляд речових доказів та документів в ході судового засідання. Безумовно суд обґрунтовує вирок лише тими доказами, які були розглянуті у судовому засіданні (ст. 323 КПК України), тому сам факт їх огляду має дуже важливе значення. Візуальний огляд предметів, які були знаряддям вчинення злочину, зберегли на собі сліди вчинення злочину або були об'єктом злочинних дій, грошей, цінностей, інших речей, нажитих злочинним шляхом, і всіх інших предметів, які можуть бути засобами для розкриття злочину і виявлення винних або для спростування обвинувачення чи пом'якшення відповідальності (ст. 78 КПК України), безпосереднє сприйняття цих доказів дозволяють з великою долею об'єктивності, ґрунтуючись на всебічному і повному розгляді всіх обставин справи в їх сукупності та керуючись законом (ст. 323 КПК України) постановити справедливий та обґрунтований вирок. Однак при огляді речових доказів у суді можуть виникнути певні незручності, скажімо, ці докази можуть перебувати за межами залу судового засідання, або потребують застосування спеціальних знань (в цьому випадку неможливість дослідження таких доказів у судовому засіданні обумовлюється певною небезпечністю для життя та здоров'я учасників судового засідання). У таких випадках за наявності клопотання сторін або за власною ініціативою суд (суддя) повинен винести ухвалу (постанову про проведення виїзного судового засідання за місцем знаходження речових доказів. Видається, що такі ситуації можуть суттєво затягнути процес та ускладнити винесення вироку з огляду на об'єктивну складність проведення таких засідань, затратою значних часових, матеріальних та інших ресурсів. Натомість при використанні відеоконференцій язку такий огляд можна провести з тим же ефектом, але із значною процесуальною економією.

За своєю суттю відеоконференція – це технологія, яка дозволяє бачити і чути співрозмовника, обмінюватися даними та спільно обробляти їх в інтерактивному режимі. Серед систем

відеоконференцій можна виділити такі типи: індивідуальні, групові та студійні. Проведений аналіз свідчить про очевидні переваги і доступність використання засобів, що являють собою складові групових відеоконференцій.

За допомогою групової відеоконференції можливе адекватне сприйняття ознак, форми, зовнішнього вигляду речових доказів, що дозволяє зробити висновки, необхідні для прийняття рішення. Також за бажанням сторін або суду можна приділяти увагу окремим деталям та елементам шляхом наведення відеокамер та збільшення зображення стороною, що виконує зйомку. Таким чином сприйняття відбувається у повному обсязі.

Таким самим способом можливо проводити огляд документів, транспортування або вилучення яких не видається можливим з огляду на їх структуру (наприклад старовинні), виняткову цінність або дуже велику кількість.

Однак при цьому існує низка проблем, які гальмують розвиток відеоконференцв'язку та його застосування у кримінальному судочинстві. Одна з них – велика кількість аналогових ліній телефонного зв'язку. Ці телефонні лінії застосовуються для передачі аудіо сигналу, але не здатні забезпечити якісної передачі потоку відеоінформації. Технології відеоконференцв'язку використовують спеціальні алгоритми, які дозволяють стискати потік даних у десятки, а в деяких випадках і у сотні разів. В даному випадку необхідна чітка синхронізація з обох боків відеоконференції задля адекватного обміну. В основному це властиво відеозображенню, в той час, як аудіо інформація, в першу чергу, залежить від частоти людської мови, яка викликає коливання у межах невеликого діапазону, відтак займає небагато місця.

Ще однією серйозною проблемою є певна невизначеність в законодавстві стосовно використання відеоконференцій у кримінальному судочинстві. Видається, що у статтю 313 КПК України потрібно внести відповідні зміни, які б чітко обумовили можливість використання відеоконференцв'язку при огляді окремих речових доказів та деяких документів при наявності такої технічної можливості, за наявності клопотання сторін або за ініціативою суду (судді). Така новела, на нашу думку, зможе позитивно вплинути на якість розгляду кримінальних справ судом та в цілому на виконання завдань кримінального судочинства.

ЗАХИСТ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ МАЙНОВИХ ТА НЕМАЙНОВИХ ПРАВ ПОТЕРПІЛИХ ВІД ЗЛОЧИНУ ЗА ПРОЕКТАМИ КПК УКРАЇНИ: ЗДОБУТКИ І УПУЩЕННЯ.

Нор В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Захист з допомогою механізму кримінально-процесуального регулювання порушених злочином майнових та особистих немайнових прав і законних інтересів потерпілих осіб (як фізичних, так і юридичних) випливає з безпосередніх завдань кримінального судочинства (кримінального процесу). Як чинний КПК України (ст. 2), так і проект нового КПК України (ст.2) (тут і далі йдеться про проект внесений народними депутатами В.р. Мойсиком, І. В.Вернидубовим. С. В. Ківаловим та А. Ю. Кармазіним і зареєстрований у Верховній Раді України за реєстр. № 1233 від 13 грудня 2007р) серед безпосередніх завдань судочинства (провадження) у кримінальних справах насамперед передбачає охорону прав і свобод фізичних осіб, прав та законних інтересів осіб юридичних. При цьому йдеться про охорону і захист прав, свобод та законних інтересів не лише зазначених суб'єктів (потерпілих від злочину), але й всіх осіб, які залучаються до сфери кримінального процесу в тому числі і підозрюваних та обвинувачених у вчиненні злочину.

Дане завдання кримінального судочинства ґрунтується на низці конституційних положень зокрема: людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю; права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави; утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ст. 3 Конституції України); в Україні визнається і діє принцип верховенства права (ст.8); держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності; (ст.13); ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Воно є непорушеним (ст. 41); права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними (ст. 21); права і свободи людини і громадянина захищаються судами (ст.55), юрисдикція яких поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі (ст.124).

2. Необхідно відзначити, що названий проект КПК України на відміну від чинного КПК у визначенні завдань кримінального судочинства (провадження) більш чітко розмежовує завдання щодо охорони і захисту прав, свобод і законних інтересів суб'єктів права – фізичних і юридичних осіб та інтересів держави.

Насамперед він ставить завдання перед органами, які ведуть кримінальний процес, охороняти і захищати з допомогою механізму кримінально-процесуального регулювання перелічені соціальні цінності названих суб'єктів, яким шкоду майнову і моральну заподіяно злочином, тобто потерпілих (п.1 ст.2 проекту).

Але проект цілком слушно (адже – Людина – найвища соціальна цінність, а її права і свободи визначають зміст і спрямованість держави (ст.2 Конституції) визначає завданням кримінального судочинства також захист особи від безпідставного і незаконного притягнення до кримінальної відповідальності та засудження, захист її прав, свобод і законних інтересів від порушень та обмежень, а так само захист інших фізичних і юридичних осіб, які залучаються до сфери кримінального судочинства в статусі інших його суб'єктів (п. 3 ст. 2 проекту).

3. Проект КПК передбачає декілька правових способів (механізмів) з допомогою яких досягається зазначений захист. В переважній більшості щодо потерпілих від злочину він реалізується у формі цивільної відповідальності. Для цього проект використовує насамперед інститут цивільного позову в кримінальній справі – інститут, що є характерним для кримінального судочинства романо-германської правової системи. Але, як і чинний КПК України, він не обмежує захист порушених злочином прав та законних потерпілих осіб лише за допомогою цивільного позову, тобто позовного способу. Цей захист здійснюється й іншими способами, – непозовними. Останні реалізуються без позову потерпілих, а безпосередньо органами, які ве-

дуть процес, на основі норм кримінального (матеріального) і кримінально-процесуального права.

4. Інститут цивільного позову у кримінальному процесі є основним способом, з допомогою якого відшкодовується потерпілим від злочину завдана їм матеріальна і моральна шкода, і чинний КПК України його використовує. Але проект КПК значно детальніше ніж чинний КПК України регламентує діяльність суб'єктів кримінального процесу та кримінально-процесуальні відносини, що виникають при провадженні цивільного позову у кримінальній справі. Він істотно розширює предмет цивільного позову. Його предметом може бути не лише майнова, але й моральна шкода, якої зазнала особа від злочину чи іншого суспільно-небезпечного діяння (ст.57 проекту КПК). Чинний КПК, як відомо, предметом цивільного позову у кримінальному процесі визначає лише шкоду матеріальну (ст. 28 КПК). Та обставина, що відшкодування (точніше – компенсація) моральної шкоди здійснювалось судами в їх практиці на підставі правоподача, надаючи їм більш ширші процесуальні права у порівнянні з чинним КПК та деталізуючи процесуальні обов'язки (ст. 60 проекту КПК), що дасть їм можливість більш успішно захищати за допомогою цивільного позову порушені злочином майнові та особисті немайнові права і законні інтереси.

Крім істотного розширення предмету цивільного позову, проект більш повніше і детальніше врегульовує процесуальний статус суб'єктів цивільного позову – цивільного позивача і цивільного відповідача, надаючи їм більш ширші процесуальні права у порівнянні з чинним КПК та деталізуючи процесуальні обов'язки (ст. 60 проекту КПК), що дасть їм можливість більш успішно захищати за допомогою цивільного позову порушені злочином майнові та особисті немайнові права і законні інтереси.

Разом з тим автори проекту серед процесуальних прав цивільного позивача і цивільного відповідача не передбачили їх права укласти мирову угоду щодо відшкодування завданої злочином шкоди, в той час як можливість укладення такої угоди вони передбачили серед процесуальних прав їх представників (ст.65 проекту), чим допустили явний алогізм.

5. Безумовним надбанням проекту нового КПК щодо реалізації названих раніше завдань кримінального судочинства є і та обставина, що, на відміну від чинного КПК, він відносить до процесуальних джерел доказів показання цивільного позивача і цивільного відповідача щодо підстав і розміру цивільного позову (ч.3 ст.146, ст. 158 проекту), які одержуються від них шляхом допиту (ч.1 ст. 236 проекту). За чинним КПК ці суб'єкти процесу могли давати лише пояснення, які до джерел доказів не віднесені. Але при цьому не можна не відзначити й упущення авторів проекту, яке проявилось у тому, що передбачивши загальні правила проведення допитів (ст. 239 проекту), вони, на відміну від інших суб'єктів, які підлягають допиту, не деталізували ці правила щодо цивільного позивача і цивільного відповідача на досудовому провадженні, а також не передбачили їх допит під час слідства судового (глава 44 проекту).

Позитивно слід оцінити і ту обставину, що проект КПК, на відміну від чинного КПК, детально врегульовує діяльність суб'єктів, які ведуть процес, та пов'язані з нею відносини щодо забезпечення відшкодування завданої злочином шкоди за допомогою цивільного позову (гл. 34, ст.ст. 270-271). Йдеться зокрема про накладання арешту на майно (цінності, банківські рахунки, інше майно) підозрюваного, обвинуваченого, підсудного або осіб, які несуть за законом майнову відповідальність за дії перелічених суб'єктів процесу, де б це майно не знаходилось і незалежно від того, перебуває воно у їхній приватній власності чи є часткою у спільній власності, а також вилучення майна, на яке накладено арешт.

6. Непозовні способи захисту у кримінальному процесу знаходять своє закріплення як у нормах чинного кримінального матеріального права, так і в проекті КПК, і знаходять свій конкретний прояв у: 1) поверненні потерпілим особам органами, які ведуть кримінальний процес, протиправно відчуженого у них обвинуваченим у вчиненні злочину майна (грошей, цінностей інших речей) – об'єктів злочинних дій, що були визнані у справі речовими доказами (ч.3 ст. 79, ч.4 ст. 80; п.5 ст. 81 КПК; ст. 160, 412 проекту КПК). Йдеться про т.зв. кримінально-правову реституцію; 2) виконанні кримінально-правового обов'язку – відшкодувати заподіяні злочином майнові збитки, – що покладається на неповнолітнього, який

досяг 15-ти річного віку, при звільненні його від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру (п. 4 ч.2 ст. 105 КК). Даний обов'язок може бути покладений судом на неповнолітнього за умови, що він має майно, кошти або заробіток; 3) добровільному відшкодуванні потерпілій особі матеріальної та моральної шкоди чи усунення її іншим способом, заподіювачем шкоди – винною особою або в її інтересах іншими особами (родичами або законними представниками тощо). Слід наголосити на тому, що добровільність відшкодування має кримінально-правове значення і стимулюється чинним кримінальним матеріальним та процесуальним законами. Щоправда, у кримінально-процесуальній літературі не склалося однозначного підходу стосовно цього способу відшкодування як окремої форми захисту порушених злочином майнових та інших прав і законних інтересів потерпілих. Одні з авторів добровільне відшкодування винним завданої шкоди злочинцем не вважають окремим правовим способом усунення шкідливих наслідків, а тому й не вбачають потреби врегулювання його кримінально-процесуальним законом. (Б.Т. Безлепкін). Інші – навпаки, вважають необхідним врегулювати його, власне, цим законом (С.А. Александров, В.А. Азаров, А.П. Гуляєв, С.В. Наріжний).

Видається, що для визнання добровільного відшкодування винним або особами, які в силу закону несуть майнову відповідальність за шкоду, заподіяну винним завданої злочинцем майнові і моральній шкоди окремим кримінально-процесуальним способом захисту порушених прав та інтересів потерпілого підстави є. Зрозуміло, якщо таке відшкодування відбулося до порушення кримінальної справи, то вони відсутні. Коли ж йдеться про відшкодування шкоди після її порушення, в ході досудового слідства, то цей спосіб, необхідно врегулювати, що й здійснено у проекті КПК (ст. 272 проекту).

Можливість реалізації у кримінальному процесі не одного, а кількох способів відшкодування потерпілим завданої їм майнові і моральній шкоди не є випадковим. Ця обставина є свого роду реакцією законодавця на характер діяння, яким завдається шкода. Можливість і доцільність сукупного застосування кримінальної і майнової відповідальності чи інших способів відновлення порушеної злочинцем майнової сфери потерпілих та компенсації їх моральної шкоди продиктовані як необхідністю посиленого захисту майнових та особистих немайнових прав потерпілих, так і публічно-правовими міркуваннями.

7. Безумовним надбанням аналізованого проекту КПК є детальне врегулювання діяльності органів, які ведуть процес, спрямованої на забезпечення відшкодування шкоди, завданої злочинцем (гл. 34, ст. 270-271), зокрема особливості порядку накладання арешту на цінні папери, корпоративні права і частку в господарських товариствах, які належать винній особі чи особам, які в силу закону несуть майнову відповідальність за шкоду, заподіяну злочинцем. При цьому варто відзначити, що проект передбачає і відповідні процесуальні гарантії від необгрунтованого порушення прав та законних інтересів власників майна.

8. Як було нами відзначено (теза 1) своїм завданням майбутній (*de lege ferenda*) кримінально-процесуальний закон ставить також охорону і захист прав, свобод і законних інтересів не лише потерпілих від злочину, але й підозрюваних та обвинувачених. Власне, проект КПК, а що обставину необхідно віднести до його надбань, детально регулює відносини, пов'язані з реабілітацією підозрюваних і обвинувачених, та захистом їх майнових та особистих немайнових прав і законних інтересів (ст.ст. 617-623). Проте, як видається, інститут реабілітації варто було б виділити в окрему главу проекту КПК за прикладом чинних КПК РФ (глава 18), Республіки Молдова (глава 7 КПК), Республіки Польща (розд. 58 КПК) та інших.

9. В попередніх тезах ми охарактеризували основні здобутки і упущення у порівнянні з чинним кримінально-процесуальним законодавством (КПК) проекту КПК, внесеного до Верховної Ради України народними депутатами В.Р. Мойсиком, І.В. Вернидубовим та іншими і зареєстрованим у ній за № 1233. Але в даний час є ще один проект КПК України, підготовлений робочою групою Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження Верховенства права при Президентові України (далі – проект Національної комісії) (остання редакція від 20.09.2007р.). Даний проект у питанні захисту майнових та особистих немайнових прав потерпілих від злочинця істотно відрізняється як від чинного КПК, так і охарактеризованого вище проекту КПК.

Насамперед звертає на себе увагу та обставина, що даний проект чітко не визначає своїм завданням захист порушених злочином названих прав і законних інтересів фізичних і юридичних осіб. З певною долею умовності це завдання можна вивести з його ст. 1, яка задекларувала, «завданням кримінального провадження є «реалізація положень кримінального закону щодо забезпечення особи, суспільства і держави від визначених ним посягань».

Але, незважаючи на це, даний проект також передбачає механізм кримінально-процесуального регулювання відшкодування потерпілому шкоди, завданої кримінальним правопорушенням (гл.9, ст.ст. 114-119). Даний механізм характеризується низкою особливостей, які в цілому навряд чи дають підставу визнати його концептуально узгодженим і більш вдалим для виконання кримінально-процесуальної функції захисту прав і законних інтересів потерпілих від злочину у порівнянні як з чинним КПК, так і охарактеризованим вище його новим проектом.

Насамперед проект Національної комісії не передбачає інституту цивільного позову у кримінальному процесі у його класичній формі, яка притаманна романо-германській правовій системі. У цьому зв'язку у ньому відсутні такі суб'єкти цивільного позову у кримінальній справі, як цивільний позивач та цивільний відповідач. Глава 9 проекту, яка присвячена врегулюванню відшкодування шкоди у кримінальному провадженні, регулює в загальних рисах відшкодування шкоди як потерпілому, яка завдана злочином, так і «незаконно притягненій до кримінальної відповідальності особі». При цьому відповідачем за шкоду, завдану потерпілому злочином може виступати лише обвинувачений, з яким потерпілий має укласти угоду, якою визначити порядок, строки та розміри відшкодування шкоди. Як бути у тому випадку, коли майнову відповідальність за шкоду, завдану злочином, в силу закону несуть інші особи, а не безпосередній заподіювач – обвинувачений, проект не визначає. Не визначає він діяльності і в тому випадку, коли така угода не була досягнута. Хоч проект і встановлює (ст.47) «право потерпілого на відшкодування завданої кримінальним правопорушенням шкоди», але при цьому відсилає до статей 107-111, які встановлюють загальні умови відшкодування, про що зазначалось вище. Механізму ж подання заяви потерпілим про відшкодування шкоди, її змісту тощо проект не передбачає.

Таким чином, якщо характеризувати механізм кримінально-процесуального регулювання захисту майнових та особистих немайнових прав і законних інтересів потерпілих від злочину, передбачений цим проектом КПК, то навряд чи можна визнати його задовільним.

СУДОВИЙ ПРЕЦЕДЕНТ ЯК ФОРМА ВИРАЖЕННЯ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ В МЕХАНІЗМІ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Нор Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. З прийняттям нової Конституції України (1996 р.) і закріплення нею засади побудови державної влади на основі її поділу на три самостійні і незалежні гілки погляди на суд і правосуддя, виходячи з їх ролі і значення у демократичній правовій державі, піддалися істотній трансформації: суд став розглядатися не лише як “застосовувач права”, але й до певної міри як його творець. Еволюція в поглядах на судовий прецедент як джерела права як радянських, так і пострадянських, в тому числі і вітчизняних теоретиків права та правозастосовувачів, характеризувалися послідовною зміною їх вектора – від категоричного заперечення до визнання. Вже на початку 90-х років минулого століття визначний радянський, а тепер російський теоретик права С.С. Алексєєв відзначав: “Досвід розвинутих демократичних країн, і не лише англо-американської групи, засвідчує, що високий рівень правового розвитку досягається в суспільстві тоді, коли суд, спираючись на Конституцію, на закон, на загальновизнані права людини, також творить право. Тому надання рішенням вищих судових інстанцій функцій судового прецедента видається справою нарізною, цілком виправданою” (Виділено мною, – Н.Н.). (С.С. Алексєєв. Теорія права. – М.: Изд-во БЕК, 1994 с.219). Аналогічну думку виразили також вітчизняні теоретики права. Так, М.І. Козюбра також відзначив, що прецедентне право в Україні (“у національній правовій системі”) також має перспективу (передмова до кн.: Шевчук С. Порівняльне прецедентне право з прав людини. -К.: Вид-во “Реферат”, 2002.-344., с.7).

2. У вітчизняній науці кримінально-процесуального права під впливом правових реалій також відбувся корінний перелом в поглядах на джерела кримінально-процесуального права та, зокрема, на судовий прецедент. Сьогодні судовий прецедент, як одна з форм судової правотворчості, – це не лише предмет доктринальних міркувань, але й реальний факт вітчизняної правової дійсності. Особливо відчутно він знаходить свій прояв у сфері захисту прав людини та її основоположних свобод. У цій сфері рішення Європейського Суду з прав людини, постановлених ним у конкретній справі, є безпосередньою правовою основою (прецедентом) для вирішення аналогічних справ вітчизняними судами, що визнано і підтверджено на законодавчому рівні (Закон України “Про виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини” від 23 лютого 2006 року (ВВР.-2006.-№30.-Ст.260).

3. Серед вітчизняних, а також зарубіжних дослідників права, у тому числі і кримінально-процесуального, – прихильників ідеї офіційного визнання судового прецеденту джерелом права відсутня єдність щодо того, які ж, власне, рішення вищих судових інстанцій слід віднести до судового прецеденту. Існує думка, що судовим прецедентом, в т.ч. і у кримінальному процесі, є судова практика Верховного Суду України, яка знаходить своє вираження у постановових його Пленуму, а також у рішеннях, постановлених у конкретних справах (ухвалах), зокрема колегами суддів Судової палати у кримінальних справах та Військової судової колегії при перегляді вироків, ухвал і постанов нижчих судів у касаційному та виключному порядках (О.В. Капліна, Н. Бондаренко-Зелінська, А. Зелінський, Л. Дроздовський, Д. Ковш, В. Кривулько та ін.). На думку інших науковців судовим прецедентом є лише ті положення, що містяться в постановових пленумів верховних судів і мають загальний характер (Т.Н. Нешатаєва, В.В. Демідов, О.В. Смірнов і К.Б. Каліновський).

З таким підходом до розуміння судового прецедента як джерела права (і кримінально-процесуального зокрема) навряд чи можна погодитися. Вважаємо, що при вирішенні цього питання необхідно виходити з таких концептуальних (стосовно судової практики) положень. Судову практику як діяльність судів всієї судової системи і всіх її ланок, пов'язану із застосуванням норм права до конкретних життєвих ситуацій, що потребують їх вирішення на право-

вій основі (іншими словами – судова практика у широкому розумінні), слід класифікувати на поточну, прецедентну і керівну.

Поточну практику складають рішення всіх судів судової системи, постановлені у конкретних справах. Ця форма судової практики є первинною. Не маючи обов'язковості (для інших судів) характеру, вона дає вихідний емпіричний матеріал для формування вищих форм судової практики, які характеризуються загальнообов'язковістю і обов'язковістю і які мають загальний вплив на поточну практику вже як джерело права, у тому числі і кримінально – процесуального.

Найвищу форму судової практики становить керівна практика, яка знаходить своє вираження у постановах Пленуму Верховного суду України та постановах пленумів вищих спеціалізованих судів. Власне у цих актах судової влади правозастосовча судова практика формулюється у вигляді конкретизованих правоположень, які спрямовують поточну (первинну) практику судів на законне, обгрунтоване і справедливе вирішення конкретних справ, чим сприяють реалізації конституційної засади верховенства права. Не дивлячись на те, що чинне законодавство України, зокрема Закон України “Про судоустрій України” від 7 лютого 2002 року, формально не надає їм статусу “керівних роз'яснень”, вони реально виконують функцію джерела права, в тому числі і в механізмі кримінально-процесуального регулювання. Ігнорування суддею у своєму рішенні (постанові, ухвалі, вирозі) правоположення, сформульованого у постанові Пленуму Верховного Суду України (чи постановах пленумів вищих спеціалізованих судів), безумовно потягне за собою його скасування чи зміну вищим судом (апеляційним чи касаційним), свідченням чого є безліч прикладів. Тому є підстави віднести правоположення, сформульовані у названих актах судової влади, до вторинної нормотворчості.

Особливу форму, у якій знаходить своє вираження судова практика, становить судовий прецедент. Класичне розуміння судового прецеденту полягає у тому, що це – акт казуального тлумачення норми права судом. Іншими словами – це рішення суду щодо конкретної справи, у нашому випадку кримінальної, які містить створене судом нормативне положення (*ratio decidendi*), на основі якого ґрунтується рішення і якого мають дотримуватися всі суди при розгляді аналогічних справ. Сили (значення судового прецеденту) таке рішення, а точніше – правова позиція суду, що лежить в основі рішення, набуває лише у тому випадку (крім ще й інших ознак), коли воно характеризується обгрунтованістю, переконливістю, новизною й актуальністю для судової практики, і вже за цими ознаками має служити зразком для неї при вирішенні аналогічних справ.

4. Судовий прецедент формується у вигляді одиничного казусу, а не загального правила. Тому чи буде визнане судове рішення у конкретній справі зразком для вирішення аналогічних справ, власне прецедентом, чи ні, залежить від того, якими ознаками (властивостями) воно наділене. Аналіз наукових праць, присвячених судовій правотворчості, та багатьох рішень вищих судів, насамперед Верховного Суду України, дає можливість виділити найбільш характерні ознаки (атрибути) цього правового феномену, зокрема: формування судового прецеденту тільки найвищими (вищими) судовими інстанціями; нормативний характер, що проявляється у змісті прецедента як загальної норми, так і новонародженого правового принципу; загальнообов'язковий характер прецедента як для нижчих судів, так і для всіх суб'єктів правозастосування; пов'язаність вищих судових інстанцій своїми власними рішеннями прецедентного характеру; опублікування таких рішень в офіційних виданнях і насамперед у друкованому органі вищої судової інстанції (булетенях, вісниках), інших періодичних виданнях, а також у збірниках судової практики; формування судового прецеденту на основі чинного законодавства, що надає прецеденту характеру вторинної нормотворчості; надання прецедентові якості джерела права; спрямованість прецедента на більш ефективний розгляд судами конкретних справ, на усунення прогалин у праві, двозначностей, колізій тощо (М.Н. Марченко, О.В. Капліна та ін.)

5. Опосереджене визнання судового прецедента як джерела права містить і чинне процесуальне законодавство (крім кримінально-процесуального). Так у відповідності зі ст. 354 ЦПК України підставою для оскарження до Верховного Суду України судового рішення у цивільній справі у зв'язку з винятковими обставинами після їх перегляду у касаційному порядку є

“неоднакове застосування судом (судами) касаційної інстанції одного і того самого положення закону”.

Згідно ст. 111-15 ГПК підставами для оскарження постанов чи ухвал Вищого господарського суду України до Верховного Суду України є їх невідповідність “рішенням Верховного Суду України чи вищого суду іншої спеціалізації з питань застосування норм матеріального права” (п.2) та різне застосування ВГСУ одного й того ж положення закону чи іншого нормативно-правового акту в аналогічних справах”.

Аналогічне нормативне положення закріплює і Кодекс адміністративного судочинства України: судові рішення в адміністративних справах може бути переглянуте Верховним Судом України за винятковими обставинами, однією з яких є “неоднакове застосування судом (судами) касаційної інстанції однієї й тієї самої норми права” (п.1 ст. 237 КасУ).

Чинний кримінально-процесуальний кодекс України, як було відзначено, не передбачає аналогічних підстав для перегляду судових рішень у зв’язку з винятковими обставинами. Але проект нового КПК України (реєстр. № 1213 від 13 грудня 2007 р.) їх передбачає: підставами для їх перегляду у винятковому порядку є неоднакове застосування судом касаційної інстанції одного й того ж положення закону, а також їх невідповідність рішенням Верховного Суду України (ст.ст. 583, 584).

Як видно з приведених нормативних положень процесуального законодавства в них знайшла своє закріплення засада пріоритетності рішень Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів при вирішенні конкретних судових справ, що дає підстави однозначно визнати їх судовими прецедентами.

Таким чином, є підстави для висновку, що судовий прецедент як форма (вид) судової практики став реальним джерелом вітчизняного права, кримінально-процесуального зокрема, і не лише у вигляді рішень Європейського суду з прав людини, але й рішень, постановлених Верховним Судом України (його Судовою палатою у кримінальних справах та Військовою судовою колегією) у касаційному та виключному провадженнях.

ДО ПИТАННЯ ПРО МЕТУ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ УКРАЇНИ

Павлишин А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Одним із важливих питань, які стосуються побудови і функціонування кримінального процесу є питання мети процесу, оскільки остання є тією методологічною засадою, світоглядним началом, відправною точкою, яка лежить в основі будь-якої діяльності. Зазначене питання є особливо актуальним для України сьогодні, коли наша держава стоїть перед вибором моделі кримінального процесу і закріплення її у новому КПК, проектів яких, як відомо, сьогодні існує два, котрі в своїй основі базуються на абсолютно протилежних концепціях побудови процесу.

Відповідно до філософського словника мета будь-якої діяльності являє собою результат, на досягнення якого вона спрямована.

Чинний КПК України не визначає мети процесу, а у ст.2 встановлює лише завдання процесу. У кримінально-процесуальній доктрині також немає єдності у її визначенні. Серед найбільш поширених колісь підходів до формулювання мети процесу можна виділити наступні: вирішення кримінального спору між державою і особою; покарання особи, яка вчинила злочин; боротьба зі злочинністю; встановлення істини у кримінальній справі; посприяння вищенаведених компонентів.

В останні роки почала розвиватися і набувати щораз більшої підтримки ідея, за якою мета кримінального процесу полягає у захисті прав і законних інтересів осіб (як фізичних так і юридичних) від злочинних посягань, захисті потерпілих від злочину.

У новому КПК Російської Федерації, прийнятому у 2003 році, відмовилися від терміну „мета”, й використали термін „призначення процесу”, присвятивши цьому статтю 6. Згідно ч. 1 цієї статті кримінальне судочинство має своїм призначенням: 1) захист прав і законних інтересів осіб та організацій, які потерпіли від злочину; 2) захист особи від незаконного і необгрунтованого обвинувачення, засудження, обмеження її прав і свобод.

Виходячи із викладеного, постає проблема: якою повинна бути мета кримінального процесу України: чи боротьба зі злочинністю, чи покарання винного, чи вирішення кримінального спору між державою і особою, чи встановлення істини, чи може, все ж таки захист прав потерпілого, а можливо охоплювати усі ці елементи?

Із усіх наведених підходів до визначення мети кримінального процесу на перший погляд найбільш прийнятним є встановлення істини, виходячи із найширшого змісту, який вкладають у неї переважна більшість вчених (відповідність висновків про досліджувану подію дійсності (самій події), її правильна кваліфікація і правильно призначене покарання). Проте лише поверхневий аналіз зазначених елементів змісту істини свідчить, що вони майже один до одного є завданнями кримінального процесу, закріпленими у ст. 2 КПК (охорона прав та законних інтересів фізичних і юридичних осіб, які беруть в ньому участь, швидке і повне розкриття злочинів, викриття винних та забезпечення правильного застосування Закону з тим, щоб кожний, хто вчинив злочин, був притягнутий до відповідальності і жоден невинний не був покараний) і не охоплюють лише охорони прав і законних інтересів осіб, які беруть участь у процесі.

У цьому контексті виникає запитання: а чи не є встановлення істини (правдиве, правильне встановлення певних обставин) необхідною умовою виконання цих завдань? Безперечно так і є. Адже встановлення події злочину і особи, що його вчинила, є неодмінною умовою розкриття злочину, далі правильного застосування матеріального кримінального закону і покарання винного. На цьому наголошує і сучасний російський дослідник доказового права професор Ю.К. Орлов. Отже, за таких обставин логічний ряд «завдання→мета» (виконання завдань є засобом досягнення мети) порушується, оскільки вимальовує протилежну залежність: досягнення мети є неодмінною передумовою виконання завдань. Очевидно, що з врахуванням викладеного, встановлення істини (мета) є категорією підпорядкованою завданням

процесу, і не відповідає змісту поняття «мета» – кінцевому результату, на досягнення якого спрямована ця діяльність.

Очевидно, що кримінальний процес зводиться не лише до встановлення істини. Та й за сьогоденних обставин, коли у судочинство впроваджуються ряд нових позитивних інститутів, котрі дозволяють економити й оперативніше виконувати його завдання, таких як скорочений судовий розгляд, а в майбутньому це буде і заочне провадження, і наказне провадження, і застосування угоди тощо, про істину, навіть відносно, взагалі важко говорити. Хіба природно, що у змалгальному процесі прокурор, підтримуючи обвинувачення, повинен збирати виправдувальні докази? Безумовно за наявності доказів, що виправдовують якусь особу у вчиненні злочину, він повинен відмовитись від її обвинувачення, не закриваючи провадження у цілому, і спрямувати зусилля на виявлення справжнього винуватця. Але у цілому це не повинно бути завданням прокурора.

Дуже загальною у контексті викладеного видається і така мета кримінального судочинства як боротьба зі злочинністю. Дійсно кримінальний процес у значній мірі і спрямований на подолання злочинності через притягнення до кримінальної відповідальності винних у вчиненні злочину та їх покарання, що як зазначалося вище є одним із завдань процесу. Але ж засобами кримінального процесу крім зазначеного завдання виконуються ще й інші завдання, передбачені у ст.2 КПК. Окрім того, боротьбою із злочинністю займаються й інші органи, для яких це не єдине завдання, наприклад органи, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органи рибо-, лісо- охорони, різноманітні інспекції, значна частина з яких кримінально-процесуальної діяльності взагалі не здійснює. Та й як свідчать реалії механізм державної репресії, спрямований на боротьбу зі злочинністю в Україні нині не ефективний і за винятком видимості і значної витрати податків пересічних громадян, не здатний забезпечити ні реалізації мети покарання (виправлення і перевиховання засудженого), ні захисту прав потерпілих від злочину.

Не може кримінальний процес зводитися і до встановлення особи, винної у вчиненні злочину, і її покарання, оскільки за таких обставин він матиме незавершений характер. За таких умов будуть виконані навіть не всі завдання, передбачені у ст.2 КПК України.

Не досить чіткою і зрозумілою виступає і така мета процесу як вирішення кримінального спору між державою і особою (вирішення кримінально-правового конфлікту). Справа у тому, що за загальним правилом, вирішення правового делікту (в тому числі й злочину) полягає у першу чергу у відновленні правомірного стану речей, що існував до правопорушення, у відновленні прав того, чий інтереси були порушені чи хоча б у відшкодуванні шкоди, завданої ним та ще й охоплює покарання винного у його вчиненні. Виходячи ж із особливості шкоди завданої злочинцем, зокрема фізичної, відновити правомірний стан речей, що існував до його вчинення, права потерпілого від злочину досить часто буде неможливо. Відтак мета процесу переважно буде недосяжною.

Очевидним є й те, що мета кримінального процесу не може включати декілька елементів (усі вище наведені), оскільки це суперечить загальному філософському розумінню мети як остаточного результату на досягнення якого спрямована певна діяльність. У зв'язку цим повністю вірною є думка, яку свого часу висловили ще Т.Г. Моршакова та І.Л. Петрухін, що ціль не може мати елементів, а є явищем одиничним.

Мабуть, зважаючи на нинішні реалії, визначаючи мету кримінального процесу, потрібно насамперед враховувати інтереси тих, чий права були зачіплені, порушені злочинцем – потерпілих, на чому наголошується у Конвенції про захист прав і основних свобод людини. А якщо брати до уваги те, що згідно ст. 3 Конституції України „Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю; права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави; а утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави”, **метою кримінального процесу має бути захист прав і законних інтересів осіб, які потерпіли від злочину**. Засобами же досягнення цієї мети (завданнями процесу) мають бути розкриття злочину, покарання винних чи застосування до них інших заходів впливу.

При цьому потрібно наголосити, що метою процесу повинен бути власне захист, а не охорона прав й інтересів, так як це передбачено у чинному КПК України, оскільки, як слушно уже

давно зазначають у літературі, охорона прав включає діяльність по недопущенню порушень відповідних прав та інтересів (правоохоронна діяльність), кримінальний же процес є діяльністю по захисту уже порушених прав і повинен бути спрямований на їхнє відновлення.

У цьому контексті варто зауважити, що російський законодавець виявився не до кінця послідовним, виділивши серед призначення процесу у п. 2 ст.6 КПК ще і захист особи від незаконного і необґрунтованого обвинувачення, засудження, обмеження її прав і свобод. Як видається, зазначене положення більше виступає принципом процесу, аніж його завданням чи ціллю. Якщо ж ні, то законодавець заздалегідь свідомо передбачає можливість відповідних обмежень, слідчих і судових помилок, і можливість їх виправлення, що є не зовсім логічним, оскільки за загальним правилом процес має здійснюватися без порушень, з дотриманням процесуальної форми.

Таким чином, метою кримінального процесу має бути **захист** прав і законних інтересів осіб, які потерпіли від злочину, який (захист) полягатиме у тому, що через розкриття злочину, покарання винних чи застосування до них інших заходів впливу створяться усі умови для загладження шкоди, завданої потерпілому, відновлення його прав, повернення його у правомірний стан речей.

При цьому, враховуючи умови змагального процесу, таке загладження може полягати як у відшкодуванні матеріальної і моральної шкоди, завданої злочинцем, і одночасному покаранні винного (чи застосуванні інших заходів впливу), так і лише у покаранні винного, якщо на цьому наполягатиме потерпілий. Під особами ж, які потерпіли від злочину потрібно розуміти не лише фізичних осіб, а й юридичних осіб, які зазнали шкоди від злочину. У тих же випадках, коли злочин посягає не на інтереси конкретних фізичних чи юридичних осіб, а зачіпає загальнодержавні інтереси (злочини проти основ національної безпеки; злочини проти авторитету органів влади тощо), потерпілою повинна вважатися держава в особі відповідних її органів.

РАЦІОНАЛЬНЕ ВИКОРИСТАННЯ ЧАСУ ЯК ЕЛЕМЕНТА ПРИНЦИПУ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ЕКОНОМІЇ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Сопронок І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Феномен часу у праві завжди привертав увагу дослідників, оскільки право є одним із ефективних соціальних інструментів його економії. Час за своєю природою є абсолютним, його не можна відчутися на дотик, тому право регулює не час як такий, а часові виміри відповідної діяльності – тривалість, послідовність, швидкість і т. д.

Кримінальний процес, як і будь-яка інша діяльність, теж характеризується тривалістю в часі. Одним із ефективних засобів регулювання його темпоральних параметрів є принцип процесуальної економії. Не зважаючи на те, що вказаний принцип забезпечує раціональний підхід до побудови і здійснення кримінального судочинства з метою швидкого і повного розкриття злочинів, викриття винних і притягнення їх до відповідальності з мінімальними затратами не лише часу, але й сил і засобів учасників кримінально-процесуальної діяльності (з одночасним забезпеченням правильного застосування кримінально-процесуального законодавства), все ж, як слушно зауважує відзначилось у правничій літературі (П. М. Рабинович), як на нас будь-яка економія в кінцевому рахунку, зводиться до економії часу.

Принцип процесуальної економії не має безпосереднього текстувального закріплення у нормах чинного КПК. Проте, його вплив на раціональне використання часу у кримінальному процесі прослідковується через низку норм, що регулюють кримінально-процесуальні відносини, а саме такі.

І. Норми, що встановлюють строки провадження у кримінальній справі.

Дослідженню строків у кримінальному процесі присвячена чимала кількість праць, в яких й існують різні підходи до визначення поняття строку. Видається, що при визначенні цього поняття необхідно виходити з таких його властивостей строку:

- а) строк за своєю суттю є відрізком, періодом у часі, і не сам час, про що стверджують деякі науковці (наприклад С. Фомін), який має здатність спливати;
- б) кримінально-процесуальний строк визначається законом, підзаконним нормативно-правовим актом, або рішенням уповноваженої на те посадової особи;
- в) строк адресується всім суб'єктам кримінально-процесуальних відносин;
- г) встановлюється з метою визначення часових рамок виконання чи утримання від виконання процесуальних дій або прийняття процесуальних рішень.

З урахуванням властивостей під кримінально-процесуальним строком слід розуміти встановлений законом, підзаконним нормативно-правовим актом чи рішенням уповноваженої на те посадової особи період у часі, протягом спливу якого суб'єкти кримінально-процесуальних відносин виконують чи утримуються від виконання процесуальних дій або приймають процесуальні рішення.

Основна мета строків у кримінальному процесі, їх спрямованість полягає у відносному визначенні часових меж провадження у кримінальній справі та юридично значущих дій у його рамках, що допомагає забезпечити швидке розслідування і вирішення справи. Окрім цього, слід зауважити, що кримінально-процесуальне законодавство передбачає крайні строки для вчинення тих чи інших процесуальних дій, тобто дозволяє їх реалізацію в будь-який момент в межах визначеного періоду, однак практика вчинення необхідних чи дозволених дій в останній день строку або ж після його спливу свідчить про необхідність додаткового стимулювання дотримання процесуальних строків.

ІІ. Норми, що встановлюють терміни провадження (у розумінні часового виміру).

На сьогодні норми КПК України не передбачають кримінально-процесуальних термінів, однак аналіз змісту КПК України дозволяє зробити висновок про їх існування.

Поняття „термін” дуже часто вживається як синонім до „строк”, однак, відповідно до тлумачних словників, воно наповнене дещо іншим змістом. Одне із значень поняття „термін” – призначений, установлений момент, час виконання або настання чого-небудь. Саме ця риса робить його відмінним від іншої суміжної категорії.

Процесуальні відносини, що регулюються термінами, відірвані від календарних відліків часу, таких як година, день, місяць, рік. Їх тривалість, початок чи кінець перебігу, послідовність залежить від конкретних юридичних фактів. Характерною рисою термінів є те, що вони здатні встановлювати як період, так і момент у часі, коли дозволяється або виникає зобов'язання вчинити відповідну процесуальну дію чи утриматись від неї. Так, наприклад, відповідно до ч.3 ст. 167 КПК України, перед допитом слідчий попереджає свідка про кримінальну відповідальність за відмову від давання чи за давання завідомо неправдивих показань. В даному випадку початок допиту свідка є терміном, до настання якого необхідно здійснити відповідне попередження і за даних обставин він визначає конкретний момент вчинення вказаної дії. Прикладом встановлення за допомогою термінів періоду у часі можуть слугувати положення ч.1 ст. 27 КПК України, згідно з якою у справах приватного обвинувачення приречення потерпілого з обвинувачем, підсудним може статися лише до видалення суду в нарадчу кімнату для постановлення вироку.

Отже, основним призначенням термінів є визначення не лише часових меж провадження тих чи інших процесуальних дій, але й встановлення конкретних моментів їх вчинення та послідовності провадження у процесі розслідування та розгляду кримінальної справи, що сприяє впорядкованню кримінального судочинства та раціональному використанню часу суб'єктами кримінально-процесуальних відносин.

III. Норми, що регламентують використання часу у кримінальному процесі за допомогою оціночних понять

Незважаючи на публічно-правовий характер, кримінально-процесуальні відносини завжди можуть бути чітко окреслені часовими рамками. У таких випадках законодавець застосовує окремі оціночні категорії, в зв'язку з чим їх тривалість ставиться в залежність від суб'єктивних чинників та обставин провадження кримінальної справи.

Так, наприклад, ч.3 ст. 48 КПК України передбачає, що захисник, у разі неможливості з'явитись у призначений строк для участі у виконанні процесуальних дій, в яких його участь є обов'язковою, зобов'язаний **заздалегідь** повідомити про це та про причини неможливості якки дізнавачу, слідчому, прокурору, суду. Вживаючи такого роду оціночне поняття законодавець враховує, що в даному випадку важко встановити конкретний строк, все залежить від обставин справи, характеру процесуальних дій, стану справ самого захисника. Однак, він передбачає, що таке повідомлення має бути здійснене за певний період часу, достатній для того, щоб відмінити відповідну процесуальну дію, повідомити про це решту учасників, спланувати по-іншому розслідування чи розгляд кримінальної справи і т.д.

Іншим прикладом може слугувати положення ч.1 ст. 106 КПК України: „Орган дізнання вправі затримати особу, підозрювану у вчиненні злочину, за який може бути призначено покарання у вигляді позбавлення волі, лише при наявності однієї з таких підстав: 1) коли цю особу застали при вчиненні злочину або **безпосередньо** після його вчинення...” Очевидно, що в даному випадку мається на увазі відсутність розриву або ж мінімальний розрив у часі між вчиненням злочину та моментом виявлення особи на місці вчинення злочину. Однак, враховуючи часті труднощі у встановленні часу вчинення злочину, таку „безпосередність” не завжди легко виявити.

Серед оціночних понять, що вживаються законодавцем для регламентації темпоральних параметрів процесуальних дій особливе місце належить категорії „**негайно**”. У нормах КПК України дане поняття застосовується понад 15-ти разів. Однак, це не означає, що сфера застосування вимоги негайності обмежується лише тими випадками, які визначені законодавством. Очевидно, що в процесі розслідування і розгляду кримінальної справи можуть виникати й інші ситуації, які вимагають негайного реагування на ті чи інші обставини.

Негайний – це той, що відбувається одразу, без затримки. У кримінальному процесі вимога „негайно” позначає спосіб вчинення процесуальної дії, який полягає у мінімізації розриву у часі між моментом виникнення необхідності вчинення тієї чи іншої процесуальної дії та

моментом її здійснення. Аналіз норм КПК України дозволяє зробити висновок, що даний спосіб регламентації негайного вчинення процесуальних дій характеризується такими особливостями:

1) негайне проведення процесуальної дії пов'язується з настанням певної події чи вчиненням певної дії, які мають особливий характер, чим зумовлюється терміновість проведення відповідної процесуальної дії;

2) процесуальна дія є першочерговою в порівнянні з іншими і здійснюється з максимально коротким розривом у часі з подією чи дією, що зумовила необхідність її виконання;

3) потреба у негайному виконанні тієї чи іншої процесуальної дії виникає, як правило, у тій ситуації, коли існує ймовірність загрози життю та здоров'ю громадян, порушення їх прав та основних свобод, в зв'язку з чим необхідно гарантувати дотримання безпеки суб'єктів кримінально-процесуальних відносин, їх прав та свобод.

Серед науковців існує думка, що, негайність швидше пов'язана із ситуативними обставинами та означає безвідкладність проведення визначених законом дій. Тобто за наявності можливості ці дії мають бути виконані негайно. Посилаючись на ч. 2 ст.107 КПК України, в якій зазначено, що допит підозрюваного проводиться негайно, а за неможливості цього – не пізніше 24 годин після затримання, вони роблять висновок, що в будь-яких випадках „негайність” щодо кримінально-процесуальних дій не може перевищувати 24 години. (О.Р. Михайленко). Однак такий приклад не може свідчити про те, що 24-годинна межа може застосовуватись до всіх вимог негайного вчинення процесуальних дій. Це означає лише про більш лояльне ставлення законодавця до порушення вимоги негайності.

Різноманітність способів регламентації часових характеристик кримінально-процесуальних відносин дозволяє зробити висновок про широкі можливості забезпечення раціонального використання часу у кримінальному судочинстві та спонукає до більш глибокого вивчення кожного із них.

МЕХАНІЗМ ЗАХИСТУ ПРАВ ТА ОСНОВНИХ СВОБОД ЗАСУДЖЕНОГО

Стрельбіцька Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Механізм забезпечення прав засудженого в кримінальному процесі являє собою внутрішню узгоджену систему правових норм, прав засуджених, гарантій їх реалізації, державних органів, громадських організацій, посадових осіб та громадян, залучених у сферу кримінального судочинства або тих, які відповідно до наданих їм повноважень можуть здійснювати на нього вплив і таким чином забезпечувати його захист. Функціонування даного механізму направлене на вирішення завдань кримінального судочинства та на охорону прав та законних інтересів учасників процесу в цілому і засудженого зокрема.

У вітчизняному кримінальному процесі у системі цього механізму важливу роль відіграють суд, прокурор, захисник, Президент України, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, спостережні комісії, міжнародні урядові та неурядові організації.

Основною юридичною гарантією захисту прав і свобод людини, у тому числі і засуджених, виступає *судовий захист*. У випадку порушення прав і свобод людини держава зобов'язана забезпечити будь-якій особі ефективний засіб правового захисту. Він передбачений ст. 2.3 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права.

Контрольна діяльність суду має вирішальне значення для забезпечення процесуально-правового статусу засудженого на стадії виконання вироку. Правозахисна функція цього органу проявляється у самому процесі здійснення судочинства: у засадах та принципах, яких суд повинен дотримуватись під час здійснення кримінально-виконавчого судочинства, у процесуальній формі.

Повноваження *прокурора* на стадії виконання вироку спрямовані на запобігання порушенням законності щодо особи засудженого. Виявлення останніх можливе шляхом розгляду заяв і скарг засуджених, опротестування незаконних наказів, розпоряджень і постанов адміністрації установ, у яких засуджені відбuvають покарання, установ для примусового лікування і перевиховання. Прокурор має право вимагати пояснень від посадових осіб з приводу допущених порушень, хоча, на нашу думку, доцільніше було б сформулювати вказане положення у вигляді обов'язку, а не права.

У відповідності зі ст. 121 Конституції України нагляд за дотриманням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів, пов'язаних із обмеженням свободи громадян, покладений на прокуратуру.

У стадії виконання вироку, як і в усіх інших стадіях кримінального судочинства, прокурор зобов'язаний прийняти, передбачені законом заходи до усунення будь-яких порушень закону, від кого б ці порушення не виходили.

Предметом нагляду є додержання законності під час перебування осіб в установах виконання покарань, інших установах, що виконують покарання або заходи примусового характеру, які призначаються судом, додержання встановленого кримінально-виконавчим законодавством порядку та умов тримання або відбuvання покарання особами у цих установах, їх прав і виконання ними своїх обов'язків.

Прокурор, який здійснює нагляд, має право: 1) у будь-який час відвідувати місця тримання затриманих, попереднього ув'язнення, установи, в яких засуджені відбuvають покарання, установи для примусового лікування і перевиховання, опитувати осіб, що там перебувають, знайомитись з документами, на підставі яких ці особи затримані, заарештовані, засуджені або до них застосовано заходи примусового характеру; 2) перевіряти законність наказів, розпоряджень і постанов адміністрації цих установ, зупиняти виконання таких актів, опротестувати або скасовувати їх у разі невідповідності законодавству, вимагати від посадових осіб пояснень з приводу допущених порушень; 3) прокурор зобов'язаний негайно звільнити особу,

яка незаконно перебуває в місцях тримання затриманих, попереднього ув'язнення, обмеження чи позбавлення волі або в установі для виконання заходів примусового характеру.

Забезпечення права на захист та надання правової допомоги ст. 59 Конституції України покладає на *адвокатуру*. Предметом правозахисної діяльності є надання правової допомоги конкретним фізичним та юридичним особам. У кримінальному процесі такою особою є і засуджений, якому гарантується право на надання кваліфікованої правової допомоги, яку може надати лише адвокат.

При вирішенні справ у судах та інших державних органах України тільки адвокати можуть виконувати вказані види діяльності, і державні органи повинні взаємодіяти саме з ними при вирішенні наведених функцій адвокатури. Проте правову допомогу можуть надавати юрисконсультанти, спеціалісти профспілок, нотаріуси, працівники міліції, митниці і інші органи. Засудженому до позбавлення волі правову допомогу може надавати прокурор, виходячи з принципів організації і діяльності прокуратури (ст. 6 Закону України „Про прокуратуру”), адміністрація місць відбування покарання, зокрема, в аспекті реалізації права засудженого на одержання інформації і роз'яснення умов відбування та порядку виконання покарання у вигляді позбавлення волі, фахівці в галузі права. На наш погляд, найбільш професійною, кваліфікованою правовою допомогою належить визнати ту, що надають адвокати, які здійснюють свою діяльність на принципах верховенства права, незалежності, демократизму, гуманізму і конфіденційності з дотриманням Присяги адвоката. Адвокатура надає засудженому правову допомогу, що охоплює широке коло дій: допомогу в пошуку необхідною нормативно-правового акту, роз'яснення його змісту, сприянні у складанні клопотань, заяв, чи інших документів, надання консультацій, представництво інтересів засудженого в суді чи іншому державному органі тощо. Виступаючи як захисник засудженого у кримінальному судочинстві, адвокат здійснює захист його прав, свобод та законних інтересів (ст. 44 КПК України).

У державно-правовому механізмі забезпечення в Україні конституційних прав і свобод людини та громадянина істотна роль належить *Президенту України*, який відповідно до ст. 102 Конституції України виступає гарантом прав і свобод людини й громадянина. Саме від його діяльності багато в чому залежить реалізація громадянами своїх конституційних прав і свобод. Оскільки Президент України обирається на свою посаду усім народом України, то ця обставина зобов'язує його діяти в інтересах усього народу, а не в цілях якихось політичних сил чи соціальних прошарків.

Так, Президент України згідно з п. 27 ст. 106 Конституції України здійснює помилування, чим і забезпечує захист засудженого.

Процедура здійснення помилування визначається Указом Президента України від 12.04.2000 року “Про положення про порядок здійснення помилування”, згідно з нормами якого підготовку матеріалів для розгляду клопотань про помилування, а відповідно і з'ясування ставлення засудженого до помилування здійснює Управління з питань помилування Адміністрації Президента України.

Контроль за дотриманням прав і свобод людини й громадянина здійснює *Уповноважений Верховної Ради України з прав людини*. Його роль і авторитет в державі постійно зростають, про що свідчать численні звернення громадян із скаргами на порушення їх конституційних прав.

Хоча рішення, які приймає Уповноважений, не мають юридичної сили, але він щорічно представляє доповіді парламенту, який приймає відповідні заходи до порушників закону.

Свою діяльність Уповноважений здійснює на підставі відомостей про порушення прав і свобод людини та громадянина. Такі звернення подаються Уповноваженому протягом доби після вчинення порушення. За виняткових обставин цей термін може бути Уповноваженим продовжений до двох років.

Звернення, які розглядаються судами, Уповноважений не розглядає.

Громадський контроль за дотриманням прав засудженого здійснюється *спостережними комісіями*. Вони, згідно Постанови Кабінету Міністрів України “Про затвердження положень про спостережні комісії та піклувальні ради при спеціальних виховних установах” від 01.04.2004, разом з органами і установами виконання покарань вносять до суду за місцем

відбування покарання засудженими подання щодо: умовно-дострокового звільнення від відбування покарання або заміни невідбутої частини покарання більш м'яким; звільнення від відбування покарання вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років. На підставі інформації органів і установ виконання покарань ведуть облік осіб, умовно-достроково звільнених від відбування покарання, організовують громадський контроль за поведінкою цих осіб та проведення виховних заходів за місцем їх роботи (навчання) і проживання протягом невідбутої частини покарання.

На нашу думку, інститут спостережних комісій є пережитком радянської доби. У разі необхідного реформування стадії виконання вироку, ухвали, постанови, а саме: запровадження при розгляді питань, пов'язаних з виконанням вироку обов'язкової участі засудженого та його захисника, встановлення обов'язкового проведення судового слідства, потреба в існуванні спостережних комісій відпадає.

Важливу роль у забезпеченні правового статусу засудженого, мають відігравати і *міжнародні органи*. Передумовою цього є положення ч. 4 ст. 55 Конституції України, яким визначено, що кожен має право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатись за захистом своїх прав до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна.

Що стосується міжнародних організацій по захисту прав людини, то центральне місце серед всесвітніх міжурядових організацій по захисту прав людини займає Організація Об'єднаних Націй (ООН), згідно зі ст. 1 Статуту якої здійснення міжнародного співробітництва у заохоченні та розвитку поваги до прав і свобод людини є одним із основних завдань її діяльності.

Щодо європейських міжурядових організацій по захисту прав людини, то провідне місце серед них займає Рада Європи, яка включає: Європейський суд з прав людини (м. Страсбург).

Засуджений на кримінально-процесуальній стадії виконання вироку, ухвали, постанови, зокрема, може застосувати для оскарження рішення національного органу наступні статті конвенції: 1) ст. 6, яка гарантує кожному право на справедливий та відкритий розгляд протягом розумного строку його справи неупередженим судом, встановленим законом; 2) ст. 13 – гарантує кожному право на ефективний правовий захист у відповідному національному органі та інші.

Отже, наша держава створила велику кількість різноманітних органів, які сприяють забезпеченню прав та законних інтересів її громадян, в тому числі і засуджених. Проте виникає також необхідність у налагодженні чіткої взаємодії між ними з метою здійснення ефективної та результативної правозабезпечувальної діяльності.

ПРО ДЕЯКІ ЕЛЕМЕНТИ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ ЗЛОЧИНІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ З НЕВИПЛАТОЮ ЗАРПЛАТ, ПЕНСІЙ, СТИПЕНДІЙ ТА ІНШИХ УСТАНОВЛЕНИХ ЗАКОНОМ ВИПЛАТ

Фігурський В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

З огляду на дедалі частіше поширення в Україні фактів щодо невивлати заробітної плати, стипендій, пенсій, інших установлених законом виплат виникла потреба в розробленні наукових рекомендацій першочергово щодо розслідування, а в майбутньому і судового розгляду цього виду злочину та запровадження їх у практичну діяльність органів, що здійснюють провадження у справі. Тобто наразі постало питання розроблення методики розслідування злочинів, пов'язаних з невивплатою заробітної плати, пенсій, стипендій, інших установлених законом виплат. У зв'язку з цим є потреба зупинитися на криміналістичній характеристиці цього виду злочину, як однієї з основних складових елементів методики розслідування злочинів, а саме на характеристиці її окремих елементів.

Виникнення поняття «криміналістична характеристика злочинів» у понятійному апараті криміналістики було не випадковим, а природним і закономірним процесом, пов'язаним із розвитком теорії криміналістики і поглибленим розробленням придатних для потреб слідчої практики методик розслідування окремих видів злочинів. За усталеною думкою (Старушкевич А.В., Салтевський М.В., Белкин р.С.), вперше вказаний термін з'явився у працях Л.О. Сергеева й О.Н. Колесніченка (1966-67 рр.).

За чотири десятиліття свого розвитку загальне поняття криміналістичної характеристики злочинів зазнало значних змін і модифікацій, що обумовлено поглибленою розробкою наукових основ методики розслідування злочинів і теорії криміналістики в цілому.

Погодимось із переважаючою в літературі позицією, що під криміналістичною характеристикою злочинів виправдано розуміти – інформаційну модель злочинної діяльності певного виду (групи), яка системно-упорядковано відображає узагальнені відомості про типові криміналістично значущі ознаки її 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.

Структура криміналістичної характеристики для окремих видів і груп злочинів не є однаковою: в одних характеристиках деякі елементи переважають, тобто мають більш важливіше криміналістичне значення, в інших – його втрачають. Говорячи про злочини, пов'язані з невивплатою заробітної плати, стипендій, пенсій та інших установлених законом виплат, поки що не зазначаючи значущість окремих елементів криміналістичної характеристики, можна констатувати таку їх систему, зокрема – це узагальнені дані про:

- 1) предмет безпосереднього посягання;
- 2) спосіб вчинення злочину в його широкому розумінні;
- 3) слідову картину в її широкій інтерпретації;
- 4) особу злочинця;
- 5) особу потерпілого;
- 6) обстановку вчинення злочину, місце, час, знаряддя і засоби вчинення злочину;
- 7) мету та мотиви злочину.

В межах доповіді, хотів би коротко зупинитися на аналізі одного із елементів криміналістичної характеристики цього виду злочину, зокрема на узагальнених даних про предмет посягання.

Предметом посягання, пов'язаного з невивплатою заробітної плати, стипендії, пенсії та інших установлених законом виплат (ст. 175 Кримінального Кодексу України) є грошові кошти, що повинні виплачуватись громадянам як заробітна плата, стипендії, пенсії чи інші вста-

новлені законом виплати, на які вони мають право. Проте предметом цього злочину за певних умов можуть бути і матеріальні цінності, зокрема ті, що мають бути передані громадянам у ході здійснення зазначених виплат (наприклад, заробітної плати на сільськогосподарських чи переробних підприємствах у натуральній формі).

Хотілося би звернути увагу на не зовсім чітке формулювання предмета злочину в ст. 175 Кримінального Кодексу України: Що законодавець мав на увазі, говорячи про «інші установлені законом виплати»? З однієї сторони, не конкретизуючи види виплат законодавець встановлює широке коло виплат, які підлягатимуть виплаті внаслідок виникнення відповідного права в особи. А з іншої сторони, чому законодавець в статті як приклад наводить наступні: заробітна плата, стипендія, пенсія? Видається, що для того, щоб зорієнтувати на характер виплат. Аналізуючи норми законодавства доходимо до висновку, що наведені виплати мають регулярний, систематичний характер. Це, зокрема, випливає з положення статті 2 Закону України «Про компенсацію громадянам втрати частини доходів у зв'язку з порушенням строків їх виплати» від 19 жовтня 2000 року. У ній встановлено правило, відповідно до якого компенсація громадянам втрати частини доходів у зв'язку з порушенням строків їх виплати провадиться у разі затримки на один і більше календарних місяців виплати доходів, нарахованих громадянам за період починаючи з дня набрання чинності названим Законом. У цій же статті розкривається зміст поняття «доходів», під якими розуміють грошові доходи громадян, які вони одержують на території України і які *не мають разового характеру*: пенсії; соціальні виплати; стипендія; заробітна плата (грошове забезпечення) та інші.

Отже, й інші установлені законом виплати, про які йдеться у диспозиції статті 175 Кримінального Кодексу України мали б мати такий же, тобто регулярний характер. А чи входять в предмет посягання злочину, пов'язаного з невилплатою заробітної плати, стипендії, пенсії та інших установлених законом виплат *разові виплати*?

Проаналізуємо для цього один з видів виплат, про який йдеться в ст. 175 Кримінального Кодексу України, – заробітну плату, як яскравий приклад предмету посягання досліджуваного злочину. Закон України «Про оплату праці» від 24 березня 1995 року, встановлює наступну структуру заробітної плати: основну, додаткову заробітну плату та інші види заохочувальних та *компенсаційних виплат*, до яких, в свою чергу, відносить виплати у формі винагород за підсумками роботи за рік, премії за спеціальними системами і положеннями, *компенсаційні* та інші грошові і матеріальні виплати, які не передбачені актами чинного законодавства або які провадяться понад встановлені ними норми. З положень цієї статті випливає, що компенсаційні виплати мають регулярний характер, бо виступають однією із структурних частин заробітної плати. Проте як бути, наприклад, з компенсацією втрати громадянами частини доходів у зв'язку з порушенням термінів їх виплати? Невже ця компенсація має систематичний характер? Тоді підприємства, установи, організації регулярно мали б не виплачувати або затримувати більш як на один місяць виплату доходів громадянам. Якщо так, то невилплата цієї компенсації мала б входити в предмет посягання злочину, передбаченого ст. 175 Кримінального Кодексу України, наслідком чого є кримінальна відповідальність в межах санкції цієї статті.

Проте варто звернути увагу на положення статті 7 Закону України «Про компенсацію громадянам втрати частини доходу у зв'язку з порушенням строків їх виплати», відповідно до якої відмова власника або уповноваженого ним органу (особи) від виплати компенсації *може бути оскаржена* громадянином у судовому порядку. Диспозитивність цієї норми (можливість оскарження у судовому порядку), як загальновідомо, не характерна для кримінального права, а має місце у цивільно-правовому регулюванні суспільних відносин (відповідальність за невиконання зобов'язань).

Це в свою чергу підкреслює, що не всі компенсаційні виплати мають регулярний характер, бо в протилежному випадку мала б мати місце кримінально-правова відповідальність. Прослідковується не узгодженість позиції законодавця у визначенні характеру певних видів виплат.

Отже разові виплати, як видається, не входять в предмет посягання злочину, передбаченого ст. 175 Кримінального Кодексу України і, відповідно, відповідальність за їх невилплату або затримання їх виплати має встановлюватися в порядку цивільного судочинства.

Підсумовуючи вищенаведене, можна зробити висновок, що предметом злочинного посягання в злочині, передбаченому ст. 175 Кримінального Кодексу України є грошові кошти (за винятком випадків заміни їх на матеріальні цінності чи іншу натуральну форму оплати праці), які повинні виплачуватись громадянам як заробітна плата, стипендії, пенсії, компенсаційні та інші встановлені законодавством виплати систематичного характеру, на які вони мають право.

КЛОПОТАННЯ СТОРОНИ ЗАХИСТУ, ПОВ'ЯЗАНІ З ФОРМУВАННЯМ ДОКАЗОВОЇ БАЗИ НА ДОСУДОВОМУ СЛІДСТВІ

Яворський Б.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Принцип публічності, який є визначальним у кримінальному судочинстві, зумовлює встановлення жорстких правил збирання доказів. Так, збирати докази закон дозволяє виключно спеціально уповноваженим державним органам, які вправі при цьому застосовувати заходи процесуального примусу. В той же час в окремих нормах КПК передбачено право підозрюваного (ст.43-1), обвинуваченого (ст.43) та захисника (п.8 ч.2 ст.48) подавати докази. Однак це є радше неточністю законодавця, ніж реальне право суб'єктів сторони захисту, оскільки, для набуття поданими ними предметами чи документами статусу доказів, необхідно, щоб особа, яка веде кримінальний процес, винесла щодо цього відповідну постанову.

2. Відсутність у суб'єктів сторони захисту владних повноважень не означає, що вона не бере участі у доказуванні. Незважаючи на те, що обвинувачений та його захисник не вправі самостійно збирати докази як такі, вони все ж мають можливість брати активну участь у формуванні доказової бази під час досудового розслідування. Для цього закон надає їм можливість (право) подавати предмети і документи, які можуть бути визнані доказами, заявляти клопотання щодо формування доказової бази, оскаржувати дії і рішення особи, що проводить дізнання, слідчого та прокурора, пов'язані з доказуванням, тощо.

3. Слідчий зобов'язаний розглянути клопотання у строк не більше трьох діб і задовольнити їх, якщо обставини, про встановлення яких заявлені клопотання, мають значення для справи. Разом з тим у ст.129 КПК, незважаючи на те, що вона називається „Розгляд клопотань слідчим”, йдеться тільки про клопотання про проведення слідчих дій. Буквально із її змісту випливає, що строк розгляду інших клопотань не встановлений. Вважаємо це упущенням законодавця і приєднуємося до думки, що необхідно внести відповідні зміни у КПК і словосполучення „про виконання будь-яких слідчих дій” виключити. Крім того, визнання обставин, про встановлення яких просить у клопотанні учасник процесу „такими, що мають значення для справи” залежить від того, наскільки правильно оцінить їх і який зробить висновок особа, яка розслідує справу. Різні тлумачення поняття „значення для справи” учасником процесу, який заявив клопотання, і посадовою особою, яка його вирішує, не рідко призводить до того, що обгрунтоване клопотання залишається без задоволення (Т.В. Варфоломєєва, Н.А. Власова).

Тож, з метою реалізації засади змагальності на досудовому розслідуванні, в літературі пропонується передбачити у КПК обов'язок слідчого задовольняти всі клопотання захисника та обвинуваченого, які спрямовані на формування доказової бази (Т.В. Варфоломєєва, С.В. Ковальчук, Т.В. Корчева, С.А. Шейфер).

Є підстави погодитися з тим, що встановлення обов'язку для особи, яка проводить дізнання, слідчого та прокурора задовольняти будь-яке клопотання обвинуваченого та його захисника, щодо формування доказової бази, може стати черговим кроком на шляху розширення меж дії засади змагальності на досудових стадіях кримінального судочинства. Такий підхід значно розширить можливості захисту та дещо зрівняє сторони у правах щодо формування доказової бази. Крім того, такі зміни практично виключать можливість зловживань особою, яка розслідує справу, під час вирішення заявлених клопотань. Проте не можна залишити поза увагою й того, що є ряд обставин, які змушують замислитися, перш ніж запроваджувати названі пропозиції в нормотворчу практику.

По-перше, передбачивши обов'язковим задоволення клопотання обвинуваченого і його захисника, законодавець тим самим створить їм сприятливі умови для зловживань таким правом. Якщо названі суб'єкти із певних причин (наприклад, в очікуванні прийняття чергового Закону України „Про амністію”) прагнуть затягнути розслідування, то для цього їм не потрібно буде докладати великих зусиль. Достатньо буде всього лише заявити кілька мало-

продуктивних (чи не продуктивних взагалі), але складних для виконання клопотань. Адже досвідченому адвокату чи обізаному із законом обвинуваченому не складно буде зробити так, щоб завдання слідчого (ст.22 КПК) із розслідування справи перетворилося на задоволення клопотань захисту. Звичайно, це не означає, що зловживання буде мати місце під час розслідування кожної справи, але, з огляду на завдання кримінального процесу, таке не можна допускати навіть в одиничних випадках.

По-друге, кримінально-процесуальний закон визначає строк проведення досудового розслідування (ст.120 КПК). За загальним правилом він становить два місяці і обчислюється з часу порушення справи до направлення її прокуророві з обвинувальним висновком чи постановою про передачу справи до суду для розгляду питання про застосування примусових заходів медичного чи виховного (для неповнолітніх) характеру або до закриття чи зупинення провадження у справі. Встановлення для слідчого обов'язку задовольняти усі клопотання сторони захисту повинно відповідати до того, що, задовольняючи їх, слідчий неминуче порушуватиме строки досудового слідства, що не можна визнати прийнятним.

По-третє, задовольняючи усі клопотання, слідчий може перетворитися у „виконувача бажань захисту”. Аргумент, який інколи наводиться у літературі, що ніби то „значення для справи” є оціночним поняттям і це дозволяє слідчому зловживати своїм правом, не можемо визнати переконливим, адже, і у чинному КПК, і в інших законодавчих актах є оціночні поняття. Без них, як би ми цього не хотіли, не можливо обійтися. Крім того, однією із властивостей доказів є їх належність до справи. Саме вона і зумовлює встановлення критерію „значення для справи”, якому повинно відповідати клопотання для того, щоб його було задоволено.

Інколи у літературі пропонують передбачити обов'язок задовольняти тільки ті клопотання суб'єктів захисту, які направлені на спростування підозри чи обвинувачення (Ю.В. Хоматов), а також клопотання про встановлення обставин, які можуть спростувати обвинувачення, змінити його зміст або ступінь відповідальності обвинуваченого (Ю. Стецовський). Однак, на наш погляд, такі пропозиції все одно чітко не визначають, які клопотання повинні бути задоволені. Більше того, вони вводять нові оціночні поняття – „направлені на спростування підозри чи обвинувачення” та „які можуть спростувати обвинувачення, змінити його зміст або ступінь відповідальності обвинуваченого”.

Вважаємо щодо цього варто використати законотворчий досвід Російської Федерації. Згідно ст.120 КПК РФ письмове клопотання приєднується до кримінальної справи, а усне – заноситься до протоколу слідчої дії чи судового засідання. Якщо обвинувачений буде заявляти письмове клопотання про приєднання до матеріалів справи певних предметів і документів, додаючи їх як додатки до клопотання, то слідчий, навіть у випадку відмови у задоволенні клопотання, зобов'язаний приєднати його з відповідними додатками до матеріалів справи.

4. З урахуванням вище наведеного, пропонуємо наступний підхід до законодавчого вирішення аналізованої проблеми.

1) Захисник та обвинувачений (підозрюваний) вправі заявити клопотання про приєднання до справи предметів і документів та визнання їх доказами. Дані предмети і документи слід подавати (оформляти) як додаток до клопотання. На слідчого повинен покладатися обов'язок у будь-якому випадку долучити клопотання з додатками до матеріалів справи, однак він не зобов'язаний визнавати їх доказами та керуватися ними. Якщо на думку слідчого вони мають значення для справи, то він повинен винести постанову про визнання поданих матеріалів доказами. Під час перевірки справи з обвинувальним висновком прокурор повинен мати право визнавати подані стороною захисту матеріали доказами (якщо це не зробив слідчий) і після цього діяти відповідно до ст.229 КПК. Надати процесуального статусу доказів даним матеріалам вправі також суд під час судового розгляду.

2) Клопотання обвинуваченого (підозрюваного) та його захисника про проведення допиту, очної ставки, відтворення обставинки і обставин події, призначення експертизи, витребування предметів чи документів слідчий розглядає в строк не більше трьох діб і задовольняє, якщо є підстави. За результатами розгляду слідчий виносить постанову, копія якої вручається особі під розписку, або, за її клопотанням, направляється поштою. Незалежно від результатів розгляду, клопотання долучається до матеріалів справи.

3) У силу дії принципу презумпції невинуватості та покладення обов'язку доказування та обвинувача, заявляючи клопотання, обвинувачений (підозрюваний) та захисник не зобов'язані його обгрунтовувати, однак, повинні вказати, які дані зможе повідомити свідок чи що повинна з'ясувати експертиза. Заявляти мотивовані клопотання є їхнім правом, а не обов'язком. Відповідь слідчого про відмову у задоволенні клопотання має бути обгрунтованою. При цьому захист повинен розуміти, що обгрунтоване, логічно правильно викладене та мотивоване клопотання слідчому набагато складніше буде відхилити. Для обгрунтування своїх клопотань сторона захисту може використовувати інформацію, отриману у результаті опитування осіб, висновки спеціаліста тощо.

4) Підтримуємо ідею розширення переліку підстав, за якими дозволяється судове оскарження, включивши сюди не тільки основні дії і рішення органів дізнання, слідчого та прокурора, що перешкоджають руху кримінальної справи, але і оскарження до суду відмови у задоволенні клопотань сторони захисту про проведення слідчих дій (А. Піюк). Вважаємо, що відмову у задоволенні клопотання можна було б оскаржувати в суд до моменту надання обвинуваченому матеріалів справи для ознайомлення. При цьому скарга обвинуваченого (підозрюваного) чи його захисника, на відміну від клопотання слідчому, повинна бути обгрунтована і до неї необхідно додати копію постанови слідчого про відмову у задоволенні клопотання. Суддя, ознайомившись із скаргою та доданою копією постанови, у строк не більше двох днів з моменту надходження, вирішує питання про прийняття скарги. Одночасно суддя зобов'язує слідчого протягом доби подати копію постанови про порушення кримінальної справи, постанови про пред'явлення обвинувачення, а також копії інших необхідних документів. Суддя повинен розглянути скаргу обвинуваченого протягом доби з моменту закінчення строку для подання слідчим копії необхідних документів. Не подання слідчим без поважних причин у вказаний строк копії матеріалів є підставою для задоволення клопотання обвинуваченого. На час розгляду скарги не потрібно зупиняти розслідування, а за результатами такого розгляду повинно прийматися одне із наступних рішень: а) зобов'язати слідчого задовольнити скаргу, яка є підставною і провести слідчу дію; б) відмовити у задоволенні скарги, якщо немає достатніх підстав для її задоволення. Постанова суді повинна бути остаточною і не підлягати оскарженню. Копію постанови необхідно вручати обвинуваченому чи його захиснику під розписку або, за їхнім клопотанням, направляти поштою.

Розгляд судом скарги згідно запропонованого нами варіанту суттєво не впливатиме на процес розслідування у плані його затягування, адже не перешкоджатиме слідчому продовжувати розслідування справи.

Такий порядок заявлення і вирішення клопотань про формування доказової бази, на нашу думку, допоможе забезпечити кращі можливості для відстоювання стороною захисту свого інтересу на досудових стадіях. Крім того, це один із кроків до процесуального збалансування можливостей сторін у кримінальному судочинстві.

Зміст

СЕКЦІЯ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИХ НАУК

<i>Гайова О.</i> ЗАКОН У СИСТЕМІ ДЖЕРЕЛ КОНТИНЕНТАЛЬНОГО ПРАВА: ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ.	3
<i>Гончаров В.</i> СПІВВІДНОШЕННЯ ФУНКЦІОНАЛЬНОГО ТЛУМАЧЕННЯ ЮРИДИЧНИХ НОРМ З ІНШИМИ СПОСОБАМИ ТЛУМАЧЕННЯ.....	6
<i>Гришук О.</i> ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ЛЮДСЬКОЇ ГІДНОСТІ	8
<i>Добрянський С.</i> СУЧАСНА КОНЦЕПЦІЯ ПРАВ ЛЮДИНИ (ДО ХАРАКТЕРИСТИКИ ВИТОКІВ).....	11
<i>Косович В.</i> ПРАВОВІ ПОМИЛКИ – ЯК НАСЛІДОК ПОМИЛОК У ПРАВОВІЙ ТЕХНІЦІ	14
<i>Левицька Н.</i> НОРМАТИВНО-ПРАВОВИЙ ІНСТИТУТ: ГАЛУЗЕВІ АСПЕКТИ.....	18
<i>Луць Л.</i> КОНСОЛІДАЦІЯ ЯК СПОСІБ СИСТЕМАТИЗАЦІЇ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ ПРИПИСІВ: ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ.	20
<i>Монастирський О.</i> НОРМАТИВНО-ПРАВОВА УНІФІКАЦІЯ ТА СПЕЦІАЛІЗАЦІЯ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА	22
<i>Мочульська М.</i> СУДОВИЙ ПРЕЦЕДЕНТ У КОНТИНЕНТАЛЬНІЙ ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ.....	24
<i>Ничка Ю.</i> СФЕРИ ТА МЕЖИ ПРАВОВІЙ СИСТЕМИ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ.....	27
<i>Онишко Є.</i> СВРОПЕЙСЬКІ ПРАВОВІ СТАНДАРТИ: СПОСОБИ ТА РІВНІ ВІПРОВАДЖЕННЯ (ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ).....	29
<i>Полянський Т.</i> ПОНЯТТЯ «ПРАВОВИЖИВАННЯ» ЯК ЕЛЕМЕНТ КАТЕГОРІЇ «ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ»	31
<i>Святоцька В.</i> ОРГАНІЗАЦІЯ АДВОКАТУРИ ДЕРЖАВ – ЧЛЕНІВ СВРОПЕЙСЬКОГО СПІВТОВАРИСТВА (НІМЕЧЧИНА, ФРАНЦІЯ)	34
<i>Соловійов О.</i> ДО ПИТАННЯ ПРО ПЕРЕДУМОВИ ВИНИКНЕННЯ ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ПРАВИЛ МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРІВ У ВНУТРІШНЬОДЕРЖАВНИХ ВІДНОСИНАХ	37
<i>Стецик Н.</i> СУДОВИЙ ПРЕЦЕДЕНТ: ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ.....	39
<i>Цепенко С.</i> ПРАВО НА ДОСТАТНІЙ РІВЕНЬ ЖИТТЯ В ІНТЕРПРЕТАЦІЇ ПРАВОСЛАВ'Я	42
СЕКЦІЯ ІСТОРИКО-ПРАВОВИХ НАУК	
<i>Андрусак Т.</i> ПРАВОВІ ПОГЛЯДИ ІВАНА ДОБРЯНСЬКОГО.....	44

Бойко І. ДЖЕРЕЛА ТА ХАРАКТЕРНІ РИСИ ПРАВА У ГАЛИЧИНІ В СКЛАДІ ПОЛЬСЬКОГО КОРОЛІВСТВА (1349–1569 РР.).....	47
Гуменюк Г. «ПОШИРЕННЯ «САКСОНСЬКОГО ЗЕРЦАЛА» НА ТЕРИТОРІЇ СХІДНОЇ ЄВРОПИ (XIII–XVIII СТ.)».....	52
Довгань Г. СТАНОВЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНУ ВЛАСНІСТЬ (1991–1994 РР.).....	54
Кобилецький М. ПРАВОВИЙ СТАТУС НАСЕЛЕННЯ МІСТ УКРАЇНИ ЗА МАГДЕБУРЗЬКИМ ПРАВОМ.....	57
Коваль А. ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ПОГЛЯДИ СТАНІСЛАВА СЕВЕРИНОВИЧА ДНІСТРЯНСЬКОГО НА ПРОЦЕСИ ФОРМУВАННЯ ПРАВА.....	59
Кольбенко А. ОСНОВИ ДЕМОКРАТИЧНОГО УСТРОЮ АНТИЧНИХ ДЕРЖАВ ТА СУЧАСНА УКРАЇНА (ПОРІВНЯЛЬНО – ІСТОРИЧНІ АСПЕКТИ).....	62
Кульчицький В., Левицька І. РЕГУЛЮВАННЯ ЦИВІЛЬНИХ ВІДНОСИН У ГАЛИЧИНІ ЗА АВСТРІЙСЬКИМ ЦИВІЛЬНИМ КОДЕКСОМ 1811 Р.....	65
Липитчук О. РОЛЬ ЧАСОПISУ «GTOS SADOWNICTWA» В ОРГАНІЗАЦІЇ І РОЗВИТКУ СУДОВОЇ СИСТЕМИ МІЖВОСННОЇ ПОЛЬЩІ (1929 – 1939 РР.).....	68
Моряк-Протопопова Х. СОЦІАЛЬНО-ЕКОНОМІЧНІ ТА ПОЛІТИЧНІ ПЕРЕДУМОВИ СТВОРЕННЯ ГАЛИЦЬКОГО НАМІСНИЦТВА (ВИБРАНІ АСПЕКТИ).....	71
Новосядло І. ОСНОВНІ ТЕНДЕНЦІЇ У РЕГУЛЮВАННІ ШЛЮБНО-СІМЕЙНИХ ВІДНОСИН У КОДИФІКАЦІЯХ ЄВРОПЕЙСЬКИХ ДЕРЖАВ XVIII–XIX СТ.	74
Панич Н. МІСЦЕ І РОЛЬ ОРГАНІВ ПРОКУРАТУРИ В ГАЛИЧИНІ У СКЛАДІ АВСТРІЇ ТА АВСТРО-УГОРЩИНИ В ДЕРЖАВНО-ПОЛІТИЧНІЙ СИСТЕМІ КРАЇНИ (1849–1918 РР.).....	78
Попович О. ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ ВІРМЕНСЬКИХ ГРОМАД НА УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ (XIV–XVIII СТ.).....	81
Ригіна О. ПОНЯТТЯ ЗАСАД КОНСТИТУЦІЙНОГО ЛАДУ США.....	84
Семків В. ТРАДИЦІЯ ПОРІВНЯЛЬНИХ ДОСЛІДЖЕНЬ В ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ ТА ПРАВА УКРАЇНИ.....	87
Сеньків Ю. КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ЗЛОЧИНИ ПРОТИ МАЙНА НА УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ У СКЛАДІ ВЕЛИКОГО КНЯЗІВСТВА ЛИТОВСЬКОГО.....	89
Тищик Б. ВИДАТНІ ІСТОРИКИ ПРАВА ЛЬВІВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ (ОСВАЛЬД БАЛЬЦЕР).....	92

Федуцак-Паславська Г. КОНСТРУКЦІЯ СУБ'ЄКТА ПРАВА У ДАВНЬОМУ РИМІ ТА У ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОГО ТИПУ	95
Худоба Н. ДЖЕРЕЛА, СТРУКТУРА ТА ОСНОВНІ ПОЛОЖЕННЯ АВСТРІЙСЬКОГО КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОДЕКСУ 1853 РОКУ	99
Шандра Р. ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПОКАРАНЬ СУДАМИ ВОЛОСЬКОГО ПРАВА	102
Ясіньська Л. ОСОБЛИВОСТІ ПІДБОРУ ПРАЦІВНИКІВ НОТАРІАТУ В ГАЛИЧИНІ У СКЛАДІ АВСТРО-УГОРСЬКОЇ ТА ПОЛЬЩІ (1859 – 1939РР.)	105

СЕКЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ НАУК

Бориславська О. ПРИЧИНИ ТА НАСЛІДКИ КОНСТИТУЦІЙНИХ ТРАНСФОРМАЦІЙ	108
Бориславський Л. ДІЮЧА КОНСТИТУЦІЯ УКРАЇНИ ПОТРЕБУЄ ПРОДОВЖЕННЯ РЕФОРМ	110
Заяць І. ОБЛАСТЬ В СИСТЕМІ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН	113
Кобрин В. ВЗАЄМВІДНОСИНИ ПРЕМ'ЄР-МІНІСТРА УКРАЇНИ З ПРЕЗИДЕНТОМ УКРАЇНИ: КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ	117
Левицька Г. КОНСТИТУЦІЙНІ ПРИНЦИПИ ДУХОВНОГО ЖИТТЯ СУСПІЛЬСТВА	119
Луць З. ЗАКОННИЙ ІНТЕРЕС У КОНСТИТУЦІЙНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ	121
Панкевич І. ПРОБЛЕМА ІМПЕРАТИВНОГО МАНДАТУ НАРОДНИХ ДЕПУТАТІВ УКРАЇНИ У КОНТЕКСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ЇХНЬОЇ КОНСТИТУЦІЙНОЇ НЕЗАЛЕЖНОСТІ	123
Пілат Є. ДО ПИТАННЯ ПРО ІНФОРМАЦІЙНУ БЕЗПЕКУ ДЕРЖАВИ	127
Чушенко В., Кочкадан А. КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИХОДУ З ПОЛІТИЧНОЇ КРИЗИ В УКРАЇНІ	129

СЕКЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ТА ФІНАНСОВО-ПРАВОВИХ НАУК

Белінська Л. ПРИМИРЕННЯ СТОРІН В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ	132
Затираха І. ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПІДСУДНОСТІ АДМІНІСТРАТИВНИХ СПРАВ	135
Косаняк В. КОНЦЕПЦІЯ ПОДАТКОВОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ТА ЇЇ УТВЕРДЖЕННЯ В УКРАЇНІ	138
Коцюруба О. ОБ'ЄДНАННЯ ГРОМАДЯН ЯК СУБ'ЄКТИ ФІНАНСОВО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН	143
Левицький Д. ПРАВОВИЙ РЕЖИМ ПРИАЕРОДРОМНОЇ ТЕРИТОРІЇ	147

<i>Левкович В.</i> ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ НЕПОДАТКОВИХ ДОХОДІВ ШТРАФНОГО І КОМПЕНСАЦІЙНОГО ХАРАКТЕРУ	149
<i>Мостовий А.</i> МИТНИЙ СТАТУС ТОВАРІВ, ЯК ІНСТИТУТ МИТНОГО ПРАВА	152
<i>Сенюта І.</i> ПРАВО ЛЮДИНИ НА ЗАХИСТ ВІД ДИСКРИМІНАЦІЇ ЗА СТАНОМ ЗДОРОВ'Я	154
<i>Ткач Г.</i> СУБ'ЄКТ ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ – ЯК ВІДПОВІДАЧ В АДМІНІСТРАТИВНІЙ СПРАВІ	158
<i>Школик А.</i> ВИДИ ПРОВАДЖЕНЬ ЗА ПРОЕКТОМ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРОЦЕДУРНОГО КОДЕКСУ	161
<i>Янюк Н.</i> УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ДЕРЖАВНУ СЛУЖБУ УКРАЇНИ ЯК ЗАСІБ ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ	164
СЕКЦІЯ ЦИВІЛІСТИЧНИХ НАУК	
<i>Бойчук Т.</i> ВСТУПНІ РОЗВАЖАННЯ ПРО ПРАВОВУ ПРИРОДУ ІНСТИТУТУ ЗАОЦАДЖЕНЬ	169
<i>Верба О.</i> ПОВНОВЛЕННЯ ПРОПУЩЕНОГО СТРОКУ ДЛЯ ПРЕД'ЯВЛЕННЯ ВИКОНАВЧОГО ДОКУМЕНТА ДО ВИКОНАННЯ: КОМПЕТЕНЦІЯ СУДУ	17678
<i>Воробель У.</i> СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ ЗАЛИШЕННЯ ЗАЯВИ БЕЗ РОЗГЛЯДУ	176
<i>Герц А.</i> ДОГОВІР ІПОТЕКИ ПІДПРИЄМСТВА ЯК ЄДИНОГО МАЙНОВОГО КОМПЛЕКСУ	178
<i>Гладь Ю.</i> ПРАВО ВИМОГИ ЯК ОБ'ЄКТ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ	181
<i>Гнатів О.</i> ВИМОГИ ДО ЕМІТЕНТІВ ПАЙОВИХ ЦІННИХ ПАПЕРІВ	184
<i>Дякович М.</i> ЗАХИСТ ПРАВ ДИТИНИ У ПРАВОВІДНОСИНАХ СПАДКУВАННЯ	187
<i>Квіт Н.</i> ПРАВОВА ПРИРОДА КРЕДИТНОГО ДОГОВОРУ ЯК ФОРМИ ІПОТЕЧНОГО КРЕДИТУВАННЯ	190
<i>Климовська І.</i> ДОГОВІРНІ ПІДСТАВИ ВИНИКНЕННЯ КОМЕРЦІЙНОГО ПРЕДСТАВНИЦТВА	194
<i>Коссак В.</i> НЕДІЙСНІСТЬ І НІКЧЕМНІСТЬ ПРАВОЧИНІВ	196
<i>Лисенко В.</i> ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ДЕЯКИХ ВИДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ДОГОВОРУ МІНИ	198
<i>Лукашевич-Крутник І.</i> ПРЕДМЕТ ЯК ІСТОТНА УМОВА ДОГОВОРУ ПІДРЯДУ НА ПРОВЕДЕННЯ ПРОЕКТНИХ ТА ПОШУКОВИХ РОБІТ	202
<i>Мацюк Г.</i> ОКРЕМІ АСПЕКТИ НАБУТТЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ОБ'ЄКТИ НЕЗАВЕРШЕНОГО БУДІВНИЦТВА У СВІТЛІ ОСТАННІХ НОВЕЛ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ	205

Мігаицук Ю.	
ПРАВО НА ЗАХИСТ ЯК ЕЛЕМЕНТ ОХОРОННОГО ПРАВОВІДНОШЕННЯ.....	207
Навроцька Ю.	
ОСОБЛИВОСТІ ЗДІЙСНЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА, ЯКЩО МІСЦЕ ПРОЖИВАННЯ ВІДПОВІДАЧА НЕВІДОМЕ	209
Німак М.	
ПРОЦЕСУАЛЬНО-ПРАВОВА ПРИРОДА СПРАВ ПРО РОЗІРВАННЯ ШЛЮБУ ЗА ЗАЯВОЮ ПОДРУЖЖЯ, ЯКЕ МАЄ ДІТЕЙ	213
Полянєк К.	
ЗЕМЕЛЬНА ДІЛЯНКА, ЯК ОБ'ЄКТ ЦИВІЛЬНОПРАВОВИХ ВІДНОСИН.	215
Сеник С.	
РОЗГЛЯД СУДОМ СПРАВ ПРО ВИЗНАННЯ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ НЕДІСЗДАТНОЮ ТА ПОНОВЛЕННЯ ЦИВІЛЬНОЇ ДІСЗДАТНОСТІ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ	217
Тарасенко Л.	
ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН НАЙМУ (ОРЕНДИ) ТРАНСПОРТНОГО ЗАСОБУ	220
Шама Н.	
ПРАВОВІ НАСЛІДКИ СМЕРТІ НАБУВАЧА ЗА СПАДКОВИМ ДОГОВОРОМ	223
Юркевич Ю.	
ПРАВОВІ НАСЛІДКИ РІШЕННЯ АНТИМОНОПОЛЬНОГО КОМІТЕТУ УКРАЇНИ ПРО ПРИМУСОВИЙ ПОДІЛ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ	225
Яворська О.	
ДОГОВІР ПРО УЧАСТЬ У ФОНДІ ФІНАНСУВАННЯ БУДІВНИЦТВА ЯК ПРАВОВА ФОРМА ЗАЛУЧЕННЯ ІНВЕСТИЦІЙ У ЖИТЛОВЕ БУДІВНИЦТВО	227
Якібчук Н.	
ПРАВОВА ПРИРОДА ТА ОСОБЛИВОСТІ СТРУКТУРИ ПРАВОВІДНОСИН СТРАХУВАННЯ ЦИВІЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ВЛАСНИКІВ ТРАНСПОРТНИХ ЗАСОБІВ	230
Якубівський І.	
ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ПАТЕНТНИХ ПРАВ В УКРАЇНІ.....	232
СЕКЦІЯ ТРУДОВОГО, АГРАРНОГО ТА ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА	
Баран О.	
ОСНОВНІ НАПРЯМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ ЗЕМЕЛЬ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕННЯ	235
Бурак В.	
ЗМІСТ І СУТЬ ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ ТРУДОВИХ ПРАВ ПРАЦІВНИКІВ.....	237
Ващишин М.	
СИСТЕМА ПРИНЦИПІВ АГРАРНОГО ПРАВА УКРАЇНИ.....	239
Венецька О.	
ПРОБЛЕМИ ТЛУМАЧЕННЯ ПОЛОЖЕНЬ ХАРТІЇ ОСНОВОПОЛОЖНИХ ПРАВ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ	242
Вісьтак М.	
МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ АКТИ, ЯК ДЖЕРЕЛА ТРУДОВОГО ПРАВА УКРАЇНИ	244
Глинська С.	
СОЦІАЛЬНА СПРЯМОВАНІСТЬ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА В УМОВАХ РИНКОВОЇ ЕКОНОМІКИ	246
Гоголь Ю.	
УМОВИ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ ТА УМОВИ ПРАЦІ: СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ.....	248

Кім О.	
ПОСТАНОВИ ПЛЕНУМУ ВЕРХОВНОГО СУДУ УКРАЇНИ ЯК ДЖЕРЕЛА ТРУДОВОГО ПРАВА.....	250
Лецих Д.	
ПРОФСПЛКОВИЙ КОНТРОЛЬ ЗА ДОТРИМАННЯМ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА.....	252
Пилипенко П.	
ДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВОВІДНОСИНИ ДОВКІЛЛЯ.....	255
Синчук С.	
НЕДЕРЖАВНЕ ПЕНСІЙНЕ СТРАХУВАННЯ: ПРОБЛЕМИ ГАЛУЗЕВОЇ НАЛЕЖНОСТІ.....	257
Стасів О.	
СОЦІАЛЬНА СУТНІСТЬ ТРУДОВОГО ПРАВА.....	260
Федорович В.	
ПЕРЕХІД ПРАВ НА ЗЕМЕЛЬНУ ДІЛЯНКУ ПРИ ПЕРЕХОДІ ПРАВА НА БУДІВЛЮ АБО СПОРУДУ, ЩО РОЗМІЩЕНІ НА НІЙ: ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ.....	261
Чернявська Г.	
ДО ПИТАННЯ ДОГОВІРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ НЕДЕРЖАВНОГО ПЕНСІЙНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ.....	264
Чопик О.	
ОСНОВНІ ОЗНАКИ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ ЗЕМЕЛЬ ЛІСОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕННЯ.....	268
Чопко Х.	
ПРЕДМЕТ ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА.....	271
Ярчак В.	
ЯДЕРНА ЕНЕРГІЯ ЯК ДЖЕРЕЛО ПІДВИЩЕНОЇ ЕКОЛОГІЧНОЇ НЕБЕЗПЕКИ.....	273

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО, КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА ТА КРИМІНОЛОГІЇ

Антонюк Н.	
ВІДПОВІДНІСТЬ ПОСТАНОВ ПЛЕНУМУ ВСУ ТЕОРЕТИЧНИМ ПОЛОЖЕННЯМ НАУКИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА.....	276
Бойко А.	
ОКРЕМІ ТЕОРІЇ ДЕТЕРМІНАЦІЇ ЗЛОЧИННОСТІ У СУЧАСНІЙ ВІТЧИЗНЯНІЙ КРИМІНОЛОГІЇ.....	279
Брич Л.	
ВИРІШЕННЯ ПИТАННЯ ПРО СУКУПНІСТЬ ЩОДО СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ, КОНСТРУКТИВНОЮ ЧАСТИНОЮ ЯКИХ Є ВКАЗІВКА НА ПОСДНАННЯ ДІЯНЬ.....	281
Бурдін В.	
РЕФЛЕКСИ ТА АВТОМАТИЗМИ ЯК МОЖЛИВІ ПРИЧИН НЕОСУДНОСТІ.....	286
Василаш В.	
ДОСТОЙНСТВА ТА НЕДОЛІКИ ЗАКОНУ УКРАЇНИ ВІД 15 КВІТНЯ 2008 Р. *ПРО ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО КРИМІНАЛЬНОГО ТА КРИМІНАЛЬНО – ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОДЕКСІВ УКРАЇНИ ЩОДО ГУМАНІЗАЦІЇ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ.....	290
Гриших І.	
ВИКОНАВЕЦЬ ЗЛОЧИНУ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ ДЕРЖАВ ПОСТРАДЯНСЬКОГО ПРОСТОРУ.....	295

Гуменюк Ю.	
ЗАСТОСУВАННЯ ЗАКОНУ ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА АНАЛОГІСЮ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ	299
Денькович О.	
ДІЯННЯ У СКЛАДІ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОМУ Ч. 1 СТ. 442 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ „ГЕНОЦИД”	302
Довгань Н.	
ДО ПИТАННЯ ПРО СПОСІБ ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ	306
Ждиняк Н.	
ЕФЕКТИВНІСТЬ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ НОРМИ ТА СУМІЖНІ ПОНЯТТЯ	308
Ковтун Н.	
ДО ПИТАННЯ ПРО ПОНЯТТЯ ДОДАТКОВИХ ПОКАРАНЬ	311
Кондра О.	
ДО ПИТАННЯ ПРО КЛАСИФІКАЦІЮ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ САНКЦІЙ	314
Марисюк К.	
РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ ЗАКОННОСТІ В ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ТА УСТАНОВ ВИКОНАННЯ ПОКАРАНЬ	318
Маркін В.	
ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ РЕЛІГІЙНОГО ОБРЯДУ В ст. 180 «ПЕРЕШКОДЖАННЯ ЗДІЙСНЕННЮ РЕЛІГІЙНОГО ОБРЯДУ», ст. 181 «ПОСЯГАННЯ НА ЗДОРОВ'Я ЛЮДЕЙ ПІД ПРИВОДОМ ПРОПОВІДУВАННЯ РЕЛІГІЙНИХ ВІРОВЧЕНЬ ЧИ ВИКОНАННЯ РЕЛІГІЙНИХ ОБРЯДІВ» КК УКРАЇНИ	320
Мартинишин Г.	
ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ ЗА СУКУПНІСТЮ ВИРОКІВ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ОКРЕМИХ ЗАРУБІЖНИХ ДЕРЖАВ	323
Мелих Б.	
ДЕЯКІ ПИТАННЯ ФАКТИЧНОЇ ПОМИЛКИ	326
Палюх Л.	
ДЕЯКІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ПРАВОСУДДЯ	329
Панчак О.	
СПОСОБИ ДОКТРИНАЛЬНОГО ТЛУМАЧЕННЯ ЗАКОНУ ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ: ВИДИ ТА ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА	331
Прохоренко А.	
ВИДИ НАСИЛЬСТВА В ЗАЛЕЖНОСТІ ВІД ЙОГО ХАРАКТЕРУ І ІНТЕНСИВНОСТІ У ЗЛОЧИНАХ ПРОТИ ВЛАСНОСТІ	333
Цвинтарна І.	
ДО ОБ'ЄКТУ ЗЛОЧИНУ – «ПОРУШЕННЯ ТАЄМНИЦІ ЛИСТУВАННЯ, ТЕЛЕФОННИХ РОЗМОВ, ТЕЛЕГРАФНОЇ ЧИ ІНШОЇ КОРЕСПОНДЕНЦІЇ, ЩО ПЕРЕДАЮТЬСЯ ЗАСОБАМИ ЗВ'ЯЗКУ АБО ЧЕРЕЗ КОМП'ЮТЕР»	336
Ясеницький В.	
ПРИЧИНОВИЙ ЗВ'ЯЗОК, ЯК ОЗНАКА СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ, ЩО ПОСЯГАЮТЬ НА ПРАВА ПАЦІЄНТА	338
СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ТА КРИМІНАЛІСТИКИ	
Багрій М.	
ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ ОЦІНКИ НЕПРЯМИХ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ	340

Бобченко Н.	
СИСТЕМА ПЕРЕГЛЯДУ СУДОВИХ РІШЕНЬ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ ТА ЗАСАДИ, НА ЯКИХ ВОНА ГРУНТУЄТЬСЯ	342
Бойко В.	
ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ ДО ОСОБИ ПРИМУСОВИХ ЗАХОДІВ МЕДИЧНОГО ХАРАКТЕРУ В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ	347
Вацук Б.	
ПРАВОВИЙ СТАТУС УЧАСНИКІВ ПРОЦЕСУ В ПОСТАНОВАХ ПЛЕНУМУ ВЕРХОВНОГО СУДУ УКРАЇНИ: ОКРЕМІ ПИТАННЯ	351
Вовк І.	
СУТЬ АНАЛОГІЇ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ	354
Гайворонська І.	
ІНСТИТУТ ПРИМИРЕННЯ ПОТЕРПІЛОГО З ОБВИНУВАЧЕНИМ (ПІДСУДНИМ) У СПРАВАХ ПУБЛІЧНОГО ОБВИНУВАЧЕННЯ В КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ	357
Грицишин А.	
МЕХАНІЗМ РЕАЛІЗАЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРАВ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ НА УЧАСТЬ У ВІДПРАВЛЕННІ ПРАВОСУДДЯ В КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВАХ	359
Гузела М.	
ДО ПИТАННЯ ПРО ПІДСТАВИ І ПРЕДМЕТ ПЕРЕВІРКИ СУДОМ ЗАКОНОСТІ ТА ОБГРУНТОВАНOSTІ РІШЕНЬ ОРГАНІВ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ПРО ЗАСТОСУВАННЯ АРЕШТУ І ПРОДОВЖЕННЯ СТРОКІВ ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ НА ДОСУДОВИХ СТАДІЯХ ПРОЦЕСУ	35962
Єзерський Р.	
ПРОБЛЕМИ ОРГАНІЗАЦІЇ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ТЕХНІКИ В РОЗКРИТТІ ЗЛОЧИНІВ І ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ	366
Жолнович І.	
НОВІ МОЖЛИВОСТІ ЩОДО ІДЕНТИФІКАЦІЇ ОСОБИ ЗА ОЗНАКАМИ ЗОВНІШНОСТІ	368
Ковна У.	
ПРОЦЕСУАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ ДОПИТУ МАЛОЛІТНЬОЇ ОСОБИ НА СТАДІЇ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ	370
Козутич І.	
КРИМІНАЛІСТИЧНА ТАКТИКА ТА МІСЦЕ У НІЙ ТАКТИКИ РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ У СУДІ	373
Луцик В.	
ГЕНЕЗА ІНСТИТУТУ ПОВЕРНЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ ПРОКУРОРУ	375
Мармаш В.	
ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ОБ'ЄГУ ПОВНОВАЖЕНЬ ПРОКУРОРА ЯК СУБ'ЄКТА ПРАВА НА АПЕЛЯЦІЙНЕ ОСКАРЖЕННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ СУДОЧИНСТВОМ УКРАЇНИ	377
Мурадов В.	
ВИКОРИСТАННЯ МОЖЛИВОСТЕЙ ВІДЕОКОНФЕРЕНЦІВ ЯЗКУ ДЛЯ ДЕМОНСТРАЦІЇ ДОКАЗІВ У ПРОЦЕСІ РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ У СУДІ	380
Нор В.	
ЗАХИСТ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ МАЙНОВИХ ТА НЕМАЙНОВИХ ПРАВ ПОТЕРПІЛИХ ВІД ЗЛОЧИНУ ЗА ПРОЕКТАМИ КПК УКРАЇНИ: ЗДОБУТКИ І УПУЩЕННЯ	382

Нор Н.

СУДОВИЙ ПРЕЦЕДЕНТ ЯК ФОРМА ВИРАЖЕННЯ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ В МЕХАНІЗМІ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО РЕГУЛЮВАННЯ.....	386
---	-----

Павлишин А.

ДО ПИТАННЯ ПРО МЕТУ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ УКРАЇНИ.....	389
--	-----

Сопролюк І.

РАЦІОНАЛЬНЕ ВИКОРИСТАННЯ ЧАСУ ЯК ЕЛЕМЕНТА ПРИНЦИПУ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ЕКОНОМІЇ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ.....	392
--	-----

Стрельбицька Л.

МЕХАНІЗМ ЗАХИСТУ ПРАВ ТА ОСНОВНИХ СВОБОД ЗАСУДЖЕНОГО.....	395
---	-----

Фігурський В.

ПРО ДЕЯКІ ЕЛЕМЕНТИ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ ЗЛОЧИНІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ З НЕВИПЛАТОЮ ЗАРПЛАТ, ПЕНСІЙ, СТИПЕНДІЙ ТА ІНШИХ УСТАНОВЛЕНИХ ЗАКОНОМ ВИПЛАТ.....	398
---	-----

Яворський Б.

КЛОПОТАННЯ СТОРОНИ ЗАХИСТУ, ПОВ'ЯЗАНІ З ФОРМУВАННЯМ ДОКАЗОВОЇ БАЗИ НА ДОСУДОВОМУ СЛІДСТВІ.....	401
--	-----